

EL DERECHO ADMINISTRATIVO
GLOBAL Y LOS
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (BITs)

José Antonio Muci Borjas

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica Andrés Bello*

**El Derecho Administrativo
Global y los
Tratados Bilaterales de Inversión
(BITs)**

Editorial Jurídica Venezolana

Caracas, 2007

© José Antonio Muci Borjas
Email: jamuci@muci-abraham.com
josemuci@yahoo.com

Depósito Legal: lf54020073402515
ISBN: 978-980-365-116-9

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.5239

Email feyv@cantv.net

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje

por: Francis Gil, en letra

Palatino Lynotype 11, Interlineado Exacto 16, Mancha 21 x 12.5

«...el único monopolio que corresponde al Estado es el monopolio de la fuerza (siempre es mejor una sola fuerza pública que varias fuerzas privadas reñidas entre sí). La primera tarea de los intelectuales debería ser la de impedir que el monopolio de la fuerza se convierta también en el monopolio de la verdad».

Norberto Bobbio

A mi padre, hombre y maestro ejemplar.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	
PRIMERA PARTE.	
EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOS TRATADOS BILATERALES PARA LA RECÍPROCA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES (BITS).....	
CAPÍTULO I. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO	
SECCIÓN I. LA GLOBALIZACIÓN Y EL OTORRA EXCLUSIVO PODER PÚBLICO ESTATAL PARA LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO	
SECCIÓN II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA GLOBALIZACIÓN	
SECCIÓN III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	
§ 1. La Organización Mundial del Comercio (OMC)	
§ 2. La Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático (CMCC) y el Protocolo de Kyoto.....	
§ 3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	
CAPÍTULO II. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y SU REGULACIÓN.....	

SECCIÓN I. LA DICOTOMÍA DERECHO NACIONAL-
DERECHO “INTERNACIONAL” EN TIEMPOS DE GLOBALI-
ZACIÓN.....

SECCIÓN II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD
Y LA DICOTOMÍA DERECHO NACIONAL-DERECHO “IN-
TERNACIONAL” EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

**§ 1. El derecho fundamental de propiedad. Su con-
tenido según la jurisprudencia y el Derecho in-
terno venezolano**

**§ 2. El derecho fundamental de propiedad, la regu-
lación internacional de los derechos funda-
mentales y la jurisprudencia de la Corte Inter-
americana de Derechos Humanos**

A) La Declaración Universal de los Derechos
Humanos

B) La Declaración Americana de los Derechos y
Deberes del Hombre

C) La Convención Americana sobre Derechos
Humanos

**§ 3. El derecho fundamental de propiedad, el Dere-
cho Administrativo Global y los Tratados Bila-
terales de Inversión (BITS)**

CAPÍTULO III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y

SECCIÓN I. LOS TRATADOS BILATERALES COMO ESPECIE
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

SECCIÓN II. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL DERECHO GLOBAL

- § 1. *Excursus* sobre el impacto del estándar “trato justo y equitativo” en el Derecho Administrativo estatal
- § 2. *Excursus* sobre el impacto de la Cláusula Paraguas (*Umbrella Clause*) en el Derecho Administrativo estatal

SECCIÓN III. LOS PARTICULARES COMO SUJETOS DE DERECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS (SUSTANTIVOS) A SU FAVOR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (BITS))

- § 1. El derecho al trato de nacional.....
- § 2. El derecho al trato de la nación más favorecida.
- § 3. El derecho a un trato no arbitrario o discriminatorio.....
 - A) La conducta arbitraria
 - B) La conducta discriminatoria
- § 4. El derecho a un trato justo y equitativo y a protección y seguridad planes
- § 5. La propiedad y su restricción por vía de expropiación
- A) Las expropiaciones de hecho y de Derecho.....

- 1. Un par de reflexiones sobre las expropiaciones indirectas
- 2. Las expropiaciones indirectas mediante acto legislativo y la jurisprudencia venezolana
- 3. Las expropiaciones indirectas mediante acto judicial
- B) La indemnización adeudada por causa de la expropiación
- C) La forma de pago de la indemnización.....
- § 6. El derecho a la libre transferencia (repatriación) del capital y sus frutos civiles**
- § 7. La Cláusula Paraguas.....**
- § 8. Las consecuencias de la infracción de los derechos subjetivos contemplados por los Tratados: La responsabilidad patrimonial del Estado por sus ilícitos**

CAPÍTULO IV. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS QUE LOS TRATADOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (BITs) CONFIEREN A LOS PARTICULARES

- § 1. El derecho a la solución de controversias mediante arbitraje.....**
- § 2. El consentimiento al arbitraje**

- § 3. Los poderes del tribunal arbitral.....
- § 4. La ley con base en la cual ha de decidir el tribunal arbitral internacional
- § 5. La Ley venezolana de protección de inversiones

SECCIÓN II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO.....

CAPÍTULO V. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y EL DERECHO INTERNO EN MATERIA DE INVERSIONES (PROPIEDAD)

BIBLIOGRAFÍA

SEGUNDA PARTE.

LOS TRATADOS BILATERALES PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES (BITs) Y LA “REGULACIÓN” DEL NEGOCIO BANCARIO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FURTIVA “EXPROPIACIÓN REGULATORIA” (CREEPING EXPROPRIATION) DE LA BANCA VENEZOLANA: ¿UNA OBRA EN MARCHA?.....

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

SECCIÓN I. LA CREACIÓN DE UNA “CARTERA MÍNIMA”

SECCIÓN III. LA IMPOSICIÓN DE UN PRODUCTO FINANCIERO ÚNICO O ESTÁNDAR

SECCIÓN IV. LA IDENTIDAD DEL ACREEDOR Y LA PERSONA A FAVOR DE QUIEN HA DE CONSTITUIRSE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.....

SECCIÓN V. LOS NUEVOS PRÉSTAMOS A DEUDORES QUE INCUMPLIERON OBLIGACIONES PREVIAS.....

SECCIÓN VI. LA MORA DEL DEUDOR Y EL DERECHO A PAGAR SÓLO PARCIALMENTE

SECCIÓN VII. LA AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO

CAPÍTULO II. LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

SECCIÓN I. LA CARTERA AGRÍCOLA.....

SECCIÓN II. LA CARTERA DE “MICROCRÉDITOS”

SECCIÓN III. LA CARTERA TURÍSTICA

CAPÍTULO III. LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA.

CAPÍTULO IV. LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

CAPÍTULO V. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR

CAPÍTULO VI. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO

CAPÍTULO VII. LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

CAPÍTULO VIII. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

CAPÍTULO IX. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU “CONFORMIDAD” CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE.....

SECCIÓN I. EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA Y EL GOBIERNO DE CANADÁ PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES.....

SECCIÓN II. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR VENEZUELA

SECCIÓN III. LA VIGENTE LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES VENEZOLANA

CAPÍTULO X. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

CAPÍTULO XI. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Esta obra recoge dos ensayos escritos en momentos diferentes. Son el fruto, ambos, de las investigaciones que, por gentil invitación de Don Luciano Parejo Alfonso, tuve la oportunidad de adelantar en la Universidad Carlos III de Madrid durante el año lectivo 2005-2006.

La primera parte -el primero de los ensayos- aborda un tema de la mayor actualidad, hasta ahora no tratado por la doctrina venezolana. Nos referimos al surgimiento de una nueva disciplina, que la doctrina comparada ha denominado Derecho Administrativo Global, contraponiéndolo así al Derecho Administrativo “tradicional”, nacional o estatal por definición.

Global, primero que nada, porque sus normas rigen sin consideración de fronteras, porque sus efectos rebasan o desbordan los confines del Estado.

Global, en segundo término, porque este Derecho Administrativo se ocupa, parafraseando a Stefano Battini, Profesor de la *Università di Tuscia*, del ejercicio del Poder, del Poder con mayúscula, por una serie de organizaciones, de Administraciones, que no pertenecen a ningún Estado en particular. De esas Administraciones sin Estado, vaya contrasentido, porque es en el seno del Estado donde históricamente surgen las Administraciones, constituyen ejemplos la Secretaría para el Cambio Climático o el Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto, pues ambos obran con *autoritas*, como verdadera autoridad con jurisdicción *-lato et improprio sensu-* global.

Global, en tercer lugar, porque le reconoce a los particulares la condición de sujetos de Derecho en el plano -en la esfera- internacional. Ese es el caso, por ejemplo, del Acuerdo de Basilea II

de 2004, obra del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que estuvo precedido de procedimientos (normativos) de consulta en los que participaron activamente los bancos, esto es, los particulares -los sujetos de Derecho Privado- destinatarios últimos de las regulaciones contenidas en dicho Acuerdo.

Global, en cuarto lugar, porque sus normas limitan o condicionan la actividad de las Administraciones de los Estados; porque sus normas, en otras palabras, regulan o disciplinan las relaciones que surgen entre las Administraciones estatales y los particulares por causa o a consecuencia del ejercicio del Poder Público; porque sus normas, en síntesis, autorizan a los particulares cuyos derechos resultaren afectados por la actuación de tales Administraciones, para demandar el control jurisdiccional de los actos que les causan gravamen. Como en el mundo de hoy las fronteras se desdibujan o desvanecen *-rectius*, como no hay fronteras o porque no hay fronteras en ciertas materias-, a instancia de los particulares afectados los tribunales arbitrales internacionales constituidos, *verbigratia*, ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en virtud del Convenio de Washington, pueden revisar la legalidad de la conducta de las Administraciones estatales contrarias a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y, consecuentemente, condenar al Estado al pago de sumas de dinero. Esos tribunales arbitrales observan un procedimiento disciplinado por normas, llamémoslas reglamentarias, porque han sido dictadas por una Administración sin Estado en ejecución de un Tratado; enjuician a los Estados, y muy particularmente a sus Administraciones Públicas, con base en “normas”, como las que ha venido creando la jurisprudencia arbitral internacional, que no son reglas de Derecho interno; sustituyen u ocupan el lugar del juez contencioso-administrativo, juez natural

de la Administración; en definitiva, resuelven los conflictos jurídicos que surgen entre los Estados, y muy particularmente sus Administraciones, y los particulares, por causa o a consecuencia del ejercicio del Poder.

Global, finalmente, porque, parafraseando a Cassese, Profesor de la *Università La Sapienza*, Roma, se trata de un Derecho Administrativo que se halla integrado por normas internacionales, supranacionales y también nacionales, esto es, por normas de diverso origen, de distinta entidad, de diferente naturaleza. Es éste -aludimos al Derecho Administrativo Global- que a diferencia del Derecho Internacional clásico o tradicional, disciplina la políticas internas de los Estados, y no sus políticas externas.

El surgimiento de ese Derecho Administrativo Global, no podía ser de otro modo, es estudiado desde la perspectiva internacional. Y es que el proceso de concesión de poderes, de poderes públicos, a organizaciones internacionales, esto es, a Administraciones sin Estado, no puede comprenderse a cabalidad, eso entendemos, sino tomando en consideración la creciente erosión del Poder estatal, la siempre creciente sujeción del Estado a normas elaboradas por "otros". También es estudiado tomando en consideración el ordenamiento jurídico interno venezolano, porque resulta necesario tener presentes las transformaciones que éste ha experimentado en virtud de la existencia de ese Derecho por vocación -por definición- Global. Por la interacción "en curso" entre los distintos ordenamientos, entendemos que sin ese doble enfoque, internacional y nacional, no resulta posible entender a cabalidad los profundos cambios que el Derecho Administrativo experimenta en los tiempos que corren.

Y tras el estudio de ese Derecho Administrativo Global, que sirve como marco general como marco de referencia, centramos

nuestra atención en el contenido de los Tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones, también denominados *Bilateral Investment Treaties* o, por sus siglas, BITS, porque éstos, a nuestro entender, constituyen una especie del Derecho Administrativo Global.

La primera parte de esta obra se intitula “El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales para la Recíproca Promoción y Protección de Inversiones (BITS)”. En estos tiempos, tiempos en los que el mundo, en virtud del fenómeno de la “globalización”, experimenta vastos cambios, este primer ensayo ha sido escrito con la idea de que sirva de material de reflexión a mis alumnos en la Universidad Católica “Andrés Bello”.

La segunda parte de este libro -el segundo de los ensayos en él publicados- constituye una versión revisada y actualizada de una monografía, una suerte de *case study*, publicada en Venezuela a mediados del año 2006 por la Revista de Derecho Público.

En esta monografía reflexionamos nuevamente sobre los Tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones suscritos por Venezuela, pero esta vez a partir de un supuesto de hecho concreto, de unas circunstancias específicas: aludimos a las normas, de Derecho interno, que disciplinan el negocio bancario, que regulan la intermediación financiera tradicional.

De lo que se trata, ese es el objeto de este segundo ensayo, es de valorar la legalidad de las normas de nuestro Derecho interno a la luz de lo dispuesto por tales Tratados. Esta monografía lleva por título “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITS) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’

(creeping expropriation) de la banca venezolana: ¿Una obra en marcha?".

Caracas, 27 de mayo de 2007.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOS TRATADOS BILATERALES PARA LA RECÍPROCA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES (BITs)

CAPÍTULO I

LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO

SECCIÓN I. LA GLOBALIZACIÓN Y EL OTRORA EXCLUSIVO PODER PÚBLICO ESTATAL PARA LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

Vivimos en tiempos de globalización -*mondialisation* para los franceses-; en tiempos, esto es, de acelerada integración de las economías; tiempos, los nuestros, en los que lo económico condiciona fuertemente lo político; tiempos, en definitiva, en los que la *ratio economica* tiende a prevalecer, a imponerse, sobre la razón de Estado¹. Tiempos, también, de difusión acelerada y generalizada de las tecnologías de la comunicación².

Comencemos por observar que “globalización” es un vocablo «...aparecido de la nada para [luego] difundirse por todas partes...», y que su difusión es inversamente proporcional a su precisión³. Por causa de la globalización, que el Diccionario de la Real Academia Española define como el proceso en el que los mercados trascienden, rebasan o desbordan las fronteras estatales, y las empresas -otrora limitadas por los confines políticos nacionales- extienden su actividad más allá del ámbito local o nacional para alcanzar una dimensión mundial⁴, los Estados,

1 ALLI ARANGUREN, JUAN-CRUZ, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid (España), 2004, p. 256. VELASCO, EMILIO, *El Derecho en tiempos de globalización. Parte I*, Grupo JusConsult, S.C., Caracas, 2002, p. 21.

2 CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica*, Instituto de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, p. 13.

3 BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 197.

4 Según BATTINI, «todavía se encuentra muy arraigada la convicción de que el “corazón” del asunto [esto es, de la “globalización”] sea de carácter econó-

obligados o forzados por las circunstancias, han debido consentir *-rectius*, aceptar, porque la realidad se impone- que decisiones y medidas que antes eran adoptadas unilateralmente a nivel nacional, intramuros por así decirlo, sean ahora diseñadas, por “otros”, a nivel internacional. Los Estados han debido tolerar que sea así porque resulta necesario -ineludible, en realidad- poder adoptar políticas que trasciendan las fronteras estatales, y que, por tanto, surtan efectos sobre todo ese mercado, ese escenario, de dimensión mundial, global⁵.

La voz globalización alude, pues, a tiempos en los que las actividades económicas se desvinculan -siempre de manera creciente- de un territorio y de una nacionalidad específica⁶. En palabras de Grasso,

mico, y que [el mismo] consiste en la progresiva integración de los mercados nacionales a causa de la libre circulación de los productos, y sobre todo de los capitales, a través de los confines [de las fronteras] de los Estados...» («risulta, tuttavia, molto radicata la convinzione che il “cuore” della vicenda sia di carattere economico, e consista nella progressiva intergrazione dei mercati nazionali determinata dalla libera circolazione, attraverso i confini degli Stati, dei prodotti e, soprattutto, dei capitali...») (BATTINI, STEFANO, *Op. cit.*, pp. 198 y 199).

- 5 El Estado, afirma Romano, es «...demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes...» («troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi») (citado por TROPEA, GIUSEPPE, “Considerazioni sulla cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005, p. 245).
- 6 BATTINI habla de «...crescente de-territorializzazione e de-nazionalizzazione delle attività economiche...» (BATTINI, STEFANO, *Op. cit.*, p. 202).

«en el sentido más restringido y preciso con este término [globalización] se hace referencia a la expansión creciente de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de cosas, más allá de los confines territoriales y de los vínculos del derecho positivo de los Estados»⁷.

La realidad es que las economías nacionales son cada vez más interdependientes. Para muestra de esa interdependencia un botón: entre los años 1995 y 2000, por ejemplo, la inversión extranjera directa (*Foreign Direct Investment*) que las empresas de un país realizaron en otro pasó de 324 billones de dólares estadounidenses a 1.5 trillones de dólares estadounidenses. Y en América Latina la inversión extranjera directa, inferior a los 10 billones de dólares estadounidenses a principios de los años 1990, alcanzó la cifra de 66.5 billones de dólares estadounidenses en 1997⁸. Más sobre lo mismo: entre 1990 y 1995 en la Comuni-

7 GRASSO, PIETRO GIUSEPPE, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2005, p. 111. En Venezuela Rodner observa: «Para algunos autores, la globalización es fundamentalmente un movimiento económico, producto del proceso de liberación del comercio y los movimientos de capital y flujos de inversiones internacionales, así como el incremento de la competencia económica entre los países. Esta visión exclusivamente económica, sin embargo, es limitada y no corresponde a la realidad. A partir de la incorporación del Internet y, en general, la comunicación mundial, la globalización ha producido no solamente una interconexión comercial y financiera sino, igualmente, conexiones de tipo cultural, político, tecnológico y religioso. De aquí que el proceso apunta a una interconexión total» (RODNER, JAMES-OTIS, *La Globalización. Un Proceso Dinámico*, Editorial Anauro, Caracas, 2001, p. 31).

8 HAUSMANN, RICARDO y FERNÁNDEZ-ARIAS, EDUARDO, *Foreign Direct Investment: Good Cholesterol?*, en <http://www1.worldbank.org>. En la misma dirección de Internet puede también consultarse el documento intitulado *Assessing Globalization (Part 1)*.

dad Andina el comercio de la región se multiplicó por más de tres, al pasar de 1,3 billones a 4,7 billones de dólares estadounidenses⁹. Producto de esa interdependencia, las economías nacionales ya no son controladas -de manera íntegra- por los Estados.

Son estos tiempos en los que, por causa de la globalización, el Poder Público estatal se resiente, declina; tiempos en los que ese Poder sufre una significativa erosión. Hacemos nuestras las palabras de De Pretis, para quien en el ámbito jurídico globalización significa «...declinación del rol del Estado en la producción y en la aplicación del Derecho y en la resolución judicial de las controversias»¹⁰. En el ámbito más circunscrito del Derecho Administrativo, agrega De Pretis, «...globalización parece significar ruptura definitiva del nexo que tradicionalmente ha mediado entre Estado y Administración»¹¹. En efecto, por causa de la globalización surgen normas, se crea un Derecho, que no es de origen nacional, que no responde a la tradicional idea de la soberanía estatal. Son estos, los nuestros, tiempos en los que el alcance -esto es, el “espacio”- del Derecho Administrativo nacional se redimensiona, más exactamente, se reduce, porque han venido surgiendo, continúan haciéndolo, organizaciones internacionales -*id est*, Administraciones internacionales- “paralelas” a las Administraciones Públicas del Estado. Y a esas Administraciones

9 LASH (III), WILLIAM H., “The decline of the Nation State in International Trade and Investment”, *Cardozo Law Review*, Volume 18, September 1996, N° 1, p. 1012.

10 DE PRETIS, DARIA, “La tutela giurisdizionale dell’ordinamento europeo”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufre Editore, Milano, 2005, pp. 103.

11 DE PRETIS, DARIA, *Ibid.*

internacionales, este dato ha de ser subrayado, le han venido siendo conferidos poderes, verdaderas potestades, en materias que tradicionalmente habían sido disciplinadas a nivel nacional. Esas Administraciones internacionales, este dato también es digno de mención, obran con base en un Derecho que no es de origen estatal.

En síntesis, esas Administraciones no estatales, habilitadas para obrar como autoridad por un Derecho que no es estatal, limitan, condicionan cada vez más, los poderes tradicionales, en constante reducción, que las Administraciones internas pueden ejercer¹². El proceso de reducción del Derecho Administrativo nacional viene, pues, unido, asociado o vinculado a otro fenómeno paralelo, pues de manera simultánea, aumentan el ámbito, poderes e influencia de estas nuevas Administraciones foráneas que, en determinados asuntos, desplazan a las nacionales. Esas nuevas Administraciones internacionales, esta es una verdad de perogrullo, no se inscriben en la estructura del Estado. Son, en otras palabras, Administraciones sin Estado. Son organizaciones que a pesar de no pertenecer a ningún Estado concreto, obran como verdaderas Administraciones, pues ejercen funciones -funciones públicas- y realizan actividades que en su esencia son idénticas a las funciones y actividades propias de la Administración Pública venezolana.

12 Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *exempli gratia*, «...la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía...» (asunto *Van Gend Loos*, citado por ZUBILLAGA, MARIANELA, "Los fundamentos del Derecho comunitario y su soporte constitucional: La experiencia europea y andina", en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, S.L., Madrid, 2003, p. 291).

En el año 1986 Giannini observaba atinadamente que la Administración de la Comunidad Económica Europea era ya la autoridad -la autoridad pública- con mayor poder de decisión, “poder de decisión primario” lo calificaba o denominaba él, en importantes materias como la agricultura, el comercio intracomunitario, las aduanas, la unificación de los sistemas tributarios o la tutela de la iniciativa económica privada. La disciplina de esas materias había sido sustraída a los Estados Miembros para ser confiada a las instituciones comunitarias¹³. Ese ingente poder de decisión que, como ya dijimos antes, condiciona el poder decisorio -subordinado, por naturaleza de las cosas- de las Administraciones nacionales, pues el poder de decisión primario ha sido encomendado a una organización supranacional, encontra-

13 GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, pp. 13 y ss. POCAR, FAUSTO, *Lezioni di Diritto delle Comunità Europee*, terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1986, p. 182.

Para comprender cómo se produjo esa cesión de competencias a favor de la Comunidad Europea conviene tener presente, *exempli gratia*, el artículo 23.1 de la Constitución de la República Federal de Alemania, que establece: «En orden a la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania participará en el desarrollo de la Unión Europea... La Federación podrá, con estos fines, transferir derechos de soberanía por ley...». También, *ad exemplum*, los artículos 88-1 y 88-2 de la Constitución de Francia, que disponen, respectivamente, que «la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las han instituido, ejercer en común ciertas competencias», y que «bajo reserva de reciprocidad y según las modalidades previstas por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, Francia accede a la transferencia de las competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea, así como para la determinación de las reglas relativas al paso por las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Comunidad Europea».

ba su justificación, aún la encuentra, en la necesidad de asegurar la vigencia de la libertad de competencia y de mercado en el ámbito europeo, porque en la Comunidad Económica Europea esa libertad ocupa un lugar central. Como veremos *infra*, las afirmaciones de Giannini, circunscritas al ámbito geográfico europeo, pueden ser hoy en día extrapoladas, *mutatis mutandis*, al escenario global.

Más recientemente, siempre en materia de integración europea, von Simson y Schwarze han observado cuanto sigue:

«El Estado no puede llevar a cabo por más tiempo, con plena autonomía, algunas de las funciones que le correspondían según su definición clásica. Muchas de las competencias y tareas que transfiere sólo pueden seguir salvaguardándose por comunidades agrupadas para actuar colectivamente, pues los problemas superan la dimensión abordable desde la acción del Estado individual; éste únicamente mantiene su viabilidad al precio de someterse a ciertos condicionamientos supra-estatales»¹⁴.

Las reflexiones de Giannini y de von Simson y Schwarze resultan aplicables en un todo, *exempli gratia*, a la Comunidad Andina¹⁵, creada a través del Protocolo de Trujillo, de la cual Venezuela formó parte integrante hasta mediados del año 2006. En

14 VON SIMSON, WERNER y SCHWARZE, JORGE, "Integración europea y Ley Fundamental. Matrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán", en *Manual de Derecho Constitucional*, coordinado por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, p. 18.

15 *Gaceta Oficial* N° 36.116, del 30 de diciembre de 1996. El antecedente inmediato de la Comunidad Andina es el Acuerdo de Integración Subregional Andino, también denominado "Acuerdo de Cartagena".

efecto, la Comunidad tiene como objetivo, ése es su propósito principal o fundamental, promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros¹⁶. Y para lograrlo procura integrar las economías de los países signatarios, a través de la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en diversas materias¹⁷. Para asegurar el logro de los objetivos perseguidos por la Comunidad, la Comisión, órgano de la Comunidad Andina, dictó la Decisión 462, que establece las “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones”¹⁸. La Decisión, dictada con miras a «eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios de telecomunicaciones...», «propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del Mercado Común Andino de telecomunicaciones» y favorecer «...la inversión en los servicios de telecomunicaciones de los Países Miembros» (artículo 1º, literales a), b) y d)), por una parte le impone deberes -deberes legales- a las autoridades nacionales, condicionando así el ejercicio del Poder Público estatal por parte de éstas, y por la otra establece obligaciones y derechos a cargo o a favor de los particulares. En efecto, la Decisión obliga a las autoridades nacionales a adoptar o mantener las medidas adecuadas para impedir prácticas anticompetitivas, como las subvenciones cruzadas (artículos 28 y 29, literal a)). La Decisión también obliga a los proveedores de servicios de telecomunicaciones, tanto públicos como privados, a prestar los servicios en forma no discriminatoria dentro de los Países Miembros (artículo 13, literal c)). Finalmente, la Decisión le reco-

16 Artículo 1º del Acuerdo de Cartagena.

17 Artículo 3º del Acuerdo de Cartagena.

18 Decisión 462, de fecha 25 de mayo de 1999.

noce a los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones de los Países Miembros el derecho a la libre elección del proveedor de servicios y al conocimiento de las tarifas aplicables (artículo 36). Con base en la Decisión 462 la Secretaría General, órgano también de la Comunidad, aprobó las “Normas Comunes sobre Interconexión”¹⁹. De acuerdo a estas Normas, respecto de las cuales el Derecho estatal de los Países Miembros tiene sólo carácter supletorio²⁰, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones de dichos Países están obligados a interconectar sus redes o servicios y a permitir el acceso a dichas redes, en condiciones equivalentes, a todos los operadores que lo soliciten (artículo 7°); en estos casos, los cargos de interconexión deben estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad (artículo 18), en el entendido que la interconexión debe ser económicamente eficiente y sostenible (artículo 20); y, en principio, ninguna controversia entre los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que se interconecten da derecho a la desconexión (artículo 33). Las normas mencionadas con precedencia deben ser analizadas a la luz de los artículos 3° y 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que establecen, respectivamente, que «las Decisiones... de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán

19 Resolución 432, de fecha 2 de octubre de 2000. Las Normas adoptadas por la Secretaría General se fundan también en la Decisión 439, de fecha 11 de junio de 1998, mediante la cual se creó el “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”.

20 El artículo 35 de la Resolución 432 dispone: «Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión».

directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior»; que «los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina», y, finalmente, que los Miembros «se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación».

En palabras de Sachica, volvemos a insistir y resaltar ideas expuestas con anterioridad,

«los Estados que participan en el proceso [de integración de la Comunidad Andina], crean por medio de un tratado internacional la organización comunitaria a cuyos órganos transfieren, en forma definitiva, poderes legislativos, administrativos y judiciales, en las materias y extensión que se requiera para realizar el proyecto, cesión de competencias que significa, en el lenguaje tradicional, un “recorte de soberanía”, de la que son tan celosos los países subdesarrollados»²¹.

Dejando de lado *–rectius*, abandonando- el más confinado espacio comunitario, sea éste el europeo o el andino, sin dejar de tener en mente, eso sí, las reflexiones de Giannini, entre otros, a nuestro entender cabe afirmar que producto de la globalización la regulación de la economía y del mercado -esto es, la confor-

21 SACHICA, LUIS CARLOS, Derecho Comunitario Andino y Derecho Constitucional, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, coordinada por GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO y HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 885.

mación y el control del mercado- tiende a desplazarse de las autoridades nacionales y del confinado -o geográficamente limitado- escenario nacional, a unas autoridades internacionales que ejercen sus poderes -que son capaces de ejercer sus poderes- sin consideración de fronteras estatales. En el escenario global la autoridad legitimada para establecer las reglas del juego en esas materias pasa a ser otra distinta²². En palabras de Kinney, la regulación internacional hoy en día existente es tan grande, tan extensa, que la doctrina entiende que el poder de regulación ya no reside exclusivamente en los gobiernos nacionales, sino que es más bien un poder compartido entre éstos y, ya lo decíamos, múltiples organizaciones internacionales de diversa índole o naturaleza²³.

A título de síntesis o recapitulación, quizás las reflexiones de Rossi permitan comprender mejor el fenómeno que atravesamos. Por causa de la globalización, eso es lo que plantea Rossi, en el plano institucional se

«...produce una evolución inversa [o contraria] de los fenómenos que en el Medioevo tardío dieron vida a los Estados nacionales: fue [ese] el período en el que Felipe el Hermoso, rey de Francia, eliminó, inclusive físicamente, a los templarios, la más grande fuerza suprana-

22 FERRARA, ROSARIO, "Il 'posto' del Diritto Amministrativo fra tradizione e globalizzazione", publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005, pp. 28 y ss.

23 KINNEY, ELEANOR D., "The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential", *54 Admin. L. Rev.* 415 2002, pp. 419 y ss. En su obra Kinney cita, entre otros, a AMAN JR., ALFRED C., "The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance", *8 Ind. Global Legal Stud.* 379, (2001).

cional, militar, religiosa y financiera, y humilló el poder de la Iglesia, por una parte; y por la otra, Bartolo di Sassoferrato teorizó que “*rex est princeps vel populus qui imperatorem in dominum non recognoscet*” y, por tanto, formuló el principio de la soberanía nacional que ha perdurado hasta ahora.

Los Estados nacionales ahora decaen porque tienen dimensiones inadecuadas para dominar los nuevos fenómenos. Se produce una erosión de competencias hacia arriba, que son absorbidas por las organizaciones supranacionales...»²⁴.

SECCIÓN II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA GLOBALIZACIÓN:

24 ROSSI, GIAMPAOLO, “Pubblico e privato nell’economia di fine secolo”, en *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di AMOROSINO, SANDRO, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1995 («Gli effetti istituzionali indiretti, di scenario istituzionale, registrano l’evoluzione inversa dei fenomeni che, nel tardo Medio Evo, diedero vita agli Stati nazionali: era il periodo nel quale da un lato Filippo il Bello, re di Francia, eliminò, anche fisicamente, i templari, la più grande forza sovranazionale, militare, religiosa e finanziaria, e umiliò il potere della Chiesa; dall’altro, Bartolo di Sassoferrato teorizzò che “*rex est princeps vel populus qui imperatorem in dominum non recognoscet*”, e quindi, in nuce, formulò il principio di sovranità nazionale che è durato finora. Gli Stati nazionali ora deperiscono perché hanno dimensioni inadeguate a dominare i nuovi fenomeni. Si verifica una erosione di competenze verso l’alto, con assorbimento dalle organizzazioni sovranazionali, ma anche verso il basso, secondo un principio, valido da sempre, per cui al dilatarsi delle dimensioni corrisponde una spinta inversa alla localizzazione e alla frammentazione dei sottoinsieme»).

Por causa de la globalización, ya lo observamos, la tradicional estructura del Derecho Internacional se ha ido transformando, no sólo porque la soberanía estatal ha dejado de ser “absoluta” -esto es, ilimitada, sin restricciones-, sino porque actividades y funciones que antes, hasta hace muy poco, eran realizadas o ejercidas a nivel nacional por las Administraciones Públicas de los Estados, ahora son ejercidas a nivel global por organizaciones internacionales, por autoridades internacionales, por Administraciones sin Estado, que en determinados ámbitos han desplazado, al menos en parte, a las Administraciones estatales. En virtud de esa transformación, las Administraciones nacionales, las de los Estados, quedan, pues, sometidas, subordinadas, a reglas de Derecho -muchas de ellas confeccionadas por organizaciones internacionales- que les son ajenas, porque su autor no es el Estado del cual ellas, las Administraciones nacionales, forman parte integrante²⁵. En breve, la distinción entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional se ha tornado cada vez más borrosa, más imprecisa, menos nítida.

Para constatarlo basta con revisar nuevamente la Decisión N° 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y las Normas Comunes sobre Interconexión (*supra*, Sección I). Ambas son previsiones dictadas, en ejecución de “ley”, por una autoridad internacional, por un centro de decisión no estatal, por una Administración a la que los Estados le cedieron, delegaron o transfirieron poderes. Ambas son normas de Derecho no estatales “secundarias” o “subordinadas” -secundarias o subordinadas porque desarrollan las reglas y los principios de un Tratado- que

25 KRISCH, NIKO y KINGSBURY, BENEDICT, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, N° 1, February 2006, pp. 1 y ss.

disciplinan, ese es su objeto, el ejercicio del Poder Público por las Administraciones Públicas estatales y que, por tanto, limitan el ejercicio de dicho Poder por tales Administraciones. Ambas son, pues, normas de Derecho creadoras de deberes y derechos, que tienen como destinatarios a las Administraciones Públicas nacionales o estatales, por una parte, y por la otra, a los prestadores y usuarios de una actividad de interés general. En síntesis, ambas son normas de Derecho Administrativo no estatales, puesto que no tienen origen nacional; son normas de un Derecho Administrativo común a todos los Países Miembros de la Comunidad, que limita o condiciona la actividad de las Administraciones Públicas estatales o domésticas, así como la de los particulares que prestan o usan los servicios de telecomunicaciones²⁶.

26 Por añadidura, todas éstas son normas cuya interpretación incumbe al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En propósito, conviene tener presente *-exempli gratia-* que los Artículos 32 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecen, respectivamente, que corresponde «...al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros», y que «el juez [nacional] que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal». Más aún, según el artículo 17 *eiusdem* es al Tribunal a quien le corresponde declarar la nulidad, entre otros actos, de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y de las Resoluciones de la Secretaría General, dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder. Conforme al artículo 17, la demanda de nulidad puede ser propuesta por cualquier País Miembro, por la propia Comunidad y también por las personas naturales o jurídicas afectadas.

Siempre en materia de integración -y de erosión de la tradicional idea de soberanía estatal-, debe tenerse presente el Laudo del Tribunal Arbitral "Ad-Hoc" del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) constituido para conocer de la reclamación presentada por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina sobre "restricciones de acceso al mercado argentino de

Más allá de la realidad comunitaria y de los fenómenos de integración, esto es, en el más amplio escenario global, las Administraciones nacionales, las de los Estados, este dato ha de ser subrayado, se hallan igualmente sometidas o subordinadas a reglas de Derecho, muchas de ellas confeccionadas por organizaciones internacionales, que les son ajenas a aquéllas, porque su autor no es el Estado.

Y si bien es cierto que a nivel mundial -global- no existen, es cierto, ni una Constitución ni un gobierno²⁷, al menos como los entendemos a nivel nacional, no es menos cierto que esas distintas y numerosas organizaciones “sectoriales” internacionales -llamémoslas Administraciones, como lo hace Battini- se ocupan de regular o disciplinar el comercio internacional de bienes y servicios, los derechos humanos o el medio ambiente, entre muchas otras materias²⁸.

bicicletas de origen uruguayo”, a través del cual se anuló una Resolución -medida de Derecho interno- adoptada por la República Argentina, que a juicio del Tribunal era violatoria de la normativa MERCOSUR. El Laudo, así lo afirma Salomoni, «...constituye una innovación tanto en el sistema jurisdiccional como administrativo...» del MERCOSUR, pues el Tribunal internacional entendió que tenía poder para “revocar” -para, *rectius*, anular- un acto administrativo de un Estado (SALOMONI, JORGE LUIS, “Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino”, en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 974).

27 CASSESE, SABINO, *Op. Cit.*, p. 17.

28 El Estado, afirma Del Vecchio, «...parece confrontar dificultades cada vez mayores para garantizar la seguridad, la justicia, las libertades y la riqueza de sus propios ciudadanos y, por consiguiente, para el logro de algunos de esos objetivos con frecuencia son creadas instituciones internacionales, de manera de asegurar de otro modo el orden internacional, la certeza del Derecho, la producción de reglas idóneas para disciplinar determinadas rela-

ciones, [materias o asuntos] que rebasan los confines de los Estados» («Lo Stato appare sempre più in difficoltà nel compito di garantire sicurezza, giustizia, libertà e ricchezza ai propri cittadini ed in conseguenza di ciò per il raggiungimento di alcuni di tali obiettivi sovente vengono istituite organizzazioni internazionali, così da assicurare in altri modi l'ordine internazionale, la certezza del diritto, la produzione di regole effettivamente in grado di disciplinare determinati rapporti, che fuoriescono dai confini degli Stati») (DEL VECCHIO, ANGELA, *Giurisdizione Internazionale e Globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2003, p. 2). Agrega Del Vecchio que hoy en día «...muchos de los problemas que para la colectividad son urgentes ya no encuentran solución dentro de los confines de los Estados: así la seguridad de los ciudadanos contra el terrorismo o el uso incontrolado de armas atómicas; también la protección del ambiente contra los daños producidos por fenómenos de contaminación transfronterizos y, en oportunidades, mundiales, tan graves que pueden provocar en algunos casos la contaminación de los mares o el efecto invernadero» («...molti problemi avvertiti con urgenza dalla collettività non trovano più soluzione entro i confini dello Stato: così la sicurezza dei cittadini contro il terrorismo o l'uso non controllato delle armi atomiche; oppure la protezione dell'ambiente da danni prodotti da fenomeni d'inquinamento transfrontaliero e talvolta mondiale, così gravi da giungere a provocare in taluni casi l'inquinamento dei mari o l'effetto serra») (DEL VECCHIO, ANGELA, *Op. cit.*, p. 6).

Hablando de ilícitos, NAÍM observa que «desafiando reglamentos, impuestos, tratados y leyes, en el actual mercado global se pone a la venta prácticamente cualquier cosa que tenga algún valor, incluyendo drogas ilegales, especies protegidas, seres humanos para la esclavitud sexual y la explotación laboral, cadáveres y órganos vivos para transplantes, ametralladoras y lanzacohetes, y centrifugadoras y precursores químicos utilizados en la fabricación de armas nucleares», y luego agrega que «las fronteras nacionales constituyen una ventaja para los delincuentes del mismo modo que representan un obstáculo para las fuerzas del orden. Las fronteras crean oportunidades de obtener beneficios para las redes de contrabandistas a la vez que debilitan los estados-nación al limitar su capacidad de frenar las embestidas de las redes globales que dañan a sus economías, corrompen a sus policías y socavan sus instituciones» (NAÍM, MOISÉS, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Random House Mondadori, S.A., Barcelona, 2006, pp. 16 y 24).

Parafraseando a Cassese, en la actualidad existe «...una “comunidad” o “sociedad” internacional, en la que están presentes los tres elementos de los ordenamientos jurídicos: pluralidad de sujetos (principalmente Estados), organización (principalmente organizaciones internacionales) y normativa (por lo general en forma de convenios o pactos, pero también reglamentista)...»²⁹. Habría, pues, un ordenamiento jurídico -y el Estado, anotamos, es justamente eso, un ordenamiento jurídico general³⁰- entendido como un grupo de sujetos que por intereses que les son comunes

-
- 29 CASSESE, SABINO, *Op. cit.*, p. 17. En 1997 JESSICA MATTHEWS lo resumía en los siguientes términos: «El final de la guerra fría no ha traído un mero ajuste entre estados, sino una nueva redistribución del poder entre los estados, los mercados y la sociedad civil. Los gobiernos nacionales no están simplemente perdiendo autonomía en una economía cada vez más globalizada. Están compartiendo poderes -incluyendo poderes políticos, sociales y de seguridad que configuran el núcleo de la soberanía- con las empresas, con las organizaciones internacionales y con múltiples grupos de ciudadanos conocidos como organizaciones no gubernamentales (ONG). La constante concentración de poderes en manos de los estados que se inició en 1648 con la Paz de Westfalia se ha terminado, al menos de momento» (NAÍM, MOISÉS, *Op. cit.*, p. 268).
- 30 GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 102. Enseña GIANNINI: «Se debe dar por sentado... que “Estado” es el nombre propio dado a los ordenamientos jurídicos generales que se formaron en Europa en el siglo XVI, para luego desarrollarse en el XVII, dominar en los siglos sucesivos y entrar en crisis en éste [XX], y que la formación del Estado se halla caracterizada por la construcción de una burocracia profesional...» («Si deve dare per acquisito... che “Stato” è il nome proprio dato agli ordinamenti giuridici generali che si formano in Europa col sec. XVI, per svilupparsi nel XVII, dominare nei secoli successivi ed entrare in crisi in questo [XX], e che la formazione degli Stati è contrassegnata dal costituirsi di una *burocrazia* professionale...») (GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 6).

decide organizarse, conferirle poderes a una autoridad y darse normas que tienen vigencia efectiva³¹.

De ese ordenamiento jurídico general “global”, en construcción, interesa destacar aquí dos cosas:

En primer término, ese ordenamiento jurídico global está integrado por un complejo sistema de normas, no todas internacionales, no todas de la misma entidad o jerarquía: En su vértice se encuentran un conjunto de principios fundamentales, los “principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” a los cuales alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³². Por debajo de éstos se situarían

31 GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, *Op. cit.*, p. 97. GIANNINI afirmaba textualmente: «El grupo organizado y efectivamente productor de normas propias se denomina ordenamiento jurídico. Descriptivamente se puede también decir que ordenamiento jurídico es un grupo de sujetos que por intereses comunes se organiza, confiriendo poderes a una autoridad, y dándose normas que tienen una efectiva vigencia. Los componentes primarios del ordenamiento son, por tanto, la plurisubjetividad... la organización y la normación...» («Il gruppo organizzato ed effettivamente produttore di norme proprie dicesi ordinamento giuridico. Descrittivamente si può anche dire che ordinamento giuridico è un gruppo di soggetti, che per interessi comuni si organizza, conferendo ad un'autorità dei poteri, e dandosi delle norme che hanno un'effettiva vigenza. Le componente primarie dell'ordinamento sono quindi la plurisoggettività (complesso dei componenti del gruppo), l'organizzazione e la normazione...»).

32 Copiado a la letra el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reza así: «Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de ma-

la costumbre internacional y los tratados; otras normas, denominadas de múltiples formas (*exempli gratia*, las Decisiones adoptadas por la Comisión de la Comunidad Andina), producidas por las organizaciones internacionales, dirigidas a los Estados o a las comunidades subestatales; normas producidas por comunidades sectoriales singulares, como son las relativas al Derecho Mercantil y los contratos; y, finalmente, las normas producidas por los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales a los cuales incumbe resolver controversias internacionales (*judge made law*)³³. Según Cassese,

«este complejo sistema de normas presenta cuatro características. Está, en primer lugar, constituido por un gran número de preceptos indicativos, no imperativos [también denominados *soft law*]. Produce, en segundo lugar, una gran variedad de efectos “laterales”, porque está privado de un límite territorial: baste pensar en los efectos extraterritoriales del Derecho comunitario de la competencia. Se presta, en tercer lugar, debido a la ausencia de un rígida división de tareas, a usos dirigidos a obtener efectos colaterales: por ejemplo, la Comisión de la Comunidad Europea utiliza los amplios poderes de que dispone en materia de ayudas estatales para introducir comportamiento en ámbitos contiguos y la Organización Mundial del Comercio se vale de sus cometidos para intentar imponer una disciplina internacional de la competencia. En cuarto lugar, está compuesto de normas de diverso origen, internacional, supranacional y nacional, por lo que puede

yor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren».

33 CASSESE, SABINO, *Op. cit.*, pp. 25 y ss.

decirse que el Derecho global no coincide con el Derecho internacional: este último sería parte del primero»³⁴.

En segundo término, en ese ordenamiento existen un conjunto de autoridades, múltiples organizaciones de diversa índole o naturaleza, que, por así decirlo, conforman un gobierno desagregado, un “gobierno global” *lato et improprio sensu*³⁵. Gobierno, decimos, porque hoy en día existen numerosas organizaciones internacionales que se han subrogado -al menos parcialmente- en la posición que otrora ocupaban las Administraciones nacionales y que, por tanto, obran, en lugar de aquéllas, como verdaderas autoridades; porque esas variopintas organizaciones internacionales ejercen funciones similares -sino esencialmente idénticas- a las que tradicionalmente han ejercido las Administraciones nacionales. Global, decimos, porque esas organizaciones internacionales actúan, tienden a actuar en todo el globo, sin fronteras. El surgimiento de una “burocracia” profesional internacional en esa red (*network*) de organizaciones o autoridades, el tiempo lo dirá, puede llegar a consolidar este novedoso ordenamiento jurídico general, aún en construcción³⁶.

Extrapolando la definición que los estudiosos del Derecho Administrativo estatal han hecho de la administración pública nacional, entendida aquí como actividad³⁷, como función estatal,

34 CASSESE, SABINO, *Op. cit.*, p. 27.

35 CASSESE habla de «...sistema de *governance without government* en el cual no existe una estructura unitaria y compacta de gobierno, pero sí su presencia y sus funciones» (CASSESE, SABINO, *Op. Cit.*, p. 37).

36 *Mutatis mutandis*, GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, *Op. cit.*, p. 97.

37 MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte General, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 3 y ss.

Kingsbury, Krisch y Stewart han propuesto una definición, en términos esencialmente negativos, de la expresión “administración global” -esto es, la administración que forma parte integrante de ese “gobierno global”-. La idea que proponen no es nueva, porque con ella han lidiado desde hace mucho tiempo quienes han estudiado el Derecho Administrativo estatal. Lo novedoso o sugerente de la tesis que defienden -eso estimamos nosotros- radica en que para definir a esa administración global -y, consecuentemente, delimitar el objeto de una novedosa disciplina, el Derecho Administrativo Global- parten de una referencia nacional común, conocida por todos.

Kingsbury, Krisch y Stewart sostienen que habida consideración que el Derecho Administrativo nacional encuentra su objeto de estudio -la Administración- en el seno del Estado nacional, y que la Administración es un concepto residual, porque «...administración debe ser toda actividad del Estado que no es ni legislación ni justicia»³⁸, en el plano internacional, así lo afir-

38 MAYER, OTTO, *Op. Cit.*, p. 10. En palabras de Merkl: «Todas las variantes en la determinación del concepto de administración coinciden... en que la presentan como aquel residuo que una vez eliminada resulta al desglosar del complejo de la total actividad del Estado, la legislativa y la judicial. Todas las nuevas concepciones viables de la administración tienen además de común que la determinan, expresamente, de una manera mediata y negativa; el concepto de administración es el resultado de una sustracción, en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades del Estado y el sustrayendo la suma de la legislación y justicia. Esta manera tan especial de determinar el concepto se explica... porque la actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y contenido, más todavía, se halla en una contradicción tan patente con el sentido usual de la palabra administración -piénsese en la guerra como acción administrativa- que lo único común aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo, a saber: el hecho de no ser legislación y de no ser jus-

man los prenombrados autores, por administración debe entenderse toda actividad de gobierno global (*global governance*³⁹) que no pueda ser definida o catalogada ni como “legislación” (es decir, como la celebración de tratados), ni tampoco como jurisdicción (es decir, como la solución de controversias entre partes enfrentadas). Es con base en la extrapolación -al ámbito internacional- de la noción de administración o actividad administrativa, propia del Derecho interno, del Derecho nacional, que Kingsbury, Krisch y Stewart definen al Derecho Administrativo Global. Los autores apenas citados sostienen textualmente:

«Las leyes nacionales dan por descontado, es un significado compartido [común a las naciones], qué constituye actividad administrativa [*administrative action*], a pesar de que ésta puede ser definida fundamentalmente de manera negativa -como actos estatales que no son legislativos o judiciales- y no obstante que las fronteras entre estas categorías son borrosas en sus márgenes. Más allá del Estado no pre-

ticia» (MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 12). En sentido coincidente se pronunció también Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1986, p. 40).

En los Estados Unidos de América Fox afirma: «En el más amplio sentido, el Derecho Administrativo estudia cómo toman decisiones esas partes de nuestro sistema de gobierno que no son ni legislaturas ni cortes» («In the broadest sense, administrative law involves the study of how those parts of our system of government which are neither legislative nor courts make decisions») (FOX, JR., WILLIAM F., *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender & Co., Inc., 1986, p. 1).

39 Al castellano el término anglosajón “governance” ha sido traducido de diferentes maneras. Aquí lo empleamos como sinónimo de gobierno *lato et improprio sensu*. Se ha dicho, en general, que “governance” equivale a gobierno, buen gobierno, gobernanza, (esto es, la acción y efecto de gobernar o gobernarse), régimen de administración, autoridad y reglamentación, entre otras.

valece esa diferenciación funcional; el escenario institucional es mucho más variopinto que en sede nacional. Sin embargo muchas de las instituciones internacionales y de los regímenes vinculados a “global governance” realizan funciones que para la mayoría de los abogados de Derecho Público nacional tienen [tendrían] carácter genuinamente administrativo: operan más abajo del nivel de las muy publicitadas conferencias diplomáticas y de la celebración de tratados, pero en conjunto regulan y administran vastos sectores de la economía y vida social a través de reglamentos y decisiones específicas. Desde el punto de vista conceptual, eso creemos, la actividad administrativa puede ser distinguida de la legislación en forma de tratados, y de la jurisdicción en forma de puntuales resoluciones de controversias entre Estados u otras partes en disputa. Al igual que en el Derecho nacional, a nivel global la actividad administrativa tiene elementos legislativos y jurisdiccionales. Incluye la actividad reglamentaria, no en la forma de tratados negociados por Estados, sino de estándares y reglas de aplicación general aprobadas por cuerpos auxiliares... A título de definición provisional, la actividad administrativa global comprende la producción de reglamentos y la adopción de otras decisiones que no consisten ni en la celebración de tratados ni en la resolución de disputas entre partes»⁴⁰.

40 KINGSBURY, KRISCH y STEWART afirman textualmente: «Domestic law presumes a shared sense of what constitutes administrative action, even though it may be defined primarily in the negative-as state acts that are not legislative or judicial-and even though the boundaries between these categories are blurred at the margins. Beyond the domain of the state, no such agreed functional difference prevails; the institutional landscape is much more variegated than in the domestic settings. Yet many of the international institutions and regimes that engage in “global governance” perform functions that most national public lawyers would regard as having genuinely administrative character: they operate below the level of the highly publicized dip-

Históricamente el Derecho Administrativo ha sido considerado una rama del Derecho interno o estatal. Esta conclusión se fundaba en la premisa de que no había Poder Público más allá del Estado. Históricamente, el Derecho Internacional había sido concebido como un Derecho interestatal. Por causa de la construcción del concepto de soberanía, las organizaciones internacionales creadas voluntariamente por los Estados sólo eran instrumentos para que se ejecutase la voluntad por éstos manifestada⁴¹. Lo que Kingsbury, Krisch y Stewart hacen no es más que cuestionar la vigencia de esas nociones, de esas concepciones, en el mundo contemporáneo.

SECCIÓN III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

lomatic conferences and treaty-making, but in aggregate they regulate and manage vast sectors of economic and social life through specific decisions and rulemaking. Conceptually, we believe, administrative action can be distinguished from legislation in the form of treaties, and from adjudication in the form of episodic dispute settlement between states or other disputing parties. As in the domestic setting, administrative action at the global level has both legislative and adjudicatory elements. It includes rulemaking, not in the form of treaties negotiated by states, but of standards and rules of general applicability adopted by subsidiary bodies... As a matter of provisional delineation, global administrative action is rulemaking, adjudications, and other decisions that are neither treaty-making nor simple dispute settlements between parties» (KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems* Vol. 68, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law, p. 17).

- 41 DELLA CANANEA, GIACINTO, "Il Diritto Amministrativo globale e le sue corti", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 127 y 128.

Como hemos anotado antes, producto de la globalización la regulación de la economía y del mercado -al menos parte de ella- se ha desplazado del escenario nacional y de las autoridades nacionales al escenario internacional y a las autoridades internacionales. La autoridad legitimada para establecer las reglas del juego en esas materias y en esos espacios pasa a ser -al menos en parte- otra distinta.

Algunos contados ejemplos pueden servir para ilustrar la afirmación hecha en el párrafo precedente.

§ 1. La Organización Mundial del Comercio (OMC)

Las políticas nacionales, las domésticas, resultan insuficientes para disciplinar el comercio transfronterizo de los bienes y de los servicios de manera eficiente. Es sólo a nivel internacional, sin las “limitaciones” que los Estados confrontan por la existencia de las fronteras nacionales, que pueden adoptarse medidas verdaderamente efectivas en esta materia⁴². Son esas las causas que justificaron la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Del comercio entre naciones se ocupa, pues, la OMC, una Administración -una autoridad global, una Administración Pública en el lenguaje convencional- que produce normas de Derecho, normas de Derecho Administrativo Global, vinculantes para los Estados miembros.

Sentada esa premisa son dignas de mención, *exempli gratia*, las reglas dictadas por la Comisión del *Codex Alimentarius*, órgano internacional establecido por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO) y la Organiza-

42 FERRARA, ROSARIO, *Op. cit.*, p. 35.

ción Mundial de la Salud (OMS), con el objeto de facilitar o promover la creación de normas de Derecho interno uniformes, capaces de asegurar los derechos de los consumidores de alimentos. Las personas naturales, se parte de esta premisa, tienen derecho a que los alimentos que se comercialicen internacionalmente sean inocuos, de calidad y aptos para el consumo. Otrora esas normas, producto de un esfuerzo internacional para la armonización de los Derechos nacionales en materias sensibles, como son *-verbi gratia-* los límites máximos de residuos de plaguicidas o medicamentos veterinarios presentes en los alimentos, sólo surtían efectos en los Estados que voluntariamente decidiesen incorporar a su Derecho interno los estándares internacionales sentados en el *Codex Alimentarius*. Más recientemente, empero, a través del Acuerdo (internacional) sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SFS) esos estándares, por su importancia o trascendencia para el comercio internacional de alimentos, pasaron a formar parte de las normas que integran el Tratado de Marrakech de 1994, que creó la Organización Mundial del Comercio (OMC). Y por el hecho de integrar dichos estándares el marco jurídico de la Organización Mundial del Comercio, hoy por hoy los Estados se hallan en el deber de justificar las medidas nacionales, cualesquiera que ellas fuesen, reñidas con el *Codex Alimentarius*. La lectura de un par de normas puede servir para aclarar los conceptos. De acuerdo al artículo 2.2 del Acuerdo SFS, «los [Estados] Miembros se asegurarán que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, que [dicha medida] esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes...». Esa previsión es complementada por el artículo 3.1 *eiusdem*, que reza así:

«Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los [Estados] Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan...».

Como enseña Battini, en este caso -nos referimos al *Codex Alimentarius* y a la OMC- el Poder estatal, otrora absoluto, “soberano”, se transforma o convierte en un poder discrecional, esto es, en un Poder cuyo ejercicio se encuentra sometido al Derecho; en un Poder susceptible de control, por motivos de racionalidad, por los órganos de resolución de controversias de la Organización Mundial de Comercio⁴³. La legalidad o licitud de las medidas que una Administración Pública estatal adopte en materia sanitaria y fitosanitaria queda, pues, condicionada a su conformidad con las reglas -con las normas administrativas- establecidas por la Comisión del *Codex Alimentarius*. En otras palabras, en estas materias el canon que guía la actuación de la Administración Pública nacional es de origen internacional, global. En esta materia el control de legalidad, otrora ejercido sólo por la jurisdicción contencioso-administrativa nacional, le ha sido ahora encomendado a una organización internacional, a sus órganos de resolución de disputas. Parafraseando a Cassese, las administraciones públicas nacionales, hasta ayer árbitros del juego de los intereses generales e individuales en conflicto, han pasado a ser,

43 BATTINI, STEFANO, “Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un Diritto Amministrativo Globale?”, en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005, pp. 77 y 78.

Consúltese también a VERHOOSSEL, GAETAN, “The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to seek Relief for Breaches of WTO Law”, en *Journal of International Economic Law*, Volume 6, Number 3, September 2003, pp. 493 and ss.

en estas materias, los jugadores de una partida en la que el árbitro -el *referee*- es la OMC⁴⁴. Los asuntos o problemas transfronterizos han de ser resueltos por autoridades transfronterizas -*rectius*, globales-.

Una observación final: A través del Decreto Ejecutivo N° 1.343, de fecha 13 de junio de 2001, Venezuela creó el Comité Nacional del *Codex Alimentarius*⁴⁵. El Comité es un órgano técnico (artículo 1°), integrado por órganos y entes del sector público -entre otros, los Ministerios de Relaciones Exteriores, Producción y Comercio y Salud y Desarrollo Social, el Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario (INDECU) y el Fondo para la Normalización y Certificación de la Calidad (FONDONORMA)-, y también por sujetos de sector privado, como la Cámara Venezolana de la Industria de Alimentos (CAVIDEA) (artículo 4°). Conforme al artículo 8, ordinales 3° y 4°, del Decreto, dicho Comité tiene entre otras las siguientes funciones: «colaborar y coordinar con los respectivos organismos nacionales e internacionales, los asuntos relacionados con el objetivo de la Comisión del *Codex Alimentarius*», y «velar por la aplicación de las normas alimentarias conforme al *Codex Alimentarius*, aceptadas universalmente tendentes a la protección de la salud del consumidor y las prácticas de comercialización de alimentos». El Decreto, dicho en otras palabras, le encomienda a un órgano de la Administración Pública nacional velar por la aplicación de las normas técnicas elaboradas por una Administración -por una autoridad- global. El Derecho elaborado por “otros” se aplica en Venezuela sin solución de continuidad. A ese Derecho elaborado por “otros” más allá de nuestras fronteras, a esas normas administrati-

44 CASSESE, SABINO, *Op. Cit.*, p. 119.

45 *Gaceta Oficial* N° 37.237, de fecha 13 de junio de 2001.

vas confeccionadas por la Comisión del Codex Alimentarius, queda subordinada la Administración nacional al momento de ejercer el Poder Público.

§ 2. La Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático (CMCC) y el Protocolo de Kyoto

En virtud del “Protocolo de Kyoto”, que se inscribe en la “Convención Marco de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático” (CMNUCC)⁴⁶, los Estados Partes mencionados en el Anexo número I de dicho Protocolo -y, por vía de consecuencia, las empresas que en ellos operan- se hallan obligados a reducir sus emisiones de gases causantes del “efecto invernadero” (GEI)⁴⁷.

46 En inglés, United Nations Framework Convention on Climate Change o UNFCCC.

De acuerdo al artículo 2º de la Convención, «el objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible».

En torno a la Convención Marco sobre el Cambio Climático de la Organización de las Naciones Unidas y el Protocolo de Kyoto puede consultarse a HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, “Hábitos energéticos en el horizonte del desarrollo sostenible. Una panorámica de los esfuerzos por invertir la tendencia de emisión de GEI como medio de atajar el preocupante proceso de cambio climático”, en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente* (Dir. PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS), Civitas, Madrid, 2002, pp. 311 y ss.

47 Aparecen mencionados en el Anexo número I los países siguientes: Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, Es-

A tales efectos, los Estados se obligan a elaborar un inventario nacional de sus emisiones, que luego debe ser actualizado periódicamente. Las reducciones obligatorias -«...a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012» (artículo 3.1 del Protocolo)- pueden lograrse de diferentes maneras, a saber:

En primer lugar, los Estados pueden cumplir sus compromisos reduciendo sus propias emisiones de gases, es decir, las emisiones producidas dentro de sus respectivos territorios.

Pero como la atmósfera es una sola y a la contaminación hay que combatirla globalmente⁴⁸, los Estados pueden también honrar sus compromisos adoptando medidas que permitan reducir las emisiones de otros países, las producidas en otras latitudes. En esta segunda hipótesis, uno cualquiera de los Estados del Anexo número I puede cumplir sus obligaciones, esto es, “reducir” sus emisio-

lovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. También la Comunidad Europea que, a pesar de no ser Estado, es parte firmante del instrumento.

Los gases a los que alude el Protocolo son el dióxido de carbono (CO₂), el metano (CH₄) y el óxido nitroso (N₂O), amén de tres (3) gases industriales fluorados: hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆).

48 En palabras de Hernández Corchete, comoquiera que «...los gases de efecto invernadero no producen un impacto exclusivamente local, sino que éste trasciende fronteras... de poco serviría el esfuerzo de recorte de un Estado sin el compromiso de los demás...» (HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, “Cambio Climático”, en *Diccionario de Derecho Ambiental* (Dir. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE y LOZANO CUTANDA, BLANCA), Iustel 2006, pp. 175 y ss.).

nes, a través, *verbi gratia*, de proyectos de reforestación o de generación eléctrica rural con paneles solares o energía eólica, a ser ejecutados en un Estado no mencionado -no incluido- en dicho Anexo. Esta forma de cumplimiento, de cumplimiento por equivalente, se denomina Mecanismo de Desarrollo Limpio o MDL (*Clean Development Mechanism* o CDM). Y es a la Junta Ejecutiva del MDL del Protocolo de Kyoto a quien, como autoridad, le corresponde determinar cuáles son los proyectos elegibles y cuántos los créditos que de su ejecución se derivan⁴⁹. Como contrapartida por la ejecución de tales proyectos, los Estados reciben Certificados de Reducción de Emisiones (*Certified Emission Reductions* o CERs).

En tercer lugar, un Estado mencionado en Anexo I del Protocolo puede ejecutar un proyecto de reducción de emisiones en el territorio de otro país incluido en dicho Anexo a los efectos de computar, como propias, las unidades de reducción de emisiones resultantes (*Emissions Reduction Units* o ERUs). Esta segunda modalidad de cumplimiento por equivalente se denomina Aplicación Conjunta (*Joint Implementation* o JI).

Finalmente, los Estados mencionados en el Anexo número I del Protocolo pueden negociar emisiones (*Emissions Trading*)⁵⁰. En efecto, en virtud del artículo 17 del Protocolo tales Estados pueden adquirir de otros unidades (*Tradable Pollution Rights*), cada una de ellas equivalente a una tonelada métrica de dióxido de carbono. En

49 CRAIK, NEIL, *Deliberation and Legitimacy in Transnational Environmental Governance*, IILJ Working Paper 2006/10, Global Administrative Law Series, www.iilj.org, p. 9.

50 SANZ RUBIALES, IÑIGO, "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 125, enero-marzo 2005, Editorial Aranzadi, S.A., pp. 31 y ss.

otras palabras, para controlar la contaminación el Protocolo crea un “mercado” en el que los Estados, y también sus empresas, pueden negociar su ahora “limitado” derecho a contaminar *-rectius*, su “limitado” derecho a utilizar el espacio atmosférico como receptor de vertidos o emisiones⁵¹. Y, he aquí a donde queríamos llegar, las empresas *-exempli gratia*, las productoras de energía- que contaminen menos de lo previsto, y que, por tanto, no copen la cuota que les fuere asignada por el Estado en el cual se hallan instaladas, pueden, a cambio de dinero, ceder sus derechos de emisión sobrantes a aquellos que lo necesiten, que lo requieran, por el hecho de contaminar más de lo tolerado⁵². Parafraseando a Stewart, la regulación -por el Protocolo de Kyoto- de sujetos no estatales pone en evidencia que hoy en día a nivel internacional el Derecho ha dejado de

51 SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Op. cit.*, p. 48.

52 En el ámbito *-exempli gratia-* de la Comunidad Europea, el Protocolo de Kyoto fue desarrollado mediante la Directiva 2003/87. Con respecto a esa Directiva SANZ RUBIALES comenta cuanto sigue: que la Directiva «...crea un mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a nivel europeo...»; que de acuerdo a la Directiva, «los Estados miembros juegan un papel esencial en el funcionamiento de este mercado, porque a ellos corresponde aprobar los Planes Nacionales de Asignaciones (de cuotas de emisión) [de acuerdo a los criterios, limitativos de la discrecionalidad, establecidos por la Comisión de la Comunidad Europea] y asignar individualmente - a cada instalación incluida en el ámbito de la Directiva- los derechos correspondientes»; y, que «el mercado de cuotas permite llevar a cabo las reducciones de emisiones allá donde resulta menos costoso; además, fomenta la inversión tecnológica dirigida a reducir emisiones. Las empresas más eficientes podrán vender los derechos sobrantes, no utilizados, a otras empresas menos eficientes que deberán pagar por ellos» (SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Op. cit.*, p. 64).

girar en torno al Estado, que ha dejado de ser, esto es, “Estado-Céntrico”⁵³.

Y de esos negocios jurídicos transnacionales de compra-venta de los derechos de emisión entre empresas, entre particulares, gobernados o disciplinados por normas administrativas de ese Derecho Global, debe dejarse constancia, entre otros, en un diario o registro (*International Transaction Log*) creado y llevado por la Secretaría del Cambio Climático (*Climate Change Secretariat*), autoridad internacional que se halla autorizada para controlar las operaciones cuya inscripción en registro se solicite⁵⁴. En su condición de Registrador, la Secretaría desarrolla a nivel internacional actividades de naturaleza similar, si no idéntica, a las funciones (administrativas) que desarrolla un Estado, por órgano de un funcionario registrador, al inscribir un negocio jurídico de compra-venta, *exempli gratia*, en el registro de la propiedad inmobiliaria⁵⁵.

53 STEWART, RICHARD B., “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *Law and Contemporary Problems*, Volume 68, Summer/Autumn 2005, Numbers 3 & 4, Duke University School of Law, Durham, North Carolina, p. 89.

54 En el documento intitulado “Modalidades para la contabilidad de las cantidades asignadas conforme al artículo 7, párrafo 4º, del Protocolo de Kyoto”, se establece cuanto sigue: «38. Procedimientos para las Operaciones. La Secretaría debe establecer y mantener un registro de operaciones independiente, para verificar la validez de las operaciones, incluyendo la emisión, transferencia y adquisición entre registros [nacionales], cancelación y retiro...» de las, *verbi gratia*, Unidades de Reducción de Emisiones (ERUs) y de los Certificados de Reducción de Emisiones (CERs).

55 Puede afirmarse que todo registro “público”, incluido el *International Transactional Log*, se inspira, *mutatis mutandis*, en tres (3) principios fundamentales, a saber: Primero, el principio de consecutividad, en virtud del cual «de los asientos existentes en el Registro, relativos a un mismo bien, deberá re-

Resta por observar que si un Estado incumple la meta de reducción de emisiones contemplada por el Protocolo de Kyoto, el Comité de Cumplimiento del Protocolo, órgano al cual incumbe asegurar la vigencia y eficacia de dicho instrumento, puede exigirle a dicho Estado que cumpla con sus compromisos, y, complementariamente, puede también ordenarle que haga reducciones adicionales equivalentes a un 30%. En estos casos el Comité se asemeja a una Administración que toma decisiones, que dicta actos como autoridad, que afectan tanto a los Estados como a los particulares de dichos Estados.

El Derecho Internacional ya no es producto, única y exclusivamente, de consensos, de mera cooperación. Aunque parezca un contrasentido, el Derecho Internacional -el surgido en 1648 tras la paz de Westfalia- ha dejado de ser ese Derecho en el que, por definición, no hay autoridades⁵⁶, porque todos los sujetos, por causa de su soberanía, se hallan en un plano de igualdad. Los problemas globales exigen normas y autoridades también globales.

sultar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones y extinciones» (artículo 7 de la Ley de Registro Público y del Notariado venezolana, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.833 Extraordinario, del 22 de diciembre de 2006); segundo, el principio de legalidad, conforme al cual «sólo se inscribirán en el Registro los títulos que reúnan los requisitos de fondo y forma establecidos por la ley» (artículo 8 *eiusdem*); y, tercero, el principio de publicidad, según el cual «la fe pública registral protege la verosimilitud y certeza jurídica que muestran sus asientos. La información contenida en los asientos de los Registros es pública y puede ser consultada por cualquier persona» (artículo 9 *eiusdem*).

56 BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato, Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Op. cit., p. 5.

§ 3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Volvamos ahora nuestra mirada hacia el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁵⁷, organización internacional autónoma -más propiamente, ente con personalidad jurídica internacional- estrechamente vinculada al Banco Mundial, creada a través del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” o Convenio de Washington⁵⁸, en vigor desde octubre de 1966. El Centro fue creado con el objeto, ese es su propósito, de que sirviese de marco institucional para el desarrollo de procesos de arbitraje entre los Estados y los inversionistas (extranjeros) en aquellos casos en los que ambas partes acuerden someterse a la competencia del CIADI⁵⁹.

A nivel internacional el Derecho, ya lo decíamos antes, ha dejado de girar en torno al Estado, ha dejado de ser “Estado-Céntrico”. Para corroborarlo pudiera citarse a Al Faruque, quien observa:

«Una de las consecuencias legales importantes de los BITs [o Tratados Bilateral de Inversión] es que reconocen a los inversionistas privados [de origen] extranjero como actores del Derecho Internacional al permitirles formular una reclamación a nivel internacional con base en la previsión de mecanismos de resolución de controversias entre el Estado receptor [de la inversión] y el inversionista... y por tanto con-

57 En inglés, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

58 En inglés, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

59 HERDEGEN, MATHIAS, *Derecho Económico Internacional*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2005, p. 316.

vierten la relación entre el inversionista privado [de origen] extranjero en [relación] de Derecho Internacional»⁶⁰.

El Centro cuenta con una Administración propia, no estatal, que en ejecución del Convenio, esto es, en ejecución de normas de “ley”, ha dictado un Reglamento Administrativo y Financiero y tres (3) actos normativos más, todos de rango “secundario”, “subordinado”, “sub-legal” o “infra-legal”, porque desarrollan las normas del Convenio, que disciplinan los procedimientos, de arbitraje y de conciliación que se tramiten ante el Centro⁶¹. Las normas aprobadas por el Centro, vale la pena observarlo, resultan vinculantes para su autor, para los Estados y, finalmente, para los inversionistas que resuelvan proponer una reclamación contra un Estado por causa de una inversión internacional. Salta a la vista que en la esfera internacional el Centro desarrolla actividades de naturaleza similar, si no idéntica, a las que realiza un Estado -en el ejercicio de una función pública- al desarrollar las normas de una ley mediante reglamento.

60 «One of the important legal implications of BITs is that it recognizes private foreign investors as actors of international law by allowing them to bring a claim in the international level through insertion of provisions on dispute settlement between the host State and foreign investors... and thus effectively elevate the relationship between a private foreign investor and a host State to the level of international law» (AL FARUQUE, ABDULLAH, “Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 44, N° 1, January-March 2004, p. 316).

61 Aludimos a i) las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, ii) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación y iii) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (los reglamentos citados pueden ser consultados en <http://www.worldbank.org/icsid>).

Me explico: En el arbitraje, regulado en Venezuela por la Ley de Arbitraje Comercial⁶², el tribunal arbitral, llamado a decidir conforme a las reglas del Derecho o de la equidad, según los casos, debe seguir un procedimiento. En propósito, debe tenerse presente que la Ley establece que cuando el arbitraje se desarrolla ante un centro de arbitraje permanente (aludimos aquí al así denominado "arbitraje institucional"), como pueden ser las universidades, las cámaras de comercio o cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, el procedimiento que debe ser observado, «...incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de los árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido» (artículo 12). A la luz de la previsión citada, entendemos que los reglamentos dictados por los centros de arbitraje institucional con base en la habilitación contenida en la Ley de Arbitraje Comercial son actos de autoridad⁶³, esto es, "actos administrativos", dictados en ejercicio de función normativa. Entendemos, más aún, que al dictar sus respectivos reglamentos de procedimiento los centros de arbitraje institucional regulados en Venezuela por la Ley de Arbitraje Comercial ejercen una función esencialmente idéntica a la que realiza el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) al momento de dictar sus reglamentos de procedimiento. Los actos de autoridad de los centros de arbitraje institucional, disciplinados por el Derecho Administrativo Nacional, por una parte,

62 *Gaceta Oficial* N° 36.430, del 7 de Abril de 1998.

63 Con la venia de rigor, consúltese MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "Las bolsas de valores como servicio público. Competencia de las bolsas de valores para expedir actos administrativos", en *Revista Tachirensis de Derecho*, número 1/1.1992, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Estado Táchira, 1992, pp. 15 y ss.

y por la otra, los reglamentos expedidos por esa Administración sin Estado denominada Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), son, insistimos en la idea, esencialmente idénticos.

Si en la esfera internacional, como afirman Kingsbury, Krisch y Stewart⁶⁴, la actividad administrativa puede ser distinguida o diferenciada, desde un punto de vista conceptual, de la legislación, que asume la forma de Tratados, y de la jurisdicción, que sirve para dirimir las controversias entre Estados y otros sujetos de Derecho en disputa, los actos normativos aprobados por el Centro en ejecución del Convenio de Washington son, no hay duda, el producto de actividad administrativa, porque éstos, al igual que lo haría un reglamento de hechura o manufactura nacional -dictado en el caso venezolano, con base en el artículo 236, numeral 10, de la Constitución⁶⁵-, desarrollan las previsiones de dicho Convenio.

Al poder normativo o reglamentario del Centro, por órgano de su Consejo Administrativo, se agregan los poderes del Secretario General, funcionario al cual incumbe, *exempli gratia*, mantener -de acuerdo con las reglas que él promulgue- Registros separados de las solicitudes de conciliación y arbitraje, así como también promulgar reglas sobre el acceso a los Registros llevados por el Centro y fijar un arancel por el suministro de extractos, certificados o no, de los documentos inscritos en dicho Registro⁶⁶.

64 KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", *Op. cit.*, p. 17.

65 La norma constitucional citada establece: «Artículo 236. Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:... 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón».

66 Artículo 32 del Reglamento Administrativo y Financiero.

Al Centro y a otras Administraciones internacionales Battini dedica una obra intitulada de manera más que sugerente: “Administraciones sin Estado” (*Amministrazioni senza Stato*). Esas Administraciones a las que alude Battini se encuentran sometidas a un Derecho, a un Derecho Administrativo, que Cassese no vacila en llamar *a-nazionale*, queriendo denotar con ese prefijo que se trata de un Derecho Administrativo -y ésta es una aparente e insalvable *contradictio in terminis*- sin Estado (*destatizzato*), transnacional (*transnazionale*) por definición; un Derecho Administrativo que se ocupa de una Administración -he aquí otra aparente *contradictio in terminis*- que no se enmarca en la estructura -en la tradicional organización- del Estado⁶⁷.

67 CASSESE, SABINO, “L’ordinamento giuridico globale”, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 8.

Luce necesario acotar que la expresión Derecho *a-nazionale* no tiene un significado unívoco. Invocando a François Rigaux, en Venezuela Rodner observa que «...como efecto de la expansión del comercio y las finanzas internacionales, ha nacido un Derecho que está separado del sistema jurídico interno»; que «este nuevo Derecho aparece inicialmente como un resurgimiento del Derecho [internacional] del comerciante (*Lex mercatoria*)...»; y, que «el nuevo Derecho no es producto de la voluntad de un Estado soberano y, por lo tanto, no forma parte del Derecho positivo interno de un país determinado, constituyendo lo que denomina la doctrina francesa, un verdadero Derecho anacional, o sea, un Derecho desatado de su asociación con un orden jurídico estatal determinado» (RODNER, JAMES-OTIS, *Op. cit.*, p. 168). Rodner complementa esas observaciones acotando que «la expresión por excelencia del Derecho anacional es la *Lex Mercatoria*»; que esa *Lex Mercatoria* de la que habla la doctrina francesa «...nace independientemente de toda intervención estatal y está dirigida a las relaciones comerciales internacionales, calificándose el mismo como un Derecho transnacional o anacional... reminisciente del Derecho mercantil medieval»; y, que «el Derecho anacional forma un sistema jurídico independiente, que no forma parte del Derecho positivo

La globalización, la conclusión pareciera forzosa, ineludible, es un proceso esencialmente *a-nazionale*, amén de *a-territoriale*. Su Derecho también. La crisis territorial del Estado, por obra de las diferentes materias que desbordan sus fronteras y, por tanto, demandan una atención y solución globales, ha traído consigo la internacionalización -la globalización- del Derecho Administrativo⁶⁸,

de ningún país. A su vez, el Derecho anacional es un sistema de Derecho autónomo, separado del Derecho interno. Así por ejemplo, las reglas de la Cámara de Comercio Internacional relativas a los términos del comercio internacional (Incoterms) están en un solo y único texto, y estas normas se aplican (en el comercio internacional) a todas las transacciones. No hay términos Incoterms del Estado A y otros del Estado B...» (RODNER, JAMES-OTIS, *Op. cit.*, pp. 196, 197 y 204). Por su parte Del Vecchio observa que la *lex mercatoria* contemporánea se diferencia de la *lex mercatoria* medioeval «...porque no es más el fruto de costumbres y de usos surgidos a lo largo del tiempo en el ámbito de las relaciones comerciales, sino la respuesta a la permanente necesidad de una nueva regulación jurídica de los vínculos comerciales» («...la *lex mercatoria* attuale... si differenzia nettamente [dalla medioevale]... perché non è di più il frutto di consuetudini ed usi sorti nel tempo nell'ambito dei rapporti commerciali, bensì è la risposta al continuo bisogno di *nuova* regolamentazione giuridica dei rapporti commerciali stessi») (DEL VECCHIO, ANGELA, *Op. cit.*, p. 4). Sobre la *lex mercatoria* véase también FORTIER, L. YVES, "New Trends in Governing Law: The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future", en *ICSID Review. Foreign Investment Law*, Volume 16, Number 1, Spring 2001, International Centre for Settlement of Investment Disputes, pp. 10 y ss; y, GUERRA, VÍCTOR HUGO, *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado. Artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional privado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 96 y ss.

68 MARINO, IGNAZIO M., "Diritto Amministrativo e globalizzazione", publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufre Editore, Milano, 2005, p. 206. También CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica*, *Op. cit.*, pp. 183 y 184.

hoy por hoy ligado a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y de Derechos que interaccionan entre sí.

§ 4. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

Centremos ahora nuestra atención en el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, red intergubernamental de autoridades bancarias, integrada por representantes del G-10 (Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica) y Luxemburgo. El Comité, creado bajo los auspicios del Banco Internacional de Pagos (*Bank of International Settlements*) de Basilea, se ocupa, ese es su objeto, de promover la cooperación entre las autoridades nacionales o domésticas de los países que integran el Comité, así como con las autoridades de otras naciones encargadas -todas ellas- de la supervisión bancaria en sus respectivos países. Sirve, pues, como foro para la discusión, para el debate, de aquellos asuntos relacionados con el control, la vigilancia y la supervisión de la banca, asuntos estos esencialmente técnicos que hoy por hoy requieren de atención global.

Por causa de la interdependencia entre las distintas economías, en estas materias la regulación mediante normas de concepción y manufactura nacional o local ha tenido que ser sustituida o reemplazada por un modelo de regulación, de hechura global, que sirve para armonizar o estandarizar las diferentes legislaciones nacionales. En ciertas materias, el centro de toma de decisiones, ya lo anotábamos antes, se desplaza de la esfera nacional hacia la global⁶⁹. Y si bien es cierto que el Comité sólo produce normas no vin-

69 KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", *Op. cit.*, p. 16.

culantes (*soft-law*), normas, esto es, que sólo pueden entrar en vigor y adquirir eficacia una vez que han sido incorporadas al Derecho interno de los distintos países -lo cual contrasta con lo ya dicho con respecto a la OMC-, no es menos cierto que esas reglas o estándares ejercen una influencia determinante sobre el contenido de la regulación que los Estados deciden luego adoptar sobre estas materias⁷⁰. Por obra de la globalización y de las “normas” producidas por el Comité, la “libertad” con la que otrora contaban las autoridades nacionales encargadas de disciplinar estas materias se encuentra hoy por hoy limitada o condicionada⁷¹. En estas materias, la línea que separa y distingue el Derecho Nacional y Derecho Internacional tiende a desvanecerse, a hacerse cada vez más borrosa.

Con la participación de las autoridades de los países en desarrollo, en abril de 1997 el Comité produjo un documento intitulado Principios Básicos para la Supervisión Bancaria Efectiva (*Core Principles for Effective Banking Supervision*), en el que -valga la redundancia- se indican los principios, 25 en total, que deben ser implementados por las autoridades bancarias de todos los países, para así

70 En palabras de Battini, las decisiones del Comité «...no se dirigen a los Estados, ni son fuente de obligación [-de obligación alguna-] de Derecho internacional, pero son adoptadas “con la expectativa de que las distintas autoridades nacionales tomarán las medidas necesarias para implementarlas”» en sus jurisdicciones («le decisioni di quest’ultima, inoltre, non si rivolgono agli Stati, nè sono fonte di alcun obbligo internazionale, ma vengono adottate “in the expectation that individual authorities will take steps to implement them”») (BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Op. cit., p. 211).

71 KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO, STEWART, RICHARD B. y WIENER, JONATHAN B., “Foreword: Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems* Vol. 68, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law, p. 3.

asegurar un sistema de control, vigilancia y supervisión efectivos⁷². En ese documento se precisa que las autoridades nacionales encargadas de la supervisión bancaria deben i) contar con independencia operacional y recursos suficientes (Principio N° 1); ii) exigirle a la banca un capital mínimo prudente y apropiado, cónsono con los riesgos que el banco asume (Principio N° 6); y, iii) ejercer una supervisión consolidada y global sobre los bancos que operan internacionalmente (Principio N° 23). Estos principios, que se considera deben ser objeto de aplicación universal, han sido empleados tanto por el Fondo Monetario Internacional como por el Banco Mundial para evaluar los distintos sistemas nacionales en el área de la supervisión bancaria.

Más recientemente, el Comité produjo el Acuerdo de Basilea II, que reemplaza o sustituye el elaborado en 1988 (Basilea I)⁷³. A través del Acuerdo de Basilea II se procura asegurar la convergen-

72 En abril de 2006 el Comité de Basilea abrió un proceso de consultas para revisar los Principios Básicos para la Supervisión Bancaria.

73 El Acuerdo de Basilea I, originalmente diseñado para regir en los países que integran el G-10, terminó siendo aplicado en esos países y en 100 más que “voluntariamente” decidieron adoptarlo. En esta materia la *ratio economica* ha terminado imponiéndose porque, como bien observan BARR y MILLAR, la previa adopción de los estándares de Basilea es requisito indispensable para poder actuar o participar en los mercados financieros importantes («While the Basel standards were intended only to apply to internationally active banks in the G-10, the 1998 Accord was quickly applied to all banks in the G-10, and over 100 other countries “voluntarily” adopted the accord. In a sense, many of these countries had little choice. Participation in the markets that matter (The United Kingdom, the United States, Japan and the European Union) require home countries to meet Basel standards») (BARR, MICHAEL S. y MILLER, GEOFFREY P., “Global Administrative Law: The View from Basel”, *European Journal of International Law* (EJIL), Volume 17, N° 1, February 2006, p. 20).

cia, la convergencia global, de los procesos de revisión adelantados por las distintas autoridades nacionales en lo tocante a la suficiencia del capital de los bancos con actividad internacional y a la divulgación de esa información, para, de ese modo, brindarle mayor solidez y estabilidad al sistema bancario internacional. La discusión y aprobación, a nivel internacional, del Acuerdo de Basilea II, por una parte, y por la otra, la ulterior implementación de dicho acuerdo a nivel nacional o doméstico, pueden y deben ser vistos -considerados- como fases, trámites o etapas de un mismo y único proceso⁷⁴. A nivel internacional ese proceso se inició en 1999, año en el que el Comité produjo un primer documento intitulado El Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea (*A New Capital Adequacy Framework*), que en calidad de borrador o proyecto de normas fue divulgado y sometido a consulta. Los comentarios formulados por i) las diferentes autoridades estatales supervisoras, y ii) los bancos y demás interesados en dicho proyecto, fueron tomados en consideración por el Comité, que en el 2001 produjo un segundo documento, que una vez más fue sometido a consulta. A la luz de las observaciones hechas al segundo borrador, en el 2003 el Comité publicó un tercer documento y lo sometió a consulta. Con base en los comentarios al tercer borrador en el 2004 el Comité, finalmente, publicó el Acuerdo de Basilea II, intitulado Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital (*International Convergence of Capital Measurements and Capital Standards*).

El trámite seguido por el Comité para la aprobación el Acuerdo del 2004 -esto es, el proceso para la producción de un modelo de regulación, de hechura global, que sirve para armonizar las diferentes legislaciones nacionales- pudiera asimilarse, *mutatis mutandis*, al procedimiento administrativo para la aprobación de normas re-

74 BARR, MICHAEL S. y MILLER, GEOFFREY P., *Op. cit.*, p. 23.

glamentarias contemplado por la *Federal Administrative Procedure Act*, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica en 1946⁷⁵. También pudiera equipararse al procedimiento

75 Según STRAUSS, en los Estados Unidos de América la aprobación de “legislación delegada” -esto es, de reglamentos- se encuentra sometida a un procedimiento administrativo previo, cuyos momentos fundamentales o requisitos esenciales son los siguientes: En primer lugar, debe publicarse una suerte de “edicto”, a través del cual la Administración le participe al público que ella pretende adoptar normas. En esa oportunidad la Administración debe indicar cuáles son las reglas que pretende adoptar o, en su defecto, debe al menos describir cuáles son los problemas y asuntos que se desea regular. En segundo término, la Administración debe brindarle a los interesados oportunidad para que formulen comentarios u observaciones sobre el proyecto de normas. Adicionalmente, la Administración debe considerar las observaciones que le hubieren sido formuladas por escrito. Con el objeto de evitar la vulneración del principio de audiencia del interesado, los jueces norteamericanos han censurado aquellos procedimientos administrativos normativos en los cuales sólo se garantiza el principio de manera formal o adjetiva (aludimos a los así denominados *paper hearings*). Finalmente, la Administración debe explicar de manera concisa cuáles son las razones que justifican la adopción de las reglas. En otras palabras, la Administración debe motivar sus decisiones (STRAUSS, PETER, “From Expertise to Politics: The transformation of American Rulemaking”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1996, pp. 533 y ss.; y, con la venia de estilo, véase también MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La ‘Actividad Normativa’ de la Administración Pública”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1996, pp. 591 y ss).

Como veremos *infra*, las similitudes existentes entre el *rulemaking procedure* previsto por la *Federal Administrative Procedure Act* norteamericana y los procedimientos normativos previstos por la Ley de Procedimiento Administrativo española y la Ley Orgánica de la Administración Pública venezolana parecieran corroborar las observaciones de De Pretis, quien hablando del proceso de integración del sistema de tutela jurisdiccional europea destaca que en estos tiempos de globalización «...los Derechos [estatales] se aproximan...», se hacen más similares, más parecidos, porque entre ellos se verifica o produce un fenómeno que ella denomina “fertilización-cruzada”

(normativo) contemplado por los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimientos Administrativos española⁷⁶. Finalmente, pudiera asimilarse al procedimiento (normativo) previo para la aprobación de normas de carácter general contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública venezolana⁷⁷, que facul-

(“*cross-fertilisation*”), pues existe «...permeabilidad de los diversos sistemas [jurídicos] a los estímulos e intercambios con los demás» sistemas, que han dejado de ser compartimientos estancos, aislados unos de otros («Va da sé, poi, che l’effetto ultimo di questo percorso è costituito dall’avvicinamento dei vari diritti processuali nazionali ossia della loro europeizzazione, intesa, quest’ultima, non tanto como fenomeno di esportazione e importazione di istituti da un sistema all’altro, ma, in una prospettiva più familiare all’ambiente giuridico globale, como *cross-fertilisation* ossia como permeabilità dei vari sistema a stimoli e scambi con gli altri») (DE PRETIS, DARIA, *Op. cit.*, p. 114). En Venezuela, a nuestro entender, constituye un claro ejemplo de esa “fertilización-cruzada” o “*cross-fertilisation*” la relativamente reciente importación, por la jurisprudencia, de la institución del levantamiento del velo corporativo (con la venia de rigor, una vez más, véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El abuso de la forma societaria. El levantamiento del velo corporativo a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolanas en materias civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal*, Editorial Sherwood, Caracas, 2004).

76 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, segunda edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2002, p. 450 y ss.

77 *Gaceta Oficial* N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001. El artículo 136 establece textualmente: «Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente. Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta. Durante

ta a los particulares, a los destinatarios de las normas, para participar en el diseño de dichas normas, para así, de ese modo, asegurar la legitimidad de la regulación que en definitiva se apruebe o adopte. El trámite seguido para la aprobación del Acuerdo de Basilea II se asimila, decíamos, al procedimiento administrativo previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, porque en la fase de consulta, esto es, durante la confección del Acuerdo, se permitió la participación de las distintas autoridades reguladoras y también de los bancos, destinatarios últimos de las normas, no obstante su condición de sujetos de Derecho privado, no estatal.

El producto normativo del Comité de Basilea ha sido incorporado a nuestro Derecho interno, *verbi gratia*, a través de las Resoluciones números 090.95 y 198, expedidas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras en fechas 15 de mayo de 1995⁷⁸ y 17 de junio de 1999. Queda en evidencia que en el escenario

el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior. Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios..., especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo. El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante» (con la venia de rigor, véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "El ejercicio de la función normativa por la Administración Pública venezolana", en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 785 y ss.

78 La Resolución N° 090.95, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.714, del 19 de mayo de 1995, obliga a la banca a ponderar sus activos y operaciones contingentes, con el objeto de determinar, en función de sus niveles de riesgo, cuál es el patrimonio mínimo que ellas deben mantener.

internacional (*spazio giuridico globale*) descrito con anterioridad las fuentes de producción de las normas son -por la naturaleza de las cosas- otras.

En síntesis, puede afirmarse que más allá de las fronteras nacionales existen y operan organizaciones internacionales, de distinta naturaleza, que observan cánones de actuación similares -esencialmente idénticos- a los que disciplinan la conducta y la actividad de la Administración estatal. En cuanto a su sustancia, eso es lo que sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, la actividad de esas organizaciones es administrativa y, por tanto, se halla gobernada o

En la segunda Resolución, aludimos a la N° 198 (*Gaceta Oficial* N° 36.726, del 18 de junio de 1999), la Superintendencia modifica los porcentajes mínimos de adecuación patrimonial de la banca establecidos por la Resolución N° 909.95, y al hacerlo invoca expresamente «...los Principios de Basilea» (artículo 6°).

Vale la pena tener presente que la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras venezolana dispone que todos los bancos están sujetos a la normativa prudencial que establezcan la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela; que constituyen normativa prudencial todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico contable y legal de obligatoria observancia dictadas, mediante resoluciones de carácter general, así como a través de circulares; que las actividades y operaciones bancarias deben ser en un todo conformes con la normativa prudencial; que los bancos deben mantener un índice de liquidez y solvencia acorde con el desarrollo de sus actividades, preservando una equilibrada diversificación de las fuentes de sus recursos y de sus colocaciones e inversiones; y, que corresponde a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictar las normas prudenciales para, por ejemplo, asegurar la necesaria (imprescindible) correspondencia entre la estructura de los activos y los pasivos; evitar riesgos de iliquidez y de interés; y, el castigo de créditos.

En torno a la adopción del Acuerdo de Basilea por Venezuela puede consultarse MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 199 y ss.

disciplinada por un Derecho Administrativo, un Derecho Administrativo Global.

Y dejando de lado las formas adjetivas seguidas por el Comité de Supervisión de Basilea para adoptar sus Acuerdos, ¿qué decir del contenido de tales Acuerdos, luego “incorporados” por los Estados a sus legislaciones internas? Quizás pueda afirmarse que por causa de la globalización los sistemas (nacionales) de *iura propria* tienden a uniformarse⁷⁹. Quizás pueda decirse que el acento no debe ponerse en el hecho de que el Derecho de los distintos países se torna cada vez más parecido, sino en otro dato: La convergencia de los “ambientes”, de las circunstancias de hecho, en los que el Derecho Administrativo nacional evoluciona⁸⁰. De una u otra forma, lo cierto es que en el mundo globalizado de hoy en día las particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales parecieran atenuarse progresivamente⁸¹.

De la naturaleza del Comité de Basilea -finalmente- dice Battini:

«...más que la política, en la “*governanza global*” juega un rol dominante la administración”... [Por ello,] no resulta sorprendente que [en]... la *governanza global* algunos de los resultados más significativos

79 LINGUITI, ALDO, “L’attività contrattuale Della Pubblica Amministrazione”, en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell’Incontro di Studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 30.

80 MENY, YVES, “Sistemi amministrativi e sistemi politici in Europa”, en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell’Incontro di Studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 58.

81 LASCHENA, RENATO, “Considerazioni generali sul tema”, en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell’Incontro di Studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 3.

hayan sido alcanzados justo a través de investigaciones que han puesto de relieve, principalmente, las dinámicas administrativas: “a nivel mundial -ha sido observado- los entes administrativos reguladores están creando y trabajando en redes con sus distintas contrapartes”. La respuesta de los poderes públicos a la globalización tendría, según tales investigaciones, una cara externa y una interna. Internamente los Estados se fragmentan, se desagregan en sus propios componentes administrativos, que adquieren mayor autonomía e independencia, hasta convertirse en “un Estado dentro del Estado”, o en “islas de soberanía”. Fuera del ordenamiento al cual pertenecen, estos entes luego se reagrupan con sus pares [con las administraciones equivalentes de otros países], componiendo en su esfera de actividades figuras organizativas a las que la reciente literatura anglosajona reserva la denominación de redes de regulación transgubernamental. En síntesis, “esta reconstitución de la soberanía en un mundo de rápida globalización toma en lo interno la forma de la fragmentación y el policentrismo y en el externo la forma de la gobernanza en redes”. No hay duda de que la creciente integración de los varios aparatos administrativos nacionales de sectores, en el ámbito de las figuras internacionales de composición, sea un fenómeno conatural -y correspondiente- a la progresiva integración de los mercados nacionales. Ello refleja la exigencia de hacer seguir a la necesaria desregulación nacional, imprescindible para la construcción de mercados comunes, a una re-regulación supranacional, o cuando menos internacionalmente armonizada, capaz de asegurar el funcionamiento de tales mercados»⁸².

82 BATTINI afirma textualmente: «...nella “global governance” gioca un ruolo dominante l’amministrazione, piuttosto che la politica”... non è sorprendente che, nello studio dei caratteri positivi della *global governance*, alcuni dei risultati più significativi siano stati raggiunti proprio attraverso indagini che hanno messo a fuoco, prevalentemente, le dinamiche amministrative: “administrative agencies -è stato osservato- are networking with their counterparts worldwide”. La risposta dei poteri pubblici alla

globalizzazione avrebbe, secondo tali indagini, un volto esterno ed uno interno. All'interno, gli Stati si frammentano, si disaggregano nelle proprie componenti amministrative, che acquistano maggiore autonomia e indipendenza, fino a divenire "a state within the state", o "islands of sovereignty". Queste, poi, all'esterno dell'ordinamento nazionale a cui appartengono, si riaggregano con le corrispondenti amministrazioni degli altri paesi, componendosi nell'ambito di figure organizzative cui la recente letteratura anglosassone riserva il titolo di *transgovernmental regulatory networks*. In breve, "this reconstitution of sovereignty in a world of rapid globalization takes the internal form of fragmentation and polycentricity and the external form of network governance". Non vi è dubbio che la crescente integrazione dei vari apparati amministrativi nazionali di settore, nell'ambito di figure organizzative internazionali di composizione, sia fenomeno connaturato -e corrispondente- alla progressiva integrazione dei mercati nazionali. Esso riflette l'esigenza di far seguire alla de-regolazione nazionale, necessaria per la costruzione di mercati comuni, una ri-regolazione sovranazionale, o quantomeno internazionalmente armonizzata, che di tali mercati possa assicurare il funzionamento» (BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale, Op. cit.*, pp. 207 y 208). Y agrega CASSESE: «No hay, actualmente, sector del Derecho Administrativo, desde la policía, a la tutela del medio ambiente... en que no exista una organización internacional que establezca estándares, emane directivas, controles, etc.» (CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica, Op.cit.*, p. 184).

Con base en las enseñanzas de BATTINI, como ejemplo de esa mayor autonomía e independencia de ciertas Administraciones Públicas nacionales en Venezuela pareciera que pudiera citarse al Banco Central de Venezuela, toda vez que el artículo 316 de la Constitución establece que «las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela»; que «el objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria»; que «el Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia»; y, que «para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley». Esa norma constitucional ha sido des-

El Comité de Basilea no es la única red intergubernamental de autoridades nacionales digna de mención. Pudiera también mencionarse la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*The International Organization of Securities Commissions* o *IOSCO*), que en 1988 produjo los Objetivos y Principios de la Regulación de Valores (*Objectives and Principles of Securities Regulation* o *IOSCO Principles*)⁸³. Otro tanto pudiera decirse del Grupo de Acción Financiera -*Financial Action Task Force (FATF)* o *Groupe d'Action financière (GA-*

arrollada por el artículo 2° de la Ley del Banco Central de Venezuela, que establece, por una parte, que «el Banco Central de Venezuela es autónomo para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, y ejerce sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación», y por la otra, que «en el ejercicio de sus funciones, el Banco Central de Venezuela no está subordinado a directrices del Poder Ejecutivo».

En otro orden de ideas, como ejemplo de la regulación armonizada, capaz de asegurar el cabal funcionamiento del mercado global, en Venezuela pareciera que pudiera citarse el artículo 5° (Principio de la Uniformidad de la Legislación Aeronáutica) de la Ley de Aeronáutica Civil (*Gaceta Oficial* N° 38.226 del 12 de julio de 2005), que reza así: «La legislación aeronáutica civil venezolana se orientará a la adecuación y al cumplimiento de las normas y métodos recomendados, emanados de la Organización de Aviación Civil Internacional y otros organismos internacionales especializados, para alcanzar la uniformidad con la normativa aeronáutica internacional, a fin de promover el desarrollo de la aeronáutica civil de manera segura, ordenada y eficiente».

83 Por ejemplo, de acuerdo a los Objetivos y Principios de la Regulación de Valores de IOSCO, de la cual Venezuela es miembro, a los intermediarios de valores se les debe exigir un capital cónsono con los riesgos que dichos sujetos asumen en su calidad de intermediarios (Principio 22). Ese principio se encuentra desarrollado mediante las “Normas sobre Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa”, aprobadas por la Comisión Nacional de Valores el 4 de octubre de 2006 (Resolución N° 128-2006, *Gaceta Oficial* N° 38.567, del 20 de noviembre de 2006).

FI-, aparato intergubernamental creado por el G-7 en 1989 con el objeto de desarrollar y promover políticas, tanto a nivel nacional como internacional, que permitan combatir eficazmente el lavado de dinero y el financiamiento terrorista.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y SU REGULACIÓN

SECCIÓN I. LA DICOTOMÍA DERECHO NACIONAL-DERECHO “INTERNACIONAL” EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

Las fronteras entre el Derecho interno, por una parte, y por la otra, el Derecho Internacional, son cada vez menos nítidas. Para constatarlo basta revisar, *verbi gratia*, el artículo 153 de la Constitución venezolana de 1999⁸⁴, en el que tras declararse que la República promoverá y favorecerá la integración con las naciones latinoamericanas y del caribe, se afirma que «la República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes»; que «para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración»; y, que «las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna»⁸⁵. Basta revisar, complementariamente, el artí-

84 *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

85 Esa norma representa un avance frente al artículo 108 de la Constitución de 1961, que en términos escuetos se refería a la integración en los siguientes términos: «La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes».

Para SUÁREZ, «...lo que ha hecho la nueva Constitución es incorporar al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Público del Estado venezola-

culo 154 *eiusdem*, a tenor del cual forman parte del Derecho interno -y, por tanto, no requieren de aprobación legislativa- los tratados internacionales «...mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional».⁸⁶

SECCIÓN II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD Y LA DICOTOMÍA DERECHO NACIONAL DERECHO “INTERNACIONAL” EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN:

no... este derecho [comunitario] tiene aplicación directa en cada uno de los países, es obligatorio para sus órganos internos, tiene efectos jurídicos para sus ciudadanos, y en caso de conflicto con el derecho nacional, tendrá primacía sobre éste... todo esto sin necesidad de que un órgano nacional tenga que darle entrada a esa norma [comunitaria] al ordenamiento jurídico interno...» (SUÁREZ, JORGE LUIS, “La Constitución venezolana y el Derecho comunitario”, en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, S.L., Madrid, 2003, pp. 252 y ss.).

- 86 En esencia, esa norma constitucional reproduce el artículo 128 de la Constitución de 1961 que rezaba así: «Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso. En todo caso, El ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación».

Centremos ahora nuestra atención en el derecho de propiedad, en el derecho fundamental a la propiedad privada⁸⁷.

§ 1. El derecho fundamental de propiedad. Su contenido según la jurisprudencia y el Derecho interno venezolanos.

El derecho de propiedad privada fue reconocido en Venezuela por vez primera en la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811. Comoquiera que «el fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye para asegurarla», en la Declaración se afirmaba que «consiste esta felicidad en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley»; que «todo ciudadano tiene derecho a adquirir propiedades y a disponer de ellas a su arbitrio, si no contraría el pacto o la ley»; y, que «ninguno puede ser privado de la menor porción de su propiedad sin su consentimiento, sino cuando la necesidad pública lo

87 Sobre la propiedad como derecho fundamental véase REY MARTÍNEZ, F., "Derecho de Propiedad Privada", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo III, Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales*, coordinada por ARAGÓN REYES, MANUEL, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, p. 211. En idéntico sentido consúltese a Brewer-Carías, para quien todos los derechos constitucionales pueden ser considerados derechos humanos o fundamentales (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for "Amparo")*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006, p. 13). También Curtis, quien señala que de acuerdo al Protocolo N° 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la propiedad es un derecho humano fundamental (CURTIS, JR., JEROME J., "Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights", *European Law Review, Volume 14*, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 78).

exige y bajo una justa compensación»⁸⁸. Ese derecho de propiedad ha sido luego expresamente reconocido en todas y cada una de las Constituciones venezolanas, comenzando por la de 1811, cuyos artículos 151, 152 y 155 establecían, respectivamente, que «el objeto de la sociedad es la felicidad común, y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos»; que «estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad»; y, que «la propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria».

Hoy en día el derecho a la propiedad privada es reconocido -y de manera expresa- por el artículo 115 de la Constitución venezolana, que textualmente establece:

«Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes».

Al interpretar la disposición constitucional que garantiza el derecho de propiedad privada, la Sala Político-Administrativa de la

88 Artículos 2, 3, 19 y 21 de los Derechos del Hombre en Sociedad. Consúltense en BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las Constituciones de Venezuela*, coedición de la Universidad Católica del Táchira (San Cristóbal, Venezuela), el Instituto de Estudios de Administración Local y el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, España), 1985, pp. 175 y 176.

Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el contenido de ese derecho debe determinarse con base en lo que el Legislador establece en el artículo 545 del Código Civil⁸⁹. En el aludido fallo la Corte Suprema afirmó:

«... existe un contenido mínimo, un núcleo esencial (también llamado por algunos doctrinarios “núcleo duro”) que jamás puede ser incidido por la Administración en su actividad material o jurídica, so riesgo de que el derecho se haga totalmente nugatorio, aunque también es necesario reconocer que no siempre es fácil determinar cuál es ese contenido mínimo respecto a cada derecho, y es prácticamente imposible hacerlo desde un punto de vista abstracto, debiendo acudir casi indefectiblemente a un análisis de las situaciones concretas. En el caso del derecho de propiedad, el mismo está contemplado en el artículo 99 de la Constitución de la República [de 1961⁹⁰, vigente *rationae temporis*, cuyo contenido mínimo debe ser determinado con base en]... la definición que del mismo hace el Código Civil en su artículo 545...»⁹¹.

Para delimitar el contenido del derecho de propiedad -para, en realidad, definirlo, porque son los atributos del derecho los que lo definen, los que le conceden su fisonomía propia- la Corte Suprema de Justicia venezolana remite a la norma, de Derecho común, que

89 Sentencia del 5 de agosto de 1999 (asunto *Procuraduría General de la República*).

90 El artículo 99 establecía textualmente: «Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general».

91 El artículo 545 del Código Civil venezolano dispone que «la propiedad es el derecho [real] de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley».

disciplina el derecho real de propiedad. Esa remisión pareciera sugerir que la propiedad protegida por la Constitución y la propiedad regulada por el Código son una y la misma cosa. Lo cierto, empero, ya lo constataremos *infra*, es que el derecho real de propiedad regulado por el Derecho común es sólo una especie, representa sólo una fracción, del derecho fundamental de propiedad, esto es, del derecho al respeto de los bienes propios.

En efecto, la doctrina comparada que enseña que

«...el ámbito de protección del derecho de propiedad al que se refiere el art. 33 CE desborda lo que la legalidad ordinaria conoce por propiedad en sentido estricto para incluir los demás bienes y derechos de contenido patrimonial (herencia; hipoteca; acciones; usufructos y cualquier otro derecho real; obligaciones; el conjunto de bienes y derechos que conforman las explotaciones empresariales, bajo ciertas condiciones; etc.). También se incluyen los de carácter jurídico-público (como las concesiones demaniales, aunque en los términos en que hayan sido otorgadas)... En términos generales, las Constituciones sostienen, como ha quedado dicho, un concepto más amplio de propiedad que el que es tradicional en el derecho civil, al abarcar también los bienes inmateriales y, en general, todos los bienes y derechos de contenido patrimonial (art. 33 CE)»⁹².

En sentido coincidente se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, que ha sostenido:

«...las palabras “libertad” y “propiedad”... son términos constitucionales y deben ser tomadas en su sentido más amplio. El término

92 BARNÉS, JAVIER, “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 43.

“propiedad”, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, “todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos públicos o privados), a condición que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”»⁹³.

Dicho en otros términos, si la expropiación forzosa representa o constituye una restricción al derecho constitucional de propiedad, y la expropiación puede recaer sobre cualquier clase de bienes⁹⁴, entonces, no hay otra conclusión posible, la propiedad garantizada por la Constitución no se agota en el derecho (real) de propiedad consagrado por el Código Civil.

§ 2. El derecho fundamental de propiedad, la regulación internacional de los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

93 NAVIERA DE CASANOVA, GUSTAVO J., *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S.A., Madrid, 1997, p. 35.

94 Con la venia de estilo, véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 18 y 19 (la potestad expropiatoria permite «...restringir, y este es su objeto esencial, un derecho de rango constitucional como es la propiedad [*stricto sensu*]. Esencial mas no el único pues, como se sabe, la expropiación forzosa... permite restringir *cualquier tipo de derecho* sobre un bien de la vida, entre otros, servidumbre, enfiteusis, usufructos, derechos de autor...»).

La clásica distinción entre Derecho Internacional, por una parte, y por la otra, Derecho Nacional, interno o doméstico, ya lo hemos observado, ha saltado por los aires. Normas y regulaciones adoptadas más allá de las fronteras estatales pasan a formar parte integrante del ordenamiento jurídico sin necesidad de su formal incorporación. Por lo que a Venezuela se refiere, para probar la validez de la conclusión que antecede basta leer la Constitución de 1999, cuyo artículo 19 le garantiza a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable de sus derechos humanos, en los términos previstos por la propia «...Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen»⁹⁵. Esa norma debe ser leída junto con los artículos 22 y 23 de la Constitución venezolana en vigor que establecen, por una parte, que el elenco de derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos, y por la otra, que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos... tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución...», y, más aún, que dichos tratados, pactos y convenciones «...son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos

⁹⁵El artículo 19 de la Constitución venezolana de 1999 reza así: «El Estado garantiza a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen».

del Poder Público»⁹⁶. A las previsiones ya citadas se agrega el artículo 31 de la Constitución, que, en términos expresos, le reconoce a toda persona legitimación para dirigir peticiones o quejas a los órganos internacionales encargados de la tutela de los derechos humanos⁹⁷.

Como se ve, por mandato de las normas constitucionales citadas anteriormente al Derecho interno venezolano se insertan, de manera directa y explícita, los derechos humanos reconocidos y protegidos por el Derecho internacional⁹⁸. Esos dos Derechos con-

96 El artículo 22 dispone textualmente: «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos». Por su parte, el artículo 23 establece cuanto sigue: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

97 El artículo 31 de la Constitución dispone: «Todos tienen derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado venezolano se compromete a adoptar conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y las leyes, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo».

98 NIKKEN, PEDRO, "Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional", *Revista de Derecho Público*, N° 83, Julio-Septiembre de 2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 6.

forman o integran un mismo y único sistema, un solo ordenamiento, pues por obra del principio de “progresividad” de los derechos humanos⁹⁹, la Constitución incorpora el Derecho internacional que disciplina esta materia, esto es, remite o reenvía a lo que éste disponga en propósito. En virtud de normas de rango constitucional, el Derecho interno venezolano se abre al Derecho internacional, lo incorpora, lo hace suyo. En esta materia la clásica distinción entre Derecho Internacional, por una parte, y por la otra, Derecho Nacional, interno o doméstico, entendidos como sistemas nítidamente distintos, como compartimientos estancos, ha saltado por los aires, pues normas adoptadas más allá de las fronteras estatales pasan a formar parte integrante del ordenamiento jurídico nacional sin necesidad de su formal incorporación. En esta materia, las normas escapan a la regla de Derecho interno, otrora absoluta, de aplicación general, en virtud de la cual los tratados internacionales, para tener validez, deben ser aprobados mediante ley especial. En lo que se refiere a los derechos humanos, la Constitución política de 1999 transforma en uno solo lo que antes eran dos ordenamientos jurídicos distintos, separados. Y por causa de esa “transformación”, los derechos y libertades fundamentales -las normas, de vigencia global, que de ellos se ocupan- han producido un profundo impacto en el Derecho Administrativo nacional, porque han servido para con-

99 Subraya AYALA CORAO que en virtud del principio de la progresividad, el intérprete debe siempre acoger «...la interpretación *pro cives, pro hominis, pro libertatis*, ello es, en definitiva, la interpretación que resulte más favorable a la persona» (AYALA CORAO, CARLOS M., “La Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos y sus Consecuencias”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por MÉNDEZ SILVA, RICARDO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 98, México, 2002, p. 57).

dicionar ulteriormente el ejercicio del Poder Público por el Estado y sus Administraciones Públicas¹⁰⁰.

En otras palabras, comoquiera que la Constitución venezolana no se agota en sus 350 normas, porque, por mandato de sus artículos 19, 22 y 23, también la integran otras normas contenidas en instrumentos internacionales para la salvaguarda de los derechos humanos, el alcance o contenido de la propiedad constitucionalmente garantizada debe determinarse a la luz de lo que esas otras normas, aludimos a las internacionales, establecen. A nivel internacional de la propiedad como derecho humano se ocupan los instrumentos que de seguida se mencionan.

100 JORDANO FRAGA, JESÚS, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 21. Cuando el interés general, tutelado por la Administración Pública estatal, se contrapone a un derecho fundamental, dicho interés no puede prevalecer sobre el derecho garantizado por la Constitución. En propósito cabe citar a García de Enterría, quien enseña que el conflicto entre intereses generales y derechos fundamentales debe ser resuelto en los siguientes términos: «...la tradición era la de la superioridad de la Administración... [porque mientras] la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima sobre lo particular y lo particular cede siempre ante lo general. [Sin embargo, hoy en día]... antes de examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular [interés] del que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta que es titular de [tales] derechos... por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deberán ceder a la primacía de aquellos [esto es, de los derechos fundamentales]. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como superiores...» (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en el Derecho español", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 59, Civitas, S.A., Madrid, 1998, p. 332).

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos

El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que «toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad»¹⁰¹.

Interesa aquí destacar que sobre la Declaración Universal se ha afirmado cuanto sigue:

«...la Declaración Universal de los Derechos Humanos, [de la] que algún jurista, como Norberto Bobbio, ha dicho que ha pasado a ser la “norma fundamental suprema” de la comunidad de los Estados y de todo el Derecho Positivo de todos y cada uno de éstos, la expresión de la conciencia jurídica universal, el Derecho Natural positivizado de la humanidad actual»¹⁰².

También que haciendo suyas las reflexiones de Pedro Nikken, en España don Eduardo García de Enterría agrega que la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos Internaciona-

101 NIKKEN, PEDRO, “La fuerza obligatoria de la declaración universal de derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 75, Edición Homenaje a Antonio Moles Caubet, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, pp. 331 y ss.

102 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Prólogo, en BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, coedición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pp. 14.

les de 1966, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sus Protocolos, no son

«...Tratados en los que los Estados signatarios intercambien entre sí derechos y obligaciones, [pues] no se encontrarán en ellos ningún contenido sinalagmático, bilateral o multilateral. Son, más bien, actos colectivos de vinculación paralela (*Vereinbarung*), en los que las obligaciones se asumen, además de ante las Naciones Unidas, hacia sus propios ciudadanos, precisamente. Estos ganan, así, una verdadera personalidad jurídico-internacional, en cuanto titulares de derechos garantizados por el ordenamiento internacional, derechos ejercitables frente a todos los Estados, los suyos o terceros Estados. Esta notable singularidad jurídica se expresa en efectos singulares, entre los que... han de mencionarse:

...

- se integran en el “orden público internacional”, como expresión que son de la conciencia universal...

- constituyen una “garantía mínima”, que no reduce el nivel de protección que pueda derivar [para los particulares] de las constituciones nacionales o de cualquier otro instrumento jurídico vinculante...

- incluyen en sí mismos una cierta “vocación progresista”, esto es, tienden hacia un desarrollo cada vez más extenso y más efectivo»¹⁰³.

B) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

103 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Prólogo, *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

El artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de 1948, a tenor del cual «toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar».

C) La Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), suscrita el 22 de noviembre de 1969, que establece que «toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes»; que «la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social»; y, que «ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley»¹⁰⁴.

104 El encabezamiento del artículo 1º -intitulado “Protección del Derecho de Propiedad”- del Protocolo Nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales tiene una redacción similar: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional». En torno a esa norma consúltese a RUFFERT, MATTHIAS, “The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights”, *German Yearbook of International Law (Jahrbuch für Internationales Recht)*, Volume 43. 2000, Duncker & Humboldt, Berlin, pp. 119 y ss. Siempre en el ámbito europeo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa establece en su artículo II-77 (ordinal 1.) que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de uti-

Y, por la naturaleza de las cosas, en adición al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben también tenerse presentes las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con base en el "Pacto de San José de Costa Rica". Parafraseando a la Sala Cuarta (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, «...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, [su interpretación] tendrá de principio el mismo valor de la normativa interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido»¹⁰⁵.

En sus decisiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez -e intérprete- natural de las normas de la Convención, ha

lidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general».

Vale la pena observar que los inversionistas extranjeros que son personas jurídicas *stricto sensu* no pueden acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Entre otras decisiones pueden citarse las siguientes: a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte N° 10/91, Caso 10.169 ("Banco del Perú"), Perú, 1990-1991 Reporte Anual, p. 452. En este caso la Comisión determinó que si bien tenía jurisdicción para proteger los derechos de una persona natural cuya propiedad era expropiada, carecía de ella para proteger los derechos de personas morales como las compañías y los bancos; y, b) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte N° 47/97, ("Tabacalera Boquerón"), 16 de octubre de 1997, Paraguay, 1997, Reporte Anual, p. 229.

105 NIKKEN, PEDRO, "Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional", *Op. cit.*, p. 17.

dejado sentado *-exempli gratia-* que el Pacto de San José de Costa Rica garantiza «...un concepto amplio de propiedad...», y que, por tanto, «...el término “bienes” utilizado en [el]... artículo 21 [del Pacto], contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor»¹⁰⁶. También ha dejado establecido *-exempli gratia-* que «es generalizada la admisión de que la posesión establece por si sola una presunción de propiedad a favor del poseedor y, tratándose de bienes muebles, vale por título», razón por la cual, «esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes»¹⁰⁷.

A nuestro entender, a la jurisprudencia de la Corte se añaden, finalmente, las opiniones dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para quien, *ad exemplum*, la propiedad privada no puede ser limitada mediante Decretos con fuerza y rango de ley o reglamentos, porque «la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes»¹⁰⁸. Esta posición pareciera

106 Casos *Palamara Iribarne vs. Chile*, del 22 de noviembre de 2005 y *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 de junio de 2005, consultadas en original.

107 Caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, consultada en original.

108 Corte Interamericana de Derecho Humanos, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión

haber sido suscrita por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en su sentencia N° 74, del 25 de enero de 2006, sostuvo: «La reserva legal es una garantía que se fundamenta en el principio de la división del poder y en la distribución de funciones. Sin la reserva legal no hay Estado de Derecho, por cuanto ella implica que las normas subconstitucionales referidas a la regulación de los derechos (entre ellos, los derechos electorales), deben provenir de la Asamblea Nacional...»¹⁰⁹.

A la luz de las normas citadas con precedencia, pareciera poder afirmarse junto con Morand-Deviller, que

«El verdadero progreso dentro de la globalización del Derecho podría ser hallada en la emergencia de grandes principios reconocidos por la “naciones civilizadas”, lo que excluye a aquellas que viven bajo la ley de la fuerza y no del Derecho.

Existe ahora una globalización de estos principios a través de convenciones internacionales cada vez más numerosas: Declaración universal de los derechos del hombre, Carta europea de derechos fundamentales, Declaración de Estocolmo y de Río sobre los principios ambientales, estas últimas particularmente creativas, porque introdujeron en la mayoría de los otros derechos principios como el de precaución, de desarrollo sostenible y de participación»¹¹⁰.

Consultiva OC-86, del 9 de marzo de 1986. Serie A, N° 6 (en NIKKEN, PEDRO, “Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional”, *Op. cit.*, p. 14).

109 *Revista de Derecho Público* N° 105, Enero Marzo de 2006, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 161.

110 MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, "La globalisation de l'Administration en France", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra

§ 3. El derecho fundamental de propiedad, el Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs).

Nos interesa destacar, subrayar, que la noción o concepto amplio de la propiedad defendido, entre otros, por Barnés y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincide, *mutatis mutandis*, con el empleado por los Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs por sus siglas en inglés), que, según la doctrina comparada, representan una especie, un especial tipo normativo, del Derecho Administrativo Global¹¹¹.

dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005, p. 181 («Le vrais progrès dans la globalisation du droit peuvent être trouvés dans l'émergence de grands principes reconnus par les "nations civilisées", ce qui exclut celles vivant sous la loi de la force et non du droit. Il y a désormais une globalisation de ces principes à travers des conventions internationales de plus en plus nombreuses: Déclaration universelle de droits de l'homme, Charte européenne des droits fondamentaux, Déclaration de Stockholm et de Rio sur les principes environnementaux, été particulièrement créatives, ces dernières ayant introduisant dans la plupart des autres droits des principes tels que celui de précaution, de développement durable, de participation»).

111 VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *European Journal of International Law* (EJIL), Volume 17, N° 1, February 2006, pp. 121 y ss.

El antecedente de estos Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones son los tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación (*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation*) (HERDEGEN, MATHIAS, *Derecho Económico Internacional, Op. cit.*, p. 313).

Para el momento en que culminamos esta investigación Venezuela había suscrito más de dos docenas de instrumentos internacionales relacionados con la promoción y protección recíproca de inversiones. En orden cronológico, esos instrumentos son los siguientes: Acuerdo CJTI-175, suscrito con los

Para constatarlo basta revisar el artículo 1° del Tratado (BIT) Venezuela-Suecia, que dentro de la noción de inversiones, esto es, del concepto de derecho de propiedad, incluye, *exempli gratia*, los «bienes muebles e inmuebles así como cualquiera otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de retención, prendas, usu-

Estados Unidos de América (*Gaceta Oficial* N° 34.511, del 17 de julio de 1990); Reino de los Países Bajos (*Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993); República Argentina (*Gaceta Oficial* N° 4.801 Extraordinario, del 1° de noviembre de 1994); Confederación Suiza (*Gaceta Oficial* N° 4.801 Extraordinario, del 1° de noviembre de 1994); Ecuador (*Gaceta Oficial* N° 4.802 Extraordinario, del 2 de noviembre de 1994); Chile (*Gaceta Oficial* N° 4.830 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); Estados Unidos Mexicanos, República de Colombia y República de Venezuela (G-3) (*Gaceta Oficial* N° 4.833 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); República Portuguesa (*Gaceta Oficial* N° 4.846 Extraordinario, del 26 de enero de 1995); Barbados (*Gaceta Oficial* N° 4.853 Extraordinario, del 8 de febrero de 1995); República Checa (*Gaceta Oficial* N° 36.002, del 17 de julio de 1996); Reino de Dinamarca (*Gaceta Oficial* N° 5.080 Extraordinario, del 23 de julio de 1996); República de Lituania (*Gaceta Oficial* N° 5.080 Extraordinario, del 23 de julio de 1996); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*Gaceta Oficial* N° 36.010, del 30 de julio de 1996); República del Perú (*Gaceta Oficial* N° 36.266, del 11 de agosto de 1997); República Federativa del Brasil (*Gaceta Oficial* N° 36.268, del 13 de agosto de 1997); Reino de España (*Gaceta Oficial* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997); República del Paraguay (*Gaceta Oficial* N° 36.301, del 29 de septiembre de 1997); Reino Unido de Suecia (*Gaceta Oficial* N° 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997); Canadá (*Gaceta Oficial* N° 5.207 Extraordinario, del 20 de enero de 1998); República de Costa Rica (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Federal de Alemania (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Oriental del Uruguay (*Gaceta Oficial* N° 36.519, del 18 de agosto de 1998); Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (*Gaceta Oficial* N° 37.357, del 4 de enero de 2002); Francia (*Gaceta Oficial* N° 37.896, del 11 de marzo de 2004); República de Cuba (*Gaceta Oficial* N° 37.913, del 5 de abril de 2004); República Islámica de Irán (*Gaceta Oficial* N° 38.389, del 2 de marzo del 2006); y, el Protocolo de Colonia, parte integrante del Tratado de Asunción del MERCOSUR (*Gaceta Oficial* N° 38.482, del 19 de julio de 2006).

fructos, arrendamientos financieros y otros derechos similares» y los «derechos a sumas de dinero o a cualquier prestación que tengan un valor económico»¹¹². Otro tanto hacen, *verbi gratia*, el Tratado (BIT) Venezuela-Paraguay, que considera inversión -esto es, propiedad- a las acciones y demás «...derechos de participación en sociedades y en otros tipos de participaciones en sociedades o joint ventures»¹¹³; el Tratado (BIT) Venezuela-Brasil, que considera inversión -o sea, propiedad- a los «...derechos a prestaciones que tengan un valor económico, así como los préstamos que estén directamente ligados a una inversión específica»¹¹⁴; el Tratado (BIT) Venezuela-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, para el que son inversión -esto es, propiedad- los derechos derivados de «las concesiones de derecho público o contractuales, particularmente las relativas a la exploración, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales»¹¹⁵; el Tratado (BIT) Venezuela-Chile, que en adición a las concesiones de Derecho Público, califica como inversión -o sea, propiedad- a «...cualquier otro derecho conferido por la ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley»¹¹⁶; y, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección

112 Artículo 1, numeral (1), literales a) y c).

113 Artículo 1º, numeral 1º, literal b).

114 Artículo 1, numeral 1., literal c). En el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones, de fecha 31 de marzo de 2005, los Estados, luego de declarar que son inversiones los «derechos de crédito y cualquier otra prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculada a una inversión», de manera expresa excluyeron del concepto, *exempli gratia*, «las operaciones de deuda pública» y las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente del «...otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, cuyo vencimiento sea menor de tres años... » (artículo 2, literal c)).

115 Artículo 1, numeral 2), literal e).

116 Artículo 1º, numeral 2, literal e).

Recíproca de Inversiones del MERCOSUR, que dentro del concepto de inversión protegida incluye, entre otros conceptos, el “valor llave”¹¹⁷.

Copiado a la letra, el Artículo 1º, literal a), del Tratado (BIT) Venezuela-Reino de los Países Bajos establece:

«Artículo 1.

A los fines del presente Convenio:

- a) El término “inversiones” comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:
 - i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos in rem sobre todo tipo de activo;
 - ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;
 - iii) títulos a dinero, a otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;
 - iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco (“good will”) y conocimientos técnicos (“know how”);
 - v) derechos otorgados bajo el derecho público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales»¹¹⁸.

117 Artículo 1º, literal d).

118 Por lo que se refiere al “good will” -esto es, al prestigio y clientela comerciales, también denominado “valor extrínseco”- en *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* se sostuvo que la existencia de este activo depende de la presencia de la empresa en el mercado por un lapso razonable de tiempo («...it would be appropriate to ascertain that “good-will” requires the prior presence on the market for at least two or three

La definición de inversión contenida en los Tratados pone en evidencia que la propiedad privada garantizada por la Constitución y tutelada o protegida por los Tratados *-id est*, la propiedad que puede ser objeto de expropiación formal o de medidas con efecto materialmente expropiatorio- no puede ser confundida con el derecho real de propiedad. Simplemente, no son sinónimos. Según los Tratados, insistimos en la idea, la propiedad o inversión es un género, que incluye o comprende diversas especies: Incluye, primero que nada, el derecho real de propiedad, el derecho de propiedad en sentido estricto. Incluye, además, el derecho real de usufructo. Incluye también derechos personales o de crédito, como pueden ser *-ad exemplum-* los derechos a una prestación con valor económico. En esta última categoría quedarían también comprendidos los derechos derivados de un convenio de accionistas¹¹⁹, de un contrato

years, which is the minimum period needed in order to establish continuing business connections...») (*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (Case N° ARB/87/3, June 27th, 1990, Paragraph 103).

Según Kishoiyian, «los tratados bilaterales de inversión han contribuido a la expansión del concepto de propiedad en el Derecho Internacional, porque [también] aluden [-hacen referencia expresa-] a los derechos de propiedad intelectual. Esa tendencia, que ya había surgido, es fortalecida por los tratados que acreditan lo que los Estados participantes incluyen dentro de la noción de propiedad» («The bilateral investment treaties have contributed to the expansion of the (sic.) concept of property in international law to include intellectual property rights as well. Such a trend had already emerged and is strengthened by the treaties which contain evidence of what the participating states include within the notion of property») (KISHOIYIAN, BERNARD, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formation of Customary International Law", *14 Nw. J. Int'l. L. & Bus.* 327 1993-1994, p. 342).

119 En *Eureka B.V. v. Republic of Poland* se sostuvo que un convenio de accionistas que concede derechos de gobernanza corporativa mayores que aquellos que en principio le corresponderían al accionista a la luz de su posición accionarial, tiene un valor económico y, por ende, califica como inversión pro-

de arrendamiento¹²⁰ o de un contrato de préstamo de dinero¹²¹. Así mismo, incluye los derechos subjetivos o intereses legítimos derivados de permisos, licencias o autorizaciones estatales¹²². Comprende también el resultado económico de una decisión arbitral vinculante¹²³.

tegida (*Eureko B.V. v. Republic of Poland*, 19th August, 2005, Paragraph 145) («While investments under the present Treaty may include assets that are not “balance sheets assets”, in the opinion of the Tribunal, to qualify as investments entitled to protection, provisions for the governance of PZU which are derived from its shareholding [agreement] must have some economic value... since the grant to Eureko of corporate governance rights markedly more extensive than those that followed from its shareholding [position] was a key element of the investment... the Tribunal concludes that those rights have some economic value and are entitled to protection under the Treaty»).

120 *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Case N° ARB/00/9, September 16th, 2003, Paragraph 18.9. («...the Lease Agreements... The rights derived by the Claimant from these agreements collectively fall within several of the specific definitions of an investment under Article I (1)(a) of the BIT...»).

121 *Starret Housing Corp. et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, citado por ALDRICH, GEORGE H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 238; y, *A & B Company v. República Federal de Alemania*, citado por AGUILERA VÁSQUEZ, MAR, “El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites de su regulación”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinada por GARCÍA ROCA, JAVIER y SANTOLAYA, PABLO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 771.

122 *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Case N° ARB/00/9, September 16th, 2003, Paragraph 18.46 («The Tribunal is prepared to accept these Construction Permits as part of the Claimant’s investment through Heneratsiya insofar as they evidence “licenses and permits pursuant to law” for the purposes of... the BIT»).

123 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Grecia*, citado por AGUILERA VÁSQUEZ, MAR, *Op. cit.*, p. 771.

La propiedad garantizada por la Constitución y tutelada o protegida por esos Tratados, insistimos en la idea, desborda -y por mucho- el derecho real de propiedad regulado por el Código Civil. Es precisamente por ello que los Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) se ocupan de la expropiación de tales activos; es por ello que en el caso *Waste Management Inc. v. United Mexican States* se afirmó que «es posible argumentar que la persistente negativa o la incapacidad... de pagar sumas de dinero debidas de acuerdo al Contrato de Concesión constituyen una expropiación, o al menos medidas equivalentes a una expropiación, de las sumas adeudadas»¹²⁴; es precisamente por ello que en el asunto *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran* se concluyó cuanto sigue:

«En el Derecho Internacional la expropiación por un Estado -o atribuible a un Estado- de la propiedad de un extranjero hacer surgir la obligación de indemnizar, y esto es así independientemente de que la expropiación sea formal o de facto, o de que la propiedad [expropiada] sea tangible, como serían un terreno o una fábrica, o intangible, como serían los derechos contractuales...» derivados de un contrato de asociación (*Joint Structure Agreement*)¹²⁵.

124 *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, Case N° ARB(AF)00/3, Award of 30 April 2004, 43 I.L.M. 967 («...it is arguable that the persistent refusal or inability of the City to pay sums due under the Concession Agreement involved an expropriation, or at least measures tantamount to an expropriation, of the sums due. As another NAFTA tribunal confirmed in the *Mondev* case, “the protection afforded by the prohibition against expropriation or equivalent treatment in Article 1110 can extend to intangible property interests”»).

125 *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, Award N° 425-39-2 of June 29th, 1989, 21 Iran-US Cl. Trib. Rep. 106-07, 118-19. En el Laudo se establece textualmente: «76. As the Tribunal has held in a number of cases, expropriation by or attributable to a State of the property of an alien gives rise under international

Producto de esa muy amplia definición de la voz “inversiones”¹²⁶ -y, por vía de consecuencia, también del término “inversio-

law to liability for compensation, and this is so whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real state or a factory, or intangible, such as the contractual rights involved in the present case».

- 126 En *Consortio RFCC v. Reino de Marruecos* se afirmó: «...los tratados modernos de protección de inversiones tienen la particularidad de adoptar una definición amplia del término inversión, para así permitir la aplicación de sus disposiciones a la gran diversidad de operaciones, estructuras financieras y contratos que los agentes económicos utilizan con el objeto de realizar una inversión. Esto permite pensar, como lo hace la mayoría de los autores, que todo tipo de activo puede en principio ser objeto de una expropiación y, por consiguiente, hallarse protegido por las disposiciones de un tratado» («De plus, les traités modernes de protection des investissements ont la particularité d’adopter une définition large du terme investissement a fin de permettre une application de leurs dispositions face à la diversité des opérations, montages financiers et contrats que les agents économiques son à même d’utiliser dans la perspective de réaliser un investissement. Ce qui permet de penser, comme la majorité des commentateurs, que tout type d’actif peut être a priori objet d’une expropriation et donc protégé par les dispositions du traité») (*Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID N° ARB/00/6, 22 December, 2003, Section 62).

No obstante lo dicho, conviene observar que en oportunidades la jurisprudencia ha moderado el alcance de la propiedad que los BITs protegen como inversión. Por ejemplo, se ha sostenido que sólo «...en determinadas circunstancias...» un pagaré y un contrato de préstamo pueden calificar como inversión (*Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, Case N° ARB/03/11, 6th August, 2004, Paragraphs 51 and 53) («A number of ICSID cases have dealt with the question of the definition of investment, confirming generally that a host of activities can be included within this concept. Thus, *Alcoa Mineral v. Jamaica* held that contribution of capital was one type of investment; *Amco Asia* first annulment proceeding established that an international tort and an investment dispute were not mutually exclusive categories; *Fedax* recognized that promissory notes issued in certain circumstances qualified as an investment; *CSOB* admitted that a loan was in

nista”- los Tratados disciplinan y regulan en un todo las actividades económicas de los inversionistas extranjeros protegidos, creando así un régimen distinto al que, en principio, gobierna a los nacionales del país en el que aquéllos, los extranjeros, efectúan la inversión. Dicho en otras palabras, los Tratados y las decisiones arbitrales que los aplican producen un enorme impacto sobre el Derecho Público estatal pues éste, al menos en lo tocante a extranjeros, experimenta cambios de significación.

the circumstances of the case an investment; *Atlantic Triton* accepted as investment the conversion of equipment of fishing vessels; *Salini v Morocco* did so in connection with the construction of a highway; and *SGS v. Pakistan* included within the concept of investment pre-shipment inspection activities and other services, as also did *SGS v. Philippines*... Summarizing the elements that an activity must have in order to qualify as an investment, both the ICSID decisions mentioned above and the commentators thereon have indicated that the project in question should have a certain duration, a regularity for profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's development»).

CAPÍTULO III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOS TRATADOS PARA PROMOVER Y PROTEGER INVERSIONES (BITS)

SECCIÓN I: LOS TRATADOS BILATERALES COMO ESPECIE DEL DE- RECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.

En la actualidad existen -han sido suscritos- más de dos mil (2.000) Tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones (BITS). De esos Tratados, más de trescientos ochenta (380) han sido suscritos por países de la América Latina¹²⁷.

Como atinadamente observa Blackaby, en la década de los noventa (1990) diversos Estados latinoamericanos se embarcaron en ambiciosos planes de reformas económicas que, entre otras medidas, contemplaban la privatización de empresas públicas y la adopción de medidas tendentes a facilitar o liberalizar el comercio. En palabras de Naím, las reformas apuntaban a una dirección común y generalizada, a saber:

«...las barreras al comercio o a la inversión internacional deben ser lo más reducidas posibles; las reglas, que se conocen por adelantado, han de ser transparentes y coherentes, y aplicarse de manera uniforme; y las intervenciones del Estado son limitadas, lo que significa que los gobiernos no fijan ningún precio, o casi ninguno, y que el peso económico del Estado se ve reducido a través del equilibrio presu-

127 BLACKABY, NIGEL, "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina", en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, coedición de la Universidad Sergio Arbolada, del Comité Colombiano de Arbitraje y de Legis, Bogotá, Colombia, pp. 17 y 18.

puestario y de la privatización de las empresas públicas. Fomentar las exportaciones y el libre comercio es mejor que proteger la industria local con barreras arancelarias que limiten las importaciones. Durante la década de 1990, estas ideas constituyeron la brújula que guió a los responsables de las políticas económicas de todo el mundo»¹²⁸.

En el marco de esos planes de reformas económicas los Estados latinoamericanos, como parte integral de sus políticas públicas, suscribieron centenares de Tratados (BITs) y un par de Tratados de libre comercio (aludimos al Tratado de Libre Comercio para la América del Norte y al del Grupo de los Tres (G-3)). Todos esos Tratados procuran crear, ese es su objeto, su propósito, un ambiente favorable para las inversiones extranjeras¹²⁹.

Interesa destacar aquí que los Tratados (BITs) constituyen una especie, un particular o especial tipo normativo, de ese Derecho que la doctrina ha denominado Derecho Administrativo Global¹³⁰. Se califica a este Derecho como Administrativo y Global para así contraponer ese conjunto de normas al Derecho Administrativo por antonomasia, de exclusivo origen estatal, interno, nacional; también para contraponerlo al Derecho Administrativo surgido en el marco de los procesos de integración regionales, como son la Comunidad Europea o la Comunidad Andina. Se califica a este Derecho como Administrativo y Global para subrayar que las Administraciones estatales se hallan hoy en día disciplinadas por un Derecho que ha dejado de ser sólo un Derecho estatal. Para poner de bulto, finalmente, que en este mundo globalizado para el Derecho Administra-

128 NAIM, MOISES, *Op. cit.*, p. 35.

129 BLACKABY, NIGEL, *Op. cit.*, pp. 17 y 18.

130 VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

tivo las fronteras nacionales se tornan cada vez más difusas, evanescentes, menos relevantes.

La verdad sea dicha, la realidad es una sola: Hoy en día los Estados compiten por las inversiones y los inversionistas internacionales, convencidos como están de que dichas inversiones pueden contribuir al progreso y desarrollo de sus pueblos y economías. Por la naturaleza de las cosas, los inversionistas, por su parte, siempre tienen frente a sí distintas alternativas (geográficas) de inversión. Es precisamente esa feroz competencia entre Estados por las inversiones la que obliga a cada uno de ellos a tomar en cuenta las normas - en materia de inversiones- que rigen en los demás, porque quienes ofrecen garantías inferiores a las que otros brindan compiten con desventaja en el mundo -y el mercado- globalizado¹³¹.

131 Refiriéndose a los Tratados bilaterales de inversión Franck observa: «Mientras la comunidad global continúa expandiéndose en condiciones económicas turbulentas, los inversionistas se están volviendo más sofisticados por lo que se refiere a cómo planifican sus inversiones y resuelven las disputas relacionadas con las mismas. Los tratados de inversión juegan un rol cada vez mayor en la decisión inicial de invertir en un país en desarrollo...» («As the global community continues to expand during turbulent economic conditions, investors are becoming more sophisticated about how they plan investments and resolve disputes related to those investments. Investment treaties play an increasingly prominent role in the initial decision to invest in a developing nation, the structure of the investment, and the methods of maximizing commercial benefits if there are difficulties with the investment») (FRANCK, SUSAN D., "The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions", 73 *Fordham L. Rev.* 1521 2004-2005, p. 1525). En sentido análogo, SALACUSE, JESWALD W., "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", 24 *Int'l. L.* 655 1990, p. 673.

Con estas apreciaciones coincide en Italia Cassese, quien enseña:

«...las diferencias [existentes entre los distintos ordenamientos estatales] son disfrutadas por todos los sujetos (por lo general, los más organizados y de carácter colectivo, principalmente las empresas) que están dotados de movilidad y pueden permitirse un *shopping trip* entre ordenamientos jurídicos nacionales diferentes. De aquí deriva la capacidad de elección, que consiste, ante todo, en un juicio comparativo sobre las diferencias relativas entre los “Derechos singulares” (de Estados-nación o incluso de ordenamientos supranacionales regionales, como la Unión Europea); luego, en la elección, permitida por la movilidad, de los “Derechos singulares” más convenientes...

La capacidad de elección no existiría si no existiese un espacio jurídico global, con un *ius commune* que consiente la movilidad entre regímenes jurídicos diferentes. Éstos tienen un número importante de consecuencias. Inducen a confrontar leyes, comportamientos de los poderes públicos y foros judiciales. Consienten a los sujetos dotados de movilidad a servirse de los “productos” más convenientes, “adoptando” un sistema nacional y maximizando, al mismo tiempo, su propio interés. Hacen a las políticas de los Estados dependientes del juicio de los mercados. Constriñen a los reguladores nacionales a tener en cuenta la normativa de otros países para no aumentar o reducir las ventajas o desventajas competitivas para las empresas que actúan en un... mercado... Atenúan la distinción interior-exterior y Derecho internacional público-Derecho interno»¹³².

132 CASSESE, SABINO, *La globalización jurídica*, *Op. cit.*, pp. 29 y 30. En la obra apenas citada CASSESE cita a JEAN MONNET, quien en sus Memorias escribió: «Las naciones soberanas del pasado ya no son los foros en los que pueden ser resueltos los problemas del presente. Y la propia Comunidad [Europea]

Otro tanto hace Battini, para quien:

«...a diferencia de los políticos, los sujetos económicos pueden ver el espacio como objeto de escogencia más que como un vínculo [necesario, ineludible], [y] sacan provecho de esta asimetría para condicionar las decisiones de los Estados, que compiten entre sí para atraer a sus territorios unas riquezas que son cada vez más móviles [pues han dejado de tener un nexo estable, permanente, con una nación]. De esta manera se desarrolla una “funcionalidad invertida entre Estados y mercados”: “mientras los Estados eran [antes] los dueños de los mercados, hoy en día para muchos problemas cruciales son los mercados quienes dominan a los gobiernos”; de allí esa lectura de la globalización como proceso de transferencia de poder de los Estados hacia los mercados...»¹³³.

Es esa competencia entre Estados, por definición soberanos o soberanos en el papel, la que fuerza a éstos a desprenderse o renun-

no es sino una etapa hacia las formas de organización del mundo del mañana» («les nations du passé ne son plus le cadre où peuvent se résoudre les problèmes du présent. Et la Communauté elle-même n'est qu'une étape vers les formes d'organisation du monde de demain») (CASSESE, SABINO, *La globalización jurídica, Op. cit.*, p. 31).

- 133 BATTINI afirma textualmente: «...i soggetti economici... al contrario di quelli politici possono guardare allo spazio come oggetto di scelta, anziché come vincolo, [e ne] profitano di questa asimmetria per condizionare le decisioni degli Stati, i quali si trovano a competere fra di loro per attrarre all'interno dei propri confini ricchezze sempre più mobili. Si sviluppa, in questo modo, una “funzionalità invertita fra Stati e mercati”: “mentre in passato gli Stati erano padroni dei mercati, oggi su molti problemi cruciali sono i mercati a dominare i governi”; di qui una lettura della globalizzazione come processo di trasferimento di potere dagli Stati verso i mercati...» (BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale, Op. cit.*, pp. 202 y 203).

ciar a parte de esa otrora sacrosanta soberanía, para así reconocerle a los inversionistas las garantías mínimas que éstos exigen al momento de invertir. La naturaleza de las cosas -esto es, la cada vez más estrecha interdependencia entre las economías nacionales- impone hoy por hoy esa renuncia. Esas garantías, formales unas, sustanciales otras, son precisamente las que reconocen los Tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones.

En palabras de Dolzer, salvo contadas excepciones «en las capitales del tercer mundo hoy en día el debate dominante ya no versa sobre la soberanía, sino sobre la competencia por el capital extranjero y la tecnología y, por ende, sobre los necesarios ingredientes de una política nacional en materia de inversiones que permita atraer al inversionista extranjero»¹³⁴.

SECCIÓN II. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL DERECHO GLOBAL

Cuando se trata de inversiones extranjeras, en apariencia -sólo en apariencia- la actividad de la Administración Pública se encuentra condicionada por un conjunto de normas -los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y también ciertos convenios multilaterales que se ocupan de la inversión- que luce complejo y fragmentario. Complejo y fragmentario porque dicho conjunto se halla integrado o compuesto, en el caso venezolano, por docenas de Tratados bilaterales con contenido dispar, en el que el nivel de protección brindado depende de la letra del específico Tratado que el particular puede invocar. No obstante, cabe destacar, parafraseando a Sa-

134 DOLZER, RUDOLPH, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, en *Journal of International Law and Politics*, Volume 37, Summer 2005, Number 4, New York University, p. 955).

lomón, que esos Tratados, bilaterales en cuanto a su forma, son o terminan siendo multilaterales en cuanto a sus efectos¹³⁵, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (*MFN*) o del inversionista más favorecido que cada uno de ellos contiene, en realidad conforman una verdadera red, un sistema, cuyas previsiones son generales, homogéneas, para todos los inversionistas protegidos¹³⁶.

Los Tratados contienen normas de Derecho Administrativo, de un Derecho Administrativo singular -aludimos nuevamente al Derecho Administrativo Global-, porque sus normas modelan o condicionan la actividad de la Administración Pública nacional; porque dichas normas regulan o disciplinan los conflictos que surgen entre los Estados, y muy particularmente sus Administraciones Públicas, y los particulares, por causa del ejercicio del Poder Público por parte de aquéllas. Y es precisamente esto, modelar la conducta de la Administración nacional, y no otra cosa, lo que también hacen las reglas -la jurisprudencia- que han venido siendo sentadas a lo largo del tiempo por los tribunales arbitrales internacionales al censurar las conductas de las Administraciones Públicas estatales contrarias a los BITS.

Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS) y las decisiones arbitrales que los interpretan y aplican son normas de un Derecho que la doctrina (Cassese) considera -y califica como- "a-nacional" (*a-nazionale*). A-nacional (*a-nazionale*) porque más que *iure proprio* de un Estado determinado, terminan siendo una suerte de *ius commu-*

135 SALOMONI, JORGE LUIS, *Op. cit.*, p. 981.

136 DOLZER, RUDOLF y MYERS, TERRY, "Alter *Tecmed*: Most Favoured Nation Clauses in Investment Protection Agreements", en *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, N° 1, Spring 2004, pp. 49 y ss.

*ne*¹³⁷, intrínsecamente homogéneo, pues a pesar de la multiplicidad de Tratados existentes, las normas terminan siendo semejantes o pariguales.

137 VANDEVELDE observa que «independientemente de cuáles Estados negocien BITs, las normas de estos acuerdos son extraordinariamente uniformes» («Regardless of which states negotiate BITs, provisions of these agreements are remarkably uniform») (VANDEVELDE, KENNETH J., “The Economics of Bilateral Investment Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, Volume 41, Number 1, Winter 2000, p. 469).

Siempre en materia de la homogeneidad de estas normas Vascianne, refiriéndose a la incorporación del estándar de trato justo y equitativo en la inmensa mayoría de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversión, afirma: «En principio, cuando una regla es repetida en un [importante] número de tratados bilaterales, este hecho, por sí solo, podría evidenciar que la regla ha pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario. Partiendo de esta premisa, la presencia del estándar de trato justo y equitativo en la vasta mayoría de los tratados bilaterales de inversión podría demostrar que los Estados aceptan el estándar como legalmente vinculante independientemente de las [otras] obligaciones del tratado: en este marco, la marcada similitud de enfoque mostrada por numerosos tratados bilaterales proporcionaría la evidencia de la práctica estatal y la *opinio juris* necesaria para que surja una regla de Derecho consuetudinario...» («In principle, where a rule is repeated in a number of bilateral treaties, this may, in itself, provide evidence that the rule has become a part of customary law. Starting with this premises, the presence of the fair and equitable standard in the vast majority of bilateral investment treaties could arguably demonstrate that States accept the standard as legally binding irrespectively of treaty obligations: in this scheme, the marked similarity of approach evinced by numerous bilateral treaties would provide evidence of both the requisite of State practice and *opinio juris* in favour of the rule of customary law...») (VASCIANNE, STEPHEN, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, *The British Year Book of International Law*, 1999, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 157). En sentido contrario, en torno a los BITs y a la creación, por ellos, de Derecho Internacional consuetudinario, Al Faruque expresa: «BITs pueden ser descritos como contrato-tratado en sen-

La existencia de esa red de Tratados evidencia que la actividad estatal se halla sometida, cada vez más, a normas que son el producto de “libres” negociaciones entre Estados; que la actuación de la Administración Pública nacional se encuentra condicionada por un Derecho Administrativo, global por su vocación y vigencia territorial. En palabras de Dolzer, por su objeto los Tratados terminan gobernando de una u otra manera «...todas las actividades económicas de los inversionistas extranjeros»¹³⁸. Así de profundo -y también de incomprendido- es su impacto en el ordenamiento jurídico nacional.

Un Derecho Administrativo que *-exempli gratia-* regula y disciplina la institución de la expropiación forzosa, y lo hace de manera distinta a como lo hace la legislación interna a través de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social¹³⁹. Y es precisamente la regulación que de la expropiación forzosa contienen los Tratados la que revela que estamos frente a verda-

tido propio y como un orden legal particular entre Estados contratantes. En esencia los BITs crean una relación contractual entre partes porque son el resultado de una negociación de derechos y beneficios... Los BITs crean un régimen especial pues cada BIT es en realidad una negociación individual, que toma en consideración los intereses económicos de las partes contratantes» («BITs may be described as treaty contract in the proper sense and a particular legal order between contracting States. BITs create essentially contractual relationship between parties because it is the outcome of negotiation for rights and benefits in treaty arrangement, which are granted under the legal framework and subsists only during the treaty regime... BITs create a special regime as each BIT is in real sense an isolated bargain, which seems to accommodate economic interest of contracting parties...») (AL FARUQUE, ABDULLAH, *Op. cit.*, p. 316).

138 DOLZER, RUDOLPH, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *Op. cit.*, p. 956).

139 *Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1° de julio de 2002.

deras normas de Derecho Administrativo, esto es, normas que tienen por objeto disciplinar las relaciones que se establecen entre el ejercicio de la potestad pública y los derechos fundamentales de los particulares, entre el poder y la autonomía privada. Después de todo, es éste y no otro el núcleo, el problema central, del Derecho Administrativo contemporáneo¹⁴⁰. Un Derecho Administrativo en el que el control de la actividad administrativa -y, en general, de cualquier actividad estatal- es formalmente encomendado a tribunales arbitrales internacionales, sin la necesidad de agotar previamente los recursos internos.

Los Tratados y las decisiones arbitrales que los aplican producen, ya lo decíamos *supra* (Capítulo II, Sección 2., § 3), un enorme impacto sobre el Derecho Público estatal pues éste, al menos en lo

140 BATTINI, STEFANO, "Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un Diritto Amministrativo Globale?", *Op. cit.*, p. 69. En la obra citada Battini destaca que «en una lección de 1967, que durante mucho tiempo permaneció inédita, y que ha sido recientemente publicada, Massimo Severo Giannini negaba la existencia de un derecho administrativo de las Comunidades Europeas. El argumento principal, que servía de base a su tesis, era el de la plurisubjetividad [de carácter] exclusivamente estatal... "Siendo sujetos del ordenamiento -afirmaba Giannini- solamente figuras jurídicas colectivas como son los Estados, está ausente (...) la necesidad de establecer contraposiciones dialécticas entre el momento de la autoridad y el momento de la libertad"» («In una lezione del 1967, a lungo rimasta inedita, e di recente pubblicazione, Massimo Severo Giannini negava l'esistenza di un diritto amministrativo delle Comunità europee. L'argomento principale, posto a fondamento della sua tesi, era quello della plurisoggettività statale dell'ordinamento comunitario. "Essendo soggetti dell'ordinamento -afferma Giannini- solamente delle figure giuridiche collettive quali sono gli Stati, manca (...) la necessità di istituire contraposizioni dialettiche fra il momento dell'autorità e il momento della libertà"»). Las circunstancias invocadas en 1967 por el Profesor Giannini, no hay duda de ello, han cambiado radicalmente.

tocante a extranjeros, experimenta cambios de significación. Un par de ejemplos pueden servir para resaltar el significativo impacto producido por los BITS, y de las decisiones arbitrales que los aplican, sobre el Derecho Administrativo nacional.

§ 1. *Excursus* sobre el impacto del estándar “trato justo y equitativo” en el Derecho Administrativo estatal

Imaginemos, *gratia arguendi*, que dos inversionistas, uno nacional y otro extranjero, protegido este último por un Tratado para la promoción y protección recíproca de inversiones, construyen o ejecutan una obra sin los permisos o licencias exigidos por la ley nacional. Les falta un permiso de construcción municipal. Imaginemos, además, que ambos inversionistas ignoraban que tales permisos o licencias resultaban necesarios, imprescindibles.

Frente a una orden de paralización o de demolición de las obras, por la falta de obtención de tales permisos o licencias, el inversionista nacional -ésta, en principio, sería la regla general- nada podría alegar, nada -absolutamente nada- podría reclamar, porque para él, primero, «la Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial...», y, segundo, «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento» (Artículos 1° y 2° del Código Civil)¹⁴¹. El inversionista local no podría alegar su desconocimiento de la ley como eximente de responsabilidad porque, ésta es la regla, nadie puede invocar su falta de diligencia, su propia torpeza (*nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*).

141 *Gaceta Oficial* N° 2.990 Extraordinario, del 26 de Julio de 1982.

Según la jurisprudencia arbitral internacional, el inversionista extranjero protegido pudiera encontrarse en una situación radicalmente diferente, porque los Tratados (BITs) le reconocen el derecho a un “trato justo y equitativo”. En efecto, en el fallo *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos* se condenó al Estado mexicano por no haberle advertido oportunamente al inversionista que le faltaban un permiso de construcción municipal, porque del Estado receptor de la inversión -eso es lo que en el Laudo se concluye- se espera una conducta “proactiva”¹⁴². En el Laudo se afirma textualmente:

«... México... firmemente declara que se requería un permiso y que Metalclad sabía, o debía saber, que se requería el permiso».

...

En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor (Artículo 102(1) del TCLAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga la intención de realizar al amparo del Tratado, deberían ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno... de una Parte... que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurar que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes.

...

142 Caso N^o ARB (AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000.

México no cumplió con [su deber de] asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa que recibiría un trato justo y equitativo».

Por causa del “tratamiento justo y equitativo” garantizado al inversionista extranjero -eso es lo que el Laudo sugiere, lo que el Laudo da a entender-, las reglas, contenidas en el Código Civil venezolano, en virtud de las cuales i) la ley es obligatoria desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial (artículo 1°), y ii) la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (artículo 2°), no vinculan al inversionista extranjero protegido por un Tratado (BIT) “en los mismos términos” en que dichas normas obligan a los venezolanos. En otras palabras, por causa de la interacción entre el Derecho interno y el Derecho Administrativo Global, frente al inversionista extranjero protegido el Tratado incorporado al Derecho interno venezolano priva de efectos o de vigor, al menos parcialmente, las reglas contenidas en los artículos 1° y 2° del Código Civil¹⁴³. Este es, en apariencia, el resultado de dicha interacción.

143 Dejando de lado por un instante el Derecho Internacional, conviene acotar que en el Derecho Administrativo venezolano no tienen vigor pleno los artículos 1° y 2° del Código Civil. Así se desprende, *gratia argüendi*, de lo dispuesto por los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (*Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981), que establecen, respectivamente, que «se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse», y que «las notificaciones que no

Dejando de lado las apariencias, un detenido análisis del Laudo permite observar que la realidad, que la solución, es otra bien distinta: En *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos* el Tribunal arbitral sentenció con base en el Derecho Internacional. Nos explicamos:

i) «conformidad con el Derecho... [interno y] conformidad con las previsiones de de un Tratado son asuntos distintos»;

ii) «lo que constituye una violación del Tratado puede ser legal en el Derecho [interno y]... lo que puede ser ilegal en el Derecho [interno]... puede ser totalmente acorde con la previsión de un Tratado»; en fin,

iii) «...el hecho de que un acto de una autoridad pública haya sido ilegal a la luz del Derecho [interno] no significa necesariamente que dicho acto es ilegal según el Derecho Internacional...»¹⁴⁴.

llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto». Cuando de lo que se trata es de un acto administrativo de gravamen, la ley no presume que el particular conoce cuáles son i) los recursos que puede proponer, ii) el lapso para proponerlos y iii) la autoridad ante la cual han de ser propuesto. En este supuesto el conocimiento de las leyes por parte del particular no se presume. Y como no se parte de la premisa de que la ley se presume siempre conocida por todos, ordena esa singular -esa ritual- notificación so pena, en caso de incumplimiento, de que el acto no produzca ningún efecto.

144 *Eletronica Sicula Spa. (Elsi) (United States v. Italy)*, Judgement of 20 July 1989 I.C.J. 15. Copiado a la letra el Laudo reza así: «73. Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of a treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision...»; y, «...the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that the act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise».

En otras palabras, para el juez internacional la legalidad de una actuación conforme a las leyes internas del Estado, por causa de la existencia -de la vigencia- de los artículos 1° y 2° del Código Civil, es materia ajena, distinta, a la legalidad externa, que en el Derecho Administrativo Global se enjuicia a la luz de la cláusula del “trato justo y equitativo”. Para los inversionistas extranjeros las reglas del juego, las normas administrativas, son otras.

Por lo que se refiere al “trato justo y equitativo”, de los Tratados suscritos por Venezuela puede citarse *-exempli gratia-* el BIT Venezuela-Francia, cuyo artículo 3.1 dispone:

«Cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder, en su territorio y en su zona marítima, un trato justo y equitativo, conforme a las reglas y principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y a garantizar que el ejercicio del derecho así adquirido no sea obstaculizado, de hecho ni de derecho. En particular, aunque no exclusivamente, serán considerados como obstáculos de hecho o de derecho al trato justo y equitativo, cualquier restricción arbitraria o discriminatoria a la compra y al transporte de materias primas y de materias auxiliares, de energía y de combustibles, así como de medios de producción y de explotación de todo tipo, todo obstáculo a la venta y al transporte de los productos en el interior del país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que pueda tener un efecto análogo».

§ 2. *Excursus* sobre el impacto de la Cláusula Paraguas (*Umbrella Clause*) en el Derecho Administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es a la Sala Político-Administrativa de dicho Tribunal a quien compete «conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con moti-

vo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los “contratos administrativos” en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios...»¹⁴⁵. En virtud de esa previsión, que en esencia reproduce el artículo 42, numeral 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, las controversias sobre contratos administrativos deben ser conocidas por el juez contencioso-administrativo, y éste, por la naturaleza de las cosas, ha de decidir conforme al Derecho Administrativo nacional, esto es, conforme al Derecho especial que gobierna o disciplina las relaciones entre la Administración Pública y los particulares¹⁴⁶. Es con base en estas reglas, que facultan a la Administración nacional para, *exempli gratia*, modifi-

145 *Gaceta Oficial* N° 37.942, del 19 de mayo de 2004.

146 En palabras del Tribunal de Conflictos (*Arrêt Blanco*, del 18 de febrero de 1873), «la responsabilidad en la que incurre el Estado, a causa de los daños causados a los particulares por las personas que emplea en sus distintos servicios públicos, no está regulada por los principios establecidos en el artículo 1.382 y siguientes del Código Civil [francés] respecto de las relaciones entre particulares», esto es, por el Derecho ordinario o común. Por el contrario, «...esta responsabilidad, que no es general ni absoluta, tiene reglas especiales [de Derecho interno], que varían según sean las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Por ello, corresponde... al juez administrativo [nacional], y no a los tribunales ordinarios [nacionales], valorar tal responsabilidad» («la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les divers services publics n'est pas régie par les principes établis, dans les arts. 1382 et suivant C. civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n'est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. C'est, des lors, à l'autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu'il appartient l'apprecier») (LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVE, P. y GENEVOIS, B., *Les Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 10e édition, Sirey-Éditions Dalloz, Paris, 1993, pp. 1 y ss.).

car unilateralmente el contrato o interpretar, también unilateralmente, las cláusulas de tales contratos, que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decidiría una controversia entre la Administración y un nacional cuando dicha controversia verse sobre un contrato administrativo. Es con base en esas reglas que se determinaría la responsabilidad de la Administración¹⁴⁷.

En el caso de las inversiones e inversionistas extranjeros amparados por un Tratado (BIT) la situación puede ser otra. La situación puede ser otra, decíamos, porque a la luz las Cláusulas Paraguas (*Umbrella Clauses*) contenidas en tales Tratados los incumplimientos contractuales pueden llegar a convertirse o transformarse en infracciones -directas- del Tratado¹⁴⁸. En palabras de Dolzer y Stevens:

«a. Cláusulas Paraguas. Estas previsiones procuran asegurar que cada una de las Partes del Tratado respete sus obligaciones específicas frente a los nacionales de la otra Parte. Esta previsión es de particular importancia porque protege los derechos contractuales del inversionista contra cualquier interferencia que pudiera ser producto de un simple incumplimiento contractual o consecuencia de actos legislativos o administrativos, y porque en el Derecho Internacional no está del todo claro si tales medidas estatales [en ausencia de un Tratado

147 BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 47 y 48.

148 DOLZER, RUDOLPH, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", en *Journal of International Law and Politics*, Volume 37, Summer 2005, Number 4, New York University, p. 965).

(BIT) que contemple este tipo de garantía] constituyen un incumplimiento de una obligación internacional»¹⁴⁹.

Constituye ejemplo de Cláusula Paraguas el artículo 3.4 del BIT Venezuela-Países Bajos, que establece: «Cada Parte Contratante cumplirá cualesquiera obligaciones que pudiera haber asumido respecto al trato de las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante».

Y por causa de esa infracción, por causa, esto es, de la naturaleza de la norma infringida, la Administración del Estado queda sometida a un juez distinto a aquel, el contencioso-administrativo, que conoce de las causas en las que aquélla es parte. La Administración pierde el derecho a su juez (nacional) natural, al juez contencioso-administrativo, y, por añadidura, sus acciones pasan a ser enjuiciadas conforme a un Derecho que no es el suyo, un Derecho que está informado por principios distintos a los del tradicional Derecho Administrativo (nacional) que le es propio¹⁵⁰. El ejercicio de sus poderes, en síntesis, ha de ser en-

149 DOLZER, RUDOLPH y STEVENS, MARGARET, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, pp. 81 y 82). Dolzer y Stevens afirman textualmente: «a. Umbrella Clauses. These provisions seek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor's contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts, and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitute breaches of an international obligation».

150 De acuerdo al artículo 32 de las Normas sobre responsabilidad estatal de la Comisión de Derecho Internacional, «el Estado responsable [de un ilícito] no puede invocar normas de Derecho interno como justificación [suficiente] para dejar de cumplir con sus obligaciones...» internacionales («The responsi-

juiciado conforme al Tratado, conforme al Derecho Internacional *-rectius*, conforme al Derecho Administrativo Global-. Así quedó sentado en el laudo *SGS v. Philipines*, según el cual:

«...constituye una infracción del BIT que el Estado receptor [de la inversión] incumpla los compromisos vinculantes, incluyendo las obligaciones contractuales, que hubiere asumido con relación a una específica inversión»¹⁵¹.

Así quedó asentado, además, en la decisión que anuló el Laudo dictado en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*. Habida consideración que el Tratado (BIT) contenía una Cláusula Paraguas, en ésta decisión el Comité de Anulación afirmó la competencia de los tribunales arbitrales internacionales para conocer de la controversia, a pesar de que el inversionista había consentido en que cualquier controversia contractual fuese dirimida por los tribunales contencioso-administrativos estatales. En la decisión citada se afirma:

ble State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its [international] obligations...») (CRAWFORD, JAMES, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2005, p. 207).

151 Case N° ARB/02/6, January 29th, 2004, Paragraph 128. La decisión arbitral fue adoptada con base en el Artículo X(2) del Tratado bilateral para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Suiza y Filipinas, que rezaba textualmente así: «Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party». En este sentido, consúltese también el Laudo *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt* (Case N° ARB/03/11, August 6th, 2004, Paragraph 80).

«Por lo que se refiere a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento de tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los artículos 3 [tratamiento justo y equitativo] y 5 [protección y plena seguridad; expropiación o medida equivalente] del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *viceversa*, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como ilícito por el derecho interno.

...

...cuando la “base fundamental de la reclamación” es un tratado... la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la normas bajo el tratado.

...

Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado»¹⁵².

152 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decision on Annulment, Case Nº ARB/97/3, July 3rd, 2002, Paragraphs 76, 86, 95, 99, 101, 102 y 103) («As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the present case, it must be stressed that Articles 3 and 5

SECCIÓN III. LOS PARTICULARES COMO SUJETOS DE DERECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS (SUSTANTIVOS) A SU FAVOR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (BITS)).

La violación de esas normas de Derecho (a-nacional o *a-nazionale* en cuanto a su naturaleza¹⁵³, pero administrativo en

of the BIT do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. A state may breach a treaty without breaching a contract, and *vice versa*, and this is certainly true of these provisions of the BIT. The point is made clear in Article 3 of the ILC Articles, which is entitled "Characterization of an act of a State as internationally wrongful": The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law...»; «On the other hand, where "the fundamental basis of the claim" is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard. At most, it might be relevant -as municipal law will often be relevant- in assessing whether there has been a breach of the treaty»; y, «A state cannot rely on an exclusive jurisdiction clause in a contract to avoid the characterisation of its conduct as internationally unlawful under a treaty»).

153 En palabras de Cassese, «La regresión del Estado [como consecuencia de la erosión de su tradicional soberanía] refuerza el nivel superior, si bien el progreso es mayor en algunos sectores (comercio, mercados financieros, contratos públicos, tutela del medio ambiente, derechos fundamentales, derechos de las comunicaciones e internet) y menor en otros. Hace crecer un derecho a-nacional, desestatizado, transnacional (piénsese en sectores como el financiero y el del comercio). Hace caer lentamente barreras horizontales, produciendo un doble efecto, vertical y horizontal, de penetración del "*ius commune*" del nivel global al nacional y de trasplante de normas e institutos nacionales de un "*iura particularia*" al otro» («La regressione degli Stati rafforza il livello superiore, sia pur con progressi maggiori in alcuni settori

cuanto a su contenido, porque disciplina el ejercicio del Poder Público y, además, consagra garantías a favor de los particulares¹⁵⁴) puede ser denunciada por los particulares cuyos derechos hayan sido vulnerados. En otras palabras, para hacer valer sus derechos, los derechos reconocidos por los Tratados (BITs), los inversionistas extranjeros ya no requieren de intermediarios.

En efecto, a los particulares agraviados se les reconoce la condición de sujetos de Derecho Internacional, del Derecho Administrativo Global, y, consecuentemente, se les reconoce también un derecho a la acción, porque se les permite demandar tutela jurisdiccional. Se les confiere el derecho a proponer una acción de condena, porque se traduce en el pago de una indemnización que repara los daños y perjuicios sufridos por el actor, contra el Estado que vulnera sus derechos como inversionista¹⁵⁵.

(commercio, mercati finanziari, contratti pubblici, tutela dell'ambiente, diritti fondamentali, diritto delle comunicazioni e internet), minori in altri. Fa crescere un diritto a-nazionale, destattizzato, transnazionale (si pensi a settori come quello finanziario o quello del commercio). Fa cadere lentamente barriere orizzontali, producendo un duplice effetto, verticale e orizzontale, di penetrazione dello "ius commune" dal livello globale a quello nazionale e di trapianto di norme e istituti nazionali dall'uno all'altro degli "iura particularia"») (CASSESE, SABINO, "L'ordinamento Giuridico Globale", *Op. cit.*, pp. 7 y 8).

154 BATTINI, STEFANO, "Organizzazioni Internazionali e soggetti privati: Verso un Diritto Amministrativo Globale?", *Op. cit.*, p. 72.

155 Esa acción sustituye o reemplaza la tradicional "protección diplomática", en la que un Estado patrocinaba la reclamación que uno de sus nacionales tenía frente a otro Estado. Según la jurisprudencia internacional, «es un principio elemental de Derecho Internacional que un Estado se halla habilitado para proteger a sus súbditos cuando éstos han sufrido perjuicios a causa de actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado y no han podido obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Patrocinando la causa de uno de sus súbditos y recurriendo a la acción diplomática o a pro-

Esa circunstancia demuestra, parafraseando a Ferrara, la gran ductilidad, elasticidad y flexibilidad que a lo largo del tiempo ha demostrado el Derecho Administrativo¹⁵⁶.

En esencia, los Tratados (BITs) -todos ellos- le reconocen a los inversionistas extranjeros un catálogo de derechos, entre los que destacan los derechos sustantivos que se mencionan a continuación, así como los derechos, de naturaleza adjetiva, a los que se alude *infra* (Capítulo IV)¹⁵⁷.

§ 1. El derecho al trato de nacional

cedimientos judiciales internacionales, en realidad el Estado no hace sino afirmar sus propio derecho – el derecho a asegurar, en la persona de sus súbditos, el respeto del Derecho Internacional» («It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its rights to ensure, in the persons of its subjects, respect for the rules of international law») (Case of the *Mavrommatis Palestine Concession (Greece v. United Kingdom)*, Decision on Jurisdiction of 30 August 1924, P.C.I.J., Series A, N° 2 (1924), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes, Cases Material and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, The Hague, Netherlands, p. 760.

156 FERRARA, ROSARIO, *Op. cit.*, p. 38.

157 CREMADES, BERNARDO M. y CAIRNS, DAVID J.A., “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, en *Revista Internacional de Arbitraje Internacional*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, pp. 88-90. También DOLZER, RUDOLPH, “The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *Op. cit.*, p. 962).

A los inversionistas extranjeros les asiste, primero, el derecho a ser tratado como si fueran nacionales del Estado receptor de la inversión. Sobre este particular, *verbigratia*, el Artículo 3.1 del Tratado (BIT) Venezuela-Alemania dispone:

«Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones que sean propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o estén bajo su control efectivo, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de sus propios nacionales...».

La cláusula, estándar o derecho al “trato de nacional” (*national treatment*), ya lo decíamos antes, obligan al Estado a dispensarle al inversionista e inversión extranjeros un trato equivalente al otorgado al inversionista e inversión nacionales; le prohíbe a los Estados discriminar de hecho o de Derecho a las inversiones y a los inversionistas extranjeros. En otras palabras, el tratamiento asegurado por la cláusula debe ser igual tanto en el plano formal como en el sustancial. La cláusula reconoce, pues, que con base en la nacionalidad de inversiones e inversionistas no pueden establecerse regímenes o regulaciones dispares, pues esa circunstancia -aludimos al origen de inversiones e inversionistas- no constituye criterio válido, racional o razonable, de discriminación.

Ahora bien, comoquiera que el estándar sólo asegura el mismo trato, cualquiera que este fuese, dispensado por el Estado receptor de la inversión a las inversiones e inversionistas nacionales, se afirma que dicha cláusula brinda un estándar de protección relativo, toda vez que su contenido o alcance es variable, pues va a depender de la letra y espíritu de las normas dictadas por el Estado para regular a tales inversiones e inversionistas. El

estándar no asegura un nivel de protección específico, predeterminado¹⁵⁸.

No obstante lo apenas afirmado, debe acotarse que la doctrina entiende que la cláusula que reconoce el derecho al “trato de nacional” debe ser interpretada a la luz de la norma que prohíbe las medidas estatales arbitrarias¹⁵⁹. En propósito, cabría invocar el artículo 2.3 del Tratado (BIT) Venezuela-Alemania, conforme a la cual «ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contra-

158 ORTINO, FEDERICO, *From ‘non-discrimination’ to ‘reasonableness’: a paradigm shift in international economic law?*, Jean Monnet Working Paper 01/05, 2004, en <http://www.jeanmonnetprogram.org>, p. 4. Esta circunstancia distingue a esta cláusula (trato de nacional) y a la que asegura el trato propio de la nación más favorecida (*most favored nation*) de otras, como las que garantizan un trato justo y equitativo, que sí brindan un nivel de protección específico, predeterminado; que contemplan estándares de protección, por así decirlo, “absolutos”.

159 Según el artículo I, literal h), del BIT Venezuela-Canadá, la voz “medida” «incluye toda ley, reglamento, procedimiento, requisitos o práctica».

De acuerdo a la jurisprudencia, la voz también incluye las omisiones (*Eureka B.V. v. Republic of Poland*, August 19th 2005, Paragraph 187). En *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (March 17th, 2006, Paragraph 459) se afirma textualmente que «la voz “medidas” cubre cualquier acción u omisión de la República Checa. Como dejó sentado la CIJ en el Caso *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, “en su significado ordinario [común] la palabra es lo suficientemente amplia para cubrir cualquier acto, paso o procedimiento, y no impone ningún límite particular a su contenido material o a la finalidad perseguida...”» («The term “measures” covers any action or omission of the Czech Republic. As the ICJ has stated in the *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)* “[I]n its ordinary sense the word is wide enough to cover any act, step or proceeding, and imposes no particular limit on their material content or on the aim pursued thereby”»).

tante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias». En virtud de la interpretación conjunta de las normas contenidas en el Tratado, que por una parte aseguran el “trato de nacional”, y por la otra prohíben la adopción de “medidas arbitrarias”, puede afirmarse que no todo “trato de nacional” es *per se* legítimo.

§ 2. El derecho al trato de la nación más favorecida

Los inversionistas, en segundo lugar, tienen derecho a recibir el trato dispensado por el Estado receptor de la inversión a la nación más favorecida *-rectius*, al inversionista extranjero más favorecido-. En propósito, el Artículo 3(1) del BIT Venezuela-Suecia establece:

«Tratamiento de las Inversiones.

Cada Parte Contratante aplicará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el que acuerde a las inversiones... de inversores de cualquier tercer Estado...».

Según la doctrina,

«Las cláusulas *MFN* [*Most Favored Nation*] desempeñan un rol importante en el Derecho Económico Internacional. De manera similar a las cláusulas-de-tratamiento-nacional, las cláusulas *MFN* permiten la incorporación de ulteriores contenidos contractuales a un acuerdo [internacional] ya celebrado... Una cláusula *MFN* -en principio- se entiende con facilidad: Cuando existe en un acuerdo de protección de inversiones (el “acuerdo base”), si una de las partes contractuales de dicho acuerdo celebra un acuerdo con un tercero (en un “acuerdo con tercero”) que para los nacionales de ese tercer país contempla un régimen más favorable al contemplado para los del otro

país en el acuerdo base, entonces los nacionales de ese otro país pueden reclamar los beneficios adicionales previstos en el acuerdo con tercero»¹⁶⁰.

La Cláusula de la Nación más Favorecida (*most favored nation*) es, pues, una cláusula de remisión, de remisión normativa, porque le “extiende” al inversionista extranjero protegido los mejores derechos y garantías consagrados en otros Tratados (BITs); es una cláusula de remisión porque permite recurrir a otros Tratados a los efectos de “integrar” o “complementar” el Tratado suscrito con un Estado determinado.

Esos posteriores contenidos, esos nuevos y más amplios derechos, que pueden ser incorporados a un Tratado en virtud de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, pueden ser, éste es el principio general, tanto de carácter sustantivo como adjetivo. En efecto, en *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* se sostuvo cuanto sigue:

160 DOLZER y MYERS afirman textualmente lo siguiente: «The MFN clauses play a substantial role in international economic law. Similar to equal-treatment-of-nationals clauses, the MFN clauses allow for incorporation into an already executed agreement of further contractual terms. As such, they have appropriately been characterized as “drafting by reference”. In principle, an MFN clause is easily understood: when it exists in an investment protection agreement (the “base agreement”), if one of the contracting parties has made an agreement with a third party (in “third-party-agreement”) which favors nationals of the third country over those of the remaining party to the base agreement, nationals of the remaining party can claim the additional benefits provided under the third-party-agreement» (DOLZER, RUDOLF y MYERS, TERRY, “After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Agreements”, *Op. cit.*, pp. 49 y 50).

«Si un tratado celebrado con un tercero contiene previsiones para la resolución de controversias que comparadas con el Tratado base protegen mejor los derechos e intereses del inversionista, tales previsiones pueden ser extendidas al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida porque ellas son totalmente compatibles con el principio *eiusdem generis*. Naturalmente, el Tratado celebrado con tercero debe versar sobre la misma materia del Tratado base...»¹⁶¹.

Vale la pena observar también que de estas Cláusulas se suelen excluir expresamente los derechos que un Estado pueda reconocerle a determinados inversionistas en virtud de Tratado que cree una zona de libre comercio o una unión aduanera, así como de Acuerdos en materia impositiva.

§ 3. El derecho a un trato no arbitrario o discriminatorio.

En tercer lugar, aquí el derecho subjetivo se formula en términos negativos, al inversionista extranjero le asiste el derecho a que el Estado receptor de la inversión no lo trate de manera arbitraria o discriminatoria. En este respecto el artículo 2.3 del Tratado (BIT) Venezuela-Alemania dispone textualmente:

«Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias».

161 *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, 25 de Enero, 2000 (Decisión sobre Jurisdicción), ICSID Caso N° ARB/97/7, Parágrafo 56.

En materia de trato arbitrario o discriminatorio también puede invocarse, *exempli gratia*, el Artículo 3° del Tratado (BIT) Venezuela-Costa Rica, que establece:

«Protección.

Cada Parte Contratante de conformidad con las normas y criterios del derecho internacional... se abstendrá de obstaculizar con medidas arbitrarias o discriminatorias... [el] mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación de las inversiones».

A nuestro entender, constituye ejemplo concreto -específico- de medida arbitraria la prohibida por el artículo V, numeral (1), literal (a), del Tratado (BIT) Venezuela-Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, que reza así: «Ninguna Parte Contratante podrá exigir que una empresa, constituida en esa Parte Contratante, que en virtud de este Acuerdo sea una inversión, designe para los cargos de gerencia superior a personas de una determinada nacionalidad». Según el Tratado también constituye medida arbitraria la negativa de una Parte Contratante a permitir «...la entrada temporal a los ciudadanos de la otra Parte Contratante que sean empleados por una empresa y que se propongan prestar servicios a esa empresa o a una subsidiaria o filial de la misma, en funciones administrativas o ejecutivas o que impliquen conocimientos especializados» (artículo V, numeral (2)).

La obstaculización prohibida por los BITs, conviene acotarlo, puede ser tanto de hecho como de Derecho (artículo 3, numeral 2, del Tratado (BIT) Venezuela-Unión Belgo-Luxemburguesa).

Revisemos ahora, por separado, qué ha de entenderse por medida arbitraria o discriminatoria.

A) La conducta arbitraria

Constituye principio general, principio general del Derecho, que los Estados, los Poderes Públicos, no pueden obrar de manera arbitraria o caprichosa¹⁶², porque el Poder debe ejercerse siempre conforme a la ley, esto es, conforme a la razón¹⁶³. Y comoquiera que el Poder ha de ejercerse conforme a la ley *-rectius*, conforme al Derecho, conforme al bloque de la legalidad-, dicho ejercicio se encuentra condicionado por el principio de razonabilidad, porque en el Estado de Derecho el Poder se legitima en el respeto de la libertad, de la justicia, de la igualdad y, en general, de los restantes derechos humanos¹⁶⁴.

162 BLANQUER, DAVID, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 35.

163 Según Locke, el poder está limitado por las leyes de la razón (LOCKE, JOHN, *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 307). Según Montesquieu, «la Ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación, no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana» (MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1971, p. 54).

164 El artículo 2 de la Constitución venezolana establece, *gratia argüendi*, que «Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político». De acuerdo a Parejo Alfonso, los valores superiores del ordenamiento son fundamento y fin -a un mismo tiempo- del ordenamiento jurídico (PAREJO ALFONSO, LUCIANO, «Constitución y valores del ordenamiento», publicado en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131). Para García de Enterría, «los principios del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez,

Para el Derecho Internacional es arbitrario el acto adoptado por un ente u órgano público incompetente (*Legal-Authority Test*)¹⁶⁵. También puede hablarse de acto estatal arbitrario cuando el autor de dicho acto de manera intencional o consciente ejerce

de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del Ordenamiento...» (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1983, pp. 42 y 43). Por lo que se refiere a la diferencia entre “valores” y “principios”, Alexy anota que mientras los primeros sólo tienen eficacia interpretativa, los segundos cuentan con eficacia normativa e interpretativa. En otras palabras, «lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, [es] *prima facie* lo debido; y los que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, [es] definitivamente debido» (ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147).

- 165 HAMROCK, KURT, “The ELSI case: Toward an Internacional Definition of ‘Arbitrary’ Conduct”, 27 *Tex. Int’l L.J.* 837 (1992), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes, Cases Material and Commentary*, *Op. cit.*, pp. 1085 y ss.

En materia de competencia la Constitución venezolana dispone que «la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen» (artículo 137). Por lo que se refiere a la Administración Pública, el artículo 141 *eiusdem* establece: «La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho». Esta última previsión constitucional es desarrollada por el artículo 4º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, según la cual: «La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución..., a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares».

el poder discrecional conferido por la ley para un fin ajeno a aquél con miras al cual fue otorgado dicho poder (*Proper-Purpose Test*)¹⁶⁶. Otro tanto puede decirse de los actos adoptados sobre la base de circunstancias que, conforme a la ley, son irrelevantes para el ejercicio del poder, o de los actos que dejan de considerar circunstancias esenciales para el correcto ejercicio del poder (*Relevant-Circumstances Test*). Finalmente, puede afirmarse que un acto estatal es arbitrario cuando no existe relación, vínculo racional, entre el poder que se ejerce y la medida adoptada (*Patent-Reasonable Test*)¹⁶⁷.

La doctrina también sostiene que son arbitrarias todas aquellas medidas estatales que no pueden ser reconciliadas con el principio de racionalidad o razonabilidad¹⁶⁸. En este orden de

166 Por lo que se refiere al ejercicio del Poder Público para fines distintos a los legalmente previstos, la Constitución venezolana establece que «el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o la ley» (artículo 139).

167 El artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana establece que «...cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

168 ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, *Op. cit.*, p. 33 y ss.

Sobre el tema de la racionalidad consúltese LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, N° 52, Sevilla, 1988; VIPIANA, PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1993; *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994; y, ALON-

ideas, para constatar si las medidas adoptadas por un Estado son racionales, racionales desde un punto de vista sustantivo (“racionalidad sustantiva”), pueden emplearse al menos tres tipos de exámenes, evaluaciones o *tests*.

En primer lugar, la prueba o *test* de idoneidad. En este examen lo que se trata es de determinar si la medida estatal es idónea para alcanzar el fin que declara perseguir; si entre los medios empleados y el fin perseguido por la autoridad estatal existe una relación racional¹⁶⁹. Este *test*, también denominado juicio de ade-

SO MAS, MARÍA JOSÉ, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

169 A nuestro entender, vale la pena subrayar los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional: 1. Con base en el artículo 3E de la Constitución italiana y el principio de proporcionalidad el Tribunal Constitucional de ese país ha considerado contrarias a la Constitución las normas no funcionales o inadecuadas (LAVILLA, LANDELINO, “Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo”, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra editada y prologada por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 78). 2. En Venezuela la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha afirmado que en virtud del principio de racionalidad, toda actuación de la Administración debe guardar relación, ser acorde con la concreta situación de hecho (fallo del 6 de marzo de 1996, asunto *Cauchos Valery, C.A. et alter v. Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y Usuario*). También puede citarse el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia venezolana en Pleno el 6 de noviembre de 1997 (asunto *Ley de Vagos y Maleantes*), pues en éste se sostiene que la ausencia de razonabilidad no es otra cosa que la indebida valoración de las circunstancias de hecho y de Derecho aplicables y la consecuente adopción de medidas proporcionalmente inadecuadas al fin perseguido; y que puede afirmarse que un acto es irrazonable y, por consiguiente, arbitrario, cuando su objeto es absurdo, contradictorio o desproporcionado (con la venia de estilo, véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “El Principio de Proporcionalidad, el Derecho a la Libre Concurrencia y los Límites Sustantivos del Poder Reglamentario. Consideraciones

cuación, porque procura determinar si el acto puede alcanzar el fin que justificó su expedición, permite controlar la manifiesta desproporción entre la medida y el fin perseguido¹⁷⁰.

En segundo término, la prueba o *test* de necesidad. En este segundo caso de lo que se trata es de determinar si la medida estatal es necesaria -valga la redundancia- para alcanzar el objetivo, o, dicho de otro modo, si existen otros medios menos costosos que permitan alcanzar el mismo objetivo¹⁷¹. Para superar con

en torno al Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción que prohíbe a las estaciones de televisión por aire transmitir publicidad durante la difusión, al público en general, de programas de carácter informativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5, Enero-Abril 1999, Editorial Sherwood, Caracas, p. 300).

170 SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317 y 318.

171 Subrayemos una vez más los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional: 1. Comencemos por Agirrazkuenza, quien observa que en España «...la formulación del principio de intervención mínima es muy simple, ya que a través del mismo lo que se pretende subrayar es de que entre múltiples y posibles medios o medidas, considerados previsiblemente adecuados para conseguir el resultado deseado, hay que optar por los que causen el menor daño o molestenlo menos posible a los destinatarios de las mismas en cuanto a individuos particulares, así como a la colectividad»; y, que «este principio de la elección del medio más suave o de la intervención más favorable a la pervivencia de los mayores márgenes de libertad posible, entre medios o medidas igualmente congruentes, no es sino un trasunto del principio *favor libertatis* que impregna todo el ordenamiento jurídico» (AGIRRAZKUENZA, IÑAKI, *La coacción administrativa directa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pp. 382 y 383). 2. Haibronner afirma que en todos los países existen «...dos típicas aplicaciones del principio (de proporcionalidad) concretadas, por una parte, en que debe tratarse de una relación “*ragionevole, adeguata o non sproporzionata*” entre el fin perseguido por la acción estatal y los instrumentos empleados para conseguirlo y, por otra parte, entre los medios adecuados debe elegirse el menos *restrictivo*»

éxito el juicio de necesidad, el acto «...debe ser la medida menos lesiva para los intereses particulares de cuantas pudo elegir...» la autoridad¹⁷². Salta a la vista, pues, que aquí se produce un juicio

(AGIRRAZKUENZA, IÑAKI, *Op. cit.*, p. 378). 3. Sobre el principio *favor libertatis* se pronunció la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fallo del 16 de mayo de 2000 (S. 01108, asunto *Carlos Eduardo Oxford Arias*), conforme al cual «los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera más amplia y favorable al administrado para que sus contenidos puedan ser efectivos (*favor libertatis*)». Por ello, agrega el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, «resultaría inconstitucional, utilizar principios interpretativos de las leyes, para crear impedimentos o limitaciones a los derechos fundamentales...», como son la libertad económica o la propiedad privada. También la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, al sostener que «es bien conocido que disposiciones que reconocen derechos constitucionales [por obra del] *favor libertatis*, son de interpretación extensiva, como *restrictivas* aquellas, que se refieren a la *excepción* de esta regla» (citado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia, de fecha 8 de marzo de 2004, que decidió el Recurso de Revisión propuesto contra el fallo N° 375, dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 23 de octubre de 2003). En Venezuela la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha recurrido al criterio de la “menor restricción posible”. En efecto, en fallo del 20 de noviembre de 1962, que declaró la nulidad del artículo 47 del Decreto reglamentario de la Ley de Ejercicio de la Farmacia, la Corte sostuvo que las restricciones y prohibiciones de los derechos consagrados por la Constitución venezolana y, en concreto, del derecho constitucional de propiedad privada, «...derogatorias como son del principio general de la garantía de la propiedad, no pudieron justificarse sino por la situación confrontada por el legislador, al no poder atender de otro modo, que sacrificando el mero interés individual, el reclamo y la satisfacción de otros intereses más preciosos y nobles y urgentes de la sociedad...» (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977, pp. 275 y 276).

172 SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *Op. cit.*, pp. 334. Cabe citar *-mutatis mutandis-* el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

comparativo con las otras medidas alternativas, menos gravosas, que pudieron haber sido adoptadas.

Finalmente, la prueba o *test* de proporcionalidad en sentido estricto. En este último tipo de examen, el más intenso o incisivo de los tres, de lo que se trata es de determinar si la medida estatal produce un impacto excesivo o desproporcionado sobre los intereses del particular. En otras palabras, si los costos de la medida exceden sus beneficios¹⁷³. Este *test* fue empleado por el Consejo de Estado Francés en el *arrêt Ville Nouvelle Est*, en el que

de Justicia venezolano el 11 de junio de 2000, según el cual al momento de restringir derechos fundamentales, incluida la propiedad privada, «...el legislador... debe acudir al principio de la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se persigue, debiendo ser las medidas impuestas necesarias para fomentar o realizar el objetivo enunciado en ellas, esto es, que no sean posibles otras medidas que representen para el ciudadano una carga menor -principio de intervención mínima del Estado- para garantizar los bienes constitucionales en conflicto» (asunto *Jesús Rendón Carrillo*, en www.tsj.gov.ve).

173 ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, *Op. cit.*, p. 33 y ss. A título de recapitulación sobre los paralelismos existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, permítasenos observar que el Tribunal Constitucional Federal alemán «...ha derivado diferentes principios jurídicos generales que resultan de la tradición jurídica alemana y de la lógica misma de la noción de Estado de Derecho. Entre estos principios se encuentra el Principio de Proporcionalidad que, a través de diferentes manifestaciones, impone al Estado un ejercicio moderado de su poder. Así, por ejemplo, la "adecuación entre los medios y el fin", o la elección del "medio más idóneo" o de la "menor restricción posible" del bien o Derecho protegido por el Ordenamiento, o finalmente de la "justa medida"; a través de todas estas expresiones, el principio de proporcionalidad representa una cierta concretización de la idea de justicia, tanto en el ejercicio de los derechos como en la imposición de debe-

«...se planteaba la legalidad de la declaración de utilidad pública de un proyecto de expropiación, cuyas consecuencias implicaban la demolición de 250 viviendas. Los vecinos afectados demostraron la existencia de opciones alternativas, perfectamente viables, pero la Administración no dudó en descartarlas. Con estos hechos en consideración, el Consejo de Estado rompió con una larga tradición caracterizada por la deferencia a la Administración, y procedió a juzgar las consecuencias negativas a la luz de las consecuencias positivas. En de-

res y de cargas, de equilibrio de intereses contrapuestos... en la línea de su menor perjuicio posible» (LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *Op. cit.*, p. 41).

En *James v. United Kingdom* se sostuvo: «Una medida que priva a una persona de su propiedad no sólo debe perseguir, en los hechos y también conceptualmente, una finalidad legítima “en interés del público”, debe también existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se procura lograr» («Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized») (*James v. United Kingdom*, E.C.H.R., Series A, Nº 98, 8 E.H.C.R. 123 (1986), citado por CURTIS, JR., JEROME J., *Op. cit.*, p. 78). En este mismo orden de ideas, en el asunto *Hauer* el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se planteó la cuestión de «en qué medida los límites que imponen las normas que se enjuician responden efectivamente a los fines de interés general que persigue la Comunidad o si, por el contrario, desde la perspectiva de la finalidad que se pretende alcanzar, representan una intervención desproporcionada e inaceptable sobre las facultades dominicales, que viola el contenido esencial del derecho de propiedad» (TJCE, Sentencia del 13 de diciembre de 1979 –Hauer, asunto 44/79- Rep. 1979, en KRÖGER, DETLEF, “La propiedad privada como derecho fundamental en la Unión Europea”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, obra coordinada por BARNÉS, JAVIER, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 104).

finitiva, el *Conseil* realizó una ponderación de bienes e intereses, en términos miméticos al [juicio de proporcionalidad]...»¹⁷⁴.

Parafraseando a don Eduardo García de Enterría¹⁷⁵,

«Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho [y el principio de racionalidad o razonabilidad es uno de ellos] son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, “*cornerstone of administrative justice*”, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones...».

B) La conducta discriminatoria

Si la arbitrariedad es el género, la discriminación es una especie de aquélla, pues, a nuestro entender, todo acto discriminatorio es -en el fondo, en su esencia- arbitrario.

174 SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *Op. cit.*, pp. 334. Con la venia de rigor, véase también MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Los poderes del juez administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, *Revista de Derecho* N° 14, *Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2004, pp. 99 y 100.

175 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, *Op. cit.*, pp. 46 y 47.

Por lo que se refiere al derecho a la igualdad -o, en su formulación negativa, al derecho a no sufrir discriminación-, vale la pena observar que la discriminación implica tratos dispares que, por ser irrazonables, no pueden ser justificados en Derecho.

Según la doctrina, para determinar si un acto o medida resulta contrario al principio de no discriminación, la prueba o *test* crucial es el de la buena fe. Se afirma, en efecto, que

«La esencia de la doctrina es que si bien es cierto que un Estado puede tener derecho a actuar de una manera particular, [dicho Estado] no debe ejercer ese derecho de manera tal que constituya un abuso de derecho; [dicho Estado] debe ejercer sus derechos de buena fe y con sentido de la responsabilidad; [dicho Estado] debe tener razones *bona fide* para lo que hace, y no actuar arbitraria o caprichosamente»¹⁷⁶.

176 «The essence of the doctrine is that although a State may have a strict right to act in a particular way, it must not exercise this right in such a manner as to constitute an abuse of it; it must exercise its rights in good faith and with a sense on responsibility; it must have bona fide reasons for what it does, and not act arbitrarily or capriciously» (MANIRUZZAMAN, A.F.M., "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview", 8 *J. Transnat'l L. & Pol'* y 57 (1998), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Op. cit.*, p. 1093).

Por lo que se refiere a los poderes discrecionales, Bandrés observa: «Los poderes discrecionales de la Administración [nacional] quedan enmarcados, en la comprensión del Tribunal europeo, en el deber de ejercerse "de buena fe, con discreción y de forma razonable", lo que previene contra cualquier uso abusivo, inmerecido o extensivo de estas facultades que pueden lesionar indebidamente el ejercicio de los derechos fundamentales...» en general, y de la propiedad privada en particular (BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, co-

Finalmente, vale la pena observar que las cláusulas que aseguran el trato de nacional (*National Treatment*) y el trato de la nación más favorecida (*Most Favorest Nation*) procuran, ambas, combatir tipos o especies de conductas discriminatorias¹⁷⁷.

§ 4. El derecho a un trato justo y equitativo y a protección y seguridades plenas.

Por lo que se refiere a esta cláusula o estándar cabe citar, *exempli gratia*, el Artículo II (2) del BIT Venezuela-Canadá, que copiado a la letra establece textualmente lo siguiente:

«Establecimiento, Adquisición y Protección de Inversiones.

Cada Parte Contratante, de acuerdo con los principios del derecho internacional, acordará a las inversiones y a las ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante un trato justo y equitativo y protección y seguridad completas».

edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 69).

177 En el plano internacional, del derecho a la igualdad se ocupa el Artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (“Pacto San José de Costa Rica”), que establece: «Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». De acuerdo al artículo 2º de la Constitución venezolana, la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico venezolano. El artículo 21 *eiusdem* reza textualmente así: «Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva...».

Revisemos, por separado, qué ha de entenderse, por una parte, como trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*), y por la otra, como protección y seguridad plenas (*full security and protection*).

A) El trato justo y equitativo

El artículo IV del BIT Venezuela-España establece, *exempli gratia*, que «cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante». A título meramente ilustrativo, la fórmula empleada en el artículo 2 del Protocolo de Colonia del MERCOSUR es distinta: «Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias»¹⁷⁸.

Al trato justo y equitativo de las inversiones y de los inversionistas extranjeros también alude, *exempli gratia*, la Exposición de Motivos del BIT Venezuela-Suecia, que reza así:

«El Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Suecia,

Deseando intensificar la cooperación económica para el beneficio de ambos países y para mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante,

178 VASCIANNE, STEPHEN, *Op. cit.*, p. 121.

Reconociendo que la promoción (sic.) y protección de tales inversiones favorece la expansión de las relaciones económicas entre las dos Partes Contratantes y estimula iniciativas de inversión,

Han convenido lo siguiente...».

La cláusula de *fair and equitable treatment* -esto es, el derecho que asiste a los inversionistas extranjeros a recibir un “trato justo y equitativo”- tiene por finalidad, así lo afirma la doctrina comparada, «...proporcionar un estándar básico y general [de protección] ajeno al Derecho interno del Estado receptor de la inversión»¹⁷⁹. Su significado, por definición variable, sólo puede ser precisado cuando ha de ser aplicado a un supuesto de hecho específico¹⁸⁰. Para comprender el alcance del derecho a un trato justo y equitativo resulta, pues, necesario estudiar la jurisprudencia arbitral internacional sobre la materia.

En este orden de ideas, en *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, el Tribunal arbitral, luego de destacar que el estándar no estaba definido en el Tratado, afirmó que en su «Preámbulo se dejaba constancia que para las partes dicho tratamiento “es deseable a fin de mantener un marco estable para las inversiones y maximizar la efectiva utilización de los recursos económicos”», y que, por consiguiente, «...la es-

179 DOLZER, RUDOLPH y STEVENS, MARGARET, *Bilateral Investment Treaties*, *Op. cit.*, p. 58. Textualmente Dolzer y Stevens afirman: «It is generally accepted that the broad purpose of this clause is to provide a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law».

180 *MTD Equity Sdn. Bhd. et alter v. República de Chile*, Case Nº ARB/01/7, May 27th 2004, Paragraph 109. Vascianne afirma que «...el preciso significado del concepto justo y equitativo es todavía, hasta cierto punto, materia de conjeturas» («...the precise meaning of the fair and equitable concept is still, to some extent, a matter of conjecture») (VASCIANNE, STEPHEN, *Op. cit.*, p. 130).

tabilidad del marco legal y comercial es un elemento esencial del trato justo y equitativo»¹⁸¹. En el Laudo citado el Tribunal hizo suyo el criterio que sobre el trato justo y equitativo se dejara sentado en el asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos de América*:

«El inversionista extranjero espera que el Estado receptor actúe de una manera consecuente [esto es, que su conducta guarde correspondencia lógica con actos o actuaciones previas], sin ambigüedades y de manera totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, de manera que [este último] pueda conocer por anticipado todas las reglas y regulaciones que disciplinarán su inversión, así como las metas de las políticas y prácticas administrativas relevantes, para así poder plantificar la inversión y observar tales regulaciones»¹⁸².

181 *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, Case Nº UN 3467, July 1st, 2004, Paragraph 183 («Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment “is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources”. The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment »).

Complementariamente, García de Enterría observa, con toda razón, que «el Derecho Administrativo [nacional] es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces...» (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Op. cit., p. 44).

182 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, ILM 133 (2004), 29 de mayo de 2003, sección 154. En el mismo sentido puede consultarse el más reciente fallo dictado en el asunto *Pseg Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Şrketi, v. Republic of Turkey*, (Award, January 19th, 2007, ICSID Case Nº ARB/02/5, Sections 254-256), que expresa cuanto sigue: «No puede existir estabilidad en una situación en la que la ley conti-

Siempre en materia de trato justo y equitativo, también cabe invocar el laudo dictado en el asunto *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, conforme al cual:

«El Tratado, como la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, no define el estándar de trato justo y equitativo, y por causa de ello la preocupación de Argentina sobre su vaguedad no es del todo injustificada.

El Preámbulo del Tratado aclara, sin embargo, que uno de los principales objetivos de la protección prevista es la del trato justo y equitativo [porque permite] “mantener un marco estable para las in-

nuaba cambiando continua e interminablemente, y otro tanto hacía su interpretación e implementación... En este caso no fue solo la ley la que siempre cambiaba, sino también -y de manera notable- las actitudes y políticas de la Administración», y, por ello, «incluso en el supuesto de que la conducta [estatal] hubiera sido de buena fe... de todas maneras habría una evidente infracción del estándar de trato justo y equitativo previsto por el Tratado» («Stability cannot exist in a situation where the law kept changing continuously and endlessly, as did its interpretation and implementation... In this case, it was not only the law that kept changing but notably the attitudes and policies of the administration», y por ello «even if all the above conduct were to comply with good faith... there still would be an evident breach of the fair and equitable treatment standard under the Treaty»). Sobre el tema de la estabilidad de las normas jurídicas también se ha pronunciado en España Soriano: «...como bien expresó el propio Tribunal Constitucional, “la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio” (SSTC 27/1981, 99/1987, 126/1987), y sí que “protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”» (SORIANO, JOSÉ EUGENIO, “Expropiación y competencia: Coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados”, en *Revista de Administración Pública* Nº 159, Septiembre-diciembre 2002, Madrid, pp. 45 y ss.).

versiones y el más efectivo uso de los recursos económicos”. No puede haber duda, por consiguiente, que un ambiente legal y de negocios estable es un elemento esencial del trato justo y equitativo.

...

En adición a los términos específicos del Tratado, el importante número de tratados, tanto bilaterales como multilaterales, que contemplan el estándar acredita de manera inequívoca que el trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y de la previsibilidad.

No se discute si el marco normativo debería ser congelado, porque puede [-debe-] evolucionar para así adaptarse a las cambiantes circunstancias. Pero tampoco se discute que el marco no puede ser cambiado de un todo cuando compromisos específicos en contrario han sido asumidos»¹⁸³.

Cuando un Estado ha asumido compromisos, así reza el laudo *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, di-

183 El laudo reza textualmente así: «The Treaty, like most bilateral investment treaties, does not define the standard of fair and equitable treatment and to this extent Argentina’s concern about being somewhat vague is not entirely without merit. The Treaty Preamble makes it clear, however, that one principal objective of the protection envisaged is that of fair and equitable treatment [which] is desirable “to maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources”. There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment... In addition to the specific terms of the Treaty, the significant number of treaties, both bilateral and multilateral, that have dealt with this standard also unequivocally shows that fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability. It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed altogether when specific commitments to the contrary have been made» (*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Case N° ARB/01/8, May 12th, 2005, Paragraphs 273 and ss).

chos compromisos deben ser respetados incluso en casos de excepción. En propósito, vale la pena citar a Aldrich, quien comenta el laudo *Phillips Petroleum Co. Iran v. The Islamic Republic* en los términos siguientes:

«El Tribunal concluyó que “una revolución, con sus dramáticos cambios en material social y de políticas, no puede justificar la expropiación de la propiedad. El Tribunal afirmó: ‘Cambios de esa naturaleza y magnitud producen consecuencias en las relaciones contractuales, pero no afectan la validez de tales acuerdos. En otras palabras, el cambio de políticas gubernamentales no excusa a un régimen revolucionario de cumplir con sus obligaciones legales, ni tampoco la expropiación sin compensación, para beneficio público, de las empresas operadas por particulares durante el régimen anterior’. El Tribunal tomó debida nota de las declaraciones públicas de los líderes y funcionarios iraníes realizadas antes y después del triunfo de la revolución y del establecimiento de la República Islámica, conforme a los cuales el Nuevo régimen pretendía revocar todos los contratos petroleros y nacionalizar por completo la industria”»¹⁸⁴.

184 Establece textualmente el laudo: «The Tribunal concluded that “a revolution, with its dramatic social and policy changes, cannot justify a taking of property. The Tribunal said: ‘Changes of such a character and magnitude are not without consequence to contractual relationships, but they do not affect the validity of such agreements. In other words, a revolutionary regime may not simply excuse itself from legal obligations by changing governmental policies, nor take for the public benefit without compensation businesses operated by foreign private persons under the previous regime’. The Tribunal took note of public statements by Iranian leaders and officials immediately preceding and following the success of the revolution and the establishment of the Islamic Republic that indicated the new regime intended to revoke all oil contracts and complete the nationalization of the industry”» (ALDRICH, GEORGE H., *Op. cit.*, pp. 193 y 194).

Sobre el tema de la estabilidad normativa también se ha pronunciado don Eduardo García de Enterría, quien enseña que «el principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derecho o situaciones determinadas»; que «la idea de que la protección de los derechos o intereses que los particulares tengan en el mantenimiento de la situación jurídica existente debe prevalecer sobre cualquier intento de innovar ésta, o en otro caso merecer una indemnización, es... una nota característica del orden jurídico antiguo o premoderno... En efecto, el antiguo Derecho, el más arcaico, se basaba en la idea esencial del *alte, gute Rect, good old law*, el viejo y buen Derecho, que proscribía como el primer atentado a la comunidad alterar las viejas costumbres, en las que el pueblo había encontrado el secreto de su identidad, y que se concebían por ello como un fruto o una revelación divina, como la iluminación de un padre o de un héroe históricos que habían fundado y establecido para siempre la estructura y el orden de su funcionamiento...»; que «la democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio. De esta omnipotencia salva Jefferson... los derechos Fundamentales del hombre, único espacio... irreductible del mismo»; que «...León Duguit... [fue] quien formuló más lúcidamente la doctrina sobre la inexistencia de derechos oponibles de ningún tipo a la potestad libre del legislador para cambiar a su arbitrio las regulaciones existentes. Aludo a su famosa y lúcida concepción de la doctrina de las "situaciones jurídicas", doctrina que, formulada en su *Traité de Droit Constitutionnel*, pasó a ser considerada en adelante en el Derecho Público francés como la esencia misma de la "técnica jurídica". La base de esta construcción está en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, generales o impersonales. Las primeras son situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados por un acto singular distinto a la Ley, aunque de conformidad con ésta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una Ley nueva; cuando el título especial las creó eran conformes a la Ley, y la Ley ulterior no puede privarlas de la validez que de la anterior han derivado; sólo una Ley con retroactividad máxima, que Duguit considera contraria al "Derecho superior", podría hacerlo, pero la validez de esta Ley

En virtud del derecho a un trato justo y equitativo, las medidas adoptadas por un Estado deben respetar u observar los dos extremos -complementarios entre sí- que de seguida se mencionan:

La actuación, primero que nada, debe ser transparente. La transparencia le impone al Estado el deber de elaborar normas claras, inteligibles, en materia de inversiones extranjeras¹⁸⁵. Más

sería cuestionable. Ejemplo entre todos: un contrato válidamente celebrado. En cambio, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son creadas por Leyes o Reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la Ley o Reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho» (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador", en *Revista de Administración Pública* N° 159 (septiembre-diciembre 2002), Madrid, pp. 173 y ss.). Finalmente, véase a BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Urbanismo y propiedad privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 172 y ss.

185 En el asunto *Commission v. Italy* se sostuvo que «los principios de certeza legal y de la protección de las personas [naturales] requieren, en las áreas cubiertas por la ley de la Comunidad, que las reglas legales de los Estados Miembros sean redactadas de manera inequívoca, para así permitirle a las personas entender de manera clara y precisa cuáles son sus derechos y obligaciones y permitirle a las cortes nacionales asegurar que se observen esos derechos y obligaciones» («the principles of legal certainty and the protection of individuals require, in areas covered by the Community law, that the Member States's legal rules should be worded unequivocally so as to give the persons concerned a clear and precise understanding of their rights and obligations and enable national courts to ensure that those rights and obligations are observed») (ARNULL, ANTHONY, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 193).

aún, la transparencia supone consultas e intercambios de información previos con los inversionistas interesados, de manera que cualquier modificación normativa resulte para ellos predecible¹⁸⁶. También que el Estado dé oportuna y adecuada respuesta a las consultas que el inversionistas pudiera formularle¹⁸⁷. Este

186 Hemos observado *supra* que los cambios normativos deben ser predecibles. En otras palabras, que la estabilidad del sistema normativo *-id est*, la interdicción de cambios súbitos o repentinos que, por inesperados, puedan llegar a frustrar las expectativas legítimas del inversionista- es un valor digno de tutela. Sobre este particular vale la pena tener presente, *gratia argüendi*: 1. La Exposición de Motivos del Acuerdo (BIT) Venezuela-Uruguay, en la que los Estados declaran estar «convencidos de que para alcanzar estos fines [esto es, para crear y mantener condiciones favorables para las inversiones] es importante asegurar la seguridad jurídica y medios imparciales y eficientes para la solución de controversias». 2. También el artículo 12, numerales 2. y 3., del Acuerdo (BIT) Venezuela-Suiza, pues éste, con el objeto de brindar seguridad jurídica -para hacer, esto es, predecibles los cambios normativos- establece que dicho «...Acuerdo permanecerá en vigor por un período inicial de diez años, después del cual continuará en vigor por tiempo indefinido»; que «cualquiera de las Partes Contratantes podrá darlo por terminado al final del período inicial o en cualquier momento posterior mediante notificación a la otra Parte Contratante con un año de anticipación, por lo menos, a la fecha de terminación»; y, finalmente, que «en caso de cesar el presente Acuerdo en su vigencia, sus disposiciones seguirán amparando por un período adicional de diez años a las inversiones hechas antes de la fecha de su terminación». En otras términos, comoquiera que la protección brindada por el Acuerdo no puede cesar súbitamente, porque ese modo de terminación, por sus efectos inmediatos, no podría ser reconciliada con la necesaria estabilidad del marco normativo, las garantías que el BIT contempla sólo cesan diez (10) después de denunciado el Tratado. 3. Finalmente, que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia venezolana ha dejado sentado que la seguridad jurídica, es decir, al derecho fundamental al Derecho, tiene rango o jerarquía constitucional (fallo de fecha 30 de octubre de 1997, asunto *Luis Enrique Pages*).

187 En propósito, vale la pena tener presente lo dispuesto por el artículo 51 de la Constitución venezolana en vigor: «Todos tienen el derecho de representar o

primer requisito suele ser instrumental para el respeto del extremo, del requisito, que se menciona a continuación.

En segundo lugar, el inversionista tiene derecho a la participación en los trámites que guarden relación con la elaboración de las normas que puedan afectarlo. Y, como contrapartida, el Estado debe tomar en cuenta las observaciones que los inversionistas puedan formular cuando participan en tales procedimientos¹⁸⁸.

dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público sobre los asuntos que sean de competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. La autoridad o funcionario público que viole este derecho será sancionado conforme a la ley, pudiendo ser destituido del cargo respectivo».

188 ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, *Op. cit.*, pp. 36 y ss. Parafraseando a Giannini, «... en la dialéctica libertad-autoridad siempre es la primera la que tiene necesidad de ser tutelada, y esta es la raíz de las instituciones de la justicia administrativa y del procedimiento administrativo, entendidos como conjuntos de normas que establecen los modos de ejercicio de las potestades públicas» («...nella dialettica libertà-autorità è sempre la prima che ha bisogno di tutela, e qui è la radice degli istituti della giustizia amministrativa e del procedimento amministrativo, intesi come complessi di norme che stabiliscono i modi di esercizio delle potestà pubbliche») (GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, *Op. cit.*, p. 537).

En materia de participación conviene tener presente que con base en el artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dejó sentado, en sentencia de fecha 19 de enero de 1999, que «...la consulta a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional», en resumen, el derecho a la participación, es derecho de rango constitucional (asunto *Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos)*). El aludido artículo 50 disponía textualmente lo siguiente: «La enunciación de los derechos y las garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La

Resta por observar que las medidas estatales arbitrarias -también las discriminatorias- pueden constituir obstáculos de hecho o de derecho al trato justo y equitativo garantizado por los Tratados (BITS)¹⁸⁹.

falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos». También deben tenerse presentes los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. El texto del artículo 136 de la Ley puede ser consultado *supra* (nota a pie de página N° 77). Por su parte, el artículo 137 *eiusdem* establece textualmente lo siguiente: «Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título. En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente... de la República, gobernador[es]..., alcalde[es]..., según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla».

189 En propósito puede invocarse, *exempli gratia*, el artículo 3.1. del Tratado (BIT) Venezuela-Francia, que reza así: «Cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder, en su territorio y en su zona marítima, un trato justo y equitativo, conforme a las reglas y principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y a garantizar que el ejercicio del derecho así adquirido no sea obstaculizado, de hecho ni de derecho. En particular, aunque no exclusivamente, serán considerados como obstáculos de hecho o de derecho al trato justo y equitativo, cualquier restricción arbitraria o discriminatoria a la compra y al transporte de materias primas y de materias auxiliares, de energía y de combustibles, así como de medios de producción y de explotación de todo tipo, todo obstáculo a la venta y al transporte de los productos en el interior del

B) La protección y seguridad plenas.

Por lo que se refiere al estándar de protección y seguridad plenas (*full security and protection*), cabe observar que la jurisprudencia arbitral ha afirmado que el mismo puede ser invocado fundamentalmente en aquellos supuestos de hecho en los que se hubieren producido disturbios civiles y violencia física¹⁹⁰, conflicto armado o desórdenes internos¹⁹¹.

En *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* se dejó sentado que esta cláusula le impone al Estado un deber de vigilancia, porque lo obliga a tomar las medidas necesarias para proteger la integridad -la integridad física- de las inversiones del inversionista extranjero amparado por un Tratado cuando en el país, *exempli gratia*, hay disturbios o se producen situaciones violentas. En el Laudo se afirma textualmente lo siguiente:

«...el estándar obliga al Estado receptor a adoptar todas las medidas razonables para proteger activos y propiedades de amenazas o ataques que puedan tener como blanco a los extranjeros... La jurisprudencia de los tribunales arbitrales pareciera sugerir, sin embargo, que el propósito de la cláusula de “seguridad y protección plenas” no es amparar cualquier tipo de interferencia sobre la inversión de un in-

país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que pueda tener un efecto análogo».

190 *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, March 17th, 2006, Paragraph 483.

191 SALACUSE, JESWALD W. and SULLIVAN, NICHOLAS P., “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, 46 *Harv. Int’l. L.J.* 67 2005, p. 86.

versionista, sino proteger más específicamente la integridad física de una inversión contra una interferencia por medios violentos»¹⁹².

En sentido coincidente, en el laudo *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire* el Tribunal sostuvo:

«La obligación que Zaire debe satisfacer [protección y seguridad] es una obligación de vigilancia, en el sentido de que Zaire como Estado receptor de la inversión hecha por AMT, una compañía norteamericana, debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute de protección y seguridad en su inversión y no debería poder invocar su propia legislación para liberarse de esa obligación. Zaire no ha demostrado haber tomado todas las medidas de precaución [necesarias] para proteger las inversiones de AMT en su territorio. No lo ha hecho.

...

Cuál es, entonces, el criterio práctico para determinar el nivel de las medidas de precaución que deben ser tomadas por un Estado para ser consistentes con el estándar mínimo reconocido por el Derecho Internacional?

Al Tribunal no le parece útil entrar a discutir si en el caso de la especie Zaire estaba vinculado por una obligación de resultado o, simplemente, por una obligación de conducta [esto es, de medio]. El

¹⁹²*Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, 17 de marzo de 2006, Paragraph 484. Copiado a la letra el Laudo reza así: «...the standard obliges the host State to adopt all reasonable measures to protect assets and property from threats or attacks which may target particularly foreigners... The practice of arbitral tribunals seems to indicate, however, that the “full security and protection” clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor’s investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force».

Tribunal considera suficiente constatar, como lo ha hecho, que Zaire ha violado su obligación porque no tomó ninguna medida que sirviese para brindarle protección y seguridad a la inversión...

La responsabilidad del Estado de Zaire ha quedado comprometida por la sola omisión de Zaire de tomar todas las medidas necesarias para proteger y garantizar la seguridad de la inversión hecha por AMT en su territorio...»¹⁹³.

193 *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, Case Nº ARB/93/1, June 15th, 1990, Paragraphs 6.5, 6.7, 6.8 y 6.11. «The obligation incumbent upon Zaire [protection and security] is an obligation of vigilance, in the sense that Zaire as the receiving State of investments made by AMT, an American company, shall take all measures necessary to ensure the full enjoyment of protection and security of its investment and should not be permitted to invoke its own legislation to detract from any such obligation. Zaire must show that it has taken all measure of precaution to protect the investment of AMT on its territory. It has not done so... What then is the practical criterion to determine the level of the precautionary measure to be taken by the receiving State consistent with the minimum standard recognized by international law? It would not appear useful for the Tribunal to enter into the debate whether in the case on hand Zaire is bound by an obligation of result or simply by an obligation of conduct. The Tribunal deems it sufficient to ascertain, as it has done, that Zaire has breached its obligation by taking no measure whatsoever that would serve to ensure the protection and security of the investment at question. The responsibility of the State of Zaire is incontestably engaged by the very fact of an omission by Zaire to take every measure necessary to protect and ensure the security of the investment made by AMT in its territory».

Sobre la responsabilidad del Estado por omisión puede también consultarse *Moshen Asgari Nazari v. The Government of the Islamic Republic of Iran* (ALDRICH, GEORGE H., *Op. cit.*, p. 213).

§ 5. La propiedad y su restricción por vía de expropiación

Los Tratados (BITs) le reconocen ciertos derechos a los inversionistas extranjeros afectados por medidas expropiatorias *lato et improprio sensu*. A título de ejemplo, el artículo 4° del Acuerdo (BIT) Venezuela-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa dispone textualmente:

«Medidas Privativas o Restrictivas de la Propiedad.

1.- Cada una de las Partes Contratantes se obliga a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización, ni cualquiera otra cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan en su territorio, salvo si cumplen las condiciones siguientes:

- a) que las medidas se adopten por razones de utilidad pública o de interés nacional;
- b) que las medidas sean adoptadas de conformidad con los procedimientos legales;
- c) que no sean ni discriminatorias, ni contrarias a un compromiso específico relativo al trato de una inversión;
- d) que vengán acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva.

2.- El monto de las indemnizaciones corresponderá al valor real de las inversiones de que se trate en la víspera del día en el cual la medida haya sido adoptada o publicada.

Las indemnizaciones serán pagadas en moneda convertible. Serán pagadas sin retraso injustificado y serán libremente transferibles. Percibirán intereses a la tasa comercial normal desde la fecha de su determinación hasta la fecha del pago».

A) La expropiación de hecho y de Derecho.

La expropiación forzosa a la cual aluden los Tratados (BITS) incluye o comprende dos tipos de medidas estatales, a saber:

En primer término, la expropiación *de iure* o de Derecho (*Direct Taking*), esto es, la medida en virtud de la cual el Estado, de manera forzosa o coactiva, adquiere bienes para el cumplimiento de fines públicos, siguiendo un procedimiento legal determinado y previo el pago de una justa indemnización¹⁹⁴. De este tipo de expropiación se ocupa la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social venezolana¹⁹⁵.

En segundo lugar, la expropiación *de facto* o de hecho (*Indirect Taking*), en la que el Estado, sin llegar a adquirir los bienes propiedad del inversionista, adopta una o más decisiones que “anulan” o de manera sustancial “alteran” los derechos que asisten al inversionista. Es precisamente a este tipo de expropiación a la que alude el artículo 4° del Acuerdo (BIT) Venezuela-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa cuando se refiere a «...cualquiera otra [medida estatal] cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan...»¹⁹⁶.

194 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de febrero de 1965.

Schreuer observa que hoy en día son contados los supuestos de expropiaciones directas (SCHREUER, CHRISTOPH, “The Concept of Expropriation under ETC and other Investment Protection Treaties”, <http://www.univie.ac.at/intlaw/schreu.htm>, p. 2).

195 *Gaceta Oficial* N° 37.475, del 1° de julio de 2002.

196 Esta modalidad de expropiación *-id est*, de confiscación, porque no suele venir acompañada de indemnización- recibe diversas denominaciones, a saber: i) Indirect Expropriation, ii) De Facto Expropriation, iii) Constructive

Expropriation, iv) Creeping Expropriation, v) Measures Equivalent to Expropriation, vi) Measures Tantamount to Expropriation, o vii) Measures Having an Effect Equivalent to Expropriation.

Consúltese FORTIER, L. YVES y DRYMER, STEPHEN L., "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see it, or Caveat Investor", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, Number 2, Fall 2004, International Centre for Settlement of Disputes, p. 297; WESTON, BURNS H., "'Constructive Takings' under International Law: A Modest Foray into the Problem of 'Creeping Expropriation'", *16 Va. J. Int'l L.* 103 1975-1976, pp. 103 y ss.; GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL, *La protección de las inversiones exteriores (Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2005, p. 200; y, PONS CÁNOVAS, FERRAN, *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad. Perspectivas actuales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2004.

En *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* el Tribunal arbitral hizo suya la conclusión a la cual se había arribado en el asunto *Lauder*, según la cual: «El concepto de expropiación indirecta (o de facto o *creeping*) no está claramente definido. Expropiación indirecta es una medida [o una serie de medidas, agregamos nosotros] en la que no se produce una clara adquisición, pero que de manera efectiva neutraliza el disfrute de la propiedad» («The Tribunal in the *Lauder* case rightly explained that "The concept of indirect (or "de facto", or "creeping") expropriation is not clearly defined. Indirect expropriation or nationalization is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralized the enjoyment of the property"») (*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Case Nº ARB/01/8, May 12th, 2005, Paragraph 261). En el laudo *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* se dejó sentado que la "expropiación furtiva" «...es una forma de expropiación indirecta con una cualidad temporal distintiva, en el sentido de que encapsula la situación en la que una serie de actos imputables al Estado [realizados] a lo largo de un período de tiempo culminan en la expropiación de la propiedad», esto es, en la paulatina anulación, en la progresiva eliminación, de los atributos esenciales que de la propiedad se derivan («Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property») (*Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Case Nº ARB/00/9, September 16th, 2003, Paragraph 20.22). También AVANESSIAN, AIDA, *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, International

A nuestro entender, los Tratados (BITs) contemplan, por así decirlo, una doble garantía: En primer lugar, con su regulación de la expropiación *de iure* o de Derecho (*Direct Taking*) salvaguardan el derecho de propiedad desde el punto de vista formal, porque se ocupan de las medidas estatales que comportan un cambio (formal) de titularidad. En segundo término, más allá de las formas, de las meras apariencias, con su regulación de la expropiación *de facto* o de hecho (*Indirect Taking*) garantizan la vigencia práctica, la vigencia efectiva, la sustancia, del derecho de propiedad amparado por el Tratado¹⁹⁷. Producto de esta doble garantía, formal y sustancial, el inversionista -el propietario protegido- puede exigir que se le indemnice cuando una medida estatal hace que pierda su condición de propietario, y también cuando su inversión deja de ser viable desde el punto de vista económico por causa *-exempli gratia-* de nuevos o mayores impuestos¹⁹⁸.

Arbitration Law Library, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London, 1993, p. 31.

197 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, ECHR judgement of September 23rd, 1982, Series A, Nº 52. También CURTIS, JR., JEROME J., *Op. cit.*, p. 73.

198 *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award, August 24th, 1978, 56 ILR 268. Las «...»expropiaciones disfrazadas» como las llama P.-M- Gaudemet, o las «expropiaciones encubiertas» como las denomina R. Mussnung, que se pretenden llevar a cabo mediante técnicas impositivas, son inconstitucionales, ya que les falta, como garantía al derecho de propiedad, el elemento compensatorio requerido para cualquier expropiación...» (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, «Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias», en *Revista de Derecho Público* Nº 57-58, enero-junio 1994, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 14).

1. Un par de reflexiones sobre las expropiaciones indirectas.

Por lo que se refiere a las expropiaciones indirectas, estimamos pertinentes hacer algunas consideraciones adicionales.

Primero, vale la pena destacar que la doctrina observa que mientras la expropiación *de iure* o de Derecho suele ser el producto de un acto individual, esto es, de efectos particulares, la expropiación *de facto* o indirecta suele manifestarse a través de un acto de efectos generales -actos, esto es, normativo-, y que refiriéndose a las expropiaciones indirectas derivadas de regulaciones, Díez-Picazo afirma:

«El instituto de la expropiación forzosa no estaba históricamente pensado para este tipo de supuestos... [En la expropiación] la privación ha de ser singular; es decir, debe afectar a una o varias personas en concreto. Así, el instituto de la expropiación forzosa se ha construido históricamente en torno a la noción de sacrificio especial... En este esquema tradicional, las regulaciones generales se consideraban ajenas a la expropiación forzosa, porque lo que afecta a todos no comporta un sacrificio especial, sino simplemente la genérica sumisión al ordenamiento jurídico, que va cambiando a lo largo del tiempo.

Este esquema tradicional de la expropiación forzosa partía de un doble presupuesto inequívocamente liberal: que sólo excepcionalmente haya que tomar los bienes de un particular para la consecución de finalidades públicas legítimas -el supuesto más frecuente eran las obras públicas- y que la ley sea poco intervencionista en el régimen de uso y disfrute de los bienes y derechos patrimoniales. A medida que el intervencionismo público en la economía fue erosionando estos presupuestos, el esquema tradicional de la expropiación forzosa ha dejado de ser satisfactorio en algunos aspectos. Los casos en que una

regulación general priva, en todo o en parte, de las facultades hasta entonces inherentes a la propiedad de toda una clase de bienes distan de ser escasos...»¹⁹⁹.

Siempre en materia de expropiación indirecta producto de regulaciones, de normas generales, con base en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Europea de Derechos Humanos Curtis afirma lo siguiente:

«Ambas cortes reconocen que en determinadas circunstancias la sociedad, habiendo derivado un beneficio de la restricción del disfrute de la propiedad privada, debe compensar al propietario afectado. No

199 Díez-Picazo, Luis María, "¿Hay que indemnizar las privaciones generales de la propiedad?", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 12, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2004, pp. 604 y 605. En igual sentido se pronuncia Barnés: «... el problema surge precisamente por el flanco más peligroso, el de la fijación general y abstracta de las facultades y deberes que integran el derecho [de propiedad], pues es ahí donde el legislador puede establecer por hipótesis deberes o restricciones tan gravosas que no queden ya amparadas en la función social, por superar el límite de lo razonablemente tolerable y exigible, o, si se quiere, la frontera de la rentabilidad del derecho. Tal menoscabo no podría ser tachado sin más de inconstitucional, aunque sí de expropiatorio y, por tanto, de indemnizable. Naturalmente, en supuestos semejantes el legislador ordinario debe prever la indemnización correspondiente y los criterios de valoración... aquí no hay confusión posible cuando la propia ley reconoce el efecto materialmente expropiatorio que deriva de su regulación y establece la compensación oportuna. La cuestión se plantea, como es fácil advertir, cuando el legislador... silencia toda medida indemnizatoria... en definitiva, sólo a la luz del entero art. 33 CE podrá determinarse si la Ley tiene o no efectos expropiatorios, en cuyo caso si no es posible extraer previsión indemnizatoria alguna de la norma en cuestión, habría que concluir en su inconstitucionalidad por violación de la garantía indemnizatoria (art. 33.3 CE).» (BARNÉS, JAVIER, *Op. cit.*, p. 43).

basta que la regulación haya sido dictada en forma democrática y que persiga el interés general, porque la propiedad no existe sólo para ser disfrutada mientras la mayoría lo quiera o mientras no sea necesaria para profundizar el bienestar de la comunidad.

Ambas cortes creen que una compensación es debida cuando a un propietario se le priva totalmente del uso de su propiedad. Ambas cortes también han concluido que la expropiación que ha de ser indemnizada incluye las privaciones sustanciales -aun cuando no sean totales- que injustamente le imponen a un propietario costos que deberían ser soportados por la sociedad [como un todo]...

Ambas cortes concuerdan en términos generales cuáles son los factores que deben ser considerados para determinar si una privación parcial excede los límites permisibles. Sus estándares, ciertamente vagos [o imprecisos], exigen que se ponderen la imposición al propietario y el beneficio a la sociedad. La justificación para la imposición de una regulación [determinada] sin que medie compensación decrece en la medida en que el peso de la regulación aumenta, porque en la medida en que el gravamen es mayor, se hace más probable que el propietario esté soportando costos... que en justicia deberían ser absorbidos por el público [en general]...»²⁰⁰.

200 CURTIS, JR., JEROME J., *Op. cit.*, p. 74 («Both courts acknowledge that at some point society as a whole, having derived a benefit from restricting the enjoyment of private property, must compensate the affected property owner. It is not enough that the regulation is promulgated in a democratic way and in fact advances the public interest, for property is not to be enjoyed merely so long as the majority wills or as long as it is not needed to further the welfare of the community. Both Courts believe that compensation is required when a property owner suffers the total deprivation of the use of property. Further, both courts have defined a compensable taking as including a substantial, though less than total, deprivation, which unfairly imposes costs on an owner which should be borne by society... Both courts agree in broad

Una reflexión final: En *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica* el Tribunal arbitral afirmó:

«Existen fundamentos suficientes para afirmar que una propiedad ha sido expropiada cuando el efecto de la medida adoptada por el Estado ha sido privar al propietario de su título, de su posesión o del acceso al beneficio y uso económico de su propiedad:

“En el Derecho Internacional una privación de propiedad puede producirse cuando el Estado interfiere con el uso de la propiedad o con el disfrute de sus beneficios, incluso en aquellos casos en que no se afecta el título sobre el bien. Si bien la toma de control de la propiedad por un gobierno no permite concluir de manera automática e inmediata que la propiedad ha sido expropiada por dicho gobierno, siendo por tanto necesaria una compensación de acuerdo al Derecho Internacional, a esa conclusión puede arribarse cuando las circunstancias acreditan que el propietario ha sido privado de atributos esenciales de su derecho de propiedad y esa privación no luce como efímera. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario, y las formas de las medidas de control o interferencia es menos importante que su impacto real”...»²⁰¹.

terms on the factors to consider ascertaining whether less than total deprivations go too far. Their standards, admittedly vague, call for balancing the imposition on the owner against the benefit to society. The justification on imposing the regulation without compensation decreases as the burden of the regulation increases because, as the imposition to the landowner grows, the greater the likelihood that the owner will be bearing costs for a public benefit which in fairness should be borne by the public»).

201 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, Case Nº Arb/96/1, Final Award, February 17th, 2000, Paragraph 77. En el Laudo se establece textualmente: «There is ample authority for the proposition that

En otras palabras, puede hablarse de expropiación, de expropiación indirecta, cuando se erosiona el contenido -el contenido esencial- del derecho de propiedad²⁰²; cuando las "limita-

a property has been expropriated when the effect of the measures taken by the state has been to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use of his property: "A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral. The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact." (*Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award N° 141-7-2 (June 22, 1984), reprinted in 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 226 (1986), citing 8 Whiteman, Digest of International Law 1006-20; Christie, What Constitutes a Taking Under International Law? 38 Brit. Y.B. Int'l. Law 307 (1962); Cf. also the Mariposa Development Company case decided by the U.S.-Panama General Claims Commission (6 UNRIAA 390), where the tribunal observes that legislation may sometimes be of such a character that "...its mere enactment would destroy the marketability of private property, render it valueless and give rise forthwith to an international claim." (See also Claimant's Closing Statement, pp. 13-14.)».

También TURK, JEFFREY, "Compensation for 'Measures Tantamount to Expropriation' Under NAFTA: What it Means and Why it Matters", *International Law & Management Review*, Spring 2005, Issue I.

- 202 La expresión "contenido esencial" aparece en el artículo 19, ordinal 2º, de la Constitución de la República Federal de Alemania, que establece que «en ningún caso la esencia de un derecho fundamental podrá ser traspasada» por una restricción legal. Esa norma debe ser administrada con el artículo 14 *eiusdem*, cuyo ordinal 1º establece que «la propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y límites serán determinados por

ciones” permitidas se transforman en “restricciones” intolerables, porque desnaturalizan el derecho; cuando el propietario pierde el “control” que ejercía sobre su propiedad²⁰³. Sobre este particular estimamos pertinente mencionar algunas de las decisiones dictadas por tribunales venezolanos.

2. Las expropiaciones indirectas mediante acto legislativo y la jurisprudencia venezolana

Comencemos con el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 16 de junio de 1980, en el que se dejó sentado cuanto sigue:

«...la Corte reiteradamente, entre otros en sentencia de fecha 10 de agosto de 1977, ha sentado el siguiente criterio:

la ley». Esas reglas vinculan «...a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de ley directamente aplicable» (artículo 1º, ordinal 3º, *eiusdem*).

203 *Consortium R.F.C.C. v. Royaume du Maroc*, Affaire N° ARB/00/6, 12 December, 2003, Section 67. Si la regulación o reglamentación del derecho va más allá de lo permisible, de lo tolerable, aquélla se transforma en una velada expropiación y, como tal, debe ser indemnizada (*Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, citado por CURTIS, JR., JEROME J., *Op. cit.*, p. 69).

La determinación del contenido esencial no es, en oportunidades, tarea fácil. Refiriéndose al Protocolo Adicional de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y a la Corte Europea de Derechos Humanos, Aguilera Vásquez afirma: «...en los años setenta, el derecho de propiedad es considerado prácticamente falto de contenido, fruto del amplio margen para su regulación que el TEDH reconoce a los Estados y al poder de la función social que lo identifica... Es sólo a través de la regulación por parte del legislador y de los límites a esa ordenación fijados en la jurisprudencia que podrá empezar a reconocerse en qué queda la propiedad; y a partir de esta definición, será posible precisar el alcance del derecho y a atreverse, incluso, a precisar parte de su contenido esencial» (AGUILERA VÁSQUEZ, MAR, *Op. cit.*, p. 769).

“...el poder de restringir la propiedad tiene un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en que consisten las restricciones antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad y constituir para el propietario no una limitación razonable, sino un intolerable sacrificio del interés individual al colectivo, cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización. La garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, es decir, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino, también, cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra un daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos.

...[En este orden de ideas,] la decisión que atribuye el uso correspondiente a las ‘áreas verdes’, a un terreno real y efectivamente dedicado a otro uso por su dueño, constituye un acto concreto [que]... comporta un sacrificio o disminución de los derechos del propietario y por tanto, excedería de los límites de una restricción no indemnizable. Tal decisión significaría, en efecto, que desde el momento de publicarse la ordenanza, el Municipio se reservaría el dominio del inmueble con el fin de destinarlo al uso público en un futuro indeterminado, lo que equivale a una expropiación no consumada aunque podría o no consumarse de acuerdo con lo que decida al respecto la autoridad municipal a quien corresponda ejecutar el acto, cuando lo juzgue conveniente, pero que crea una situación de incertidumbre incompatible con la seguridad jurídica de la cual

debe gozar el individuo, en relación con la disposición, disfrute y uso de sus bienes...»²⁰⁴.

De la pérdida de control de la propiedad puede hablarse cuando una Ordenanza -ley- municipal, desconociendo la individualidad propia y connatural del derecho, ha pretendido condicionar el ejercicio del *ius aedificandi* sobre varias parcelas de terreno urbano a su necesario o imprescindible desarrollo conjunto. Este es el caso, *exempli gratia*, de las zonificaciones SP1-C2 y SP2-C2 (“Reglamentación especial para servicio público de estacionamiento y comercio vecinal”) de la Ordenanza de Zonificación de Las Mercedes²⁰⁵. La zonificación a la cual hacemos referencia establece que las Zonas SP1-C2 y SP2-C2, en oportunidades integradas por más de un bien inmueble, por más de una parcela de una misma manzana, «...se considera [(n), no obstante,] como una sola [-como una única-] parcela para efectos de su desarrollo [y], por consiguiente, los mínimos exigidos en cuanto al área y el frente son los existentes en la zona». Por causa de esa arbitraria -y, por tanto, ilegítima- reglamentación, el derecho de

204 Asunto *C.A. Cauchos General* (en *Gaceta Forense, Tercera Etapa*, N° 108, Volumen I, Caracas, 1980, pp. 546 y ss.). Las “áreas verdes” son extensiones de terreno destinadas sólo a parques, plazas y áreas libres.

En esencia, esa decisión coincide con la pronunciada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre en el asunto *Sporrong et Lönnroth v. Suecia* el 23 de septiembre de 1982. En este último fallo la Corte censuró la legitimidad de una autorización para expropiar no ejecutada, porque ésta, a su entender, sometía a la propiedad a la “incertidumbre”. Para la Corte, la autorización para expropiar no ejecutada había transformado la propiedad en derecho precario y revocable, pues reducía en gran medida la posibilidad práctica de ejercer los atributos del derecho de propiedad.

205 Artículos 14, 15, 16 y 17 (*Gaceta Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, Venezuela*, de fecha 7 de julio de 1980).

propiedad deja de ser un derecho individual y se transforma en colectivo, porque para poder ejercer uno de los atributos esenciales del derecho, aludimos al *ius aedificandi*, los propietarios de los distintos bienes que integraban una cualquiera de esas “zonas” debían necesariamente ponerse primero de acuerdo sobre qué cosa construir y cuándo y cómo hacerlo. Por causa de esa arbitraria -y, por tanto, ilegítima- reglamentación, que formalmente no privaba de título al propietario, se desnaturalizaba el derecho de propiedad; se lo inutilizaba, porque se lo vaciaba de contenido. A la conclusión que antecede arribó la Corte Suprema de Justicia venezolana en Pleno mediante sentencia de fecha 11 de febrero de 1993, al analizar norma similar contenida en la Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal. Según la Corte:

«En el presente caso... [los] propietarios sí están impedidos de disfrutar su propiedad individualmente, ya que se les impone la restricción de utilizarla en conjunto, y únicamente para tales servicios [de estacionamiento y otros servicios de transporte necesarios], y sólo cuando la Oficina de Planeamiento Urbano hubiere fijado los lineamientos de tales desarrollos. No cabe duda, pues que más que una limitación del derecho de disfrutar la propiedad, la asignación de tal zonificación... elimina el derecho al disfrute mismo, que conforme al artículo 545 del Código Civil integra el contenido de tal derecho. En efecto, este derecho consiste en la posibilidad de los propietarios de usar ellos mismos, o a través de terceros, de sus propiedades y obtener de éstas directamente algún beneficio personal o económico. Pero, cuando, como ocurre en el presente caso, tal posibilidad no existe, en razón de la afectación de la propiedad a los servicios públicos, en virtud de... [que] la única posibilidad de disfrute es en conjunto... sin lugar a dudas, que se da una privación singular de un atributo esencial del derecho mismo de propiedad.

... cuando los límites del derecho de propiedad van más allá de su esencia o naturaleza, no sólo se desnaturaliza la limitación, sino que se convierte en una extinción del derecho mismo de propiedad. Y si aparte de esto no se aplican mecanismos indemnizatorios y si la Administración competente no se responsabiliza por tal sacrificio, de un atributo esencial del dominio, ciertamente que la garantía del derecho de propiedad, contemplada en el artículo 99 de la Constitución, que impide que los límites legales de un derecho vayan más allá de la privación de sus atributos, se resiente y se altera»²⁰⁶.

De acuerdo a los dos fallos judiciales citados precedentemente, la expropiación, la expropiación de hecho, puede ser producto o consecuencia de medidas legislativas.

3. Las expropiaciones indirectas mediante acto judicial

La expropiación de hecho, este es el dato que ahora queremos resaltar, puede ser también producto o resultado de medidas judiciales. En propósito, cabe citar la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano el 25 de mayo de 2007²⁰⁷, a través del cual ese Tribunal, procediendo *ex officio*, le entregó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), para su uso *sine die*,

«...las microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometi-

206 *Revista de Derecho Público* N° 53-54, enero-junio 1993, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 398 y ss.

207 Sentencia N° 957/2007 (asunto *José Félix Guerrero et alter v. Presidente de la República et alter*).

da eléctrica... [bienes, todos ellos] propiedad de Radio Caracas Televisión, C.A...», empresa privada de televisión.

En virtud de esa entrega sin compensación alguna, justificada -según el dicho del Tribunal- en la necesidad de tutelar los “intereses difusos” del público frente a la desaparición de una televisora privada, a la cual el Estado se negó a renovarle la concesión, CONATEL quedó facultada para cederle el uso de tales bienes «...al operador que a tal efecto disponga». Esa es, sin lugar a duda alguna, una medida que produce efectos análogos a los de una expropiación, puesto que sin compensación alguna el Estado, de manera indebida, se apropió de bienes de propiedad privada. Es justamente esto lo que afirma en su voto salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz:

«...1) implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa; 2) Pese a que se acordó con base en que la posible transmisión que efectuará la Fundación (estatal) Televisora Nacional Venezolana Social (TEVES) puede no contar con la infraestructura necesaria para que tenga alcance nacional, se autorizó al Ministro... para las Comunicaciones e Informática y Director de CONATEL para que acuerde el uso de los bienes [de] Radio Caracas Televisión RCTV C.A. al operador que al efecto disponga, esto es, a cualquiera; 3) Se afirma que la cautela se concede de maneta temporal, pero no se determinó su duración».

Si la autoridad, eso enseña la doctrina comparada, «...pudiese deshojar el derecho de propiedad como si se tratase

de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro y de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa la norma constitucional...». De nada servirían tampoco las normas, contenidas en los Tratados de Protección de Inversiones (BITs), que asegura la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales²⁰⁸.

B) La indemnización adeudada por causa de la expropiación

La jurisprudencia venezolana ha dejado sentado en repetidas oportunidades que en caso de expropiación forzosa «...la suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al expropiado, sin que éste se empobrezca ni enriquezca, en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse»²⁰⁹. Para

208 CRAPANZANO, ALESSANDRO y CRAPANZANO, ANDREA, "Le espropriazioni per causa di pubblica utilità", en *Rivista L'Amministrazione Italiana* N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221.

209 Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, fallo de fecha 24 de febrero de 1965 (en BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Op. cit.*, p. 297). En sentencia posterior, de fecha 24 de enero de 1966, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia afirmó, por una parte, que «...el artículo 101 de la Constitución Nacional autoriza la expropiación mediante sentencia firme y pago de justa indemnización...», y por la otra, que el concepto de "justa indemnización" «...no es equivalente al de justo valor de la cosa expropiada...» (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Op. cit.*, p. 458). Este último fallo debe ser interpretado a la luz de otra sentencia, posterior en fecha, también dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En este último fallo, del 7 de febrero de 1973, la Corte sostuvo: «...la disposición constitucional en referencia [a saber, el artículo 101 de la Constitución de 1961] introduce... una reforma del artículo 67 de la Constitución de 1947, según el cual "En conformidad con la ley sólo por

lograr ese resultado la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social venezolana establece los factores que han de ser tomados en cuenta para determinar el *quantum* de la indemnización adeudada al particular²¹⁰. Empero, resulta necesario acotar que producto de la consideración de esos factores preestablecidos por el legislador, en Venezuela la indemnización expropiatoria normalmente no se corresponde con el verdadero valor, el valor real, de los bienes expropiados, o, lo que es lo mismo, que el particular expropiado suele sufrir perjuicios patrimoniales de consideración, porque la indemnización que recibe y el bien que se le expropia no tienen valores equivalentes. Más allá de las declaraciones judiciales de principios, la indemnización determinada y pagada con base en la Ley de expropiación normalmente no se corresponde con el valor del bien expropiado.

causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de precio podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes"; que es obvia la intención del Constituyente de dar al pago una mayor amplitud, comprensiva de los daños y perjuicios, porque habla de justa indemnización y no de precio exclusivamente; que por indemnización debe entenderse no solamente el precio de la cosa expropiada, sino la reparación íntegra de todo empobrecimiento sufrido por el expropiado, es decir, que constituye un restablecimiento del equilibrio patrimonial lesionado o alterado por la expropiación; [y] que esa reparación debe ser adecuada al daño realmente sufrido...» (BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Op. cit.*, p. 461).

210 El artículo 36 de la Ley venezolana en vigor establece que cuando se trata de determinar el valor de bienes inmuebles los expertos deben tomar «...en cuenta obligatoriamente: 1. El valor fiscal del inmueble declarado o aceptado tácitamente, por el propietario. 2. El valor [del bien afectado por la medida expropiatoria] establecido en los actos de transmisión, realizados por lo menos seis (6) meses antes del decreto de expropiación. 3. Los precios medios a que se hayan vendido inmuebles similares, en los últimos doce (12) meses contados a partir de la fecha de elaboración del avalúo».

La regulación contenida en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social contrasta con la contenida en los Tratados, esto es, con la que regula a los inversionistas extranjeros. Para corroborarlo basta citar, *exempli gratia*, el Convenio (BIT) Venezuela-Países Bajos, cuyo artículo 6, literal c), establece que cuando media expropiación la «...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...». Complementariamente, vale la pena observar que el Convenio (BIT) Venezuela-Reino Unido establece, *exempli gratia*, que en adición «...al valor real de la inversión...», la indemnización «...comprenderá [también] los intereses al tipo comercial normal hasta la fecha en que se efectúe el pago...» (artículo 5(1)).

La regulación contenida en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social contrasta, además, con la jurisprudencia arbitral. En *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, por ejemplo, el Tribunal afirmó:

«La pérdida sufrida por el demandante es el estándar general comúnmente utilizado por el Derecho internacional cuando se trata de [medir los] perjuicios a la propiedad, lo que usualmente incluye el capital, la pérdida de ganancias y los gastos... Dependiendo de las circunstancias, varios métodos han sido utilizados por los tribunales para determinar la compensación que debe ser pagada, pero el concepto general sobre el cual se basa la valoración comercial de los activos es el de “justo valor de mercado”. En el ámbito internacional dicho concepto tiene una definición reconocida que reza así:

“el precio, en dinero efectivo, en el que, en un mercado abierto y sin restricciones, el derecho de propiedad cambiaría de manos entre un hipotético vendedor y un hipotético comprador no relaciona-

dos entre sí, cuando ninguno de ellos está compelido a comprar o vender y cuando ambos, siendo legalmente capaces para obligarse, tienen un razonable conocimiento de los hechos relevantes”»²¹¹.

Sobre el tema de la dispar valoración que del bien gravado por la medida expropiatoria hacen la Ley de expropiación por causa de utilidad pública y social venezolana y los Tratados (BITS), Van Harten observa:

«...por lo que se refiere al estándar de la compensación que de acuerdo al Derecho internacional debe ser saldada en caso de expropiación, históricamente los Estados importadores de capital han afirmado su derecho a expropiar bienes dentro de su territorio contra el pago de compensación ‘justa’ o ‘adecuada’, calculando el valor de la propiedad tomando en cuenta otros factores distintos al valor de mer-

211 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Case Nº ARB/01/8. May 12th, 2005, Paragraph 402). Copiado a la letra el Laudo reza así: «The loss suffered by the claimant is the general standard commonly used in international law in respect of injury to property, including often capital value, loss of profits and expenses. The methods to provide compensation, a number of which the parties have discussed, are not unknown in international law. Depending on the circumstances, various methods have been used by tribunals to determine the compensation which should be paid but the general concept upon which commercial valuation of assets is based is that of “fair market value”. The concept has an internationally recognized definition which reads as follows: “the price, expressed in terms of cash equivalents, at which property would change hands between a hypothetical willing and able buyer and a hypothetical willing and able seller, acting at arms length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts”».

También BERGMAN, MARK S., “Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the U.S. Prototype Treaty”, *16 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 1 1983-1984, p. 40.

cado... .. Por otra parte, los más grandes exportadores de capital propician estándares basados en el mercado, como el Hull standard que supone 'completa, pronta y adecuada' compensación. Prácticamente todos los tratados de inversión exigen el pago de expropiación y la mayoría utiliza el Hull standard como un mínimo. En efecto, al emplear una amplia definición de la voz inversión, algunos tratados conceden una protección que va más allá del Hull standard»²¹².

Una observación adicional: Para medir la justicia de la indemnización hay que tomar en consideración, además, los gravámenes impositivos a los cuales pudiera estar sometida la compensación -el "justo valor de mercado" al cual aluden los Tratados (BITS)- que ha de serle pagada al particular expropiado²¹³.

212 VAN HARTEN, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 91 («...in terms of the Standard of actual compensation that must be paid for an expropriation under international law, capital-importing states historically asserted a right to expropriate property within their territory on payment of 'just' or 'appropriate' compensation, calculating the value of property by assessing not only its market value... On the other hand, major capital-exporting states advanced market-based standards such as the Hull standard of 'full, prompt and adequate' compensation. Virtually all investment treaties require payment of compensation for expropriation and most apply the Hull standard as a minimum. Indeed, by adopting a broad definition of investment, some treaties afford protection that goes beyond the Hull standard»).

213 BONATI, STEFANO, "Strasburgo «rivaluta» l'indennità per le espropriazioni di pubblica utilità", en *Rivista Italiana di Diritto Comunitario*, Nº 1, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 22-223 («la decisione della Corte europea [del 29 luglio 2004] è stata adottata sulla base di una valutazione complessiva che ha tenuto in considerazione anche il fatto che l'indennità... era stata sottoposta ad una tassazione pari al 20%»).

C) La forma de pago de la indemnización.

Los Tratados suelen establecer que la indemnización, amén de adecuada y efectiva -esto es, íntegra-, debe también ser pronta. El Acuerdo (BIT) Venezuela-Canadá establece, *exempli gratia*, que en caso de expropiación el Estado debe pagar «...una compensación pronta, adecuada y efectiva...» (artículo VII(1)). Esa regla, conocida como la *Hull Clause*, porque el primero en formularla fue el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull, obliga al Estado a pagar la justa indemnización adeudada al inversionista extranjero en dinero -es, decir, en moneda corriente y libremente convertible²¹⁴- y sin dilaciones indebidas.

En virtud de los compromisos internacionales asumidos por Venezuela en virtud de esa cláusula (*Hull Clause*), resultó necesario revisar el artículo 101 de la Constitución venezolana de 1961, que permitía diferir el pago por tiempo determinado o, alternativamente, pagar mediante bonos de aceptación obligatoria²¹⁵. En virtud de tales compromisos, además, perdió vigor, al menos por lo que se refiere a los inversionistas extranjeros, el Parágrafo Único del artículo 40 de la Ley de expropiación por causa de uti-

214 GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL, *Op. cit.*, p. 205.

215 El artículo 101 de la Constitución de 1961 establecía textualmente: «Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En la expropiación de inmuebles, con fines de reforma agraria o de ensanche y mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria, con garantía suficiente».

lidad pública o interés social de 1947, que también autorizaba una indemnización que no era pronta²¹⁶.

§ 6. El derecho a la libre transferencia (repatriación) del capital y sus frutos civiles.

En principio, el inversionista tiene derecho a repatriar tanto el capital invertido como los frutos -los frutos civiles- que su in-

216 *Gaceta Oficial* N° 22.458, del 6 de noviembre de 1947. El artículo 40 de la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o interés social de 1947 establecía: «Avenidas las partes en cuanto al precio de la cosa sobre que versa la expropiación o firme el justiprecio, antes de proceder a la ocupación definitiva del inmueble, el expropiante consignará el precio ante la Autoridad que conoce el asunto, para que sea entregado al propietario, a menos que se haga constar que éste ya recibió el pago. Parágrafo Único: Cuando se trate de la expropiación de inmueble con fines de ensanche y acondicionamiento de las poblaciones, el pago podrá hacerse a término, dentro de un plazo que no excederá de diez años, con el interés, ventajas, exoneraciones y condiciones que determine en cada caso el Ejecutivo Nacional y previo el otorgamiento de las garantías reales o personales que se constituyan, a cuyo efecto queda aquel expresamente autorizado para otorgarlas». Esa norma debía ser administrada con el Parágrafo Único del artículo 41 *eiusdem*, que rezaba así: «Consignada la suma o constancia de haberse realizado el pago, la autoridad que conoce del asunto, ordenará se dé copia de la sentencia que declara la expropiación, al que la ha promovido, para su registro en la Oficina respectiva, y además ordenará a la autoridad política del lugar que se haga formal entrega de la cosa al solicitante. Parágrafo Único: En los casos previstos en el Parágrafo Único del artículo anterior, en la propia sentencia se expresará la forma de pago según lo reglamente el Ejecutivo Nacional y se hará constar la garantía constituida que responda al propietario por el valor de su inmueble. Si el expropiado debiere recibir de contado una parte del precio, o bonos, títulos o certificados representativos de su acreencia, la autoridad no ordenará expedir copia de la sentencia, mientras no hayan sido consignados el dinero o valores respectivos, o constancia de haberlos recibido directamente el expropiado». En síntesis, la forma de pago quedaba antes librada a la voluntad del propio obligado.

versión ha generado. Ese derecho se encuentra reconocido, *ad exemplum*, por el artículo 6° del Acuerdo (BIT) Venezuela-Francia, que garantiza la libre transferencia de los intereses, dividendos, beneficios y otros ingresos corrientes; las rentas y regalías derivadas de los derechos de propiedad intelectual, comercial e industrial, tales como los derechos de autor, las patentes de inventos, las licencias, las marcas registradas, los modelos y maquetas industriales, los procedimientos técnicos, el “know how”, los nombres registrados y la clientela, y las concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, especialmente las concesiones referentes a la exploración, el cultivo, la extracción o la explotación de riquezas naturales, incluidas las comprendidas en las zonas marítimas de las Partes Contratantes; los pagos para el reembolso de los préstamos legalmente contraídos; el producto de la cesión o de la liquidación total o parcial de la inversión, incluyendo las plusvalías del capital invertido; las indemnizaciones por expropiación o por pérdidas; y, los salarios y remuneraciones de las personas naturales de cada uno de los Estados que hayan sido autorizadas a trabajar en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante, con motivo de una inversión. El artículo 6° agrega que «las transferencias... se efectuarán sin retraso al tipo de cambio normal oficialmente vigente a la fecha de la transferencia».

Por lo que se refiere a la oportunidad de la transferencia otros Tratados van más allá y fijan un plazo -un plazo máximo- para que la misma se produzca. El artículo 8.2. del Acuerdo (BIT) Venezuela-Costa Rica establece *verbigratia* que:

«Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán en moneda libremente convertible al tipo de cambio vigente el día de la transferencia. Las Partes Contratantes se comprometen a fa-

cilitar la realización de las formalidades necesarias para efectuar dichas transferencias sin demora. En particular, no deberán transcurrir más de tres meses desde la fecha en que el inversionista haya presentado debidamente la solicitud necesaria para efectuar la transferencia hasta la fecha en que dicha transferencia se realice efectivamente».

En adición a las normas citadas, vale la pena destacar el contenido del artículo 5° del Protocolo de Colonia del MERCOSUR. Luego de establecer que «cada Parte Contratante otorgará a los inversores de otra Parte Contratante la libre transferencia de las inversiones y ganancias...», dicha norma dispone que «las transferencias serán efectuadas sin demora, en moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos establecidos por la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, los cuales no podrán afectar la sustancia de los derechos previstos en este Artículo».

Vale la pena destacar también el texto del artículo 17-08 (“Expropiación y compensación”) del Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela (G-3)²¹⁷, que reza textualmente así:

«4. El pago se efectuará sin demora. El tiempo que transcurra entre el momento de fijación de la indemnización y el momento del pago no podrá causar perjuicios al inversionista. En consecuencia, su monto será suficiente para asegurar que el inversionista pueda, si decide transferirlo, obtener, en el momento del pago, una cantidad igual

217 El Tratado, aprobado en Colombia por Ley 172/94, en México por Decreto publicado el 9 de enero de 1995, y en Venezuela por Ley publicada el 29 de diciembre de 1994, fue denunciado por esta última a mediados del 2006.

de la divisa internacional utilizada normalmente como referencia por la Parte que realice la expropiación. El pago incluirá igualmente intereses a la tasa corriente en el mercado para la divisa de referencia».

Una reflexión final: En palabras de Franck, estas cláusulas, esa es su consecuencia, le prohíben a los Estados establecer mecanismos de control de cambio limitativos de los derechos del inversionista extranjero protegido. La prohibición se justificaría en la necesidad, sentida por los Estados signatarios del Tratado, de promover y asegurar el libre flujo de capitales²¹⁸.

§ 7. La Cláusula Paraguas

En la decisión arbitral *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République Algérienne Démocratique et Populaire* se destaca que «...algunos tratados contienen en efecto lo que se ha convenido en denominar cláusulas de respeto de compromisos o “cláusulas paraguas” (“*umbrella clauses*”). Estas cláusulas tienen por objeto transformar las violaciones de los compromisos contractuales del Estado en infracciones de esta disposición del Tratado y, por consiguiente, conferirle competencia al tribunal arbitral constituido en aplicación del Tratado para conocer de tales

218 FRANCK, SUSAN D., “The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions”, 73 *Fordham L. Rev.* 1521 2004-2005, p. 1530.

Con la venia de rigor, sobre el actual control de cambio venezolano y su ilegitimidad por falta de transparencia véase MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “El ejercicio de la función normativa por la Administración Pública venezolana, pp. 785 y ss.

infracciones»²¹⁹. Dicho en otras palabras, cuando media una cláusula paraguas la licitud de las acciones u omisiones estatales puede ser determinada a la luz del Derecho Internacional.

En el laudo *Eureko B.V. v. Republic of Poland* se invoca a los Profesores Prosper Weil y F.A. Mann, quienes afirmaban, respectivamente, que «la intervención de la cláusula paraguas transforma obligaciones contractuales en obligaciones internacionales...», y que la cláusula paraguas «es una previsión particularmente importante porque ella protege al inversionista de interferencias sobre sus derechos contractuales, sea producto de un mero incumplimiento contractual o de un acto legislativo o administrativo, e independientemente de que tal interferencia comporte una expropiación... »²²⁰. En sentido coincidente también se pronuncian Cremades y Cairns, quienes afirman que «...los Estados parte en un BIT podrán expresamente establecer [en el BIT]

219 *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, 10 Janvier 2005, Section 25. Copiado a la letra el Laudo reza así : «Certains traités contiennent en effet ce qu'il est convenu d'appeler des clauses de respect des engagements ou "umbrella clauses". Ces clauses ont pur effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître»

220 *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, August 19th, 2005, Paragraph 251. Copiado a la letra el Laudo reza así: «...Professor Prosper Weil concluded that: "The intervention of the umbrella treaty transforms contractual obligations into international obligations... ". The late Dr. F.A. Mann described the umbrella clause as "a provision of particular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or not such interference amounts to expropriation... "».

el [deber de] cumplimiento de cualquier tipo de obligaciones contractuales que puedan tener con respecto a ciudadanos del otro Estado parte. Dependiendo de la redacción de tales cláusulas (conocidas como “cláusulas paraguas”), el efecto podrá consistir en reproducir cada obligación contractual derivada de un contrato de concesión entre un inversor y el Estado receptor como una obligación derivada de un tratado»²²¹.

Un par de ejemplos de cláusulas paraguas o *Umbrella Clauses* luce pertinente. De acuerdo al artículo 2(2) *-in fine-* del BIT Venezuela-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, «cada Parte Contratante cumplirá cualquier compromiso que haya contraído en lo referente al trato de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante». Disposición análoga contiene el artículo 7.2 del BIT Venezuela-Alemania, que establece que «cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación al trato de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio».

Una reflexión final sobre las “cláusulas paraguas” y al derecho que éstas le conceden al inversionista para plantear su reclamación o demanda en más de un foro de manera simultánea. Según Garfinkel,

221 CREMADES, BERNARDO M. y CAIRNS, DAVID J.A., *Op. cit.*, p. 235.

Para De Maekelt estas cláusulas son todavía un *great open question* (DE MAEKELT, TATIANA, “Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación”, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005, p. 339).

«...la interposición de una reclamación contractual [esto es, fundamentada en un contrato] o una reclamación basada en una ley nacional de inversión ante una Corte nacional no le impide al inversionista iniciar un arbitraje con base en un tratado de inversión, como pueden ser un BIT, ante el CIADI, CNUDMI u otros tribunales. Como se destacó en el caso *CMS v. Argentina*, 'por reclamaciones contractuales, incluso si ya hubo o actualmente hay recurso ante los tribunales locales por violación de contrato, no se impide la proposición de solicitudes de arbitraje basadas en tratado'. Esto es así porque los tratados de inversión proporcionan una fuente de derechos independiente... y un estándar independiente para juzgar las acciones del Estado receptor [de la inversión]. Esto es diferente a las obligaciones del Estado receptor de acuerdo a sus leyes nacionales o cualquier contrato»²²².

§ 8. Las consecuencias de la infracción de los derechos subjetivos contemplados por los Tratados: La responsabilidad patrimonial del Estado por sus ilícitos.

Cuando el Estado receptor de la inversión extranjera viola un Tratado de promoción y protección de inversiones (BIT) y,

222 GARFINKEL, BARRY, en *Investment Treaty Law, Current Issues, Volume I*, ORTINO FEDERICO, SHEPPARD AUDLEY y WARREN, HUGO, Editors, British Institute of International and Comparative Law, London, 2006, p. 191 («...submitting a contractual claim or a claim based on a domestic investment law to a local court does not preclude an investor from commencing arbitration under a bilateral investment treaty such as a BIT before ICSID, UNCITRAL or other tribunals. As the tribunal noted in the *CMS v. Argentina* case, 'because contractual claims even if there has been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of treaty claims to arbitration'. This is so because investment treaties provide an independent source of rights... and an independent standard for judging a host states actions. That is different from the host state obligations under its domestic laws or any contract»).

consecuentemente, le causa un daño al inversionista protegido por dicho Tratado, el Estado infractor se halla obligado a reparar, a reparar de manera íntegra, el daño irrogado. Esta es la regla o principio general del Derecho Internacional²²³.

En efecto, al decidir el asunto *Factory at Chorzów*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dejó sentado el siguiente principio general:

«Es principio de Derecho Internacional que el incumplimiento de un compromiso comporta la obligación de reparar [el daño] de manera adecuada. Por tanto, la reparación [del daño causado] es el complemento indispensable de la falta de cumplimiento de una convención y no hay necesidad de que esto sea establecido [de manera expresa] en la propia convención. Las diferencias relativas a las reparaciones que puedan ser adeudadas por causa de la falta de cumplimiento de una convención son, consecuentemente, diferencias relacionadas con su ejecución»²²⁴.

En ese mismo asunto (*Factory at Chorzów*), en fallo posterior la Corte Permanente de Justicia Internacional también afirmó:

223 *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*. December 16th, 2003.

224 El Fallo reza así: «It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application» (*Factory at Chorzów, Jurisdiction*, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9, p. 21).

«El principio esencial contenido en la noción actual de acto ilegal -un principio que parece haber sido establecido por la costumbre internacional y en particular por las decisiones de los tribunales internacionales- es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si dicho acto no hubiera sido realizado. Restitución en especie o, si esto no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría una restitución en especie; la condena, de ser necesaria, al pago de los [otros] daños sufridos que no serían reparados por la restitución en especie o el pago sustitutivo de ésta – éstos son los principios que deberían servir para determinar la cuantía de la compensación adeudada por un acto contrario al Derecho Internacional»²²⁵.

225 *Factory at Chorzów, Merits*, 1928, P.C.I.J., Series A, Nº 17, p. 47. El Fallo establece textualmente: «The essential principle contained in the actual notion of illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it - such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law».

El artículo 31 de las Normas sobre responsabilidad estatal de la Comisión de Derecho Internacional dispone textualmente: «Reparación: 1. El Estado responsable tiene la obligación de reparar íntegramente los perjuicios causados por el ilícito internacional. 2. Perjuicios comprende cualquier daño, sea material o moral, causado por el ilícito internacional» («*Reparation*. 1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act»)

En su esencia, las reglas que anteceden coinciden con los principios que informan el ordenamiento jurídico venezolano²²⁶.

(CRAWFORD, JAMES, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra, 2005, p. 201)

- 226 «Constituye principio fundamental del Estado venezolano, el que el Estado debe responder por su actuación en caso de que ella sea lesiva» (FERNÁNDEZ VILLEGAS, GERARDO, "Principios constitucionales rectores del Estado Venezolano", en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 29).

CAPÍTULO IV

LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS QUE LOS TRATADOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (BITS) CONFIEREN A LOS PARTICULARES.

SECCIÓN I: EL DERECHO A LA DECLARACIÓN (AL RECONOCIMIENTO) DEL DERECHO.

Frente a una infracción de ley -esto es, frente a una infracción de los derechos sustantivos consagrados por el Tratado (BIT)- el particular afectado puede demandar tutela judicial ante los jueces nacionales o, alternativamente, reclamar tutela jurisdiccional en sede internacional ante tribunales arbitrales. Dicho en otras palabras, por obra de los Tratados, el poder “soberano” del Estado sufre una significativa erosión, porque dejando de lado la “Doctrina Calvo”²²⁷ la licitud de las acciones u omisiones estatales que causan gravamen al inversionista deja de ser enjuiciada, de manera exclusiva y excluyente, por el juez nacional con competencia en lo contencioso-administrativo²²⁸.

227 DE MAEKELT, TATIANA, *Op. cit.*, p. 329.

228 El artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999 dispone textualmente: «La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

El Estado se “autolimita” -esto es, “voluntariamente” pone límites a su propia soberanía y “renuncia” al derecho a ser juzgado por sus propios tribunales- y, de resultas, los actos de la Administración nacional pueden ser enjuiciados en el extranjero por un juez distinto al juez nacional con competencia en lo contencioso-administrativo, juez especial y “natural” -esto es, tradicional- de aquélla conforme al ordenamiento interno²²⁹. O, alternativamente, como se afirma en el fallo del asunto *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*:

«Para la República de Burundi la obligación de respetar no solamente su Derecho nacional, sino también las disposiciones de la Convención [para la Promoción y Protección de Inversiones] que ella celebró con la Unión belga-luxemburguesa, no es otra cosa que la expresión de su soberanía estatal en el pleno sentido del término. “Conviene recordar a tal efecto el célebre *dictum* de la Corte Permanente de Justicia en el asunto *Vapeur Wimbeldon*: La Corte rechazó ver en la celebración de un Tratado cualquiera, a través del cual un Estado se compromete a hacer o a no hacer una cosa, un abandono de su soberanía... La facultad de asumir compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado” (C.P.J.I. série A n° 1, p.25). Se puede también invocar el principio, enunciado por Max

229 DEL VECCHIO, ANGELA, *Op. cit.*, p. 2. Afirma Salomoni: «Lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que, por lo menos hasta ahora, los administrativistas no hemos tematizado. Cada ordenamiento jurídico internacional, establece su propio sistema de resolución de conflictos... Tal sistema impacta sobre nuestro ordenamiento jurídico produciendo modificaciones sustantivas en todas las instituciones administrativas, como el procedimiento, el proceso, el acto, los contratos, etc.» (SALOMONI, JORGE LUIS, *Op. cit.*, pp. 984 y 985).

Huber en la sentencia arbitral relativa a la *Île de Palmas*, según el cual la soberanía territorial no comporta solamente el derecho exclusivo al ejercicio de actividades estatales sino también el corolario de la obligación de proteger en el territorio estatal los derechos de los nacionales de otros Estados»²³⁰.

§ 1. El derecho a la solución de controversias mediante arbitraje.

El derecho a la tutela jurídica, a la tutela jurisdiccional internacional -esto es, el derecho a proponer demanda contra el Estado ante un tribunal arbitral internacional- aparece reconocido, *exempli gratia*, en el artículo 9 del Acuerdo (BIT) Venezuela-Uruguay, que textualmente dispone así:

«Controversias entre un Inversor de una Parte Contratante y la Otra Parte Contratante.

230 «65. Dans la présente affaire, par conséquent, l'obligation pour la République du Burundi de respecter non seulement son droit national, mais aussi les dispositions de la Convention qu'elle a conclue avec l'Union belgo-luxembourgeoise, n'est pas autre chose que l'expression de sa souveraineté étatique au plein sens du terme. Il convient de rappeler à cet égard le célèbre dictum de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Vapeur Wimbledon: La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté... [L]a faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat. On peut également évoquer le principe, énoncé par Max Huber dans la sentence arbitrale relative à l'Île de Palmas, selon lequel la souveraineté territoriale ne comporte pas seulement le droit exclusif de l'exercice des activités étatiques mais aussi le corollaire de l'obligation de protéger sur le territoire étatique les droits des nationaux des autres Etats» (Affaire CIRDI ARB/95/3, 10 février 1999, Section 65).

Cualquier controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las disposiciones del presente Acuerdo en relación con la inversión de aquél, y que no sea resuelta amistosamente, será sometida, a opción del inversor, a los tribunales de la Parte Contratante que es parte de la controversia o a arbitraje.

El inversor que haya optado por someter la controversia a los tribunales de la Parte Contratante no podrá luego recurrir al arbitraje, a menos que se produzca una denegación de justicia según las normas y criterios del Derecho Internacional.

El arbitraje se efectuará en el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones, C.I.A.D.I., de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 o, de ser el caso, de conformidad con las reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del C.I.A.D.I.

Si por cualquier motivo no estuvieran disponibles el C.I.A.D.I. ni el Mecanismo Complementario, el inversor podrá someter la controversia a arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En cualquier caso, la jurisdicción del tribunal arbitral se limitará a determinar si la Parte Contratante de que se trata ha incumplido alguna obligación establecida en el presente Acuerdo y, si tal incumplimiento ha ocurrido y ha causado daños al inversor, a fijar la suma que deberá pagar la Parte Contratante al inversor como indemnización por tales daños.

Las Partes Contratantes consienten en someter a arbitraje las controversias de conformidad con el presente artículo y se obligan a eje-

cutar los correspondientes laudos arbitrales, que serán definitivos e irrecurribles»²³¹.

Esa norma debe ser leída conjuntamente con el numeral 1° del artículo 25 de la Convención de Washington, que reza así:

«Artículo 25.

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado»²³².

231 La Corte Constitucional colombiana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de cláusula análoga en la Sentencia C-294/02, del 23 de abril de 2002, que declaró exequible -esto es, ejecutable- el Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones. Según la Corte, el precepto no vulneraba la Constitución colombiana «...pues el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre... un inversionista y una de las partes contratantes, en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del Instrumento Internacional...». Adicionalmente, la Corte estimó que «...la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el artículo 226 de la Carta [Magna] no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales» (consultada en original).

232 La jurisprudencia ha sostenido que la expresión "diferencias de naturaleza jurídica" debe interpretarse en su sentido más amplio. Ha sostenido también que para hallarse protegida por el Tratado, la inversión debe reunir tres (3) requisitos: a) La parte debe haber hecho un aporte de cierta consideración en el país de que se trate; b) El aporte debe haber permanecido en el país por

La premisa para la creación del CIADI es sencilla: Los países en desarrollo, deseosos como estaban de captar inversiones extranjeras, aceptarían someter las controversias jurídicas derivadas de tales inversiones a un foro -a un tribunal arbitral internacional- verdaderamente independiente, a cambio, he aquí la contrapartida, de que en lo adelante los gobiernos de los inversionistas extranjeros se abstuviesen de ofrecerle a sus nacionales “protección diplomática”²³³. En este orden de ideas, luce pertinente

un lapso de tiempo; y, c) El inversionista debe haber asumido algún tipo de riesgos (*Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, 10 Janvier, 2005, Chapitre II, Sections 8 et 14).

- 233 REISMAN, W. MICHAEL, “Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair” (1992), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes, Cases Material and Commentary*, *Op. cit.*, p. 318.

En *Banro American Resources, Inc. et alter v. Democratic Republic of the Congo*, se sostuvo: «Uno de los principales objetivos de los mecanismos establecidos por la Convención de Washington fue el de poner fin a las tensiones y crisis internacionales, que en oportunidades condujeron al uso de la fuerza, generadas en el pasado por la protección diplomática brindada a los inversionistas por el Estado del cual eran nacionales. A la inversa, el inversionista nunca disfrutó de la seguridad de que sería beneficiario de la protección de su Gobierno; la extensión de la protección que el Gobierno decidiera o no brindarle a su inversionista dependía de la situación política y de las relaciones políticas entre los dos Gobiernos. Para remediar estas dos desventajas la Convención de Washington introdujo mecanismos que ponen frente a frente al inversionista con el Estado receptor de la inversión y que evitan la confrontación política entre el Estado receptor y el Estado del cual el inversionista es nacional» («One of the main objectives of the mechanisms instituted by the Washington Convention was to put an end to international tension and crises, leading sometimes to the use of force, generated in the past by the diplomatic protection accorded to investors by the State of which it was a national. Conversely, the investor never enjoyed the assurance of being able to benefit from the protection of its Government, since, as a rule, diplomatic protection is accorded at the discretion of the Government; the ex-

resaltar la última de las consideraciones mencionadas en la Exposición de Motivos del Acuerdo (BIT) Venezuela-Costa Rica, que reza así:

«La República de Venezuela y la República de Costa Rica, en adelante denominadas las “Partes Contratantes”,

Convencidas de que al crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de cada Parte Contratante en el territorio de la otra contribuyen al progreso tecnológico y al bienestar económico de sus pueblos, así como al desarrollo de las relaciones de cooperación y amistad entre ellos;

Convencidas igualmente que para alcanzar este fin es importante asegurar a las inversiones seguridad jurídica y medios imparciales y eficaces para [la] solución de controversias;

tent to which an investor benefited or did not benefit from the protection of its Government depended on the political situation and political relations of the two Governments. The Washington Convention introduced mechanisms to remedy this dual drawback that bring the private investor face to face with the host State and which avoid political confrontation between the host State and the State of which the investor is a national” (History of the ICSID Convention, vol. II, p. 273)» (*Banro American Resources, Inc. et alter v. Democratic Republic of the Congo*, Case N° ARB/98/7, September 1st, 2000).

De la protección diplomática se ocupa expresamente el artículo 27 de la Convención de Washington, que establece: «Artículo 27. (1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia».

Han convenido...»²³⁴.

La controversia surge y se plantea, pues, entre un particular y un Estado, por causa del ejercicio del Poder Público por dicho Estado. En propósito, Van Harten observa:

«El arbitraje de los tratados de inversión... debería... ser visto como un mecanismo de resarcimiento de daños en el Derecho Público. Este es el caso por dos razones: primero, el sistema es establecido por un acto soberano del Estado; segundo, es utilizado principalmente para resolver disputas derivadas del ejercicio de la autoridad soberana. Dicho en otros términos, el arbitraje de los tratados de inversión tiene por objeto un tipo particular de controversias surgidas de la relación entre el Estado y los particulares sujetos al ejercicio de la autoridad pública por el Estado... Como sistema de Derecho Público, el arbitraje de los tratados de inversión se ocupa de la relación regulatoria entre Estado y particular, más que de una relación recíproca entre sujetos iguales»²³⁵.

El derecho a demandar tutela ante un tribunal arbitral internacional, que los BITS le reconocen a los inversionista extranje-

234 Este considerando aparece reproducido en el Acuerdo (BIT) Venezuela-Uruguay, así como en el Acuerdo (BIT) Venezuela-Cuba.

235 VAN HARTEN, GUS, *Op. cit.*, p. 45 («Investment treaty arbitration... should... be viewed as a mechanism of adjudicative review in public law. This is the case for two reasons: first, the system is established by a sovereign act of the state; second, it is predominantly used to resolve disputes arising from the exercise of a sovereign authority. Put differently, the subject-matter of investment treaty arbitration is a class of disputes arising from the states relationship with individuals who are subject to the exercise of public authority by the state... As a public law system, investment treaty arbitration engages the regulatory relationship between state and individual, rather than a reciprocal relationship between juridical equals»).

ros, nos merece una consideración adicional: La mayor protección brindada a los inversionistas foráneos protegidos por los Tratados -y es que la posibilidad de formular reclamos bien ante los jueces nacionales, bien ante los tribunales arbitrales internacionales sin duda alguna representa una garantía, una garantía de la que no goza el inversionista local- coloca a los nacionales en inferioridad de condiciones, en situación de minusvalía. Esa situación de minusvalía representa un supuesto de *reverse discrimination*, de discriminación a la inversa.

§ 2. El consentimiento al arbitraje

Por lo que se refiere al consentimiento estatal exigido por el artículo 9 del Acuerdo (BIT) Venezuela-Uruguay, copiado *supra*, conviene tener presente el Laudo dictado en el asunto *Camuzzi International S. A. v. The Argentine Republic*:

«El Tribunal coincide con la República Argentina, en el sentido de que el consentimiento expresado al ratificar la Convención [multilateral de Washington] no es el consentimiento exigido por la Convención para elevar una reclamación ante el CIADI; esto en realidad requiere de una declaración separada por intermedio de un tratado u otros actos que acrediten ese consentimiento de manera inequívocamente clara.

El Tribunal no puede, sin embargo, desconocer el hecho de que la República Argentina suscribió el Tratado [bilateral] con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. Este instrumento encarna la manifestación del consentimiento para que se recurra al arbitraje de llegar a surgir alguna disputa entre el inversionista y el Estado con respecto a las garantías previstas en el Tratado. Si lo que el demandado está alegando es que para someter una disputa a arbitraje hace falta [en adi-

ción al Tratado de inversión] un acuerdo *ad-hoc* entre el inversionista y el Estado, entonces el Estado se equivoca.

El Tratado se basta a sí mismo para este objetivo y [en consecuencia] para recurrir al mecanismo de solución de disputas basta con que el inversionista manifieste su voluntad en ese sentido»²³⁶.

§ 3. Los poderes del tribunal arbitral

El Convenio de Washington establece que el Tribunal puede pronunciarse sobre su propia competencia y sobre los límites de

236 *Camuzzi International S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/2, Decision on objections to jurisdiction, May 11th, 2005, Paragraphs 130 y ss. El Laudo reza textualmente así: «The Tribunal agrees with the Argentine Republic in that the consent expressed in ratifying the Convention is not the consent required by the Convention for bringing a claim before ICSID; this indeed requires a separate declaration by means of a treaty or other acts making such consent unequivocally clear. The Tribunal cannot, however, disregard the fact that the Argentine Republic signed the Treaty with the Belgo-Luxembourg Economic Union. This instrument embodies the expression of consent for resorting to arbitration should a dispute arise between the investor and the State with respect to the guarantees ensured under the Treaty. If what the Respondent is arguing is that an ad-hoc agreement between the investor and the State is needed to submit a specific dispute to arbitration, then this is a mistaken understanding. The Treaty is self-sufficient for this purpose and the option of resorting to dispute resolution is exercised by the investor by the simple fact of expressing its own consent. The concept of an arbitration clause (“compromis”) additional to the agreement on arbitration, which was in favor at some point in private arbitration, is not envisaged in the Treaty and is no longer of great use. Moreover, the Treaty expressly provides that the consent granted by the Parties to submit the dispute to arbitration is “anticipated and irrevocable” (Article 12(3))».

la jurisdicción del Centro (artículo 41), sobre la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes (artículo 47), y, en el Laudo, la decisión final, sobre cualquier otra pretensión jurídica que las partes hubieren sometido al conocimiento del Tribunal (artículo 48).

Teniendo presentes esos poderes y el ejercicio que de los mismos han venido haciendo los tribunales arbitrales internacionales, Saitta destaca cuanto sigue:

«En las reflexiones de los sociólogos sobre el fenómeno de la globalización es frecuente la observación sobre la mutación del rol del juez, que... deja de ser “distribuidor automático del Derecho” [esto es, deja de ser sólo la *bouche de la loi*]..., pues, siempre de manera creciente, sustituye a la ley como fuente del Derecho. De aquí deriva... el aumento de la discrecionalidad en el universo jurídico y el carácter imprevisible de los resultados de las controversias [del contenido del fallo definitivo]: Con base en estas consideraciones [se concluye]... que “esto probablemente conducirá incluso entre nosotros a una mayor difusión de las ‘sentencias caso’, o sea, productoras de nuevas reglas, como sucede en el sistema norteamericano...”»²³⁷.

237 SAIITA, FABIO, “Intervento”, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005, pp. 103 («Nelle riflessioni dei sociologi sul fenomeno della globalizzazione, è frequente il rilievo che sta mutando il ruolo del giudice, che -come efficacemente descritto da Maria Rosaria Ferrarese nel suo ultimo libro- da “distributore automatico di diritto” (ruolo che in realtà il giudice, anche in passato, ha svolto molto poco), si sta sempre più sostituendo alla legge come fonte del diritto stesso. Da qui -come ben evidenzia Ferrarese- l’aumento della discrezionalità dell’universo giuridico e l’imprevedibilità degli esiti delle controversie: a

A la luz de los amplios poderes concedidos o reconocidos a los tribunales arbitrales, hacemos nuestras, una vez más, las palabras de De Pretis, para quien en el ámbito jurídico globalización significa «...declinación del rol del Estado en la producción y en la aplicación del Derecho y en la resolución judicial de las controversias»²³⁸.

§ 4. La ley con base en la cual ha de decidir el tribunal arbitral internacional.

Y por lo que se refiera a la ley conforme a la cual debe ser decidida la controversia sometida al conocimiento del tribunal, resta por destacar la previsión contenida en el artículo 42 de la Convención de Washington, que reza textualmente así:

«El Tribunal decidirá la diferencia [de naturaleza jurídica] de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional pri-

conclusione di queste considerazioni, l'Autrice sostiene che "ciò probabilmente porterà anche da noi ad una maggiore diffusione di 'sentenze caso', ossia produttrice di nuove regole, come avviene nel panorama americano..."»).

Los alcances de las afirmaciones de Saitta y Ferrarese quizás puede comprenderse mejor revisando el impacto del estándar "trato justo y equitativo" en el Derecho Administrativo nacional (*supra*, Capítulo II, Sección II, Parágrafo 1).

238 DE PRETIS, DARIA, *Op. cit.*, pp. 103.

vado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables»²³⁹.

Vale la pena destacar también el artículo 9º, ordinal 5º, del Protocolo de Colonia del MERCOSUR, que textualmente establece: «El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia».

A la luz de las normas citadas con precedencia, conviene tener presente que en el asunto *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* el tribunal arbitral dejó sentado:

«...debe subrayarse que el Tratado Bilateral de Inversión no es un sistema cerrado, auto-suficiente, contentivo de las reglas sustantivas de aplicación directa; más bien debe ser enmarcado dentro de un contexto jurídico más amplio, en el que reglas de otras Fuentes son integradas a través de métodos de incorporación implícitos, o de referencia directa a ciertas reglas suplementarias, bien de carácter internacional [ejemplo, la cláusula de la nación más favorecida], bien de Derecho nacional. Esa extensión del sistema legal aplicable se desprende claramente de los artículo 3.(1), 3.(2) y 4. del Tratado Bilateral de Inversiones entre Sri Lanka y el Reino Unido.

...

239 Consúltese a FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 274 y ss.

... [Por tanto, ha de decidirse conforme al BIT]... *lex specialis*, y [han] de aplicarse, dentro de los límites requeridos, las reglas relevantes de Derecho Internacional o nacional de fuente suplementaria a las que aluden los artículos 3. y 4. del Tratado...»²⁴⁰.

En este mismo orden de ideas, en *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") v. República de Venezuela*, se decidió:

«El papel del derecho internacional en la práctica CIADI no está totalmente claro. Está bien establecido que el derecho internacional puede llenar lagunas cuando el derecho nacional carece de reglas respecto a ciertos temas (la así llamada "función complementaria"). También está establecido que puede corregir el resultado de la aplicación del derecho nacional cuando este último viola el derecho internacional ("función correctiva").

240 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Case Nº ARB/87/3, June 27th, 1990, Paragraphs 21 and 24 («...it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character [example, the most-favoured-nation clause] or of domestic law nature. Such extension of the applicable legal system resorts clearly from Article 3.(1), Article 3.(2) and Article 4. of the Sri Lanka/U.K. Bilateral Investment Treaty... [Therefore, it must be decided based on the BIT]... *lex specialis*, and to apply, within the limits required, the international or domestic legal relevant rules referred to as a supplementary source by virtue of Articles 3 and 4 of the Treaty itself»).

Las partes [en todo caso] aceptan que el derecho internacional prevalece sobre el derecho venezolano si éste último estuviera en conflicto con el primero...»²⁴¹.

§ 5. La Ley venezolana de protección de inversiones.

Este derecho -aludimos al derecho a una tutela jurisdiccional internacional- también aparece reconocido en el artículo 22 de la Ley para Promover y Proteger Inversiones, que textualmente establece:

«Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente»²⁴².

241 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") v. República de Venezuela*, Caso N° ARB/00/5, 23 de septiembre de 2003, Secciones 102 y 103.

242 Conviene tener presente que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 22 y 23 del Decreto con rango y fuerza de Ley de promoción y protección de inversiones (*Gaceta Extraordinaria* N° 5.390, del 22 de octubre de 1999). Comoquiera que el texto del artículo 22 aparece transcrito *supra*, nos limitamos a reproducir el artículo 23, que copiado a la letra dispone: «Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley, una vez agotada la vía administrativa por el in-

A la luz de la norma de Derecho interno citada con precedencia -a la luz de esa sola norma- luce posible afirmar que el Estado venezolano ha brindado su consentimiento a que las dis-

versionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección». En su sentencia N° 186-2001 (asunto *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García*) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dejó sentado cuanto sigue: 1. En su artículo 253 la Constitución venezolana de 1999 incorpora los medios alternativos de justicia, dentro de los cuales obviamente se encuentra el arbitraje, al sistema de justicia. 2. En su artículo 258 la Constitución establece una directriz, dirigida a los órganos legislativos, a los fines de que éstos promuevan el arbitraje, la conciliación, la mediación y las demás vías para la solución alternativa de controversias (el artículo 258 constitucional reza así: «Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, secreta y directa, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»). 3. El arbitraje, en los términos previstos por el Decreto-Ley, no violenta la soberana potestad de los tribunales nacionales para administrar justicia. Por el contrario, el Decreto-Ley no hace más que desarrollar las normas (programáticas) contenidas en la Constitución. 4. Así las cosas, concluye textualmente el Fallo, «...de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental». En torno al artículo 258 de la Constitución venezolana, consúltese HERNÁNDEZ BRETÓN, EUGENIO, "Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005, pp. 23 y ss.

putas entre un inversionista extranjero protegido por un BIT sean elevadas al conocimiento del Centro²⁴³.

SECCIÓN II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO.

Con respecto a los laudos arbitrales dictados por tribunales del CIADI conviene acotar dos cosas:

Primero, que los laudos del CIADI tienen carácter vinculante. Más aún, que a los laudos del CIADI se les dispensa el trato propio de una sentencia dictada por un juez nacional, por un tribunal interno, y que, por lo tanto, ese tipo de laudos o decisiones

243 BREWER-CARIÁS, ALLAN RANDOLPH, "Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005, p. 287. Brewer-Carías invoca -mutatis mutandis- la decisión en materia de jurisdicción, de fecha 14 de abril de 1998, adoptada en el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, conforme a la cual: «La Convención [de Washington] no establece ninguna forma particular de consentimiento, ni exige que el consentimiento sea dado caso por caso. Por el contrario, los redactores de la Convención pretendían que el consentimiento pudiera ser dado por anticipado a través de legislación en materia de inversión. Por consiguiente, el Tribunal no puede aceptar el alegato de que la frase "cuando aplique" del artículo 8 de la Ley N° 43 requiere una ulterior manifestación *ad hoc* de consentimiento [a someterse] a la jurisdicción del Centro» («The Convention does not prescribe any particular form of consent, nor does require that consent be given on a case-by-case basis. To the contrary, the drafters of the Convention intended that consent could be given in advance through investment legislation. Accordingly, the Tribunal cannot accept the contention that the phrase "where it applies" in Article 8 of Law N° 43 requires further or ad hoc manifestation of consent of the Centre's Jurisdiction»).

no está sometido a exequátur²⁴⁴ y al control de “orden público” interno. Con esta modalidad de tutela jurisdiccional internacional, ya los hemos subrayado *supra*, se procura sustituir la (tradicional) protección diplomática del inversionista extranjero²⁴⁵. Los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington establecen, por una parte, que «el laudo será obligatorio para las partes...» y que «las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos...», y por la otra, que «...todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniaras impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado».

Segundo, por lo que se refiere a la ejecución de los laudos arbitrales debe subrayarse *-mutatis mutandis-* que en el asunto *Creighton Limited v. Qatar*, «...la Corte de Casación francesa decidió que, al haber estipulado la aplicación del Reglamento de Arbitraje CCI al procedimiento arbitral en una cláusula de su contrato con una empresa privada, el organismo estatal había renunciado implícitamente a invocar la inmunidad de ejecución. Esto es así porque, según el entonces art. 24 (ahora 28.6) de dicho Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora el laudo, considerándose que han renunciado a todas las vías de recurso renunciables»²⁴⁶.

244 FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., “La ejecución del laudo arbitral dictado contra un Estado”, en *DeCITA 02.2004 Derecho del comercio internacional y actualidades (arbitraje)*, obra dirigida por DREYZIN DE KLOR, ADRIANA y FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., p. 174.

245 HERDEGEN, MATHIAS, *Op. cit.*, p. 312.

246 FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., *Op. cit.*, p. 171. También BLACKABY, NIGEL, *Op. cit.*, p. 20; y, SILVA ROMERO, EDUARDO, “La distinción entre Estado y adminis-

Ahora bien, parafraseando a Orlu Nmehielle,

«Uno debe compartir las ideas de *Van den Berg*, en el sentido de que es ilógico que en materia de arbitraje se acepte la renuncia de inmunidad por lo que se refiere a la jurisdicción, pero se rechaza por lo que se refiere a la ejecución. Si un Estado acepta el arbitraje, debe considerarse que ha aceptado todas sus consecuencias, incluyendo el cumplimiento de un laudo desfavorable. La falta de cumplimiento del laudo implica que contra los activos del Estado parte en la disputa, igual que contra los de un particular, se puede trabar ejecución»²⁴⁷.

Sobre la inmunidad de ejecución del Estado infractor se pronuncia también Van Harten, quien textualmente observa:

«Primero, si un estado rehusa respetar un laudo, dicho estado puede ser objeto de presiones diplomáticas y económicas por el Estado del inversionista, por otros estados exportadores de capital, por las instituciones financieras internacionales y por los mercados de capita-

tración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, Bogotá, Colombia, p. 160.

247 «One will agree with the arguments of *Van den Berg*, that it is illogical that in matters of arbitration, a waiver of immunity is accepted with respect to jurisdiction leading to enforcement but not with respect to execution. If a state agrees to arbitration, it must be deemed to have accepted all its consequences, including compliance with an unfavorable award. Failure to carry out the award must mean that the assets of the state party to the dispute, like those of a private party, are capable of being attached and lead to full execution of the award. It follows that if the defense of immunity from recognition and enforcement is not available to a state, that should [also] imply a waiver of immunity from execution, as anything to the contrary would defeat the internationally acclaimed principle of law *pacta sunt servanda*» (ORLU NMEHIELLE, VINCENT O., *Op. cit.*, p. 37).

les internacionales. Segundo, los tratados de inversión frecuentemente obligan a los estados, en términos expresos, a reconocer y ejecutar los laudos dictados con base en el Tratado, lo que faculta al inversionista para solicitar la ejecución en las cortes de cualquier estado parte del Tratado. Tercero, cuando un tratado de inversión establece que el laudo puede ser ejecutado con base en la Convención del CIADI, la Convención de Panamá o la Convención de Nueva York, un inversionista puede demandar la ejecución en los tribunales nacionales de cualquier estado que sea parte en tales tratados. Este último método de ejecución es excepcionalmente poderoso porque la mayoría de los Estados han ratificado por lo menos uno de dichos tratados»²⁴⁸.

Esta tutela jurisdiccional a nivel internacional contrasta con la tutela judicial, “pobre” en materia de ejecución, que el ordenamiento jurídico venezolano le reconoce a los nacionales –a los inversionistas nacionales– que en juicio vencen a la Administración Pública estatal²⁴⁹.

248 VAN HARTEN, GUS, *Op. cit.*, p. 188 («First, if a state refuses to abide by an award, it may be subject to diplomatic and economic pressure from the home state, from other capital-exporting states, from international financial institutions, and from the international capital markets. Second, investment treaties often obligate states in express terms to recognize and enforce an award issued under the treaty, which allows an investor to seek enforcement in the courts of any state party to the treaty itself. Third, where an investment treaty provides for enforcement under the ICSID Convention, the Panama Convention and the New York Convention, an investor can seek enforcement in the domestic courts of any state party to these arbitration treaties. This last method of enforcement is exceptionally powerful because most states have ratified at least one of these treaties»).

249 Con la venia de estilo, consúltese MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La ejecución, según el Derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos”, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*

Sólo puede hablarse de jurisdicción -de jurisdicción verdadera- si el vencedor en un proceso puede imponerle al vencido la ejecución forzosa de la sentencia o del laudo. Si la ejecución de los fallos queda librada a buena voluntad del Estado condenado en juicio, la obligación impuesta a la Administración a través de la sentencia pudiera llegar a transformarse en un mero deber moral, en una “obligación natural” *stricto sensu* y, por tanto, completamente incoercible. Más aún, entendemos que de admitirse que la ejecución de los fallos -y, por tanto, que el respeto y acatamiento de la norma de Derecho “particular” creada por el juez para decidir, con fuerza de cosa juzgada, la controversia que fue sometida a su consideración- puede quedar librada a la voluntad del Estado condenado a reparar el daño producido por su ilícito, tendría que admitirse entonces que el principio de legalidad, que informa y condiciona el Estado de Derecho, el ordenamiento -todo el ordenamiento- de las naciones civilizadas, cuenta con una odiosa excepción a dicho principio, toda vez que la norma de Derecho singular o individual contenida en el fallo puede ser ignorada o desacatada con total impunidad²⁵⁰. A fin de cuentas, el derecho a la ejecución de los fallos judiciales es uno de los atributos esenciales del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, forma parte de su “contenido esencial”, del “núcleo duro” de dicho derecho, y, por tanto, sin él no es reconocible.

“Allan Randolph Brewer Carías”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1995, pp. 55 y 56.

250 Con la venia de estilo, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La ejecución, según el Derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos”..., *Op. cit.*, p. 557.

En palabras de don Jesús González Pérez:

«La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si [aquella] está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme con el Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.

...

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la efectividad del fallo; es decir, que el Tribunal adopte las medidas conducentes a ello. Como dice la STC de 7 de junio de 1982 (S. 32/1982), “el derecho a la tutela efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia..., ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada... si concurren todos los requisitos procesales. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones”²⁵¹.

A las reflexiones que anteceden, referidas a la inmunidad de jurisdicción y su renuncia por el Estado que acepta someter a arbitraje las controversias derivadas de una inversión extranjera protegida, cabría agregar una consideración adicional: Si el Estado receptor de la inversión se negare a cumplir la obligación de

251 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, pp. 227 y 228.

terminada por el tribunal arbitral internacional, el inversionista, invocando el artículo 27 de la Convención de Washington, puede solicitar la “protección diplomática” del Estado del cual es nacional. Y si bien es cierto que este tipo de tutela, nos referimos a la protección diplomática, depende de valoraciones sobre oportunidad y conveniencia políticas del reclamo al otro Estado, pues los Estados la ponen en marcha cuando favorece, o por lo menos no contraría, su política exterior²⁵², no es menos cierto que la falta de tutela puede hacer que la obligación de indemnizar repercuta -esto es, que se traslade o recaiga- sobre el propio Estado del inversionista. En propósito, vale la pena destacar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo español el 16 de noviembre de 1974, pues en ésta se reconoce que

«...la falta de una efectiva protección diplomática... permite (sic.), sin forzar el texto del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su mismo sentido teleológico, y con base profunda en un principio de solidaridad, que se acoja, en la medida del daño efectivamente soportado, y en la extensión probada y en una estimativa despejada de los rigorismos formales, la demanda de responsabilidad [contra el propio Estado], pues existe una lesión patrimonial, cual es la detracción pecuniaria sufrida por los recurrentes, no imputable a los mismos y ajena a toda fuerza mayor... lesión patrimonial no satisfecha por la vía de la protección diplomática, y que aunque no entrañe, para el actuar de la Administración española, una conducta anormal y menos ilícita, es, sin embargo, de las que también justifican una indemnización por conectarse, en un ciclo de causación con hechos imputados al ámbito del quehacer público y

²⁵² PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 242.

causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos»²⁵³.

En el Fallo, en otras palabras, se afirma que el Estado que no brinda una adecuada o efectiva protección diplomática debe indemnizar a su nacional, en nuestro caso al inversionista protegido por el Tratado (BIT), porque éste es un supuesto de responsabilidad patrimonial por sacrificio particular²⁵⁴.

A lo dicho cabría agregar un dato adicional: En un fallo previo (*Soabi v. Senegal*) la Corte de Apelación de París había denegado la ejecución solicitada porque el recurrente «...no había probado la naturaleza comercial del activo senegalés que podría

²⁵³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pp. 303 y 304.

²⁵⁴ ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, *El Daño Cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 16 y ss. También BADELL MADRID, RAFAEL, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 29. Por sólo citar una sentencia, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó el 10 de abril de 2002 que: «En la vigente Constitución [de 1999], el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, consagrando en definitiva y sin margen de dudas, la responsabilidad objetiva, patrimonial e integral de la Administración, cuando con motivo de su actividad ocasione daños a los particulares, no importando si el funcionamiento dañoso de la Administración ha sido normal o anormal, a los fines de su deber resarcitorio» (ese criterio fue ratificado a través de la sentencia N° 2846, dictada por la prenombrada Sala Político-Administrativa el 13 de diciembre de 2006, asunto *Sucesión Burguera-Matamoros v. República de Venezuela*).

ser objeto de ejecución una vez reconocido...» el laudo²⁵⁵. Por *argumentum a contrario*, no hay obstáculos a la ejecución de activos comerciales.

Los fallos arbitrales que brindan la tutela reclamada por los particulares no constituyen normas de Derecho creada por los Estados. El autor de tales fallos, y este dato -reiteramos- es importante tenerlo en cuenta, son tribunales internacionales que *-exempli gratia-* obran en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En propósito, vale la pena subrayar que los Estados, como regla general, se han comprometido por adelantado a abstenerse de exigir que se agoten los recursos nacionales antes de acudir al arbitraje²⁵⁶. Vale la pena subrayar, además, que el Artículo 53 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados establece textualmente que el laudo pronunciado por el tribunal arbitral es «...obligatorio para las partes...» y que, por lo tanto, las partes se hallan en el deber de acatarlo y cumplirlo «...en todos sus términos...». Esos fallos constituyen fuente (internacional) del Derecho Administrativo. Forman parte, en palabras de Battini, de ese

255 «...*Soabi* had not proved the commercial nature of the Senegalese assets that might be subject to execution following recognition...» (ORLU NMEHIELLE, VINCENT O., “Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)”, *Golden Gate University School of Law*, Volume VII, Spring 2001, p. 32 y 34).

256 DOLZER, RUDOLPH, “The impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *Op. cit.*, p. 957.

emergente Derecho Administrativo Global²⁵⁷ *a-nazionale* y *a-territoriale* en el que las normas no sólo tienen “origen” estatal.

257 BATTINI, STEFANO, “Organizzazioni internazionali e sogetti privati: verso un Diritto Amministrativo Globale?”, *Op. cit.*, p. 81. Van Harten y Loughlin sostienen: «...obligando a los Estados a someter a arbitraje las disputas derivadas de actos soberanos [actos de autoridad], los tratados de inversión establecen el arbitraje en materia de inversión como un mecanismo para controlar el ejercicio del Poder Público. Por esta razón en particular, puede hacerse una analogía entre el arbitraje en materia de inversión y el Derecho Administrativo nacional. En el Derecho Administrativo nacional el objeto principal de la jurisdicción revisora es el Ejecutivo... En el arbitraje en materia de inversión, por el contrario, el objeto principal de la jurisdicción revisora no es el Ejecutivo sino el Estado como un todo... En efecto, el Estado es equiparado al Ejecutivo en el Derecho Administrativo nacional, y está sometido a control por un tribunal internacional... Como los miembros o integrantes de cualquier tribunal o corte administrativa, al revisar medidas [estatales] los árbitros juzgan la legalidad de la conducta estatal, evalúan la justicia del proceso de decisión gubernamental, determinan el alcance y contenido apropiado de los derechos de propiedad, y distribuyen riesgos y costos entre comercio y sociedad. Esta es materia propia del Derecho Administrativo» («...by obliging states to arbitrate disputes arising from sovereign acts, investment treaties establish investment arbitration as a mechanism to control the exercise of public authority. For this reason, in particular, investment arbitration is best analogized to domestic administrative law. In domestic administrative law, the primary subject of adjudicative review is executive government... In investment arbitration, by contrast, the main subject of adjudicative review is not executive government but the state as a whole... In effect, the state is equated to the executive branch in domestic administrative law, and is subject to review by an international tribunal... Like the members of any administrative tribunal or court, in reviewing... [state] measures, arbitrators rule on the legality of state conduct, evaluate the fairness of governmental decision-making, determine the appropriate scope and content of property rights, and allocate risks and costs between business and society. This is the stuff of administrative law») (VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, *Op. cit.*, pp. 146 y 147).

Retomando la idea de ordenamiento jurídico, -de ordenamiento jurídico global- esbozada por Cassese (*supra*, Capítulo I, Sección II), en el Derecho creado por los Tratados encontramos elementos propios y característicos del ordenamiento jurídico estatal, toda vez que existe un “aparato” -creado por normas de Derecho- «...que garantiza su observancia por parte de los *subjecti*, interviniendo contra quienes... transgreden [las normas], aplicándoles las sanciones previstas por ellas. Lo cual sirve para poner de manifiesto un carácter adicional de... [esas] normas de derecho objetivo... su así llamada “coactividad” ...»²⁵⁸.

La existencia de ese ordenamiento se hace aún más evidente al constatar, por una parte, que los laudos arbitrales internacionales no pueden ser revisados por los tribunales nacionales, y por la otra, que el inversionista -insistamos en la idea- puede trabar ejecución contra bienes del Estado vencido en juicio tanto ante los tribunales de dicho Estado, como ante los tribunales de otros Estados²⁵⁹.

258 BRECCIA, HUMBERTO, BIGLIAZZI GERI, LINA, NATOLI, UGO y BUSNELLI, FRANCESCO D., *Derecho Civil, Tomo I, Normas, Sujetos y Relación Jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 7 y 8.

259 VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, *Op. cit.*, pp. 133 y 134.

CAPÍTULO V

LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y EL DERECHO INTERNO EN MATERIA DE INVERSIONES (PROPIEDAD)

En el caso venezolano, más allá de su letra los Tratados tienen una importancia particular, porque la mayoría de los derechos y garantías que ellos reconocen pueden ser invocados por los venezolanos. Veamos por qué.

De acuerdo al artículo 1° del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones²⁶⁰, dicho Decreto-Ley tiene por objeto «...proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional».

De ese Decreto-Ley interesa destacar otras normas, seis (6) en total, a saber:

El artículo 6 *eiusdem*, según el cual «las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme

260 En propósito consúltese a HERNÁNDEZ BRETÓN, EUGENIO, "Protección de Inversiones en Venezuela", en *DeCita, Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, Zavalía, 2005, pp. 270 y ss. También PARRA, ANTONIO R., "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *Icsid Review, Foreign Investment Law*, Volume 12, Number 1, Spring 1997, pp. 314 and ss.

a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación».

El artículo 8 *eiusdem*, que establece que «no se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales» (artículo 8).

El artículo 11 *eiusdem*, que dispone que «no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada» (*Hull Clause*); que «la indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización, que incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora», y, que «las indemnizaciones a que haya lugar con motivo de expropiaciones de inversiones internacionales serán abonadas en moneda convertible y serán libremente transferibles al exterior».

El artículo 12 *eiusdem*, a tenor del cual «las inversiones internacionales y en su caso, los inversionistas internacionales, tendrán derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y al pago de los tributos a los que hubiere lugar, a la transferencia

de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pago de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de propiedad intelectual; las indemnizaciones [expropiatorias]...; el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias», y que «las transferencias se efectuarán sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con las reglamentaciones de cambio en vigor para ese momento» (artículo 12).

El artículo 24 *eiusdem*, que dispone que el Estado venezolano puede adoptar «...medidas en el campo de los servicios financieros [siempre] que tengan por objeto: a) La protección de los inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamaciones de pólizas o personas a las que les es debida una responsabilidad fiduciaria por una institución financiera; b) El mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad de las instituciones financieras; y, c) Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero en Venezuela», limitando así el ejercicio de los poderes normativos, de regulación²⁶¹, en esa materia.

261 DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 197 y ss. También VEDEL, GEORGES, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 661 y ss.

Finalmente, el artículo 5 *eiusdem* agrega que «los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en este Decreto-Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados».

Y en lo tocante a los derechos de los inversionistas nacionales, he aquí cuanto queríamos destacar, las normas citadas tienen especial relevancia porque el Artículo 10º del Decreto-Ley textualmente dispone:

«Las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares».²⁶²

Esta última previsión legal, que equipara los inversionistas nacionales a los extranjeros, se justifica, esa es su *ratio*, porque así como el origen de los capitales y de las inversiones no constituye criterio válido, esto es, razonable, para brindarle a los extranjeros un trato distinto e inferior al dispensado a los nacionales (“cláusula de trato nacional”), el origen de tales capitales e inversiones no puede ser empleado como criterio que permita brindarle a los nacionales un trato dispar e inferior al reconocido a los extranjeros. Se justifica, además, por el propósito de incentivar el retorno

262 Pudiera decirse que la norma le brinda a los nacionales el trato que la Corte Europea de Derechos Humanos denegó en los asuntos *James and Others* y *Lithgow and Others*. En esas dos causas la Corte había rechazado la tesis, sostenida por los actores, conforme a la cual la expropiación por un Estado de los bienes de nacionales se hallaba sujeta a los requisitos exigidos por los principios generales del Derecho Internacional (RUFFERT, MATTHIAS, *Op. cit.*, p. 127).

de los capitales, propiedad de venezolanos, que a lo largo de las últimas décadas han salido al exterior por motivos de seguridad, para no volver. Trátase, pues, de un incentivo para los nacionales de un país, Venezuela, convertido desde hace décadas en un exportador de capitales.

Por lo que a esa equiparación de derechos sustantivos se refiere, un puñado de ejemplos lucen pertinentes para poner en evidencia, una vez más, de la profunda interacción entre el Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo nacional, estatal:

- En virtud del artículo 10 del Decreto-Ley, la justa indemnización que debe ser saldada al nacional que sufre una expropiación debe ser igual al “valor de mercado” que el bien tenía para el momento de la medida.

- Según la jurisprudencia internacional, ese valor de mercado debe calcularse con referencia al más alto y mejor uso que al bien puede dársele²⁶³.

- Cuando lo que se expropia es una empresa, en virtud del artículo 10 del Decreto-Ley el nacional que sufre una medida expropiatoria puede solicitar que la justa indemnización que se adeuda sea determinada con base «...en la estimación de las ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos»²⁶⁴.

263 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*, Case N° ARB/96/1, February 17th, 2000 Paragraph 70. El Laudo hace referencia al “highest and best use”.

264 *Metalclad Corporation v. United States of Mexico*, Case N° ARB(AF)/97/1, August 30th, 2000, Paragraph 119. También *Benvenuto y Bonfant Srl c. el Gobierno*

-En virtud del artículo 10 del Decreto-Ley, el nacional que sufre una expropiación tiene derecho a que la indemnización devengue intereses compuestos -es decir, intereses capitalizables periódicamente- hasta el momento de su pago definitivo²⁶⁵.

de la República del Congo, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758, y *AGIP SPA c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

265 *Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Case Nº ARB(AF)/00/2, May 29th, 2003, Paragraph 196.

BIBLIOGRAFÍA

- AGIRRAZKUENZA, IÑAKI, *La coacción administrativa directa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990.
- AGUILERA VÁSQUEZ, MAR, “El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites de su regulación”, en *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinada por GARCÍA ROCA, JAVIER y SANTOLAYA, PABLO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- AL FARUQUE, ABDULLAH, “Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal”, en *Indian Journal of International Law*, Vol. 44, Nº 1, January-March 2004.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALLI ARANGUREN, JUAN-CRUZ, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid (España), 2004.
- ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- AYALA CORAO, CARLOS M., “La Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos y sus Consecuencias”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinada por MÉNDEZ SILVA, RICARDO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Nº 98, México, 2002.

BADELL MADRID, RAFAEL, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas, 2001.

BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, coedición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.

BARNÉS, JAVIER, "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

BARR, MICHAEL S. y MILLER, GEOFFREY P., "Global Administrative Law: The View from Basel", en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, Nº 1, February 2006.

BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.

BATTINI, STEFANO, "Organizzazioni internazionali e sogetti privati: verso un Diritto Amministrativo Globale?", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005.

BERGMAN, MARK S., "Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the U.S. Prototype Treaty", en *16 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 1 1983-1984.

- BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes, Cases Material and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2005.
- BLACKABY, NIGEL, "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina", en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, coedición de la Universidad Sergio Arbolada, del Comité Colombiano de Arbitraje y de Legis, Bogotá, Colombia.
- BLANQUER, DAVID, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- BONATI, STEFANO, "Strasburgo «rivaluta» l'indennità per le espropriazioni di pubblica utilità", en *Rivista Italiana di Diritto Comunitario*, N° 1, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- BRECCIA, HUMBERTO, BIGLIAZZI GERI, LINA, NATOLI, UGO y BUSNELLI, FRANCESCO D., *Derecho Civil, Tomo I, Normas, Sujetos y Relación Jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1977.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Urbanismo y propiedad privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las Constituciones de Venezuela*, coedición de la Universidad Católica del Táchira (San Cristóbal, Venezuela), el Instituto de Estudios de Adminis-

tración Local y el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, España), 1985.

BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, "Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias", en *Revista de Derecho Público* N° 57-58, enero-junio 1994, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, "Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005.

BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for "Amparo")*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006.

CASSESE, SABINO, "L'ordinamento giuridico globale", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giuffrè Editore, Milano, 2005.

CASSESE, SABINO, *La Globalización Jurídica*, Instituto de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006.

- CRAIK, NEIL, *“Deliberation and Legitimacy in Transnational Environmental Governance”*, IILJ Working Paper 2006/10, Global Administrative Law Series, en *www.iilj.org*.
- CRAWFORD, JAMES, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2005.
- CREMADES, BERNARDO M. y CAIRNS, DAVID J.A., *“La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”*, en *Revista Internacional de Arbitraje Internacional*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis.
- CURTIS, JR., JEROME J., *“Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights”*, en *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London, 1989.
- DE MAEKELT, TATIANA, *“Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación”*, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005.
- DEL VECCHIO, ANGELA, *Giurisdizione Internazionale e Globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2003.
- DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- DE PRETIS, DARIA, *“La tutela giurisdizionale dell’ordinamento europeo”*, publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla*

Cittadinanza Globale, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005.

DELLA CANANEA, GIACINTO, "Il Diritto Amministrativo globale e le sue corti", en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005.

DÍEZ-PICASO, LUIS MARÍA, "¿Hay que indemnizar las privaciones generales de la propiedad?", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 12, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2004

DOLZER, RUDOLPH y STEVENS, MARGARET, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

DOLZER, RUDOLF y MYERS, TERRY, "After *Tecmed*: Most Favoured Nation Clauses in Investment Protection Agreements", en *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, Nº 1, Spring 2004.

DOLZER, RUDOLPH, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", en *75 Am. J. Int'l L.* 553, 1981.

DOLZER, RUDOLPH, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", en *Journal of International Law and Politics*, Volume 37, Summer 2005, Number 4, New York University.

DRAEGER, TONYA R., "Property as a Fundamental Right in the United States and Germany: A Comparison of Takings Jurisprudence", en *14 Transnat'l Law*. 363 2001.

FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "La ejecución del laudo arbitral dictado contra un Estado", en *DeCITA 02.2004 Derecho del*

comercio internacional y actualidades (arbitraje), obra dirigida por DREYZIN DE KLOR, ADRIANA y FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P.

FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERNÁNDEZ VILLEGAS, GERARDO, "Principios constitucionales rectores del Estado Venezolano", en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

FERRARA, ROSARIO, "Il 'posto' del Diritto Amministrativo fra tradizione e globalizzazione", publicado en *Dalla Cittadinanza Amministrativa alla Cittadinanza Globale*, obra dirigida por MANGANARO, F. y ROMANO TASSONE, A., Giufrè Editore, Milano, 2005.

FORTIER, L. YVES, "New Trends in Governing Law: The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future", en *ICSID Review. Foreign Investment Law, Volume 16, Number 1, Spring 2001*, International Centre for Settlement of Investment Disputes.

FORTIER, L. YVES y DRYMER, STEPHEN L., "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see it, or *Caveat Investor*", *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal, Volume 19, Number 2, Fall 2004*, International Centre for Settlement of Disputes.

FOX, JR., WILLIAM F., *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender & Co., Inc., 1986.

FRANCK, SUSAN D., "The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions", *73 Fordham L. Rev.* 1521 2004-2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª. Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Prólogo", en BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, co-edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en el Derecho español", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 59, Civitas, S.A., Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador", en *Revista de Administración Pública* N° 159 (septiembre-diciembre 2002), Madrid.

GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL, *La protección de las inversiones exteriores (Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2005.

GARFINKEL, BARRY, en *Investment Treaty Law, Current Issues, Volume I*, ORTINO FEDERICO, SHEPPARD AUDLEY y WARREN, HUGO, Editors, British Institute of International and Comparative Law, London, 2006.

- GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, segunda edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2002.
- GRASSO, PIETRO GIUSEPPE, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2005.
- GUDGEON, K. SCOTT, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on their Origin, Purpose and General Treatment Standards", en *4 Int'l Tax & Bus. Law* 105 1986.
- GUERRA, VÍCTOR HUGO, *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado. Artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional privado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000.
- HAUSMANN, RICARDO y FERNÁNDEZ-ARIAS, EDUARDO, *Foreign Direct Investment: Good Cholesterol?*, en <http://www1.worldbank.org>.
- HERDEGEN, MATHIAS, *Derecho Económico Internacional*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2005.

HERNÁNDEZ BRETÓN, EUGENIO, "Protección de Inversiones en Venezuela", en *DeCita, Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, Zavalía, 2005.

HERNÁNDEZ BRETÓN, EUGENIO, "Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005.

HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, "Hábitos energéticos en el horizonte del desarrollo sostenible. Una panorámica de los esfuerzos por invertir la tendencia de emisión de GEI como medio de atajar el preocupante proceso de cambio climático", en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente* (Dir. PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS), Civitas, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, "Cambio Climático", en *Diccionario de Derecho Ambiental* (Dir. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE y LOZANO CUTANDA, BLANCA), Iustel 2006, pp. 175 y ss.

-*Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1994.

JORDANO FRAGA, JESÚS, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., "The emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems Vol. 68*, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law.

- KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO, STEWART, RICHARD B. y WIENER, JONATHAN B., "Foreword: Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems* Vol. 68, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law.
- KINNEY, ELEANOR D., "The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential", en *54 Admin. L. Rev.* 415 2002.
- KISHOYIAN, BERNARD, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formation of Customary International Law", en *14 Nw. J. Int'l. L. & Bus.* 327 1993-1994.
- KRISCH, NIKO y KINGSBURY, BENEDICT, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, N° 1, February 2006.
- LAVILLA, LANDELINO, "Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo", en la obra *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra editada y prologada por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.
- LASCHENA, RENATO, "Considerazioni generali sul tema", en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell'Incontro di Studio svoltosi a Roma – Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- LASH (III), WILLIAM H., "The decline of the Nation State in International Trade and Investment", en *Cardozo Law Review*, Volume 18, September 1996, N° 1.

- LINGUITI, ALDO, "L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione", en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell'Incontro di Studio svoltosi a Roma – Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- LOCKE, JOHN, *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
- LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVE, P. y GENEVOIS, B., *Les Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 10e édition, Sirey-Éditions Dalloz, Paris, 1993.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.
- MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte General, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MENY, YVES, "Sistemi amministrativi e sistemi politici in Europa", en *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell'Incontro di Studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 13 giugno 2000), Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Claridad, S.A., Buenos Aires, 1971.
- MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "Las bolsas de valores como servicio público. Competencia de las bolsas de valores para expedir actos administrativos", en *Revista Tachirensis de Derecho*, número 1/1.992, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Estado Táchira, 1992.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "La ejecución, según el Derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos", *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías"*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1995.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "La 'Actividad Normativa' de la Administración Pública", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías"*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1996.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "El Principio de Proporcionalidad, el Derecho a la Libre Concurrencia y los Límites Sustantivos del Poder Reglamentario. Consideraciones en torno al Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción que prohíbe a las estaciones de televisión por aire transmitir publicidad durante la difusión, al público en general, de programas de carácter informativo", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5, Enero-Abril 1999, Editorial Sherwood, Caracas.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "Los poderes del juez administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa", *Revista de Derecho* N° 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "El ejercicio de la función administrativa por la Administración Pública venezolana", en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

NAÍM, MOISÉS, *Ilicito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Random House Mondadori, S.A., Barcelona, 2006.

NAVIERA DE CASANOVA, GUSTAVO J., *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S.A., Madrid, 1997.

NIKKEN, PEDRO, "La fuerza obligatoria de la declaración universal de derechos humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 75, Edición Homenaje a Antonio Moles Caubet, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990.

NIKKEN, PEDRO, "Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional", *Revista de Derecho Público*, número 83, Julio-Septiembre de 2000, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

ORLU NMEHIELLE, VINCENT O., "Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)", en *Golden Gate University School of Law*, Volume VII, Spring 2001.

- ORTINO, FEDERICO, *From 'non-discrimination' to 'reasonableness': a paradigm shift in international economic law?*, Jean Monnet Working Paper 01/05, en www.jeanmonnetprogram.org.
- ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS, *El Daño Cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "Constitución y valores del ordenamiento", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- PARRA, ANTONIO R., "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", en *ICSID Review, Foreign Investment Law*, Volume 12, Number 1, Spring 1997.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- PETERS, PAUL, "Some Serendipitous Findings in BITs: the Barcelona Traction Case and the Reach of Bilateral Investment Treaties", en *Reflections on International Law from the Low Countries, in Honour of Paul de Waart*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- POCAR, FAUSTO, *Lezioni di Diritto delle Comunità Europee*, terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1986.
- PONS CÁNOVAS, FERRAN, *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad, Perspectivas actuales*, Mar-

cial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2004.

REY MARTÍNEZ, F., "Derecho de Propiedad Privada", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, *Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales*, coordinada ARAGÓN REYES, MANUEL, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001.

RODNER, JAMES-OTIS, *La Globalización. Un Proceso Dinámico*, Editorial Anauco, Caracas, 2001.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

ROMERO MUCI, HUMBERTO, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ROSSI, GIAMPAOLO, "Pubblico e privato nell'economia di fine secolo", en *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di AMOROSINO, SANDRO, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1995.

RUFFERT, MATTHIAS, "The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law (Jahrbuch für Internationales Recht)*, Volume 43. 2000, Duncker & Humboldt, Berlin.

SACHICA, LUIS CARLOS, "Derecho Comunitario Andino y Derecho Constitucional", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, coordinada por GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO y HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.

SALACUSE, JESWALD W., "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", en *24 Int'l. L.* 655 1990.

SALACUSE, JESWALD W. and SULLIVAN, NICHOLAS P., "Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", en *46 Harv. Int'l. L.J.* 67 2005.

SALOMONI, JORGE LUIS, "Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino", en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

SANZ RUBIALES, IÑIGO, "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 125, enero-marzo 2005, Editorial Aranzadi, S.A.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, DANIEL, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHREUER, CHRISTOPH, *The Concept of Expropriation Under ETC and other Investment Protection Treaties*, en www.univie.ac.at/intlaw/schreu.htm.

SCHWEBEL, STEPHEN M., "Investor-State disputes and the development of international law, The Influence of Bilateral

Investment Treaties on Customary International Law”, en 98 *Am. Soc’y Int’l. L. Proc.* 27, 2004.

SILVA ROMERO, EDUARDO, “La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Junio-Diciembre 2004, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, Bogotá, Colombia.

STEWART, RICHARD B., “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, en *Law and Contemporary Problems*, Volume 68, Summer/Autumn 2005, Numbers 3 & 4, Duke University School of Law, Durham, North Carolina.

STRAUSS, PETER, “From Expertise to Politics: The transformation of American Rulemaking”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 1996.

SUÁREZ, JORGE LUIS, “La Constitución venezolana y el Derecho comunitario”, en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, S.L., Madrid, 2003.

TURK, JEFFREY, “Compensation for ‘Measures Tantamount to Expropriation’ Under NAFTA: What it Means and Why it Matters”, en *International Law & Management Review*, Spring 2005, Issue I.

VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, Volume 17, N° 1, February 2006.

- VAN HARTEN, GUS, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- VANDEVELDE, KENNETH J., "The Economics of Bilateral Investment Arbitration", en *Harvard International Law Journal*, Volume 41, Number 1, Winter 2000.
- VASCIANNE, STEPHEN, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", en *The British Year Book of International Law*, 1999, Clarendon Press, Oxford, 2000.
- VIPIANA, PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1993.
- VELASCO, EMILIO, *El Derecho en tiempos de globalización. Parte I*, Grupo JusConsult, S.C., Caracas, 2002.
- VEDEL, GEORGES, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.
- VERHOOSSEL, GAETAN, "The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to seek Relief for Breaches of WTO Law", en *Journal of International Economic Law*, Volume 6, Number 3, September 2003.
- VON SIMSON, WERNER y SCHWARZE, JORGE, "Integración europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán", en *Manual de Derecho Constitucional*, coordinado por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996.

WESTON, BURNS H., "Constructive Takings' under International

ZUBILLAGA, MARIANELA, "Los fundamentos del Derecho comunitario y su soporte constitucional: La experiencia europea y andina", en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje al Profesor Allan Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, S.L., Madrid, 2003.

SEGUNDA PARTE:

**LOS TRATADOS BILATERALES PARA LA PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN DE INVERSIONES (BITs) Y LA “REGULACIÓN”
DEL NEGOCIO BANCARIO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA
FURTIVA “EXPROPIACIÓN REGULATORIA”
(*CREEPING EXPROPRIATION*) DE LA BANCA VENEZOLANA:
¿UNA OBRA EN MARCHA?**

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

Tomando como punto de partida la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda¹, en vigor desde el día 3 de enero de 2005, en este breve ensayo pasamos revista a un conjunto de normas que tienen por objeto regular el negocio bancario, para así determinar si tales normas, dictadas con el propósito de ejercer control o mando sobre las actividades de intermediación realizadas por la banca, son razonables, esto es, legítimas.

Como su propio nombre lo sugiere, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda disciplina, ese es su propósito, las condiciones fundamentales en las que la banca puede -y debe- conceder créditos hipotecarios para vivienda (artículo 1º)².

1 *Gaceta Oficial* N° 38.098, del 3 de enero de 2005.

2 La Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda se inscribe en el marco de las regulaciones creadas por: (i) la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (*Gaceta Oficial* N° 37.600, del 30 de diciembre de 2002), en la que se declara que las necesidades de vivienda de la población serán atendidas mediante créditos, incentivos y otras modalidades de auxilio (artículo 18, numeral 13); (ii) la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (*Gaceta Oficial* N° 37.066, del 30 de octubre 2000), derogada en 2006, que había sido sancionada para determinar las bases de la política habitacional del Estado (artículo 2º); y, (iii) la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204, del 8 de junio de 2005, reformada el 26 de Diciembre de 2006 (*Gaceta Oficial* N° 38.591),

A los efectos del presente análisis, la Ley contiene un conjunto de previsiones -todas ellas de orden público (artículo 7^o)- dignas de mención, a saber:

SECCIÓN I. LA CREACIÓN DE UNA “CARTERA MÍNIMA”

El artículo 29 establece que las instituciones financieras autorizadas para conceder créditos hipotecarios se encuentran obligadas a conceder «...créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda principal... en un porcentaje de su cartera de crédito anual que será fijado por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI)...».

En ejecución del artículo 29 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Resolución N° 012, dictada por el Consejo Nacional de la Vivienda en fecha 26 de febrero de 2005, se fijó «...en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera bruta de crédito que, con carácter obligatorio, deben colocar los bancos... en el otorgamiento de créditos hipotecarios en las condiciones establecidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario»³. Los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda deben, pues, representar como mínimo el diez por ciento (10%) de los créditos concedidos por la banca. Según la aludida Resolución, ese porcentaje debe distribuirse así: a) hasta un tres por ciento (3%) debe destinarse a créditos hipotecarios a largo plazo; y, b) no menos de un siete

que regula la obligación del Estado venezolano «...de garantizar el *derecho a la vivienda* y hábitat dignos, y asegurar su protección como contingencia de la seguridad social y *servicio público* [¿?] de carácter *no lucrativo*...» (artículo 1°).

3 *Gaceta Oficial* N° 38.140, del 4 de marzo de 2005.

por ciento (7%) debe concederse a través de créditos hipotecarios de corto plazo (artículo 1º). La cartera bruta de créditos con base en la cual han de calcularse tales porcentajes, así lo contempla la Resolución citada, es la existente al 31 de diciembre de 2004 (artículo 2º). Finalmente, en la Resolución en referencia se establece que el aludido porcentaje sería revisado en el mes de enero de 2006⁴. La regulación que de la “cartera mínima” de crédito hizo la Resolución N° 012 -hasta un tres por ciento (3%) para créditos a largo plazo, y no menos de un siete por ciento (7%) para créditos a corto plazo, repetimos- se ha mantenido en el tiempo. Para constatarlo basta revisar las Resoluciones números 25 y 013-06, expedidas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fechas 31 de octubre de 2005 y 4 de abril de 2006, respectivamente⁵.

Los porcentajes de la “cartera mínima” fueron objeto de ulterior regulación a través de sendas Resoluciones administrativas, dictadas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat. Veamos:

A. Primero, una Resolución s/n de fecha 30 de junio de 2005⁶, en la que se establece que a los fines de aplicarles la tasa de interés social (*infra*, Capítulo I, Sección II) sólo pueden ser contabilizados dentro del porcentaje establecido en la Resolución 012

4 La Resolución 012 fue derogada a través de la Resolución N° 020, expedida por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fecha 31 de octubre de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.303, de esa misma fecha.

5 La Resolución N° 25 fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.305, del 2 de noviembre de 2005. Por su parte, la Resolución N° 013-06 apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.415, del 7 de abril de 2006. Con respecto a esta última Resolución resulta pertinente hacer una observación: De acuerdo al artículo 3º, para el 2006 los porcentajes han de calcularse «...sobre la base del total de la cartera de crédito bruta al 31 de diciembre de 2005».

6 *Gaceta Oficial* N° 38.223, del 7 de julio de 2005.

«los préstamos hipotecarios a largo plazo... dirigidos a grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las quinientas unidades tributarias (500 U.T.)...».

Esta Resolución modificó de manera sobrevenida el régimen legal con base en el cual la banca había venido obrando hasta ese momento para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de ejecución.

B. Segundo, una Resolución s/n del 10 de agosto de 2005⁷. Según esta nueva Resolución, que regula la porción de créditos a corto plazo:

1° Dos tercios (2/3) del referido porcentaje debe necesariamente destinarse a viviendas que vayan a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las cincuenta y cinco (55) unidades tributarias (U.T.).

2° El tercio (1/3) restante debe ser destinado a viviendas a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales estén comprendidos entre las cincuenta y cinco (55) y las ciento cincuenta (150) unidades tributarias (U.T.). Esta segmentación fue luego ratificada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat mediante la Resolución administrativa 013-06, citada en el párrafo que antecede.

De la Resolución 013-06, dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat el 4 de abril de 2006, resta por subrayar cuanto sigue: Del siete por ciento (7%) que debe ser destinado a créditos hipotecarios a corto plazo, para el día 30 de junio de 2006 la ban-

7 *Gaceta Oficial* N° 38.250, del 15 de agosto de 2005.

ca debía como mínimo haber cubierto el cuarenta por ciento (40%); para el día 30 de septiembre el porcentaje de cumplimiento debía alcanzar como mínimo el setenta por ciento (70%); finalmente, para el 31 de diciembre de 2006 la banca debía haber satisfecho -esto es, efectivamente erogado- el cien por ciento (100%).

SECCIÓN II. LA FIJACIÓN DE UNA “TASA ACTIVA MÁXIMA”

El artículo 42 dispone que «...la tasa de interés fijada para créditos de vivienda principal... [será] una tasa de interés social», esto es, una tasa preferencial, inferior a la del mercado. Los parámetros para la determinación de la tasa de interés social máxima prevista por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda se encuentran regulados en el artículo 43 *eiusdem*. El artículo 42 agrega que los criterios para determinar la tasa social serán fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), «...de acuerdo con lo establecido en esta Ley»; que el cálculo de dicha tasa «...será realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo...»; y, que una vez calculada la tasa ésta será presentada al Banco Central de Venezuela «...para su aprobación y publicación...».

En ejecución de los artículos 42 y 43 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, el Ministro de Estado para la Vivienda y Hábitat, autoridad cuya falta de competencia legal para “determinar” la aludida tasa de interés social es ostensible -ostensible, insistimos, porque según la Ley esa determinación le correspondía hacerla al Consejo Nacional de la Vivienda- fijó en «...once enteros coma treinta y seis centésimas por ciento (11,36%)...» la tasa de interés social máxima a que se refiere la

Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda⁸. Esa tasa fue luego reducida a «...diez enteros con cincuenta y cuatro centésimas por ciento (10,54%)...» a través de la Resolución 005-06, también dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat, de fecha 20 de febrero de 2006⁹.

SECCIÓN III. LA IMPOSICIÓN DE UN PRODUCTO FINANCIERO ÚNICO O ESTÁNDAR.

El artículo 30, literal a), establece que los créditos hipotecarios para vivienda principal deben ser documentados por la banca «...de acuerdo con el modelo suministrado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo...» (artículo 30, literal a))¹⁰.

8 Resolución N° 005, de fecha 28 de enero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.117, de fecha 28 de enero de 2005.

9 *Gaceta Oficial* N° 38.385, de fecha 22 de febrero de 2006. Luce pertinente destacar que esa tasa máxima social ha sido siempre *inferior a la inflación*, medida de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor publicado por el Banco Central de Venezuela. Baste señalar, *gratia argüendi*, que el Banco Central ha reportado que la inflación anual acumulada de los años 2005 y 2006 ascendió al catorce coma cuatro por ciento (14,4%) y al diecisiete por ciento (17%), respectivamente.

10 De acuerdo a la Disposición Transitoria Vigésima Cuarta de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, «dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, se transformará en Banco Nacional de Vivienda y Hábitat...» (Banavih).

SECCIÓN IV. LA IDENTIDAD DEL ACREEDOR Y LA PERSONA A FAVOR DE QUIEN HA DE CONSTITUIRSE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

De acuerdo al artículo 24, «los créditos hipotecarios para vivienda principal otorgados... con recursos de la banca privada... quedan garantizados con una hipoteca de primer grado sobre el inmueble... cuyo acreedor hipotecario será el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo...» (hoy en día, BANAVIH). Sin embargo, en aquellos casos en que medie autorización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, la garantía hipotecaria constituida por el deudor podrá ser «...compartida con acreedores institucionales» (artículo 25, literal a)), esto es, con otros bancos.

Al margen de lo dispuesto por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda -al margen, decimos, porque la medida que de seguida se menciona difícilmente puede ser reconciliada con la letra de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda-, el Presidente del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAP) le dirigió una comunicación a la Directora General de Registro y Notarías del Ministerio de Interior y Justicia, con el objeto de “interpretar” *-lato et improprio sensu-* las normas que obligan a constituir la hipoteca a favor de dicha entidad¹¹. De acuerdo a dicha comunicación, en «...los préstamos hipotecarios... con recursos propios de la banca u operadores financieros... destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción o mejoramiento de la vivienda principal, se deberá proceder a registro con la garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que otorga el crédito respectivo».

11 Comunicación G-05-02650, de fecha 1° de julio de 2005, consultada en original.

SECCIÓN V. LOS NUEVOS PRÉSTAMOS A DEUDORES QUE INCUMPLIERON OBLIGACIONES PREVIAS.

El artículo 37 le reconoce al «...deudor hipotecario que haya entregado su vivienda en dación en pago... [el] derecho a recibir un nuevo crédito con fondos provenientes de la misma fuente de recursos usada en el crédito extinguido, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la institución».

SECCIÓN VI. LA MORA DEL DEUDOR Y EL DERECHO A PAGAR SÓLO PARCIALMENTE.

El artículo 38 autoriza al «...deudor hipotecario que se encontrare en situación de atraso o fuese demandado por el mismo concepto... [para] solicitar la rehabilitación del préstamo, cancelando... [una suma] que en ningún momento podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del monto atrasado». La norma agrega que «el acreedor no podrá negarse aun cuando se encontrare el juicio en fase ejecutiva...», y que «...este beneficio lo podrá invocar el deudor sólo una vez durante la vigencia del crédito».

SECCIÓN VII. LA AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO.

El artículo 41 dispone que a solicitud del deudor, la forma de «...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios podrá... ajustarse a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual...».

Los Capítulos que siguen los dedicamos a revisar, una por una, las innovaciones, mencionadas con precedencia, que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contiene.

CAPÍTULO II

LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de ejecución, ya lo anotamos antes, el diez por ciento (10%) de la cartera de crédito de los bancos que pueden conceder créditos hipotecarios debe destinarse al financiamiento de créditos hipotecarios para vivienda. Ese porcentaje fue determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda.

Ese porcentaje (forzoso u obligatorio) de cartera de créditos hipotecarios para vivienda se suma a otros tres (3) ya existentes¹², a saber:

SECCIÓN I. LA CARTERA AGRÍCOLA

En primer término, cabe mencionar la cartera mínima para créditos agrícolas recientemente determinada, de manera conjunta, por los Ministerios de Agricultura y Tierras y de Finanzas. Conforme a la Ley de Crédito para el Sector Agrícola¹³, esta cartera «...en ningún caso podrá exceder del treinta por ciento (30%) de la cartera de crédito [de los bancos universales y comerciales], previa opinión de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras». En ejecución de dicha Ley, hoy por hoy esta cartera “mínima” de créditos agrícolas oscila entre un mínimo del once por ciento (11%) y un máximo del dieciséis

12 Sobre esta materia puede consultarse BADELL BENÍTEZ, NICOLÁS, *La Actividad Administrativa de Fomento. Especial Referencia al Ordenamiento Jurídico Venezolano*, abril 2006, pp. 175 y ss., consultada en original.

13 *Gaceta Oficial* N° 37.563, del 5 de noviembre de 2002.

por ciento (16%) de la cartera de créditos, calculados dichos porcentajes sobre la base de la cartera bruta de créditos existente para el 31 de diciembre de 2005¹⁴.

SECCIÓN II. LA CARTERA DE “MICROCRÉDITOS”.

Resulta digno de mención, en segundo término, el porcentaje del tres por ciento (3%) que la banca *-id est*, los bancos universales, bancos comerciales y entidades de ahorro y préstamo- debe necesariamente destinar a los microcréditos por mandato del artículo 24 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras¹⁵.

SECCIÓN III. LA CARTERA TURÍSTICA

14 Resolución conjunta DM/027 del Ministro de Agricultura y Tierras y DM/1.26 del Ministro de Finanzas, de fecha 30 de enero de 2006, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.368, del 30 de enero de 2006. En función a los ciclos de producción y comercialización, eso es lo que se argumenta en la Resolución, los distintos porcentajes de cartera son los siguientes: Once por ciento (11%) al cierre de los meses de febrero y marzo de 2006; Doce por ciento (12%) al cierre del mes de abril de 2006; Catorce por ciento (14%) al cierre del mes de mayo de 2006; Dieciséis por ciento (16%) al cierre del mes de junio de 2006; Quince por ciento (15%) al cierre de los meses de julio y agosto de 2006; y, por último, dieciséis por ciento (16%) al cierre de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006.

15 *Gaceta Oficial* N° 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001.

En su artículo 65 la Ley Orgánica de Turismo en vigor¹⁶ contempla otra cartera de crédito, una cartera de crédito adicional, que los bancos universales y comerciales deben destinar al sector turismo. Conforme a la Ley en referencia esa cartera, cuya cuantía debe ser determinada por el Ministerio de Turismo, «...en ningún caso podrá ser menor del dos coma cinco por ciento (2,5%) ni mayor del siete por ciento (7%) de la cartera de crédito...». Con base en la norma de ley citada, mediante Resolución N° 38, del 16 de agosto de 2005¹⁷, luego ratificada mediante Resolución del Ministro de Turismo N° 053, de fecha 28 de diciembre de 2005¹⁸, el Ministerio de Turismo fijó la cartera de crédito turística en un dos coma cinco por ciento (2,5%) de la cartera de crédito bruta. La Resolución 053 fue recientemente revisada a través de la Resolución N° 013, expedida por el Ministro de Turismo el 6 de febrero de 2007, en la que se estableció que los bancos comerciales y universales deben destinar «...al financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico...» no menos del «...tres por ciento (3%) sobre la cartera de crédito bruta calculado al 31 de diciembre de 2006...»¹⁹.

Como se observa, las diferentes carteras, cuatro (4) en total, han sido establecidas por autoridades estatales diferentes: La hipotecaria, establecida en un primer momento por el Consejo Nacional de la Vivienda y, más recientemente, por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat. La de microcréditos, determinada

16 *Gaceta Oficial* N° 38.215, del 23 de junio de 2005.

17 *Gaceta Oficial* N° 38.252, de fecha 17 de agosto de 2005.

18 *Gaceta Oficial* N° 38.346, del 29 de diciembre de 2005.

19 *Gaceta Oficial* N° 38.621, del 7 de febrero de 2007. El porcentaje contemplado en la Resolución debe ser alcanzado o satisfecho a más tardar el 30 de noviembre de 2007.

directamente por la Asamblea Nacional a través de norma de ley. La agrícola, establecida por los Ministerios de Agricultura y Tierras y Finanzas dentro del “tope” fijado por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. La de turismo, finalmente, determinada por el Ministerio de Turismo dentro de los límites, máximos y mínimos, contemplados por la Ley Orgánica de Turismo.

Cuatro (4) carteras, cuatro (4) regulaciones, dictadas por cuatro (4) autoridades diferentes. Ese modo de obrar, no hay duda, atenta o conspira contra la integridad y estabilidad del sistema financiero, que debiera estar regulado por una autoridad única, dotada de recursos humanos con conocimientos especializados. La regulación de la actividad financiera, sin orden ni concierto, por autoridades ajenas al negocio bancario (aludimos, es evidente, al Consejo Nacional de la Vivienda, al Ministerio para la Vivienda y Hábitat, a la Asamblea Nacional, al Ministerio de Agricultura y Tierras y al Ministerio de Turismo), luce contraria al principio de Derecho Constitucional conforme al cual del Poder debe hacerse siempre un uso (un ejercicio) razonable²⁰, esto es, no arbitrario.

A esa circunstancia se suma otra igualmente preocupante: En el caso concreto de los bancos universales, las cuatro (4) res-

20 En Venezuela reconocen la existencia del *principio constitucional de racionalidad*, entre otros, los fallos judiciales siguientes: (i) Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 6 de marzo de 1996 (caso *Cauchos Valery, C.A. vs. Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario*); (ii) Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, del 29 de mayo de 1997 (asunto *D.O.S.A., S.A. (DOSA)*); (iii) Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de junio de 1998 (caso *Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA)*); y, (iv) Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de diciembre de 2004 (asunto *Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A. et alter*).

tricciones en vigor totalizan el treinta y dos (32%) de la cartera crediticia de dichas instituciones. Casi un tercio (1/3), prácticamente un tercio (1/3), de la cartera de créditos. Y de incrementarse la cartera agrícola hasta el máximo permitido por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, la sumatoria de esas cuatro (4) carteras obligatorias pudiera representar más del cuarenta y cinco por ciento (45%) de la cartera bruta de la banca universal. Dicho en otras palabras, los bancos, y muy particularmente los bancos universales, tienen hoy en día una muy menguada libertad²¹, porque no puede decidir con base en una sana gerencia de riesgos cuál es el destino que más conviene darle a los recursos que sus depositantes decidieron confiarle. Más que de la demanda crediticia, la concesión de créditos en buena medida depende de imposiciones estatales. La forzosa o coactiva “asignación” de recursos a sectores de la actividad económica contradice -es incompatible con- las mejores prácticas de administración y gestión de riesgos bancarios que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras exige sean observadas.

En su conjunto, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y las otras regulaciones mencionadas con anterioridad parcialmente anulan el derecho a la libre -y profesional- gestión del negocio bancario, porque a los bancos, y de manera muy particular a los bancos universales, se les restringen indebidamente sus opciones, sus alternativas de negocios. Esas regulaciones, por consiguiente, ilegítimamente alteran, desdibujan o

21 De acuerdo al artículo 2º de la Constitución de 1999, la *libertad es valor superior del ordenamiento* (PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131.)

desnaturalizan la libertad económica y el derecho de propiedad privada garantizados por la Constitución y la ley.

CAPÍTULO III

LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, los créditos hipotecarios gozan de una tasa de interés social, esto es, de una tasa reducida, sustancialmente inferior a las tasas activas que imperan en el mercado. El artículo 42 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda dispone que los criterios para determinar esa tasa deben ser fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda; que el cálculo de dicha tasa debe ser realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (hoy en día, BANAVIH); y que la tasa, una vez calculada, ha de serle presentada al Banco Central de Venezuela para su aprobación y publicación.

El régimen legal contemplado por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda choca frontalmente con el artículo 318 de la Constitución venezolana que establece, por una parte, que el Banco Central de Venezuela es «...persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia», y por la otra, que es al Instituto emisor a quien incumbe «...regular la moneda, el crédito y las tasas de interés...». Esa norma constitucional ha sido desarrollada por la Ley del Banco Central de Venezuela, conforme a la cual es al Emisor, y sólo al Emisor, a quien incumbe establecer las tasas de interés²².

22 La Ley -vigente *rationae temporis*- apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.296, del 3 de octubre de 2001. En un todo conforme con lo dispuesto por la Constitución, la Ley del Banco Central de Venezuela establece: (i) que el Instituto Emisor tiene «...a su cargo las siguientes funciones:... 3. Regular el

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contraviene la Constitución porque de autonomía no puede hablarse cuando se invaden las competencias naturales del Instituto Emisor. Dicho en otras palabras, de autonomía no puede hablarse cuando el Banco Central, para ejercer sus competencias, depende de otros entes. Y es eso, precisamente, lo que hace la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda al disponer que el Banco debe limitarse a “aprobar” y “publicar” la tasa previamente calculada -determinada- por otro. De autonomía no puede hablarse cuando mediante norma de ley se establecen rígidos parámetros y procedimiento para la determinación de la tasa y, por la naturaleza de las cosas, se ata de pies y manos al Instituto emisor. En virtud de la regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, así como en otras normas legales que inciden sobre la intermediación bancaria, el Banco Central ha perdido poder para formular y ejecutar la política monetaria, porque le han “limitado” los instrumentos,

crédito y las tasas de interés del sistema financiero» (artículo 7º, numeral 3º); (ii) que corresponde al Directorio del Banco Central «...fijar los tipos de descuento, redescuento o interés que han de regir para las operaciones del Banco Central de Venezuela» (artículo 21, numeral 11); y, (iii) que «el Banco Central de Venezuela es el *único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero*. En el ejercicio de tal facultad podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen» (artículo 49).

En ejecución de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Instituto Emisor ha limitado las tasas de interés activas y los intereses (suplementarios) que pueden ser cobrados en caso de mora, fijado mínimos para las tasas pasivas y regulado el cobro de comisiones que la banca puede cobrarle a sus clientes.

de política monetaria, con los que, por mandato del artículo 318 de la Constitución, debe asegurar la estabilidad de los precios y preservar el valor de nuestro signo monetario. El Banco Central de Venezuela ha dejado de ser la “autoridad” -en singular- a quien corresponde regular el crédito y, más precisamente, fijar el precio del dinero. Al margen de la Constitución, sus poderes han sido restringidos, su “autoridad” desconocida.

A las circunstancias anotadas se agrega otra, de singular gravedad: Las tasas que el sistema financiero puede cobrar pasan a ser determinadas, por separado, por más de una autoridad: Por la naturaleza de las cosas, esa dispersión del poder, del poder para determinar las tasas de interés, conspira contra la idea de sistema. La inconstitucionalidad, por irrazonabilidad, de las restricciones impuestas a través de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, salta de nuevo a la vista.

El *antecedente* de este régimen de determinación, en virtud de norma de ley, de los intereses (máximos) que la banca puede cobrarle a sus prestatarios, lo constituye la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, cuyo artículo 3° también contempla una fórmula que asegura unos intereses preferenciales, esto es, sustancialmente inferiores a los del mercado. Este tipo de tasas, aplicadas a una parte significativa de la cartera de créditos, no hay duda, puede llegar a comprometer la liquidez y solvencia del sistema financiero. Este rígido tipo de regulación en virtud de norma de ley contraría, como antes se afirmó, el principio constitucional de racionalidad en el ejercicio del Poder Público.

A los regímenes de tasas preferenciales establecidos por la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda y la Ley de Crédito para el Sector Agrícola se suma también el contenido en la novísima Ley Orgánica de Turismo, cuyo artículo 65 dispo-

ne que los créditos de la cartera “mínima turística” también gozan de una tasa de interés preferencial, «...acordada entre el Ministerio de Turismo y el Banco Central de Venezuela, previa opinión de la Superintendencia de Bancos...».

En síntesis, hoy por hoy más de la cuarta (1/4) parte de la cartera de créditos de los bancos universales devenga tasas de crédito reducidas, preferenciales.

CAPÍTULO IV

LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

La banca debe siempre obrar con prudencia. La prudencia es uno de los principios, de las reglas básicas, que informan su actividad, porque la mayor parte de los fondos que la banca administra pertenecen a los depositantes.

De la codificación de esos principios generales se ha ocupado el Comité de Basilea en materia de supervisión bancaria, cuyas recomendaciones, con base en la Ley General de Bancos u Otras Instituciones Financieras, han sido incorporadas a nuestro Derecho tanto por el Banco Central de Venezuela, como por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras²³. Establece la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras:

1. Que todos los bancos están sujetos a la normativa prudencial que establezcan la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela (artículo 2º).

2. Que «...se entiende por normativa prudencial... todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico contable y legal de obligatoria observancia dictadas, mediante resoluciones

23 A título de ejemplo puede citarse la Resolución N° 198, de fecha 17 de junio de 1999 (*Gaceta Oficial* N° 36.726, del 18 de junio de 1999), a través de la cual la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras estableció los porcentajes mínimos de adecuación patrimonial que los bancos deben satisfacer.

de carácter general, así como a través de circulares...» (artículo 2°).

3. Que las actividades y operaciones bancarias deben realizarse -esto es, ser- en un todo conformes con la normativa prudencial (artículo 3°).

4. Que los bancos «...deben mantener un índice de liquidez y solvencia acorde con el desarrollo de sus actividades, preservando una equilibrada diversificación de las fuentes de sus recursos y de sus colocaciones e inversiones» (artículo 24).

5. Que corresponde a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictar las normas prudenciales para, por ejemplo, asegurar la necesaria (imprescindible) correspondencia entre la estructura de los activos y los pasivos; para evitar riesgos de iliquidez y de interés; y, para el castigo de créditos (artículos 235, numeral 9º, y 86).

A la luz de esos principios generales, de obligatoria observancia por la banca, que, en ejecución de deberes fiduciarios, administra fondos ajenos, no luce prudente -en general- la creación de las carteras mínimas, y, por consiguiente, de la cartera mínima obligatoria para créditos hipotecarios para vivienda. A quien, por razones estructurales, sólo puede captar recursos del público a corto plazo -y esa es, hoy por hoy, la realidad de la banca venezolana- no se le puede exigir que coloque a largo plazo una parte significativa de su cartera de créditos. La imposición contraría normas de prudencia elemental. Más sobre lo mismo: La cartera mínima hipotecaria, equivalente a un diez por ciento (10%) de la cartera de créditos bruta, conduce a una indebida -inconveniente- concentración de riesgos en un solo sector de la economía nacional. Esta última reflexión, es evidente, pue-

de hacerse también por lo que respecta a la cartera mínima prevista por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. Una nota complementaria, también sobre la cartera mínima hipotecaria: Su fijación no fue hecha en el marco del procedimiento de consulta contemplado por la Ley Orgánica de Administración Pública²⁴. Esa infracción de ley, que vicia de nulidad la regulación establecida, primero por el Consejo Nacional de Vivienda, luego por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat, es particularmente grave por el hecho de que esas autoridades, conocedoras de otras materias, ignoran el impacto que su regulación puede tener sobre el sistema financiero nacional.

En resumen, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de aplicación pueden poner a riesgo la liquidez y solvencia del sistema financiero nacional, porque yendo en contra de lo que la prudencia recomienda, obligan a la banca a concentrar sus riesgos, por una parte, y por la otra, le exigen prestar a largo plazo lo que sólo a corto plazo pudo captar.

24 *Gaceta Oficial* N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001.

CAPÍTULO V

EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR

Es irrazonable -esto es, contrario al principio constitucional de racionalidad en el ejercicio del Poder Público- que a la banca se le impida ejecutar al deudor moroso por el solo hecho de que éste decida pagar el cincuenta por ciento (50%) de lo que adeuda (artículo 38 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda). Basta que el deudor moroso pida la “rehabilitación” de su crédito y pague la mitad -sólo la mitad- de lo que debe, para que resulte imposible ejecutar la garantía hipotecaria. A pesar de la mora, contra este deudor la institución financiera nada puede hacer. La sentencia que resolvió la controversia sobrevenida pierde valor, pierde todo su vigor. El crédito que era exigible deja de serlo por voluntad del deudor. Esta previsión no es ni justa ni razonable, porque mientras el deudor “abandona” el estado de mora, el banco sigue obligado a mantener el porcentaje mínimo de provisión individual exigido por las normas prudenciales codificadas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras²⁵. Si a la banca no se le permite recuperar oportunamente los recursos dados en préstamo -todos los recursos, y no sólo una parte de los mismos-, se compromete entonces su capacidad para devolverle a los depositantes sus haberes. Es intuitivo, de sentido común, que un sistema financiero sano no puede descansar sobre la premisa de que la mora, esto es, el incumplimiento de los compromisos, no produce conse-

25 El artículo 22 de la “Normas relativas a la clasificación del riesgo en la cartera de créditos y el cálculo de sus provisiones” (*Gaceta Oficial* N° 36.433, del 15 de abril de 1998) establece que el porcentaje mínimo de provisión individual es igual al noventa y cinco por ciento (95%) del crédito hipotecario, cuando el deudor ha dejado de pagar veinticuatro (24) cuotas.

cuencias adversas para el deudor, pues éste, no obstante haber incumplido, puede, en cualquier momento, frustrar la ejecución de sus bienes o haberes.

También resulta irrazonable que se obligue a la banca a prestarle nuevamente a quien ya una vez dejó de honrar sus obligaciones. Y eso, precisamente, es lo que contempla el artículo 37 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que autoriza al deudor que, por no poder cumplir, dio su vivienda en pago de su crédito, para solicitar otro préstamo, un nuevo préstamo. La concesión de créditos al margen de los antecedentes crediticios del prestatario choca contra normas de elemental prudencia y, por consiguiente, pone en riesgo el dinero -los dineros- del público.

Teniendo presentes las normas prudenciales, resulta pertinente subrayar que el Tribunal constitucional alemán ha considerado que el legislador obra de manera irrazonable cuando dicta normas que no son funcionales, que son, esto es, inadecuadas, porque contradicen el principio de proporcionalidad. Ello ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que a uno de los sujetos de una relación se le impone, por ley, un sacrificio (excesivo), mientras que al otro u otros la ley no les impone carga alguna comparable²⁶.

La regulación, insistimos, no es razonable y, por ello, puede llegar a comprometer tanto los recursos del público, como el capital de la banca, esto es, la solidez del sistema financiero.

26 ELIA, LEOPOLDO, *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra coordinada por LÓPEZ PINA, ANTONIO, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, p. 78.

CAPÍTULO VI

LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda faculta al deudor para exigir que la forma de «...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios...» se ajuste «...a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual...» (artículo 41). De esa norma interesa destacar dos circunstancias, a saber:

1. Primero, que al autorizarse al deudor para realizar pagos semanales, se introduce una práctica extraña al negocio bancario, que impone costos de administración y manejo (adicionales), no compensados por la “tasa de interés social” que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contempla. Ese tipo de costos, que no pueden ser compensados por las tasas preferenciales fijadas por el Estado, conspiran contra la salud -el vigor- del sistema financiero venezolano.

2. Segundo, que luce incongruente que se disponga, por una parte, que el deudor puede realizar pagos semanales, y por la otra, que el crédito hipotecario para vivienda ha de amortizarse (necesariamente) mediante cuotas mensuales.

CAPÍTULO VII

LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

En ejecución de lo dispuesto por los artículos 24 y 25 -literal a)- de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Oficio de fecha 2 de marzo de 2005, distinguido con las letras y números G-05-01191, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo le remitió a la Asociación Hipotecaria de Venezuela el «...modelo del Contrato de Crédito Hipotecario de Vivienda Principal, otorgado con recursos propios de la Banca u Operadores Financieros», aprobado por la Junta Directiva de dicho Banco²⁷. De acuerdo al Modelo, para garantizarle a la banca «...la oportuna devolución de la cantidad de dinero recibida [así como sus accesorios]... “El Deudor Hipotecario”... constituye Hipoteca de Primer Grado... a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo [hoy en día, BANAVIH], Instituto Autónomo, domiciliado en la ciudad de Caracas... la cual será compartida con el Acreedor Financiero...», esto es, con el banco que por haber concedido el préstamo con fondos propios corre (asume) los riesgos derivados del contrato de préstamo.

A la luz de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y del modelo contractual queda clara una cosa: La hipoteca que garantiza o asegura el pago del crédito ha de ser constituida a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, a pesar de que éste no ostenta la condición de acreedor financiero.

27 De acuerdo al Oficio G-05-01191, el Modelo de Contrato en referencia fue aprobado en la Reunión de Junta Directiva del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo N° 1.825, de fecha 11 de febrero de 2005, mediante Punto de Cuenta N° 10.

Es el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (hoy en día, BANAVIH) quien ostenta la condición de acreedor hipotecario. Lo que ni la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda ni el aludido modelo contractual aclaran es cuál es el alcance de los derechos que el acreedor financiero detenta por el hecho de “compartir” la hipoteca con el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicho en otros términos, comoquiera que compartir - esta es la voz empleada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- significa repartir, dividir o distribuir algo en partes, también participar en algo, surgen, entre otras, las siguientes preguntas, de difícil solución:

1. De mediar incumplimiento imputable al deudor hipotecario, ¿la solicitud de ejecución de hipoteca puede ser propuesta por el banco que prestó los fondos? En otras palabras, ¿tiene el prestador, él solo, legitimación para proponer la demanda? ¿Puede valerse por sí mismo?; o, por el contrario,
2. ¿Para interponer la solicitud de ejecución debe el banco (el acreedor financiero) contar primero con la autorización, anuencia o visto bueno, por escrito, del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (acreedor hipotecario)?; o, finalmente,
3. ¿Debe la solicitud de ejecución de hipoteca ser formulada, conjuntamente, por el acreedor financiero y el acreedor hipotecario, porque ambos en su condición de acreedores hipotecarios, uno por haber prestado los fondos, el otro por mandato de la ley (*ex-lege*), conforman un “litis consorcio activo necesario”?

La regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo de contrato de crédito hipotecario de vivienda principal, otorgado con recursos propios de la banca, generan incertidumbre, confusión, y con toda segu-

ridad darán lugar a inconvenientes controversias judiciales que pueden afectar de manera adversa al sistema financiero. Más aún, en virtud de esa regulación se puede llegar a comprometer la capacidad del banco para ejecutar garantías y, por consiguiente, devolverle sus haberes, de manera oportuna, a sus depositantes. Producto de esta irreflexiva regulación, la banca corre el riesgo de perder control sobre parte de su negocio.

A la confusión generada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo contractual citado precedentemente se agrega la incertidumbre, la zozobra, que puede llegar a generar la comunicación G-05-02650, de fecha 1 de julio de 2005, a través de la cual el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo solicita que se inscriban en registro las garantías hipotecarias constituidas a favor de la banca por quienes soliciten créditos para la adquisición, construcción o mejoramiento de viviendas, porque la legalidad -esto es, la validez- de las garantías registradas con base en esa solicitud, pudiera ser puesta en entredicho el día de mañana por el deudor al que se le ejecute la hipoteca.

CAPÍTULO VIII

EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

A los bancos, y muy particularmente a la banca universal, le han venido siendo impuestas severas restricciones que le impiden administrar, a su mejor saber y entender, su patrimonio y los haberes del público. En efecto, con lo expuesto *supra* ha quedado determinado:

1. Que el destino de casi un tercio (1/3) de la cartera crediticia de los bancos universales ha sido determinado por el Estado, no por los administradores de las instituciones financieras: tres por ciento (3%) para los créditos turísticos, tres por ciento (3%) para los microcréditos, diez por ciento (10%) para los créditos hipotecarios y entre un once por ciento (11%) y un dieciséis por ciento (16%) para los créditos agrícolas.

2. Que también las tasas de los créditos hipotecarios para vivienda principal han sido fijadas por Estado por debajo de las que prevalecen en el mercado. Otro tanto cabe decir de las tasas agrícolas y de las turísticas.

3. Que a la banca, además, se le impide diseñar sus productos financieros, porque al conceder créditos hipotecarios debe necesariamente emplear el modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo²⁸. Ese modelo, prede-

28 Adicionalmente, en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat se establece que para promover el desarrollo «...del mercado primario y secundario de crédito hipotecario, el Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat deberá... 5. Garantizar la *estandarización* de los instrumentos hipotecarios, fundamentalmente en relación a la *documentación*, las condiciones de los créditos, las garantías y los riesgos» (artículo 136, ordinal 5.)

terminado por el Estado, sustituye la autonomía de la voluntad del deudor y del banco, anula por completo su libertad negocial.

4. Que conforme a la letra de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y al modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, en lo adelante la garantía hipotecaria no puede figurar a nombre –sólo a nombre– del acreedor financiero.

En resumidas cuentas, a los bancos le resulta cada vez más difícil gestionar sus riesgos, porque, producto de las crecientes regulaciones estatales, ya no controlan (de manera íntegra) su negocio. Lo que antes eran decisiones de negocios, ahora son imposiciones estatales. Es el Estado quien decide para qué se debe prestar, cuánto se puede cobrar por el préstamo, y cómo puede prestarse. Es el Estado quien fija las políticas de créditos. Los riesgos del negocio, empero, quedan todos en manos de los bancos.

La sumatoria de las decisiones, legislativas y administrativas, que el Estado venezolano ha venido adoptando puede y debe ser analizado a la luz de cuanto enseña la doctrina comparada: Si la autoridad, enseña la doctrina comparada, «...pudiese deshojar el derecho de propiedad [y demás derechos constitucionales], como si se tratase de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro, de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa la norma constitucional...» que asegura la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales²⁹. En idén-

29 CRAPANZANO, ALESSANDRO y CRAPANZANO, ANDREA, "Le espropiazioni per causa di pubblica utilità", en *Rivista L'Amministrazione Italiana* N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221. En palabras de la Sala Político-Administrativa venezolana (fallo de fecha 16 de junio de 1980, asun-

tico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana³⁰. El derecho de propiedad y la libertad económica de nada sirven si el Estado puede eliminar esos derechos por partes con total impunidad. De manera sistemática, los atributos del derecho de propiedad y la libertad económica de los bancos y de sus accionistas están siendo paulatinamente eliminados, suprimidos. Vienen siendo rebanados, uno tras otros, como si de una hogaza de pan se tratara.

to *Cauchos General, C.A.*), «...el poder de restringir la propiedad tiene también un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en que consisten las restricciones constitucionales... pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad y constituir para el propietario no una limitación razonable, sino un intolerable sacrificio del interés individual al colectivo» (*Revista de Derecho Público*, N° 3, Julio-Septiembre 1980, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 160 y 161).

30 Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 12 de agosto de 1994 (asunto *José Muci-Abraham*), entre otras.

CAPÍTULO IX

EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU "CONFORMIDAD" CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE

En los Capítulos que anteceden analizamos la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda a la luz del Derecho interno. Por tanto, nos corresponde ahora reflexionar dejando de lado por un momento la Constitución de 1999 y las demás leyes y resoluciones nacionales. Dicho en otras palabras, de seguida enjuiciaremos la validez del conjunto de regulaciones mencionadas en los Capítulos que anteceden -y, muy particularmente, las contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- y la consecuente responsabilidad patrimonial del Estado venezolano, a la luz de una serie de compromisos internacionales asumidos por la República a lo largo del tiempo. En concreto, centraremos nuestra atención en los instrumentos, de Derecho Internacional, que se citan de seguida:

SECCIÓN I. EN PRIMER LUGAR, EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA Y EL GOBIERNO DE CANADÁ PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES³¹.

De este Acuerdo Internacional resultan dignas de mención las normas que se mencionan a continuación:

A. El artículo X, que de manera expresa se ocupa de las Inversiones en Servicios Financieros. El artículo X sólo autoriza a los países signatarios para adoptar frente a la banca medidas razonables por razones prudenciales que tengan por objeto:

31 *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.207, de fecha 20 de enero de 1998.

1.- Proteger a los inversores, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamaciones en virtud de pólizas, o personas a las cuales una institución financiera les es debida una responsabilidad fiduciaria;

2.- Mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras, o

3.- Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante³².

Conforme al Acuerdo, las medidas en materia de servicios financieros que no obedezcan a razones prudenciales están prohibidas. Otro tanto cabe decir de las medidas prudenciales sobre tales servicios que no sean razonables. Y, la verdad sea dicha, las graves restricciones al destino que puede dársele a los fondos captados (carteras mínimas y obligatorias de crédito por

32 El artículo X del Acuerdo establece textualmente lo siguiente: «Inversión en Servicios Financieros. Nada en este Acuerdo será interpretado en el sentido de impedir que una Parte Contratante adopte o mantenga medidas razonables por razones prudenciales, tales como: (a) La protección de inversores, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamaciones en virtud de pólizas, o personas a las cuales, les es debida una responsabilidad fiduciaria por una institución financiera; (b) El mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras; y (c) Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante».

El Acuerdo define la expresión *servicios financieros* como «...servicios de naturaleza financiera, incluyendo seguros, y servicios incidentales o auxiliares de servicio de naturaleza financiera» (Artículo I, literal (c)). También define la expresión *institución financiera* como «...cualquier intermediario financiero u otra empresa autorizada a hacer negocios y regulada o supervisada como institución financiera de acuerdo con la legislación de la parte Contratante en cuyo territorio se encuentra» (Artículo I, literal (d)).

sectores) no califican como medidas prudenciales. Lo mismo cabe decir de las tasas máximas que pueden ser cobradas y de la imposición de productos financieros prediseñados por la autoridad. En síntesis, esas reglas no pueden ser reconciliadas con el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. En el caso de la especie, la degradación que de los derechos de los inversionistas se hace no puede ser justificada. Parafraseando a García Amador:

«...ha sido reconocido que la responsabilidad internacional puede también surgir cuando el Estado causa perjuicios a través del ejercicio abusivo de un derecho; esto es, si ignora las limitaciones a las cuales se encuentra necesariamente sometida la competencia y que [aludimos a las limitaciones] no siempre se encuentran formuladas en obligaciones internacionales definidas y específicas. No es difícil entender por qué ha sido dicho recientemente que “el *ejercicio arbitrario* de competencias estatales y el uso de instituciones jurídicas para propósitos ajenos a ellas son en realidad *abusos de derechos*”»³³.

B. El artículo II, numeral (2), en virtud del cual Venezuela, «...de acuerdo con los principios del derecho internacional...»,

33 La cita reza textualmente así: «...it has been recognized that international responsibility may also be incurred if a State causes injury through the “abusive” exercise of a right; that is to say, if it ignores the limitations to which State competence is necessarily subject and which are not always formulated in exactly defined and specific international obligations. It is not difficult to understand why it was recently said that “the *arbitrary exercise* of State competences and the use of juridical institutions for purposes alien to them are in fact *abuses of rights*”» (en BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes, Cases Material and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2005, p. 953).

se compromete y obliga a brindarle a los inversionistas canadienses «...un trato justo y equitativo y protección y seguridad completas»³⁴.

Para los tribunales internacionales, un Estado incumple la obligación de brindar o asegurar un trato justo y equitativo, por ejemplo, cuando el marco normativo que se dicta no es ni transparente ni previsible³⁵. Y puede argumentarse que las reglas,

34 El numeral (2) del artículo II del Tratado (BIT) reza así: «Artículo II. Establecimiento, Adquisición y Protección de Inversiones... (2) Cada Parte Contratante, de acuerdo con los principios del derecho internacional, acordará a las inversiones y a las ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante un trato justo y equitativo y protección y seguridad completas».

35 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000. También *Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, Case N° UN 3467, July 1st, 2004. En esta última decisión se dejó sentado: «A pesar de que [el estándar] tratamiento justo y equitativo no está definido por el Tratado, el Preámbulo deja clara constancia que las partes acordaron que dicho trato “es deseable para mantener un marco [normativo] estable para las inversiones y el máximo y más eficiente empleo de los recursos económicos”. La estabilidad del marco legal y de negocios es, pues, un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo... En tiempos recientes varios tribunales han subrayado esa necesidad de estabilidad... el Tribunal de *Técnicas Medioambientales*, como subraya el demandante, ha sostenido: “El inversionista extranjero espera que el país receptor de la inversión obre de una manera consistente, sin ambigüedades y de manera totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, de manera que éste pueda conocer de antemano cualesquiera leyes y regulaciones que vayan a disciplinar su inversión, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas relevantes, para poder planificar su inversión y cumplir con tales regulaciones...”» («Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment “is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources”. The stability of the legal and business framework is

verdadero aluvión de normas, dictadas en ejecución de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, lejos de generar seguridad y certeza, han creado dudas, gran confusión. Para muestra un botón: No puede calificarse como previsible a un marco normativo en el que haciendo caso omiso a lo que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda expresamente dispone en torno a la identidad de la persona a favor de la cual puede y debe constituirse la hipoteca, se le pide luego a los registros y notarías, mediante norma inconsulta que no es objeto de

thus an essential element of fair and equitable treatment Sección 183). ... Various arbitral tribunals have recently insisted on the need for this stability. The Tribunal in *Metalclad* held that the Respondent “failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly...” (*Metalclad*, sección 99). Also the Tribunal in *Técnicas Medioambientales*, as recalled by the Claimant, has held: “The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices, to be able to plan its investment and comply with such regulations...” (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, ILM 133 (2004), 29 de mayo de 2003, sección 154)».

Sobre la “seguridad jurídica” también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán: «La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho. Los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de la parte del Estado que les puedan afectar...» (PIELOW, JOHANN-CHRISTIAN, “El principio de la confianza legítima (Vertrauensschutz) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1998, p. 101).

publicidad alguna, que autoricen el registro de las hipotecas en las que figure como acreedor hipotecario una persona distinta al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, hoy Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat. No puede tampoco calificarse como previsible a un marco normativo en el que, a mediados del 2005, se modificaron de manera sobrevenida las reglas del juego y se excluyeron, de la cartera de créditos hipotecarios que la banca debía conceder, todos aquellos que no reunían los nuevos criterios contenidos en las Resoluciones de fechas 30 de junio y 10 de agosto de 2005³⁶.

C. El artículo III, numeral (1), en virtud del cual Venezuela le asegura a los inversionistas canadienses «... un trato no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, otorga a inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado»³⁷.

36 Sobre el contenido de la Resoluciones citadas consúltese *supra* el Capítulo I, § 1. literales A y B.

37 Copiado a la letra el artículo III dispone: «Trato De la Nación Más Favorecida luego del Establecimiento y Excepciones a la Nación Más Favorecida. (1) Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones, o ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, otorga a inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado. (2) Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la expansión, administración, conducción, operación, uso, goce, venta, o disposición de sus inversiones y ganancias, un trato no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, otorga a inversores de cualquier tercer Estado. (3) El párrafo (3) del Artículo II y los párrafos (1) y (2) de este Artículo no se aplicarán al trato dado por una Parte Contratante en virtud de cualquier acuerdo bilateral o multilateral existente o futuro, que establezca, intensifique o expanda una zona de libre comercio o una unión aduanera».

En virtud de esta norma, los inversionistas amparados por el Acuerdo Internacional con el Canadá pueden invocar *-exempli gratia-* el artículo 3, numeral 1) del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos³⁸, que establece textualmente que cada una de las Partes Contratantes garantizará «...un trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y [consecuentemente] no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales»³⁹.

En el ámbito del Derecho Internacional por medida arbitraria debe entenderse cualquier decisión que carezca de justificación legítima⁴⁰, que sea manifiestamente injusta⁴¹. Y en el caso de

38 *Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993. La norma citada establece: «Artículo 3. 1) Cada Parte Contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales».

39 Para un sector de la doctrina, ésta es una formulación restrictiva, más específica, de la regla del *trato justo y equitativo* contenida, por ejemplo, en el artículo II, numeral 2., del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones (en propósito MIGLIORINO, LUIGI, *Gli Accordi Internazionali sugli Investimenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 61).

40 *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, pp. 235 y ss.

41 *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Case N° ARB(AF)/00/3, April 30th, 2004, Paragraph 98. De acuerdo al Laudo, «...en conjunto, los fallos de los asuntos *SD Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el están-

la especie, no hay duda, la creación de una cartera mínima de créditos hipotecarios para vivienda es una medida manifiestamente injusta, sin fundamento jurídico válido, porque no tiene por objeto ni proteger a los depositantes, ni mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras, ni tampoco asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Consecuentemente, esa medida contraría abiertamente el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. Análogas reflexiones cabe hacer respecto de otras gravosas limitaciones, a la administración y disfrute de la inversión, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda.

D. El artículo VII, que prohíbe la expropiación y las medidas de efecto equivalente a una expropiación «... excepto para un fin

dar mínimo de tratamiento asegurado por la cláusula de trato justo y equitativo es infringido por la conducta imputable al Estado y dañina para el [inversionista] demandante si dicha conducta es arbitraria, manifiestamente desleal, injusta o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios... o involucra una falta del debido proceso que conduce a un resultado que el decoro judicial - como podría ser el caso con procesos judiciales en los que hay falla manifiesta de la justicia natural o completa ausencia de transparencia y franqueza en el procedimiento administrativo» («...Taken together, the *SD Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process»).

público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva»⁴².

Como enseña la jurisprudencia internacional, la expresión medidas de efecto equivalente, empleada -entre otros- por el artículo VII del Acuerdo con Canadá, engloba los *regulatory takings*, esto es, aquellas odiosas restricciones a derechos producto o resultado de normas o reglas estatales inválidas, porque violan o quebrantan los límites del legítimo poder de policía que el Derecho le reconoce a la Administración Pública⁴³. Dicho en otras

42 El artículo VII dispone: « Expropiación. (1) Las inversiones y ganancias de los inversores de una de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (en adelante “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto para un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva. Esa compensación se basará en el valor genuino de la inversión o de las ganancias expropiadas inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público, cualquiera que sea anterior; será pagadera desde la fecha de la expropiación con intereses a la tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible. (2) El inversor afectado tendrá el derecho, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que realiza la expropiación, a revisión, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esta Parte, de su caso y del avalúo de su inversión o sus ganancias de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo».

43 *Marvin Feldman v. México*, Case N° ARB(AF)/99/1, December 16th, 2002, Paragraphs 100, 103, 110. En el Laudo se establece que «...es mucho menos claro cuándo una acción gubernamental que interfiere con derechos de propiedad en sentido amplio... cruza la línea que separa las regulaciones válidas de las expropiaciones sujetas a compensación, y es justo afirmar que nadie ha encontrado la formula capaz de trazar esta línea de manera totalmente satisfactoria»; que «el Tribunal observa que son muchas las formas a través

de las cuales las autoridades gubernamentales pueden forzar a una compañía a abandonar su negocio o reducir de manera significativa los beneficios económicos que se derivan de dicho negocio. En el pasado la imposición confiscatoria, la denegación de acceso a la infraestructura o a materia prima necesaria y la imposición de regímenes regulatorios irrazonables, entre otros, han sido considerados acciones expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben contar con libertad de acción para actuar en función del más amplio interés público mediante la protección del ambiente, nuevos o modificados regímenes impositivos, la concesión o eliminación de subsidios, la reducción o aumento de los aranceles, la imposición de limitaciones en materia de zonificación y similares»; y, que «... en *Pope & Talbot*, Canadá argumentó que la “mera interferencia no es expropiación; se requiere más bien un nivel significativo de privación [-de restricción-] de los atributos esenciales del derecho de propiedad”. Ese Tribunal rechazó esta postura [de Canadá]: “Las regulaciones pueden en efecto ser caracterizadas [-confeccionadas-] de manera tal que podrían constituir una expropiación furtiva...” («...it is much less clear when governmental action that interferes with broadly-defined property rights... crosses the line from valid regulation to a compensable taking, and it is fair to say that no one has come up with a fully satisfactory means of drawing this line»; «The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw material, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like»; «...in *Pope & Talbot*, Canada argued that “mere interference is not expropriation; rather, a significant degree of deprivation of fundamental rights of ownership is required”. That Tribunal rejected this approach: “Regulations can indeed be characterized in a way that would constitute creeping expropriation... Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation”»).

palabras, las restricciones derivadas de normas o reglas estatales que no pueden ser consideradas regulaciones *bona fide*⁴⁴, esto es,

44 *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, p. 240. También *Methanex Corp. v. USA*, citado en *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, March 17th, 2006, Paragraphs 262, 263 y 264. Según el Laudo invocado, «a juicio del Tribunal, es principio de Derecho Internacional que el Estado no realiza una expropiación y por tanto no debe pagar compensación al extranjero desposeído cuando aquél adopta regulaciones generales que “de acuerdo a la aceptación general encuadran dentro de los poderes de policía de los Estados”. Existen numerosos precedentes que apoyan esa afirmación. Como recientemente sostuvo en su Laudo el Tribunal *Methanex Corp. v. USA*, “es principio de Derecho Internacional que cuando el perjuicio económico es el resultado de una regulación *bona fide* que se enmarca dentro de los poderes de policía del Estado, no hace falta pagar compensación»; «dicho esto, el Derecho Internacional tiene todavía que identificar de manera exhaustiva y definitiva cuáles son con precisión las regulaciones, consideradas “permisibles” y “comúnmente aceptadas”, que encuadran dentro de los poderes de policía o regulación de los Estados y, por tanto, no deben ser compensadas. En otras palabras, todavía debe trazar la línea [que separa]... las regulaciones que no dan derecho a compensación, por una parte, y por la otra, las medidas que privan al inversionista extranjero de su inversión y son por consiguiente ilícitas e indemnizables conforme al Derecho Internacional»; y, «por consiguiente, incumbe al juzgador determinar si una conducta particular “cruza la línea” que separa la válida actividad reguladora de la expropiación. Enfrentado a la pregunta de cuándo, cómo y en qué punto una regulación en otras circunstancias válida se transforma, de hecho y por sus consecuencias, los tribunales internacionales deben considerar las circunstancias en las que el problema se plantea. El contexto en el que la medida impugnada fue adoptada y aplicada es crítico para determinar si la misma es válida » («In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in *Methanex Corp. v. USA* said recently in its final award, “[i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a *bona fide* regulation within the police powers of a State, compen-

regulaciones que puedan ser adoptadas por el Estado en el ejercicio de su poder de policía⁴⁵. Habida consideración de su ilegitimidad, tales regulaciones no tienen por qué ser toleradas por el particular. Y de la ilegitimidad de las regulaciones, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que, como quedó dicho, no califican jamás ni nunca como medidas prudenciales, porque exceden los límites del poder de policía, no hay duda alguna, pues tales medidas contravienen abiertamente el artículo X del Acuerdo suscrito por Venezuela y Canadá.

Las severas limitaciones contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, de manera individual o en conjunto, desdibujan o desconocen el derecho de propiedad del

sation is not required”»; «That being said, international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered “permissible” and “commonly accepted” as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non-compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law»; y, «It thus inevitably falls to the *adjudicator* to determine whether particular conduct by a state “crosses the line” that separates valid regulatory activity from expropriation. Faced with the question of *when, how and at what point an otherwise valid regulation becomes, in fact and effect, an unlawful expropriation*, international tribunals must consider the circumstances in which the question arises. The context within which an impugned measure is adopted and applied is critical to the determination of its validity»).

En el laudo la expresión “poder de policía” alude a la facultad estatal de dictar leyes y reglamentos para el beneficio de la sociedad (en propósito, LEJARZA A., JACQUELINE, *La actividad de Policía Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 49).

45 FORTIER, L. YVES y DRYMER, STEPHEN L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see it, or *Caveat Investor*”, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Volume 19, Number 2, Fall 2004, International Centre for Settlement of Disputes, p. 299.

inversionista -del propietario-, porque a su empresa, a su inversión, le niegan sus derechos a decidir para qué se presta; a fijar el precio del dinero que se presta; a documentar el préstamo de manera tal que, a juicio de la institución, queden debidamente asegurados sus derechos y, por vía de consecuencia, los de los depositantes cuyos recursos fueron dados en préstamo; a desecher la solicitud de crédito presentada por quien en el pasado no honró su contrato de crédito; y, a reclamar el pago íntegro de lo todo adeudado, y no sólo de un cincuenta por ciento (50%) de lo debido.

Esa negación de derechos, máxime cuando se toma en consideración que a ella se suman otras decisiones estatales, que en el pasado han impuesto o en el presente imponen incisivas limitaciones, odiosas restricciones, a los derechos de propiedad de los inversionistas amparados por el Tratado, pudieran en su conjunto producir efectos equivalentes a los de una expropiación, una expropiación parcial -velada o furtiva, paulatina o progresiva- de derechos de contenido económico, una expropiación de hecho, no de Derecho, porque la titularidad no se transfiere.

De esas otras decisiones estatales mencionadas *supra*, que han impuesto o que imponen gravosas limitaciones a los derechos del inversionista son dignas de mención las siguientes:

1° La Resolución N° 329.99, expedida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras el 28 de diciembre de 1999. De acuerdo a dicha Resolución el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades de la banca debe ser necesariamente registrado «...en una cuenta patrimonial denominada “Superávit Restringido”...», en el entendido que «los montos incluidos en esta... cuenta no podrán ser utilizados para el reparto de dividendos (sic.) en efectivo, y sólo podrán ser utilizados para au-

mentar el capital social»⁴⁶. Por obra de la Resolución 329.99, a la banca le ha sido prohibido tomar en cuenta la mitad de las utilidades a los fines del decreto de dividendos en efectivo. Esa gravosa medida administrativa -gravosa, decimos, porque restringe los derechos de los accionistas de la banca, porque les impide disfrutar de su inversión- arbitrariamente congela rentas de forma indefinida o *sine die*⁴⁷.

46 *Gaceta Oficial* 36.859, del 29 de diciembre de 1999. A pesar de haber sido concebida como una limitación temporal, esa gravosa medida, adoptada por causa de la inflación que afecta a la economía nacional, “perdura” desde hace ya más de siete (7) años.

47 De acuerdo al artículo 167 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 1993 (*Gaceta Oficial* N° 4.649 Extraordinario, del 19 de noviembre de 1993), vigente *rationae temporis*, la prohibición de decretar dividendos sólo podía ser dictada cuando una persona jurídica sometida a la supervisión y control de la Superintendencia se hallaba en alguno de los siguientes supuestos: «1) Diere fundados motivos para suponer que podría incurrir en situaciones de iliquidez que pudieran ocasionar perjuicios para sus depositantes o acreedores o para la solidez del sistema bancario. 2) Hubiere incurrido en infracciones graves o recurrentes a las disposiciones de esta Ley, de la Ley del Banco Central de Venezuela, del Código de Comercio y de los Reglamentos o de las resoluciones o instrucciones generales o particulares de la Superintendencia o del Banco Central de Venezuela. 3) Presentare situaciones graves de tipo administrativo o gerencial que afecten o pudieren afectar significativamente su operación normal, o la solvencia y liquidez de la institución financiera. 4) Hubiere cesado en el pago de las obligaciones derivadas de su condición de institución financiera. 5) Presentare durante al menos dos (2) semestres continuos, pérdidas de capital, equivalentes a un porcentaje comprendido entre el quince por ciento (15%) y el veinticinco por ciento (25%) del capital pagado» (artículo 166 *eiusdem*). Por increíble que parezca, la Resolución 329.99 no se funda en ninguno -ninguno, insistimos- de esos supuestos de hecho (véase MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 247 y 248).

También el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 25 de abril de 2006, mediante el cual fue revocada la medida cautelar (previa) que había suspendido los efectos de la (ilegítima) Resolución 329.99⁴⁸. Por obra de dicho fallo judicial, revocatorio de la cautelar previamente decretada, readquirió vigor la Resolución 329.99 y la restricción que ella contempla.

2° El fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de enero de 2002, a través del cual -una vez concluido un muy irregular proceso judicial- se declaró que los contratos con refinanciamiento de intereses para la adquisición de viviendas, mejor conocidos como créditos indexados, amparados -entre otras normas- por expresa previsión de la Ley de Política Habitacional, eran contrarios a la Constitución venezolana⁴⁹. Y, como producto de dicha declaración, el Tribunal Supremo de Justicia decretó que los intereses (frutos

48 *Asunto Venezolano de Crédito, Banco Universal, C.A. et alter vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*. La medida cautelar original, de fecha 25 de septiembre de 2002, había sido ratificada -*rectius*, extendida a terceros- en repetidas oportunidades (aludimos a los fallos del 14 de noviembre de 2002, 30 de enero y 27 de febrero de 2003 y, finalmente, 14 de agosto de 2004). Para el momento de su revocatoria que da al traste con la línea jurisprudencial cierta establecida a través de las cinco sentencias apenas citadas, la medida cautelar, la suspensión de efectos, amparaba a las siguientes instituciones financieras: Venezolano de Crédito, S.A., Banco Universal; Banco Mercantil, C.A.; Banco Exterior, C.A., Banco Universal; Banesco Banco Universal, C.A.; Banco del Caribe, C.A., Banco Universal; Corp Banca, C.A., Banco Universal; y Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal.

49 *Asunto Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. El Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario (Indecu) y la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (Sudeban)*.

civiles) pagados “en exceso” por los deudores debían ser imputados al capital por éstos adeudado.

En virtud de esa decisión judicial, intereses devengados y re-financiados dejaron de ser rentas para el banco y se transformaron en capital pagado por los prestatarios. De un día para otro, los bancos vieron confiscadas parte de sus rentas o ingresos -y, por vía de consecuencia, de las utilidades- obtenidas al amparo de norma expresa de Ley. Esa decisión judicial no puede ser reconciliada con el Derecho: Un claro supuesto de *confiscación* del que fue autor, vaya paradoja, el máximo garante de la Constitución y, por tanto, de los derechos fundamentales. En una suerte de proceso alquímico, pero a la inversa, lo que para la banca venezolana eran rentas y para sus accionistas ingresos -ingresos a título definitivo, pues con base en aquéllas decretaron y cobraron dividendos- dejaron de ser rentas e ingresos.

Una nota final sobre la sentencia que se comenta: Por increíble que pueda parecer, en ese proceso judicial no figuraron como partes los bancos que sufrieron los rigores de la determinación judicial. Trátase, por tanto, de un caso de denegación de justicia (*denial of justice*), de injusticia manifiesta, por la flagrante violación de la garantía del debido proceso⁵⁰.

50 *The Loewen Group, Inc. et alter v. Estados Unidos de América*, Case N° ARB (AF)/98/3, June 26th, 2003. En el Laudo se establece: «Ni la práctica de los Estados, ni las decisiones de los tribunales internacionales, ni tampoco la opinión de la doctrina apoya la tesis de que la mala fe o la intención maliciosa sea un elemento esencial del trato injusto e inequitativo o de la denegación de justicia que constituye infracción del Derecho Internacional. Injusticia manifiesta en el sentido de falta del debido proceso, que conduce a un resultado que ofende el decoro judicial es suficiente...» («Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators

Hallándose esta obra en imprenta, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó otro fallo digno de mención. Aludimos a la decisión, de fecha 3 de julio de 2007 (asunto *Asociación Civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco) v. Asociación Bancaria de Venezuela et alter*), mediante la cual, amén de prohibirse el cálculo de intereses sobre intereses para las deudas de tarjetas de crédito, se autoriza a los tarjetahabientes para reclamar la devolución de las sumas indebidamente cobradas por la banca por este concepto. En virtud de esa decisión judicial, la historia se repite, lo que eran intereses devengados y refinanciados dejaron de ser rentas para el banco para transformarse *-ex tunc-* en capital ya pagado por los tarjetahabientes, esto es, por los prestatarios.

3° La Resolución del Banco Central de Venezuela N° 06-04-02, de fecha 18 de abril de 2006⁵¹, que impone limitaciones adicionales a los ingresos que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras pueden percibir por sus servicios. La Resolución, por ejemplo, prohíbe a la banca -ésta es la regla general- «...efectuar cobro alguno... por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados de la tenencia de cuentas de ahorro, así como por cualquier transacción, operación o servicio efectuado respecto de dichas cuentas, cuando éstas estuvieren directamente relacionadas con las mismas» (artículo 1°). La aludida Resolución también prohíbe «...efectuar cobro

support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the interpretation according to its terms»).

51 *Gaceta Oficial* N° 38.419, del 18 de abril de 2006.

alguno por concepto de comisiones, tarifas o recargos a sus clientes o al público en general...» por otros conceptos, tales como el pago de cheques emitidos o cobrados en plazas distintas de aquélla en la que sus clientes mantienen la respectiva cuenta corriente (artículo 5º, literal b)) o la devolución de cheques (artículo 6º). A las prohibiciones se agregan otras medidas, que imponen límites a lo que la banca puede cobrar, por concepto de comisiones, tarifas o recargos, a quienes no mantienen saldos mínimos en cuenta corriente (artículo 4º), o la comisión máxima por las operaciones de compra de facturas o de arrendamiento financiero (artículo 9º).

A esas gravosas limitaciones, que desvalorizan la libertad económica, se añaden las contempladas en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 06-08-01⁵², que congela las comisiones, tarifas o recargos que la banca puede cobrarle a sus clientes. En efecto, de acuerdo a la Resolución 06-08-01, la banca sólo puede modificar las comisiones, tarifas o recargos contemplados en sus “tarifarios” al 23 de agosto de 2006, publicados en la página *web* del Banco Central, previa autorización del Instituto emisor. Más aún, no pueden crear comisiones, tarifas o recargos distintos a los previstos en tales “tarifarios” sin la previa autorización del Banco Central. Y se agrega también el fallo judicial de fecha 3 de julio de 2007 (asunto Asociación Civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco) v. Asociación Bancaria de Venezuela et alter), pronunciado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en momentos en que esta obra se encontraba ya en imprenta, mediante el cual se le prohíbe a la banca cobrarle a sus clientes por la renovación de sus tar-

52 *Gaceta Oficial* N° 38.507, del 24 de agosto de 2006.

jetas de créditos o la emisión de los estados de cuentas de dichas tarjetas, entre otros conceptos.

4° La Resolución N° 06-09-02⁵³, dictada por el Banco Central de Venezuela en fecha 7 de septiembre de 2006, contentiva de las nuevas “Normas que Regirán el Encaje Legal”. Antes de proseguir no está de más observar, por una parte, que el encaje es un instrumento de política monetaria, porque permite al Banco Central de Venezuela reducir el dinero en circulación, y por la otra, que la Ley del Banco Central de Venezuela establece que el dinero depositado por la banca en el Ente Emisor para cumplir con las normas de encaje puede estar remunerado⁵⁴. Pues bien, como íbamos diciendo, en las novísimas “Normas que Regirán el Encaje Legal” el Banco Central de Venezuela dispuso que la banca debe «...mantener, un encaje mínimo del quince por ciento (15%)

53 *Gaceta Oficial* N° 38.527 del 21 de septiembre de 2006. Esta Resolución deroga la N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006 (*Gaceta Oficial* N° 38.482, del 19 de julio de 2006).

54 Sobre el encaje véase GRAU FORTOUL, GUSTAVO A., “El Encaje como Mecanismo de Política Monetaria, Sujeto en su Instrumentación a la Legalidad (Una contribución al estudio jurídico de la actividad de intervención estatal en materia económica)” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, *Septiembre-Diciembre 1998*, Editorial Sherwood, Caracas, pp. 79 y ss. De acuerdo al Artículo 32 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras en vigor, «los bancos... y demás instituciones financieras, estarán sometidas a las disposiciones que en materia de encaje y tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela». Por otra parte, el artículo 54 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece que «la porción del encaje depositada en el Banco Central de Venezuela podrá ser remunerada por razones de política monetaria y financiera, en los términos y condiciones que, a tal efecto, establezca el Directorio del Banco Central de Venezuela».

del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas»⁵⁵. Dispuso, además, que en lo adelante la banca debe «...mantener un encaje mínimo del treinta por ciento (30%) del monto total correspondiente al Saldo Marginal»⁵⁶. Resta por observar que en

55 Artículo 13. Las "Normas que Regirán el Encaje Legal" definen la Base de Reserva de Obligaciones Netas así: «Es el monto total de las Obligaciones Netas contabilizadas al 14 de julio de 2006» (artículo 1°). Además, define las Obligaciones Netas en los siguientes términos: «Obligaciones Netas: Se refiere a todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, excluidas las operaciones a que se refiere el artículo 4° de la presente Resolución» (artículo 1°). El artículo 4° citado en la anterior definición establece textualmente: «No se computarán a los efectos de la constitución del encaje: las obligaciones de las instituciones provenientes de créditos obtenidos del Banco Central de Venezuela; las derivadas de operaciones de asistencia financiera del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria; las originadas de los fondos recibidos del Estado u organismos nacionales o extranjeros para financiamiento de programas especiales para el país, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las originadas de los fondos recibidos de instituciones financieras destinadas por Ley al financiamiento y la promoción de exportaciones, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las contraídas en moneda extranjera como producto de las actividades de sus oficinas en el exterior, y, las que se originen en operaciones con otros bancos y demás instituciones financieras, y por cuyos fondos estas últimas instituciones, a su vez, hayan constituido encaje conforme a la presente Resolución. Tampoco se computarán a los fines indicados, los pasivos provenientes de recursos del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda previsto en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, administrados en fideicomiso por las instituciones financieras».

56 Artículo 15. En el artículo 1° de la Resolución se define el Saldo Marginal en los siguientes términos: «Saldo Marginal: Se refiere al monto correspondiente del incremento que se genere tanto en las Obligaciones Netas como en las Inversiones Cedidas respecto a sus Bases de Reservas, según corresponda, determinado de acuerdo a la información suministrada semanalmente por

la actualidad el dinero depositado en el Banco Central de Venezuela para satisfacer las normas de encaje no es remunerado por el Instituto Emisor. Para la banca ése, el del encaje, es hoy en día dinero improductivo.

El novedoso encaje legal del treinta por ciento (30%) sobre el Saldo Marginal grava, penaliza, el crecimiento de la banca, que se torna extremadamente costoso, irrazonablemente costoso, y dificulta grandemente la creación de nuevas instituciones financieras, porque crea una barrera de entrada (oficial) que resulta muy difícil de superar⁵⁷. Y al penalizar el crecimiento, el novedo-

cada concepto». En las Normas la expresión Inversiones Cedidas es definida así: «Inversiones Cedidas: Se refiere a la cesión de los derechos de participación sobre títulos o valores efectuadas por las instituciones financieras autorizadas para realizar operaciones del mercado monetario, contabilizados en su balance en el activo con signo negativo» (artículo 1°). Finalmente, las Normas entienden por Base de Reservas de Inversiones Cedidas «...el monto total de las Inversiones Cedidas contabilizadas al 14 de julio de 2006» (artículo 1°).

57 Con el objeto de remediar el problema creado por la regulación en materia de encaje legal, que de manera velada prohibía el crecimiento (artículo 15 de la Resolución N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006), en su más reciente regulación el Banco Central de Venezuela estableció que el encaje del treinta por ciento (30%) no se hace exigible si el crecimiento no supera la cantidad de Noventa Mil Millones de Bolívares (Bs. 90.000.000.000,00). El Parágrafo Único del artículo 15 de la Resolución N° 06-09-02 establece textualmente: «En el supuesto de que la suma de Obligaciones Netas más Inversiones Cedidas no supere la cantidad de noventa mil millones de bolívares (Bs. 90.000.000.000,00), las instituciones financieras no estarán sujetas a lo previsto en el presente artículo». En lugar de prohibir el crecimiento, se optó por ponerle un techo a dicho crecimiento. Ese, empero, no es un remedio. El crecimiento, por obra de la eficacia en la gestión del negocio bancario, no puede ser penalizado, no puede ser prohibido. Este régimen ha sido ratificado por las Resoluciones 07-01-01 y 07-03-02, dictadas por el Banco Central de Venezuela en fechas 16 de enero (*Gaceta Oficial* N° 38.605) y 27 de marzo (*Gaceta*

so encaje del treinta por ciento (30%) se traduce en una arbitraria limitación de la libertad económica, que favorece el mantenimiento del *status quo*, porque restringe la libre competencia, esto es, la competencia -efectiva y sin trabas- entre las distintas instituciones financieras por los haberes del público. Esta barrera, por tanto, atenta contra la libre competencia, porque hace extremadamente oneroso el crecimiento, porque tiende a “congelar” las cuotas de mercado.

SECCIÓN II. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR VENEZUELA.

Si bien es cierto que la regulación, especial o particular, que de los servicios financieros contiene el Acuerdo Internacional suscrito con Canadá, no es común en la red de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BIT's) suscritos por Venezuela, no es menos cierto que dicha previsión puede ser invocada por los inversionistas de otros países si el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones que les ampara contiene la cláusula de la nación más favorecida -*rectius*, del individuo más favorecido⁵⁸-. Entre otros, contienen la cláusula de la nación más favorecida los Tratados que se mencionan a continuación:

Oficial N° 38.653) de 2007. Un comentario final en materia de encaje: Encontrándose este libro en imprenta, formulamos esa aclaratoria nuevamente, el Banco Central de Venezuela anunció, entre otras medidas, que el encaje mínimo del quince por ciento (15%) sería incrementado al diecisiete por ciento (17%).

58 AYALA CORAO, CARLOS M., “La jerarquía constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho*

A. El Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. A tenor del artículo IV del Acuerdo, «cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante» (numeral 1.-), y, más aún, «este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado» (numeral 2.-)⁵⁹.

B. El Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Establece el artículo 3, numeral 2., que «cada Parte Contratante acordará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversores o a los de cualquier tercer Estado».

C. El Convenio para el Estímulo y Protección Recíprocas de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. Conforme al artículo 3, citado *supra*, «cada Parte Contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inver-

Constitucional, coordinada por Méndez Silva, Ricardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 98, México, 2002, p. 55.

59 La norma citada establece textualmente: «Artículo IV. Tratamiento. 1.- Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante. 2.- Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado».

siones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales» (numeral 1)), y «más particularmente, cada Parte Contratante otorgará a tales inversiones plena seguridad física y protección, la cual no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones de nacionales de cualquier tercer Estado, lo que sea más favorable al nacional interesado» (numeral 2)).

No obstante las diferencias, unas de forma, otras de fondo, que median entre los diferentes Tratados para promover y proteger inversiones suscritos y ratificados por Venezuela, la cláusula de la nación más favorecida contribuye a brindarle un conjunto de garantías mínimas comunes, homogéneas -una suerte de *ius commune*- a los inversionistas extranjeros que pueden invocar sus normas⁶⁰.

60 En *Camuzzi International S. A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case N° ARB/03/2, Decision on objections to jurisdiction, May 11th, 2005, Paragraph 145), el Tribunal afirmó: «En CMS el tribunal sostuvo que el sistema de tratados de protección dio pie al surgimiento de una *lex specialis* que "...puede ser considerada ahora como la regla, ciertamente por lo que respecta a las inversiones extranjeras y las reclamaciones internacionales...". Sin embargo, esto no necesariamente significa que se refiera a la emergencia de una costumbre. La regla general se ve corroborada por el hecho de que prácticamente todas las disputas relacionadas con inversiones extranjeras son hoy en día sometidas a arbitraje a través de los mecanismos de esa *lex specialis*, en los términos en que se encuentra expresada en los tratados o acuerdos bilaterales o multilaterales. Sólo en circunstancias muy excepcionales recurren las partes afectadas a la protección diplomática; esta última no puede ser considerada la regla general en el sistema de Derecho Internacional que gobierna la materia, sino como un mecanismo residual disponible cuando el

SECCIÓN III. LA VIGENTE LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES⁶¹ VENEZOLANA.

La Ley es digna de mención porque en su artículo 10, por obra del principio de progresividad de los derechos humanos⁶², se remite o reenvía al Derecho Internacional a los efectos de determinar cuáles son los derechos, y su alcance, reconocidos a las inversiones hechas en territorio nacional por un inversionista venezolano. En efecto, establece el artículo 10 que «las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacio-

particular afectado carece de un canal para reclamar directamente» («In CMS, the tribunal held that the system of treaties on protection gives rise to a *lex specialis* which "...can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and international claims...". However, this does not necessarily mean that it refers to the emergence of a customary rule. The general rule is evidenced by the fact that practically all disputes relating to foreign investments are today submitted to arbitration by resorting to the mechanisms of that *lex specialis*, as expressed by means of bilateral or multilateral treaties or other agreements. Only in very exceptional instances do the affected parties resort to diplomatic protection; the latter cannot then be considered the general rule in the system of international law presently governing the matter, but as a residual mechanism available when the affected individual has no direct channel to claim on its own right»).

61 *Gaceta Oficial* N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999.

62 Subraya Ayala Corao que en virtud del principio de la progresividad, el intérprete debe siempre acoger «...la interpretación *pro cives, pro hominis, pro libertatis*, ello es, en definitiva, la interpretación que resulte más favorable a la persona» (AYALA CORAO, CARLOS M., *Op. Cit.*, p. 57). Sobre la propiedad como derecho humano puede consultarse, entre otros, a BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for "Amparo")*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006, p. 13.

nales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares». Dicho en otras palabras, la Ley de Promoción y Protección de Inversiones le brinda o reconoce a los inversionistas nacionales los derechos y las garantías concedidas a los inversionistas internacionales a través de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. En virtud del artículo X, los derechos de unos y otros se equiparan. No obstante lo ya dicho, la Ley de Protección de Inversiones reproduce, *mutatis mutandis*, algunas de las previsiones contenidas en los Tratados para la Promoción y Protección de Inversiones. En concreto:

A. El artículo 6° establece que «las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación».

B. El artículo 11 dispone que «no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y razonable”.

C. El artículo 24 establece que «lo previsto en el presente Decreto-Ley no impedirá:... 2) La adopción de medidas en el campo de los servicios financieros que tengan por objeto: a) La protección de los inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamacio-

nes de pólizas o personas a las que les es debida una responsabilidad fiduciaria por una institución financiera; b) El mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad de las instituciones financieras; y, c) Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero en Venezuela».

CAPÍTULO X

EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

Los distintos Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que integran la red de tratados suscritos y ratificados por Venezuela tienen una nota común digna de mención: Son, todos ellos, instrumentos para el *control* “de legalidad” del ejercicio de la autoridad, del Poder Público, por el Estado en que el inversionista extranjero realizó su inversión. Dicho en otras palabras, los Tratados autorizan al inversionista extranjero para proponer demanda al pago de daños y perjuicios contra el Estado receptor de la inversión por la violación de los derechos y garantías consagrados por dichos Tratados, por el ilegítimo ejercicio del Poder Público⁶³.

De esa demanda, por la infracción de normas de Derecho Internacional, conoce un Tribunal arbitral internacional. La controversia escapa, pues, de la competencia de los jueces nacionales. Más aún, los fallos dictados por ese Tribunal autónomo e independiente pueden inclusive ser ejecutados, fuera de Venezuela, por los tribunales nacionales de otros países⁶⁴.

63 VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, en *European Journal Of International Law (EJIL)*, 17 (2006), Oxford University Press, p. 131.

64 Este es el caso, *exempli gratia*, de los laudos dictados contra un país que haya suscrito y ratificado la Convención de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (CIADI) o la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos

Arbitrales Extranjeros (VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, *Op. Cit.*, p. 134.)

CAPÍTULO XI

CONCLUSIONES

1. La cartera mínima -obligatoria- de créditos hipotecarios para vivienda, igual al diez por ciento (10%) de la cartera crediticia, se agrega a otras carteras ya existentes (las de créditos agrícolas, microcréditos y turismo). Esas carteras de créditos, determinadas, sin orden ni concierto, por cuatro (4) autoridades distintas, “anulan” el derecho a la libre (y profesional) gestión del negocio bancario.

2. A la creación de las carteras obligatorias se suman otras gravosas medidas, como son la fijación de tasas preferenciales para los créditos agrícolas, hipotecarios de vivienda y turísticos, y la imposición de modelos contractuales preelaborados o predefinidos por la Administración, por sólo citar algunas, que desconocen la libertad económica de la banca y del derecho de propiedad de sus accionistas.

3. A las medidas estatales mencionadas en el numeral que antecede se suman otras, igualmente ilegítimas, por arbitrarias. Aludimos a la reciente regulación del encaje legal y a las limitaciones de las comisiones, dictadas por el Banco Central de Venezuela; a la Resolución, dictada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que sin base legal congela utilidades y prohíbe decretar dividendos; y, finalmente, la decisión judicial pronunciada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la cual se declaró la ilegalidad de los créditos indexados y, consecuentemente, se decretó la confiscación de rentas obtenidas por la banca con base en ese producto financiero.

4. En su conjunto, las regulaciones que el Estado ha venido imponiendo resultan contrarias a la letra y el espíritu tanto de la red de Acuerdos, Tratados o Convenios internacionales suscrita por la Nación para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como de la Ley de Protección de Inversiones, y, de acuerdo a las circunstancias, constituyen o pueden llegar a constituir una velada expropiación (parcial) de la banca.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, CARLOS M., "La jerarquía constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinada por Méndez Silva, Ricardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 98, México, 2002.
- BADELL BENÍTEZ, NICOLÁS, *La Actividad Administrativa de Fomento. Especial Referencia al Ordenamiento Jurídico Venezolano*, abril 2006 (consultada en original).
- BREWER-CARIÁS, ALLAN RANDOLPH, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for "Amparo")*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006.
- CRAPANZANO, ALESSANDRO y CRAPANZANO, ANDREA, "Le espropiazioni per causa di pubblica utilità", en *Rivista L'Amministrazione Italiana* N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987.
- ELIA, LEOPOLDO, *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra coordinada por Antonio López Pina, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987.
- FORTIER, L. YVES y DRYMER, STEPHEN L., "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see it, or *Caveat Investor*", *ICSID Review. Foreign Investment Law*

Journal, Volume 19, Number 2, Fall 2004, International Centre for Settlement of Disputes.

GRAU FORTOUL, GUSTAVO A., El Encaje como Mecanismo de Política Monetaria, Sujeto en su Instrumentación a la Legalidad (Una contribución al estudio jurídico de la actividad de intervención estatal en materia económica), *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Septiembre-Diciembre 1998, Editorial Sherwood, Caracas.

LEJARZA A., JACQUELINE, *La actividad de Policía Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

MIGLIORINO, LUIGI, *Gli Accordi Internazionali sugli Investimenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1989.

MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "Constitución y valores del ordenamiento", publicado en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.

PIELOW, JOHANN-CHRISTIAN, "El principio de la confianza legítima (Vertrauensschutz) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas", *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1998.

United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I*, New York and Geneva, 2004.

VAN HARTEN, GUS y LOUGHLIN, MARTIN, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, en *European Journal Of International Law (EJIL)*, 17 (2006), Oxford University Press.