



Cámara de Comercio, Industria y Servicios
La Cámara de Caracas



Centro
de Arbitraje
La Cámara de Caracas

BOLETÍN

Iberoamericano de Arbitraje y Mediación

Número 2. Diciembre 2022

CIAR

Centro
Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación



CIAM

Centro
Internacional
de Arbitraje
de Madrid



Comisión Interamericana
de Arbitraje Comercial

www.camaradecaracas.com

  @camaradecaracas   Cámara de Caracas

www.arbitrajeccc.org

   arbitrajeccc

INDICE



BOLETÍN

Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación

Número 2, Diciembre 2022

Comité Editorial
Leonardo Palacios
Euribel Canino
Jesús Rojas

Diagramadora
Oralia Hernández

Diseño Portada
Anders's JCT Visual C.A

DEPÓSITO LEGAL DIGITAL
MI2022000234
ISBN: 978-980-8000-02-3

DEPÓSITO LEGAL IMPRESO
MI2022000235
ISBN: 978-980-8000-03-0

- 1 Presentación
- 3 Reforma del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas | *Euribel Canino B.*
- 7 Salutación con ocasión a la III Jornada Internacional de Arbitraje organizada de manera conjunta por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas | *Leonardo Palacios Márquez*
- 12 Laudo Arbitral y Cosa Juzgada | *Pedro Rengel Núñez*
- 28 El acceso de los dobles nacionales al arbitraje internacional de inversiones. La tutela de los derechos humanos y el indubio *pro homine* como principio interpretativo de acceso al arbitraje de inversión | *Juan Bautista Carrero Marrero*
- 39 La situación de los inversores dobles nacionales y criterios para determinar la nacionalidad efectiva | *María Palacios La Manna*



PRESENTACIÓN

Esta segunda edición del Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación (BIAM), viene a confirmar la voluntad de nuestra institución de regularizar los esfuerzos que realiza el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en promover diversas actividades que permitan tener un diálogo académico entre los distintos elementos que hacen vida en la comunidad arbitral. El Boletín mantiene la estructura realizada en la edición anterior, es decir, contiene diversos trabajos de prestigiosos abogados que han abordado temas de interés para el desarrollo de la práctica arbitral.

En esta edición contamos con trabajos de interés en lo concerniente a los efectos materiales y formales de la cosa juzgada de los laudos como actos jurisdiccionales que día a día realizan los tribunales arbitrales para resolver de forma definitiva controversias que se les presentan. De igual forma, contamos con trabajos que se encargan de analizar los diversos criterios sostenidos sobre el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones, elemento relevante para garantizar el derecho humano a la tutela judicial efectiva. Por último, nuestros lectores podrán conocer las innovaciones que incorporó el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en su normativa vigente desde el 26 de mayo de 2022.

El trabajo de sistematización y coordinación de los artículos ha correspondido al esfuerzo desinteresado y riguroso del Comité Editorial del Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación, el presidente de la Cámara de Caracas, Dr. Leonardo Palacios y el abogado Jesús Rojas, son distinguidos profesionales que con vocación académica han apoyado para contribuir a la especialización del arbitraje en nuestro país. Sin su destacado esfuerzo no habría sido posible esta publicación. El Centro de Arbitraje agradece su trabajo y con igual gratitud agradece

a los autores que han contribuido con sus deliberaciones a realizar las páginas de esta edición, por haberlo hecho con agudeza en los temas tratados, bibliografía escogida con criterios de pertinencia y actualidad y, especialmente, por sus conclusiones sustentadas en todos los tópicos que ellos abordaron.

Debemos agradecer a las distintas organizaciones internacionales especializadas en arbitraje que apoyan nuestra causa en nuestro país y la región: Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Euribel Canino
Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje

REFORMA DEL REGLAMENTO GENERAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS



EURIBEL CANINO B.*

Las normas son creadas en función a un determinado contexto histórico, es una situación concreta que origina la necesidad de regular una conducta o situación, pero a medida que esas situaciones cambian, se hace necesario reformar aquellas normas que en determinado momento fueron creadas, para adecuarlas a la actualidad.

En el afán del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) de mantener las normas de la institución actualizadas y acordes a la práctica arbitral, y con posterioridad a un largo proceso de reforma, el 26 de mayo de 2022, entró en vigencia el nuevo Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RGCACC).

Desde el inicio del proceso de reforma del RGCACC, era el interés del Centro de Arbitraje y de quienes dirigían la institución en ese momento, revisar de forma exhaustiva y con suma dedicación cada uno de los artículos que integraban el reglamento encargado de regular la actividad del Centro, procurando en todo momento ser cónsonos con el principio de flexibilidad del arbitraje y no caer en excesivas regulaciones que pudiesen limitar tal principio.

La reforma del reglamento general no fue una actividad reservada al equipo del Centro de Arbitraje y a la Junta Directiva de la Cámara de Caracas, en este proceso contamos con grandes colaboradores, por un lado, recibimos los comentarios y propuestas de reforma de los destacados árbitros que conforman la Lista de Árbitros del CACC, y por el otro, contamos con el apoyo de instituciones arbitrales internacionales,

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello y del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila. Directora Ejecutiva (E) del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

destacando el apoyo brindado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM).

Para el equipo del CACC el proceso de reforma del RGCACC resultó un reto académico, pues para lograr adecuar las normas de la institución, fueron consultados extensamente reglamentos de otras instituciones arbitrales con el fin de adecuar la normativa a la práctica arbitral internacional. De igual forma, se realizó un constante análisis a la doctrina nacional e internacional relativa a los temas procedimentales, sin dejar de tomar en consideración los aportes propuestos por la comunidad arbitral.

Es precisamente de esa unión de esfuerzos de estudiosos y especialistas en arbitraje y mediación, como del aporte del equipo del CACC, que se consideró la conveniencia de extraer los Estatutos que rigen la actividad del Centro de Arbitraje y los anexos relativos a los costos de los procedimientos administrados por el CACC, de las normas que regulan el procedimiento arbitral, todo esto con el propósito de facilitar las posibles reformas de estos textos normativos que en un futuro pudieran requerirse sin que deba necesariamente revisarse y reformarse la totalidad de la norma.

Con la reforma actual del reglamento, se persigue que los Estatutos, El Reglamento General, el Reglamento Parcial Administrativo (RPA), el Reglamento del Secretario del Tribunal Arbitral (RSTA) y el Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos (RPMPME) sean normas independientes entre sí, pero a su vez son normas que conforman el RGCACC y que permiten el buen desarrollo de la actividad de la institución.

En líneas generales, el RGCACC tuvo reformas de gran relevancia dentro del proceso, en especial, con la inclusión de la virtualidad para determinadas actuaciones, tal es el caso de permitir el inicio de arbitrajes y mediaciones a través de correo electrónico, eximiendo a las partes de la necesidad de presentar las solicitudes en físico, además de regular que las notificaciones a la parte demandada puedan realizarse de la misma manera, permitiendo así que la actividad del CACC no se circunscriba al Distrito Capital, sino que puede extenderse a los demás estados y municipios del país, así como permitir la participación de partes y árbitros o mediadores que se encuentren en el extranjero. Pero

la reforma del RGCACC no solo incluyó este avance, también fue incorporada una disposición que permite al CACC publicar los carteles de notificación en su página web oficial, adicional a la publicación en prensa requerida cuando no es posible notificar de forma virtual o presencial al demandado.

Por ser el CACC una institución que administra justicia, es nuestro principal interés garantizar el derecho a la defensa de las partes, el debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, es por ello que fue necesario permitir la reforma relativa a las Medidas Cautelares de Urgencia, regulando la notificación del Decreto de Medida Cautelar de Urgencia, estableciendo plazos para que la parte afectada pueda oponerse al decreto y, permitiendo a ambas partes solicitar aclaratorias de la decisión.

El proceso de reforma del reglamento no solo centró sus esfuerzos en el procedimiento arbitral, incorporando cambios relevantes en la mediación, tal como es el caso de la conversión en laudo del acta de mediación, lo cual permite a las partes garantizar que los acuerdos a los que estas pudieron llegar en la mediación puedan ejecutarse forzosamente de ser necesario.

Pero como ya comentamos anteriormente, no solo fue reformado el contenido de las normas procedimentales con el propósito de garantizar el derecho a la defensa de las partes, algunas de las reformas se centraron en la modificación de los Anexos I y II del anterior reglamento que dieron paso a la creación del Reglamento Parcial Administrativo (RPA), el cual no solo permite adecuar a la realidad económica del país los costos de los procedimientos de arbitraje y mediación administrados por nuestra institución, sustituyendo las Unidades Tributarias como mecanismo de cálculo de las tarifas y honorarios, para ser utilizado el dólar estadounidense como moneda de cuenta de aquellas solicitudes estimadas en bolívares, sino que se incluye la posibilidad de realizar el pago en cuotas de los costos iniciales en aquellos casos cuya cuantía sea superior a los quinientos mil dólares estadounidenses.

Adicionalmente, en el RPA se establece un nuevo sistema de cálculo de las tarifas y honorarios de las medidas cautelares de urgencia, se adecuan los costos de arbitrajes con cuantías pequeñas y se suprimen los

porcentajes mínimos y máximos en el caso de los honorarios de árbitros en el procedimiento arbitral ordinario.

Por último, es importante para nuestra institución la entrada en vigencia del Reglamento del Secretario del Tribunal Arbitral, una inclusión necesaria en la normativa del CACC que favorecerá a que los abogados que quieran desarrollar su práctica profesional en el mundo arbitral puedan iniciar de la mano de árbitros con experiencia en arbitraje nacional e internacional que sean designados, pero que a su vez, permitirá a los árbitros contar con el apoyo de un abogado que servirá de auxiliar para el tribunal arbitral en aquellas actividades de investigación o administrativas en las que requiera apoyo con el propósito que la controversia sea resuelta de manera eficaz y eficiente.

De esta forma, estamos seguros que este largo proceso de reforma de la normativa del CACC traerá grandes réditos a nuestra institución y en general a nuestros usuarios que día a día nos ven como una opción para resolver sus controversias de forma adecuada.

El Reglamento General así como el resto de los reglamentos que conforman el reglamento general están disponibles en la página web del centro de arbitraje www.arbitrajeccc.org



**LEONARDO PALACIOS
MARQUEZ***

**SALUTACIÓN CON OCASIÓN
A LA III JORNADA
INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE ORGANIZADA
DE MANERA CONJUNTA
POR LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES Y EL CENTRO DE
ARBITRAJE DE
LA CÁMARA DE CARACAS**

Doctor Luciano Lupini Bianchi

Primer vicepresidente de la junta directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Individuos de Número de esa Docta Corporación.

Señores ponentes nacionales e internacionales.

Doctora Diana Trias Bertorelli, moderadora de este evento. Señores miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas.

Señoras y señores.

Quiero dar inicio a estas palabras de salutación con motivo de estas III Jornadas de Arbitraje en homenaje a la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, la Cámara de Caracas, de la misma forma que quiero culminarlas, esto es, manifestando mi profundo agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por todo el apoyo, toda su diligencia y prestancia, que ha mantenido durante todo este tiempo con nuestra centenaria institución.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con postgrado en Derecho tributario en la Universidad Central de Venezuela, Socio Director de PTCK Legal, Presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, actualmente cursando el Doctorado en Historia de la Universidad Católica Andrés Bello.

Una colaboración entusiasta en las actividades, que le son propias, y aquellas que han venido adquiriendo y coadyuvando en su nuevo rol de veeduría, de la vigencia del Estado de Derecho, construyendo de manera conjunta espacios abiertos a la discusión de las políticas públicas y, especialmente, del Estado Constitucional.

La sociedad venezolana, ha encontrado apoyo, en ambas instituciones para la defensa de los derechos fundamentales de sus integrantes, que nuestro ordenamiento constitucional les atribuye un carácter superior al rango predominante y máximo derivante, que la Ley Fundamental comporta, caracterizándolos bajo las premisas dogmáticas de progresividad, interdependencia, universalidad y no exclusión en el uso y goce de esas facultades.

Han sido tiempos duros los que hemos tenido que enfrentar, cada institución en su nicho y ámbito de actuación, siempre bajo la vigilancia de nuestros miembros, afiliados, integrantes, cada uno con las características propias de pertenencia, y de la colectividad sobre la cual se vuelca nuestra denodada actuación. La actuación conjunta ha generado una apreciación expansiva y positiva en lo que concierne a las alianzas interinstitucionales, permitiendo que la ciudadanía encuentre una guía para entender la dinámica, y las controversias, que generan las políticas públicas, las más de las veces erráticas, y contrarias al Estado democrático de derecho.

Hoy, nos concentramos en el análisis del arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos, y las relaciones con el Poder Judicial y la Administración Pública, dentro de una visión sistémica, que deriva de la consagratoria de un sistema judicial, todo de conformidad con las leyes especiales que desarrollan la previsión constitucional, y aquellas que dan consistencia al arbitraje.

El arbitraje en momentos de dificultad del Estado de derecho, no escapa de las patologías propias que surgen y sufre el cuerpo social, resultando indispensable entender, que el arbitraje no es un asunto, que corresponde única y exclusivamente a los particulares, en tanto y en cuanto, tiene su origen en una expresión directa, por demás legítima, de la autonomía de la voluntad, que faculta no solo a escoger entre la vía alternativa y la jurisdicción ordinaria o especial, sino que también supone el deber del Estado de garantizar y respetar los derechos fundamentales, y entre estos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si queremos ser mucho más específicos en el tratamiento del tema que nos ocupa, debe tenerse en cuenta, que el arbitraje es una expresión dinámica de la tutela judicial efectiva, esto nos lleva a tocar diversos temas que van desde el respeto que se tiene al arbitraje, la construcción del arbitraje, en tanto y en cuanto la interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia condiciona su vigencia, tal como lo ha expresado en aportes a la doctrina el doctor Eugenio Hernández-Bretón, aspectos fundamentales de limitación del arbitraje con exclusión expresa por una deficiente configuración de técnica legislativa como medio alternativo en temas administrativos y especiales, dentro de la relación del Estado y específicamente la concreción de la relación jurídico tributaria, que deriva en debates y disparidades entre las pretensiones del Estado y los contribuyentes, vale decir, en este último aspecto, que resulta inaceptable que la tutela judicial efectiva no alcance al arbitraje tributario y que el arbitraje tributario se enrede en una madeja de normas ineficaces por su difícil aplicación, cuando lo cierto es que debe ser la expresión amplia para garantizar verdaderamente los derechos ciudadanos, también implica tener en consideración la dificultad, que en países como el nuestro, representa la situación de los derechos del ciudadano, en este sentido, el Informe Anual del año 2021 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresa lo siguiente,

1. En el 2021, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH, la Comisión o la Comisión Interamericana) siguió dando seguimiento a la grave situación de derechos humanos en Venezuela. Al respecto, observa que continúa profundizándose la crisis de institucionalidad democrática, que tiene sus raíces en la injerencia del Poder Ejecutivo en los otros poderes públicos y que ha derivado en la ausencia del Estado de Derecho.
2. En términos generales, la Comisión Interamericana considera que los elementos sustanciales de una democracia representativa no están presentes en Venezuela debido a que la institucionalidad democrática en el país no está guiada por la separación y el equilibrio de los poderes públicos. En efecto, en 2021 la Comisión constató que el Poder Ejecutivo concentra el poder público después de haber cooptado instituciones como el

Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional Constituyente y el Ministerio Público. Aunado a lo anterior, registró el abuso de los estados de excepción con la aquiescencia del Tribunal Supremo de Justicia, lo que permitió la transferencia directa e indirecta de los poderes de la Asamblea Nacional hacia el Poder Ejecutivo mientras el parlamento tuvo mayorías opositoras.

Tarea en consecuencia que resulta difícil y comprometedor tanto para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como elemento fundamental y ductor del pensamiento jurídico del país, y de la centenaria Cámara de Caracas, como expresión sublime de la institucionalidad empresarial, que ha internalizado que no solamente le corresponde la defensa de la libertad y la propiedad como derechos existenciales y fundamentales del ciudadano y específicamente en el sector de representación de intereses particulares de los empresarios, sino que tiene que extenderse también a la del ciudadano, pues actividad económica y libertad no escapa de la expresión del ciudadano dentro del contexto constitucional, ni en lo que en definitiva representa la libertad de cada uno de nosotros.

El poder judicial en Venezuela ha sido motivo de preocupación desde hace muchísimos años, desde la aplicación de la constitución de 1961, el desarrollo constitucional de la normativa atinente al Consejo de la Judicatura, la autonomía de ese poder judicial para evitar la captura por parte de redes judiciales específicas contrarias a la esencia misma del Estado y de afectación directa a los derechos del contribuyente, como la profundización y arraigamiento del desconocimiento a la autonomía e independencia de los últimos lustros, hace llamar la atención para defender en todo momento el arbitraje como medio efectivo y dinámico de la garantía de los derechos del ciudadano, como expresión sublime de la tutela judicial efectiva en el avance de la concepción, diseño y aplicación de los derechos fundamentales de los tratados y acuerdos internacionales que rigen la materia y definen el llamado derecho internacional de los derechos humanos, todas estas condiciones fundamentales hacen necesarios eventos como este, con la altura y formación de extrema calidad que derive en un conocimiento de la comunidad jurídica

de los participantes, tanto extranjeros como nacionales, pertenecientes a instituciones de gran prestigio a nivel del arbitraje en sus respectivos países y a nivel internacional y con un aval en la formación académica y docente. Es necesario mantener estas jornadas.

Hago como parte final de estas últimas jornadas que me toca presidir en mi carácter de presidente del Comité Ejecutivo de la Cámara de Caracas, exhortar a la academia en no sesgar en la lucha por la defensa de los derechos del ciudadano, en la reinstitucionalidad del país y sobre todo que tenga en cuenta siempre el esfuerzo y compromiso de la Cámara de Caracas. Termino como comencé, dando nuestro más profundo agradecimiento a esta institución por todas las actividades que hemos desarrollado en varios temas y específicamente en hacer posible la diligencia de estas terceras jornadas en materia de arbitraje y también por las actividades que vendrán en el futuro, en el tiempo que nos resta frente a la gestión y aquellos que corresponderán a la nueva representación del empresariado, señoras y señores.

LAUDO ARBITRAL Y COSA JUZGADA



PEDRO RENDEL NÚÑEZ

*Se debe estar a la sentencia que
El árbitro diese sobre la cosa, sea justa o injusta,
y cúlpese a sí mismo el que se comprometió...
Ulpiano - Pandectas del Emperador Justiniano*

Resumen: La cosa juzgada es uno de los principios fundamentales del debido proceso, según el cual ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia, siendo necesario que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa, que sea entre las mismas partes y que éstas vengan a juicio con el mismo carácter que en el anterior. La cosa juzgada es una cualidad tanto de una sentencia judicial como de un laudo arbitral y no procede sino respecto de lo que ha sido objeto del laudo, debiendo darse los mismos elementos objetivos y subjetivos aplicables a la sentencia judicial. En el arbitraje internacional el principio de preclusión y *res judicata* es ampliamente reconocido como una regla acostumbrada de derecho internacional o como principio general de derecho, aceptado como aplicable a laudos de tribunales arbitrales internacionales, al igual que a los laudos de tribunales domésticos o locales y los efectos conclusivos y preclusivos de un laudo arbitral en futuros procedimientos arbitrales no necesariamente se rigen por las leyes nacionales sino por reglas transnacionales aplicables al arbitraje comercial internacional.

Palabra clave: cosa juzgada, preclusión, debido proceso

Title: Arbitral award and *res judicata*

Abstract: *Res judicata* is a fundamental principle of due process, under which nobody can be judged for facts formerly judged. The authority of *res judicata* derives only with respect of what has been object of the judgment, being necessary that the new claim, its cause, the parties and

their capacity to act be the same than in the former suit. *Res judicata* is a quality of a judicial judgment as well as of an arbitral award, and do not apply but to what has been decided by the award. In the international arbitration the principle of preclusion and *res judicata* is widely recongnized as a customary rule of international law or as a general principle of law, applicable to awards of international arbitral tribunals, as well as to domestic or local awards. Conclusive and preclusive effects of an arbitral award in future arbitral proceedings are not necessarily ruled by national laws but by transnational rules applicable to the international commercial arbitration.

Key word: *res judicata*, preclusion, due process

Sumario: I. Introducción. II. La noción de cosa juzgada. III. Laudo arbitral y cosa juzgada. IV. Jurisprudencia nacional. V. Cosa juzgada en el arbitraje internacional.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC) en sus artículos 31, 48 y 44, dispone que, dictado el laudo arbitral, el mismo será de obligatorio cumplimiento y será ejecutado forzosamente por el Tribunal de Primera Instancia competente, sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil (CPC) para la ejecución forzosa de las sentencias.

A esto debe añadirse que la LAC establece que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad ante el Tribunal Superior competente, por las causales taxativas en ella previstas (artículos 43 y 44), que no contemplan apelación contra el laudo por razones de mérito o fondo que deban ser conocidas por otra instancia. La interposición del recurso de nulidad no suspende su ejecución, a menos que a solicitud del recurrente, lo ordene el Tribunal y previa constitución de caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.

Nuestra LAC está inspirada y sigue el esquema propuesto en la Ley Modelo de Arbitraje *UNCITRAL* (Ley Modelo), sin duda uno de los más exitosos esfuerzos en la tarea de unificación del derecho, pues ha sido acogida por la mayoría de las legislaciones del mundo. Los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo disponen que el laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante, y

a petición de parte ante el tribunal competente, será ejecutado, pudiendo aplazarse la decisión de ejecución a petición de la parte afectada, pudiendo el tribunal ordenar dar garantías apropiadas, y en definitiva negar su reconocimiento o ejecución a instancia de parte, si esta prueba alguna de las causales de denegación allí previstas.

También la Ley Modelo en su artículo 34 consagra que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse mediante una petición de nulidad y sólo por las causales allí establecidas, que no constituyen apelación a ser conocida por otra instancia.

Todas estas disposiciones muestran los efectos de cosa juzgada que tiene el laudo arbitral, y que pretendemos analizar en el presente trabajo.

II. LA NOCIÓN DE COSA JUZGADA

Para comenzar hay que señalar que la cosa juzgada es uno de los principios fundamentales del debido proceso y del Derecho Constitucional Procesal y así lo consagra nuestra Constitución en su artículo 49 numeral 7. Bajo el título ‘Derecho al debido proceso’, esta norma establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Ahora bien, quien mejor que nuestro ilustre procesalista Arístides Rengel Romberg para explicarnos la noción de cosa juzgada, quien la enfoca como un efecto del proceso¹. Nos expone el maestro que cuando se pone en duda la justicia de la sentencia, parece natural emprender un nuevo examen del asunto, por lo que se ha considerado conveniente el establecimiento de un régimen jerárquico de instancias sucesivas en busca de la justicia de la decisión, y como se ha comprobado en muchos casos, la decisión del último juez no siempre es la más justa ni la más conforme con el derecho.

Esto plantea el *desideratum* entre mantener la sentencia fruto del error o de la prevaricación del juez, o prolongar la incertidumbre en las relaciones jurídicas sin límite de tiempo, hasta alcanzar una sentencia

¹ Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II (Ediciones Paredes, Caracas, 2013) 415-440.

justa. Citando a Savigny, Rengel Romberg nos enseña que se trata de una cuestión de política del derecho establecer cuál de esos dos peligros es mayor y optar por la solución más conveniente. Y citando a Chioven-da, nos dice que son razones de oportunidad y consideraciones de utilidad social las que hacen poner un término a la investigación judicial y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto.

En el derecho romano bajo Justiniano la fuerza de la sentencia se fundó en la cosa juzgada, entendida como presunción de la verdad, lo cual fue recogido en el Código Napoleónico con el influjo de la autoridad de Pothier, que hizo de la teoría de la presunción de verdad, no ya el fundamento político social de la cosa juzgada sino su fundamento jurídico y dogmático, incluyéndose entre las presunciones legales, y así ha pasado a los códigos modernos que siguieron el modelo francés, entre ellos el nuestro, que incluye la autoridad que le da la ley a la cosa juzgada, lo que bien entendido significa lo que decía Chioven-da: es ilícito buscar si un hecho es verdadero o no, a objeto de invalidar un acto de tutela jurídica.

Rengel Romberg sigue a Liebman definiendo la cosa juzgada como la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia, superándose la vieja polémica entre los partidarios de la teoría sustancial o material de la cosa juzgada y los que sostienen la teoría procesal, porque la cosa juzgada no es ni material ni procesal, pues cualesquiera que sean los efectos de la sentencia, sobre ellos operará la cosa juzgada para hacerlos inmutables.

La cosa juzgada no es un ser u objeto sustantivo sino una cualidad del acto sentencial. Aunque se habla de cosa juzgada formal y cosa juzgada material, no se trata de dos cosas juzgadas, porque el concepto de cosa juzgada es único, si bien es doble su función: por un lado hace inmutable el acto de la sentencia y por otro lado hace inmutable los efectos producidos por la sentencia. Así, la cosa juzgada formal es la inmutabilidad de la sentencia por la preclusión de los recursos y la cosa juzgada material es la inmutabilidad de los efectos de la sentencia no sujeta ya a recursos, en todo proceso futuro sobre el mismo objeto.

Esto es lo que recoge el CPC en su artículo 272, donde define la cosa juzgada formal estableciendo que ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso

contra ella o que la ley expresamente lo permita. Y en su artículo 273, donde define la cosa juzgada material al disponer que la sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro.

La doctrina también nos habla de los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada, que nuestro Código Civil enmarca en el numeral 3 del artículo 1.395: la autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia, siendo necesario que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa, que sea entre las mismas partes y que éstas vengan a juicio con el mismo carácter que en el anterior.

Los elementos para establecer los límites de la cosa juzgada son los objetivos, la cosa y la *causa petendi*, y los subjetivos, las personas y el carácter con que actúan. Para apreciar la procedencia o improcedencia de la cosa juzgada es necesario confrontar la primera sentencia con la segunda y determinar la relación que existe entre ellas y la existencia de esas tres identidades, *eadem personae, eadem res, eadem causa*.

Los elementos objetivos de la cosa juzgada no son otros que el objeto de la pretensión, es decir, el interés jurídico que se hace valer, y el título de la pretensión o *causa petendi*, es decir la causa jurídica de la misma. De allí los principios generales esbozados por Rengel Romberg: el mismo objeto afirmado en la pretensión decidida por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no debe formar objeto de una nueva pretensión o decidirse en otro proceso entre las mismas partes por la misma *causa petendi*. Y la misma *causa petendi* afirmada en la pretensión decidida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no debe formar parte de una nueva pretensión a decidirse en un nuevo proceso entre los mismos sujetos, sobre el mismo objeto.

Respecto a sus elementos subjetivos se dice que la cosa juzgada no se produce sino entre las partes, esto es, el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión que se hace valer, y la exigencia de que las partes vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior juicio se justifica porque no basta atender a la identidad física de las personas sino también a su identidad jurídica, determinada por el carácter o personería con la que actúan. Una misma persona física puede obrar con carácter o personería diferente, en cuyo caso no podría decirse que sean

idénticas desde el punto de vista subjetivo. Es el caso del padre que en una causa actúa en representación de su menor hijo y en la otra en nombre propio.

También podría ocurrir que diferentes personas constituyan jurídicamente el mismo sujeto cuando actúan con la misma cualidad o legitimación, como en el caso del cónyuge en una causa pidiendo la nulidad del matrimonio y en otra que verse sobre dicha nulidad, el Síndico Procurador Municipal legitimado legalmente para obrar. El sujeto sería el mismo en ambas pretensiones aunque las personas sean diferentes.

Esto no quiere decir que sea absoluto el principio de que la cosa juzgada alcanza sólo a los que han litigado, pues ésta puede incidir en la esfera de otras relaciones ligadas de diversos modos. Rengel Romberg cita la doctrina de Betti al respecto como una de las más completas y precisas, y su clasificación de terceros sobre los que incide la cosa juzgada: (i) terceros jurídicamente indiferentes, extraños a la relación litigiosa, para quienes la sentencia carece de trascendencia pero vale como cosa juzgada entre las partes y puede producir un perjuicio para ellos; terceros jurídicamente interesados no sujetos a la excepción de cosa juzgada, son aquellos titulares de una relación incompatible con la sentencia y que pueden desconocer la cosa juzgada formada entre las partes pero no referible a ellos; terceros jurídicamente interesados sujetos a la excepción de cosa juzgada, que se encuentran subordinados a la parte y la cosa juzgada les es referible como propia.

Otra discusión doctrinaria y jurisprudencial es la de si lo que pasa en autoridad de cosa juzgada es solamente el dispositivo de la sentencia o también los motivos o fundamentos en que se apoya el fallo. Rengel Romberg cita la posición de Savigny, de que la fuerza legal de la sentencia debe comprender los motivos o fundamentación de la misma, pues el dispositivo está en conexión inseparable con las relaciones jurídicas afirmadas o negadas en la parte motiva de la sentencia, en contraposición con lo sostenido por Chiovenda, que alcanzada la declaración de certeza del derecho en la parte dispositiva, queda atrás el proceso lógico de la parte motiva que sirvió para alcanzarla. Rengel Romberg se decanta por la posición sostenida por Couture, de que priva la concepción de que el dispositivo del fallo pasa en cosa juzgada, pero

sin desdeñar el valor de los motivos como elementos de interpretación del dispositivo.

El medio de tutela de la cosa juzgada es la llamada *exceptio rei judicatae*, o excepción de cosa juzgada, que en el proceso civil y conforme a lo dispuesto en el CPC, puede ser opuesta por el demandado bien como cuestión previa (artículo 346 numeral 9) o como defensa de fondo en la contestación de la demanda (artículo 361).

III. LAUDO ARBITRAL Y COSA JUZGADA

Ya dijimos que la cosa juzgada es un principio fundamental del debido proceso, consagrado en nuestra Constitución (artículo 49 numeral 7), que establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

No conocemos que alguien haya sostenido que esta norma, al referirse a actuaciones judiciales y administrativas, no deba interpretarse como incluyendo y abarcando a las actuaciones arbitrales, es decir, a la jurisdicción arbitral. El debido proceso es sin duda un principio constitucional aplicable a todo proceso, a todo procedimiento judicial, civil, laboral, administrativo, contencioso administrativo, penal, y al procedimiento arbitral, donde no cabría hacer excepciones, en tanto es un procedimiento jurisdiccional, donde esencialmente se resuelve una controversia o conflicto de intereses interpartes².

También dijimos que, conforme a lo dispuesto en la LAC, el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento y es ejecutable forzosamente por el Tribunal de Primera Instancia competente según las normas del CPC sobre ejecución forzosa de sentencias. Además el laudo arbitral no tiene apelación ante otras instancias superiores que puedan modificarlo; sólo puede ser anulable bajo las causales taxativamente contempladas en la LAC, mediante el recurso de nulidad, que no suspende su ejecución, salvo que lo ordene el Tribunal competente a petición de parte y previa constitución de caución.

² Pedro Rengel Núñez, Arbitraje y Garantías Constitucionales Procesales, en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* No. 2, 2021 (Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas 2022) 161.

Aplicando las nociones de la cosa juzgada antes vistas, como cualidad del acto sentencial, no cabe duda de que la cosa juzgada es una cualidad tanto de una sentencia judicial como de una sentencia o laudo arbitral. Al igual que una sentencia judicial definitivamente firme contra la cual no cabe recurso alguno, el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, entendida como la inmutabilidad del mandato en el contenido.

Como el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento y ejecutable una vez que ha sido dictado, sin que pueda apelarse a otras instancias superiores que puedan modificarlo y sin que el recurso de nulidad ejercido contra él suspenda su ejecución, quiere decir que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada como el de una sentencia judicial definitivamente firme.

Así lo entiende nuestra doctrina. El autor Francisco Hung expresa que en Venezuela los laudos arbitrales surten los mismos efectos que las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales estatales, producen el mismo efecto de cosa juzgada y el carácter ejecutivo que deriva de las sentencias, evitando que el asunto decidido por los árbitros pueda ser objeto de un nuevo enjuiciamiento por un tribunal, sea judicial o arbitral³.

En el mismo sentido se pronuncia Hernando Díaz-Candia, para quien la cuestión de la cosa juzgada del laudo arbitral se asemeja a la de las sentencias judiciales. Este autor ahonda en el hecho de que si bien la cosa juzgada por regla general requiere de identidad de partes y no puede producir efectos directos frente a quienes no fueron parte en el proceso arbitral, ello no quiere decir que un laudo no pueda producir efectos jurídicos indirectos o reflejos frente a terceros, aunque no se los califique de cosa juzgada propiamente dichos⁴.

También lo enfoca así el autor y académico Luciano Lupini, quien nos habla del efecto de cosa juzgada del laudo definitivo, similar al de una sentencia, tanto en sentido material como en sentido formal, al gozar de fuerza ejecutiva sin necesidad de homologación. Para Lupini el laudo definitivo es el que ha adquirido firmeza por virtud del transcurso

³ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001) 314.

⁴ Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje* (3ra edición ampliada, Editorial Torino, Caracas, 2016) 270.

del término para impugnar su nulidad o por resultar improcedente la acción de nulidad⁵.

Por su parte, Frank Gabaldón afirma que, como lo establece el artículo 31 de la LAC, la obligatoriedad del laudo existe desde que es notificado a las partes, pero la eficacia plena de esa obligatoriedad queda suspendida en virtud de lo establecido en el artículo 32 de la LAC para la aclaratoria, corrección o complemento del laudo por parte del tribunal arbitral, de oficio o a petición de parte. Para Gabaldón el laudo arbitral produce cosa juzgada, es decir, adquiere inmutabilidad y ejecutabilidad a partir del vencimiento del plazo establecido en el artículo 32 sin que se hayan producido aclaratorias, correcciones o complementos, o de haberse producido, a partir de que las partes queden notificadas de ellos⁶.

La misma línea sigue José Luis Bonnemaïson, quien expresa que el laudo arbitral definitivo produce cosa juzgada, como expresión de verdad legal (*res iudicata pro veritate habetur*) que impide un nuevo litigio sobre lo ya decidido en sede arbitral, cuando se trate del mismo objeto, por idéntica causa y entre las mismas partes. A los laudos arbitrales pasados en autoridad de cosa juzgada, al quedar firme por no haberse ejercido contra él, o haberse agotado el recurso de nulidad, les son aplicables los atributos que se predicán de la sentencia judicial definitivamente firme: la coercibilidad, porque puede haber ejecución compulsiva en caso de eventual resistencia del obligado, y la inmutabilidad porque no se pueden alterar sus efectos sin modificar sus términos⁷.

A este respecto pensamos que el hecho de que el laudo arbitral pueda impugnarse mediante el recurso de nulidad y que pueda suspenderse su ejecución, no hace que el laudo carezca de efectos de cosa juzgada, sino solamente implica que su ejecución está suspendida temporalmente mientras se decide el recurso. Ciertamente en el laudo arbitral se da la característica de cosa juzgada formal por la inexistencia de recursos para modificar el laudo en instancias superiores, y de cosa

⁵ Luciano Lupini Bianchi, Naturaleza, Efectos, Requisitos y Modalidades del Laudo Arbitral, en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Impresión Sabias Palabras, Caracas, 2013) 370, 371.

⁶ Frank Gabaldón, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial* (Livrosca, Caracas, 1999)123.

⁷ José Luis Bonnemaïson W, *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos No. 16, Caracas, 2006) 94.

juzgada material por la inmutabilidad de los efectos de la decisión contenida en el laudo en todo proceso futuro con el mismo objeto y entre las mismas partes, incluso si el laudo es objeto de recurso de nulidad.

En definitiva el laudo arbitral sólo perderá su fuerza de cosa juzgada, por la cual no puede volver a decidirse el mismo asunto en otra causa, sea arbitral o judicial, si es anulado, en cuyo caso el laudo queda sin efecto, deja de existir y la controversia podría ser juzgada nuevamente en otro proceso arbitral, ya que la litis no se habría resuelto y la controversia entre las partes seguiría pendiente⁸.

Consecuencialmente, si el laudo arbitral es anulado parcialmente, lo cual es perfectamente posible, la cosa juzgada se produciría sólo respecto a la porción del laudo que no haya sido anulada, la cual conserva toda su validez y produce todos sus efectos. Aquí vale la pena traer a colación una sentencia del Tribunal Superior Segundo Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 20-6-2017, caso Almacenadora Smartbox, que declaró parcialmente con lugar un recurso de nulidad, anuló solamente el dispositivo segundo de un laudo arbitral y declaró expresamente que quedaba incólume todo el resto del laudo arbitral recurrido.

Al igual que en la sentencia judicial, la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral no procede sino respecto de lo que ha sido objeto del laudo, y deben darse los mismos elementos objetivos y subjetivos aplicables a la sentencia judicial para establecer los límites de la cosa juzgada del laudo arbitral, es decir, el objeto, el título de la pretensión, las partes y el carácter con que actúan en una causa, deben ser los mismos que los de la otra causa.

En el arbitraje la tutela de la cosa juzgada se lleva a cabo también con la *exceptio rei judicatae*, pero no como cuestión previa, pues sabemos que en el procedimiento arbitral no están previstas las cuestiones previas contempladas en el CPC, sino como defensa de fondo en la contestación de la demanda arbitral. Pero además, si un laudo arbitral infringe la cosa juzgada incurre en violación del debido proceso, y entendiendo que sólo bajo el debido proceso es que las partes pueden hacer valer sus derechos, el laudo que viola la cosa juzgada está violando

⁸ James O. Rodner, La Anulación del Laudo Arbitral, en *Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 6, Caracas, 2002) 854.

el debido proceso y estaría por tanto incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 44 letra b) de la LAC, esto es, cuando la parte contra la que se invoca el laudo no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos.

IV. JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestra jurisprudencia sólo conocemos un caso donde se ventiló el tema de la cosa juzgada en el arbitraje. Se trata del caso Desarrollos Mercayag, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 14 de mayo de 2021, declaró procedente una acción de amparo intentada contra un laudo arbitral de fecha 19-10-2015, dictado en un procedimiento arbitral administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. La Sala anuló el laudo por renuncia tácita al acuerdo arbitral y violación de la cosa juzgada.

La parte accionante denunció que en el laudo no se tuvo en cuenta que el asunto en cuestión había sido dirimido ante la jurisdicción ordinaria, y que la pretensión presentada ante los árbitros era idéntica a la que se tramitó ante la jurisdicción ordinaria en una acción por cobro de bolívares, ya que los instrumentos en los que la parte contraria fundamentó su pretensión eran los mismos títulos cambiarios cuyo cobro se demandó, lo cual implica una renuncia tácita de ambas partes a la cláusula arbitral del contrato y un quebrantamiento de la cosa juzgada en detrimento del derecho a la seguridad jurídica.

En criterio de la Sala, lo denunciado no se ajustaba a las causales taxativas establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial para interponer como vía ordinaria el recurso de nulidad previsto en dicha Ley, y por ello concluyó que la acción de amparo constitucional resultaba admisible como el mecanismo idóneo de impugnación para preservar los derechos y principios constitucionales denunciados como infringidos.

Resulta importante subrayar que esta sentencia mantiene el criterio varias veces asentado en anteriores decisiones, de que la impugnación del laudo arbitral sólo puede intentarse mediante el recurso de nulidad previsto en la LAC, y que la acción de amparo procede únicamente si las violaciones constitucionales denunciadas no pueden enmarcarse en las causales de nulidad de la LAC. La discusión estriba entonces en si la

renuncia tácita al acuerdo arbitral por acudir a la vía judicial ordinaria, y la cosa juzgada producida en dicha vía judicial ordinaria, pueden subsumirse dentro de alguna causal de nulidad del laudo arbitral prevista en la LAC.

En nuestra opinión, el efecto de cosa juzgada de una sentencia, sea judicial o arbitral, que no es otro que el derecho a no ser juzgado de nuevo por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente, consagrado en el artículo 49.7 de la Constitución, e integrante del debido proceso, puede sin duda subsumirse dentro de la causal prevista en la letra b) del citado artículo 44 de la LAC, bajo la cual el laudo arbitral podrá declararse nulo cuando la parte por cualquier razón no ha podido hacer valer sus derechos, en este caso por haberse por haberse violado la cosa juzgada y por tanto haberse infringido el debido proceso.

La Sala encontró que en este caso la demandante en arbitraje efectivamente había intentado una acción de cobro de letras de cambio vía procedimiento de intimación ante la jurisdicción ordinaria, tramitado ante un Tribunal de Primera Instancia, que condenó a la demandada, pero luego en apelación un Juzgado Superior revocó la sentencia de primera instancia y posteriormente en recurso de casación la Sala de Casación Civil del TSJ lo declaró sin lugar, quedando definitivamente firme la decisión del Tribunal Superior que absolvió a la demandada.

En consecuencia, la sentencia consideró que en este caso al haberse sometido las partes la jurisdicción ordinaria, renunciaron tácitamente al acuerdo arbitral y al haberse decidido el caso en los tribunales ordinarios, el laudo arbitral incurrió en quebrantamiento de la cosa juzgada.

Es de destacar que en este caso la demandada había opuesto en el arbitraje la excepción de cosa juzgada, pero el tribunal arbitral en su laudo fue del criterio de que, si bien la demandante había acudido a la vía judicial, lo hizo respecto a la obligación cartular, es decir, demandando el cobro de letras de cambio bajo el procedimiento por intimación previsto en el CPC, que en todo caso no podría haberse ventilado en un procedimiento arbitral, más no respecto a la relación causal derivada del contrato contentivo de la obligación, que fue el objeto de la demanda arbitral. Por esta razón el laudo no consideró infringida la

cosa juzgada, que sólo habría estado referida a la obligación cartular derivada de las letras de cambio. Sin embargo, como hemos visto, la Sala opinó diferente.

V. COSA JUZGADA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como lo expone el tratadista Gary Born, uno de los objetivos fundamentales del arbitraje internacional es proveer una resolución final y obligatoria de la disputa entre las partes, resultando esencial para lograr ese objetivo los efectos preclusivos de los laudos arbitrales, que se reconocen desde la antigüedad y en prácticamente todas las jurisdicciones, constituyendo un principio general de derecho aceptado en todos los sistemas legales desarrollados, denominado generalmente con la voz romana *res judicata*⁹.

Consideraciones de orden público profundamente enraizadas subyacen bajo las reglas de preclusión, enfocadas en la injusticia que representa permitir que una parte vuelva a litigar los mismos reclamos contra su adversario en repetidos procedimientos. Es virtualmente imposible concebir un sistema legal desarrollado que no le haya dado efectos a los principios de *res judicata*.

En las jurisdicciones regidas por el *common law*, se reconocen dos tipos básicos de efectos preclusivos, el del *claim* o reclamo (*res judicata*) y el del *issue* o asunto (*collateral estoppel* o *issue estoppel*). Bajo la doctrina de *res judicata* de la sentencia, la parte cuyo reclamo ha resultado infructuoso está impedida de hacerlo de nuevo frente a la misma contraparte, y la parte contra la cual haya prosperado un reclamo está impedida de desconocerlo frente a su contraparte.

En las jurisdicciones de derecho civil, el principio de *res judicata* exige la triple identidad de objeto, causa y partes. Aunque unos dicen que no existe la doctrina del *collateral estoppel* del derecho anglosajón, otros sostienen que su equivalente en el derecho continental es la aplicación de la cosa juzgada a la parte motiva de la sentencia y no sólo a la parte dispositiva.

⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Volume III, Third Edition (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2021) 4102-4106.

En general el principio de preclusión y *res judicata* es ampliamente reconocido como una regla acostumbrada de derecho internacional o como principio general de derecho, aceptado como aplicable a laudos de tribunales arbitrales internacionales, al igual que a los laudos de tribunales domésticos o locales, e incluso a decisiones de entes judiciales internacionales como la Corte Internacional de Justicia.

La doctrina de *res judicata* desarrollada en las leyes domésticas de los distintos países ha sido transpuesta al derecho internacional, tanto en el contexto del derecho internacional privado como en el del derecho internacional público. Un intento de desarrollar una doctrina de *res iudicata* transnacional lo constituyen los principios transnacionales de derecho procesal civil propuestos en 2004 por el *American Law Institute (ALI)* y el *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, basados principalmente en la noción de cosa juzgada de los países de derecho civil. Los principios 28.2 y 28.3 básicamente disponen que respecto a los efectos preclusivos de un reclamo, el alcance de los reclamos estaría determinado por los alegatos de las partes, incluyendo sus reformas, y la decisión de la corte y su razonamiento, mientras que respecto a la preclusión de los asuntos de hecho, sólo aplicaría para impedir una injusticia sustancial¹⁰.

Born también sostiene que bajo un análisis apropiado de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como Convención de New York, ésta prescribe estándares internacionales obligatorios que aseguran el carácter obligatorio de los laudos arbitrales y prohíbe a las cortes nacionales negarle sus efectos preclusivos. Tal análisis comienza observando que el artículo III de la Convención de New York dispone que cada Estado contratante reconocerá los laudos arbitrales como obligatorios y los ejecutará de acuerdo con las reglas de procedimiento del territorio donde se pretende hacer valer el laudo¹¹.

En el contexto del derecho internacional público la doctrina de *res judicata* se introduce por vía de los estatutos de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, principal órgano judicial de las Naciones

¹⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 4099-4101.

¹¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 4113.

Unidas¹², que establecen que la decisión de la Corte no tiene efectos obligatorios sino entre las partes y respecto al asunto particular, como un principio general de derecho aceptado por todas las naciones civilizadas en foro doméstico, en las leyes domésticas, aunque entre estas hay algunas diferencias que pueden causar la aplicación de diferentes estándares para determinar la similitud entre dos disputas.

El tema de la cosa juzgada o *res judicata* ante los tribunales arbitrales internacionales ha sido trabajado por la *International Law Association (ILA)*¹³, que en el 2006 adoptó unas recomendaciones para los árbitros internacionales, basadas en los reportes presentados en las Conferencias de la *ILA* en Berlín en 2004 y en Toronto en 2006. Las diferentes situaciones en las que puede plantearse el tema de la cosa juzgada en el arbitraje internacional pueden surgir en 4 escenarios: (i) entre tribunales arbitrales y cortes judiciales, (ii) entre diferentes tribunales arbitrales, (iii) en un mismo arbitraje respecto a un laudo parcial y un laudo final, y (iv) entre cortes o tribunales supranacionales y tribunales arbitrales¹⁴.

De acuerdo con las referidas recomendaciones de la *ILA*, los efectos conclusivos y preclusivos de un laudo arbitral en futuros procedimientos arbitrales no necesariamente se rigen por las leyes nacionales sino por reglas transnacionales aplicables al arbitraje comercial internacional, de manera que aplicarían (i) si el laudo ha devenido en final y obligatorio en el país de la sede del arbitraje subsecuente, (ii) si ha decidido un reclamo que pretende buscarse y reargumentarse en el arbitraje subsecuente, (iii) si está basado en un motivo o *causa petendi* que es invocado o sirve de base en el arbitraje subsecuente, y (iv) si ha sido dictado a las mismas partes.

Tales efectos conclusivos y preclusivos del laudo arbitral se refieren a las determinaciones y remedios contenidos en su parte dispositiva y en su razonamiento, así como también abarcan los aspectos de hecho y de derecho que han sido arbitrados y determinados, siempre que sean

¹² <https://www.icj-cij.org/>

¹³ La *ILA* es una asociación fundada en Bruselas en 1873, dedicada al estudio, clarificación y desarrollo del derecho internacional público y privado, cuenta con más de 4.400 miembros, mayormente cámaras de comercio, universidades, gobiernos y abogados privados. <https://www.ila-hq.org/>

¹⁴ Silja Schaffstein, *The Doctrine of Res Iudicata before International Commercial Arbitral Tribunals*, (Oxford University Press, UK, 2016) 80, 81, 101, 102, 105.

fundamentales o esenciales para el dispositivo del laudo, o cuyo desconocimiento produzca resultados injustos o abusivos¹⁵.

No hay duda de que los reportes y recomendaciones de la *ILIA* sobre *res judicata* en el arbitraje comercial internacional proporcionan una guía útil a los tribunales arbitrales, y aunque no cubren específicamente la situación donde el tribunal arbitral se encuentra frente a una previa sentencia de un tribunal o corte nacional, nada impide que puedan aplicarse *mutatis mutandi*, ya que constituyen principios que vienen del litigio judicial y han sido transpuestos al arbitraje comercial internacional.

En todo caso, la doctrina comparada favorece la tesis de que los tribunales de arbitraje comercial internacional deben desarrollar principios transnacionales de *res judicata*, es decir, principios generalmente aceptados sobre la cosa juzgada, que respeten la naturaleza y objetivos del arbitraje comercial internacional¹⁶.

¹⁵ https://www.trans-lex.org/803600/_/international-law-association-resolution-no-1-2006-annex-2:-recommendations-on-res-judicata-and-arbitration/ Ver también Filip de Ly, Audley Sheppard, Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, en *Arbitration International*, Vol 25, No. 1, Issue 1 (London Court of International Arbitration, Oxford University Press, 2009).

¹⁶ Silja Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata before International Commercial Arbitral Tribunals*, 252, 300.



**JUAN BAUTISTA
CARRERO MARRERO***

EL ACCESO DE LOS DOBLES NACIONALES AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL INDUBIO PRO HOMINE COMO PRINCIPIO INTERPRETATIVO DE ACCESO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad analizar las distintas regulaciones y criterios que se han elaborado para permitir a los inversionistas, personas naturales, con más de una nacionalidad, reclamar sus derechos contra el Estado Receptor de la Inversión del cual también son nacionales. A tales fines se analizan los distintos tipos de Tratados de Protección de Inversiones, la teoría de la nacionalidad efectiva y dominante y el indubio pro homine como principio interpretativo de acceso al arbitraje de inversión.

Palabras clave: arbitraje, inversión, dobles nacionales, nacionalidad efectiva, indubio pro homine

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the different regulations and criteria that have been developed to allow investors, natural persons, with more than one nationality, to claim their rights against the Recipient State of the Investment of which they are also nationals. For such purposes, the different types of Investment Protection Treaties, the theory of effective and dominant nationality and the indubio pro homine as an interpretive principle of access to investment arbitration are analyzed.

Key words: arbitration, investment, double nationals, effective nationality, indubio pro homine

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Financiero por la misma Universidad (Cum Laude). Egresado de los Programas de Gerencia del Conflicto, Negociación, Mediación y Arbitraje, y Desarrollo Gerencial del IESA, Caracas. Así como, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila, Caracas. Ex profesor de Derecho Administrativo. Árbitro Independiente. Consultor y Litigante.

Sumario: Introducción. 1. Los Distintos Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. *Lex Specialis*. Distintos tratamientos. A) Tratados que los Excluyen expresamente. B) Tratados que los condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos. C) Tratados que no se pronuncian al respecto. 2. La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva. 3. La Cláusula de la Nación más Favorecida. 4. La Tutela de los Derechos Humanos y el Indubio Pro Homine como principio interpretativo de acceso al Arbitraje de Inversión. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional de inversiones tiene la finalidad de resolver las disputas que se presenten entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Generalmente involucra “reclamaciones derivadas de expropiaciones no pagadas, y de tratos injustos, inequitativos y discriminatorios sufridos por el Inversor de parte del Estado anfitrión”¹.

Este tipo de arbitraje tiene su fuente en Tratados Bilaterales y Multilaterales de Promoción y Protección de Inversiones que le “otorgan al inversor extranjero el derecho de someter una controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional”², cuando “siente que sus derechos bajo el tratado han sido violados”³.

Visto que no existe uniformidad en el contenido de los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, cada uno de ellos puede contemplar distintos estándares y requisitos para acceder al arbitraje internacional de inversiones. Sin embargo, “[c]ualquiera que sea el término que utilice el tratado para definir al sujeto legitimado para invocarlo, el requisito sine qua non de la definición, sea de persona natural o jurídica, es que debe tener la nacionalidad de alguno de los Estados parte del tratado”⁴. Específicamente, debe tener

¹ Gary B. Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 43. Traducción libre.

² Tempone, Rubén, *Protección de Inversiones Extranjeras* (Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003), 32.

³ Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

⁴ José Gregorio Torrealba R. *LA DEFINICION DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL TREATY SHOPPING. LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN, TOMO II* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, 2021, 91-92), 1249.

la nacionalidad del Estado contratante con el Estado Receptor de la Inversión.

Producto de los grandes movimientos migratorios que ha experimentado la humanidad, muchas personas naturales poseen más de una nacionalidad. Razón por la cual, el tema de la doble nacionalidad de las personas naturales cobra relevancia en materia de arbitraje de inversiones, donde se han generado distintos tipos de regulaciones, criterios doctrinales y Laudos arbitrales, que van desde negar la posibilidad de que un inversionista doble nacional demande al Estado receptor de la inversión del cual es nacional (invocando la nacionalidad del otro Estado contratante), hasta su admisión sin problemas.

En función de ello, el presente trabajo tiene por finalidad analizar las distintas regulaciones y criterios que se han elaborado para permitir a los inversionistas, personas naturales, con más de una nacionalidad, reclamar sus derechos contra el Estado Receptor de la Inversión del cual también son nacionales.

1. Los Distintos Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. *Lex Specialis*. Distintos tratamientos

“El derecho de promoción y protección de las inversiones internacionales está contenido en una amplia red de tratados bilaterales y multilaterales”⁵, donde cada uno contiene sus propias normas, estándares y mecanismos de resolución de conflictos. Como consecuencia de ello, no existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

En términos generales, al analizar los tratados de promoción y protección de inversiones vigentes para la República Bolivariana de Venezuela, observamos que los distintos tratados le dan distintos tratamientos al tema de los dobles nacionales. Los cuales podemos clasificar de la siguiente manera:

A) Tratados que los Excluyen expresamente

Dentro de este grupo de Tratados se encuentran los suscritos con Canadá e Irán. Cuyos articulados expresamente excluyen de la definición

⁵ Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

de “inversionista” a las personas naturales que posean la nacionalidad de la parte contratante receptora de la inversión.

De la misma manera, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), en su artículo 25⁶ establece que la Jurisdicción del Centro en ningún caso comprenderá a las personas que, para la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje, tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

Evidentemente, al ser los tratados la ley especial que regula los requisitos para acceder al arbitraje de inversión, en estos casos, los inversores que detentan más de una nacionalidad, incluyendo la del Estado Receptor de la Inversión, no podrán formular sus reclamaciones por la vía del arbitraje de inversión, vista la exclusión contenida en estos tratados.

De la misma manera, en aquellos tratados suscritos por Venezuela donde las partes hayan pactado la utilización exclusiva del CIADI y/o su mecanismo complementario como únicos mecanismos de resolución de controversias, los inversionistas doble nacionales tampoco podrán acceder a estos mecanismos de solución de controversias, tanto por la exclusión expresa contenida en el citado artículo 25, como por el hecho de que Venezuela denunció esta convención.

B) Tratados que condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos

Bajo esta categoría podemos agrupar a los tratados que contemplan la posibilidad de que los inversores persona natural que detentan más de una nacionalidad, incluyendo la del Estado receptor de la inversión, puedan presentar reclamaciones en contra de éste, siempre que cumplan con ciertos requisitos tales como la demostración de una nacionalidad dominante y efectiva producto de la existencia de determinadas condiciones de residencia, lazos afectivos, familiares y el lugar donde predomine el asiento de sus derechos e intereses.

⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Razón por la cual, conceptualmente hablando, basta con cumplir los requisitos previstos en el tratado para que el inversionista doble nacional pueda reclamar sus derechos mediante un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor del cual también es nacional.

C) Tratados que no se pronuncian al respecto

Este es el caso de la mayoría de los tratados. Los cuales no contienen ningún tipo de previsión específica sobre el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones contra el Estado receptor del cual también son nacionales. Se trata de tratados que ni los incluyen, ni los excluyen, ni los condicionan. Por lo que surge la duda acerca de cuál es el tratamiento que deben recibir este tipo de inversionistas bajo estos tratados y aquí es donde el objeto de nuestro estudio adquiere relevancia.

Ante el silencio de los tratados, los tribunales arbitrales han utilizado diversas metodologías para decidir las controversias sometidas a su consideración. En primer lugar, fundamentándose en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷

⁷ Que textualmente establecen: “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.
32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
 - b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

han realizado interpretaciones sistemáticas junto con medios de interpretación complementarios, valiéndose del análisis de los elementos preparatorios de los tratados, los actos unilaterales de los Estados y la comparación con otros tratados celebrados por los Estados parte, para determinar la intención de los Estados a la hora de suscribir el tratado. En segundo lugar, han aplicado criterios de derecho internacional público, principalmente los relativos a la protección diplomática, para determinar si los dobles nacionales están legitimados para presentar reclamaciones contra los Estados del cual también son nacionales. En tercer lugar, han justificado sus decisiones con fundamento en otras ramas del derecho e incluso en algunos casos han elucubrado y llegado a conclusiones controversiales, que para muchos podrían resultar de poco asidero lógico.

Como resultado de ello, se han producido todo tipo de decisiones de variada índole. Lo que unido a la falta de una metodología dogmática y la ausencia de criterios unificados en el derecho internacional de inversiones hace muy difícil extraer conclusiones generales que resulten aplicables a todos los casos donde estén involucrados los dobles nacionales.

Sin embargo, a continuación, analizaremos algunos de los criterios más relevantes que han sido considerados por los tribunales arbitrales a la hora de decidir estos casos.

2. La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva

Esta doctrina es el resultado de un cambio de paradigmas en materia de protección diplomática. Se origina de diversas decisiones que fueron tomadas tanto por Tribunales Arbitrales, como por la Corte Internacional de Justicia en casos de reclamaciones, donde los ciudadanos que daban origen a la reclamación tenían dos o más nacionalidades, incluyendo a la nacionalidad del Estado en contra del cual se ejercía la acción.

Originalmente la regla tradicional en materia de protección diplomática “indicaba que un Estado estaba impedido de proteger a una persona, sea natural o jurídica, si aquella poseía también la nacionalidad del Estado ante el cual se presentaba el reclamo”⁸. Sin embargo, esta con-

⁸ José Eloy Anzola, “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *Themis-Revista de Derecho* 77, enero-junio (2020): 423.

cepción se fue flexibilizando gracias a laudos y sentencias que empezaron a permitir la protección diplomática a favor de ciudadanos nacionales del Estado objeto de la reclamación, cuando demostraran que su nacionalidad dominante era la del Estado que le otorgaba la protección.

Esta doctrina recibió su mayor nivel de aceptación luego de la sentencia dictada en el caso conocido como “Nottebohm”, que es considerado un hito en esta materia, donde la Corte Internacional de Justicia definió la nacionalidad como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”⁹. Para luego concluir que “para producir efectos internacionales, la nacionalidad debe ser efectiva”¹⁰.

La efectividad y dominancia de una nacionalidad viene dada por la existencia de vínculos y lazos estrechos entre el particular y el Estado. Tales como, la residencia habitual de una persona, el lugar donde se centran la mayoría de sus derechos, intereses y actividades económicas, lazos familiares, crianza de los hijos, participación en la vida política, arraigo, unión a asociaciones, participación en actividades sociales, culturales, deportivas, recreativas y cualquier otra situación de índole similar que demuestre la dominancia de los vínculos de esa persona respecto a ese Estado.

Esta teoría fue concebida para la protección diplomática. Sin embargo, sus postulados se permearon al arbitraje de inversiones y en muchos Laudos los Tribunales Arbitrales han analizado reclamaciones presentadas por dobles nacionales bajo los criterios de la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante para determinar si quien invoca el tratado está realmente legitimado para hacerlo. Llegándose incluso a desarrollar la teoría de “nacionalidad de conveniencia” para rechazar el acceso de los dobles nacionales cuya nacionalidad dominante sea la del Estado Receptor de la Inversión.

En nuestra opinión, cuando los tratados no excluyan ni condicionen expresamente el acceso de los dobles nacionales, se debe reconocer su

⁹ Nottebohm, Liechtenstein Vs. Guatemala. Corte Internacional de Justicia, sentencia de mérito. 06 de abril de 1955.

¹⁰ José Joaquín Caicedo y Juan Felipe Merizalde, “El control de la nacionalidad de los inversionistas por los Árbitros Internacionales”, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* Nro. 15, julio-diciembre (2009): 55.

legitimidad activa si demuestran ser inversores nacionales del otro Estado contratante. Exigirles que también demuestren la dominancia y efectividad de esta nacionalidad es una práctica equivocada y arbitraria, pues equivale a imponer un requisito no exigido en el tratado, a la vez que limita el derecho al acceso a la resolución de controversias previsto en el tratado. Sin embargo, visto que esto pareciera ser la práctica más generalizada, concluimos que por razones prácticas los dobles nacionales deben demostrar la dominancia de la nacionalidad del Estado no receptor, en aras de disminuir las posibilidades que el Tribunal Arbitral declare su falta de legitimidad.

3. La Cláusula de la Nación más Favorecida

El acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión también podría ser el producto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en aquellos casos en los cuales el doble nacional reclamante demuestre que el Estado demandado ha suscrito otros Tratados Internacionales donde permite el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones. Esto siempre que el Tratado aplicable contemple el deber del Estado Receptor de otorgar un trato igual de beneficioso que el concedido en otros Tratados de Promoción y Protección de Inversiones.

4. La Tutela de los Derechos Humanos y el Indubio Pro Homine como principio interpretativo de acceso al Arbitraje de Inversión

Tradicionalmente la discusión de temas de derechos humanos ha sido ajena a los procedimientos de arbitraje de inversión. Sin embargo, somos de la opinión que nada impide su incorporación en esta materia. A la vez que, sus principios podrían orientar la motivación de los laudos arbitrales e incluso tener plena base jurídica para ello.

Esta línea de pensamiento cuenta con un sólido precedente en la decisión del caso Urbaser Vs. Argentina, CIADI No. ARB / 07/26, donde el Tribunal Arbitral expresó:

“1200. El Tribunal sostiene además que la Convención debe interpretarse a la luz de las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, y que el Artículo 31 § 3 (c) de ese Tratado indica que debe tenerse

en cuenta “cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse en el vacío. Sin duda, el Tribunal debe tener en cuenta el propósito especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a los derechos humanos”¹¹.

Tal como interpretó el tribunal arbitral, los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos también forman parte del Derecho Internacional Público y deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión.

Esta conclusión podría ser discutible y muy probablemente no aplique para todos los casos. No obstante, consideramos que la misma resulta válida y aplicable para garantizar los derechos de los inversionistas, personas naturales, que participen en los arbitrajes de inversión.

Dentro de los distintos tratados, pactos y declaraciones sobre derechos humanos encontramos el principio de progresividad de los derechos humanos. Así como, el Principio Pro Homine, conforme al cual toda interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano y en caso de duda debe adoptarse la interpretación más favorable al individuo.

La aplicación de estos principios garantiza el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión en aquellos casos donde los tratados de protección de inversiones ni los incluyan, ni los excluyan, ni los condicionen. Concluir lo contrario, implicaría violar su derecho al acceso al medio de resolución de controversias convenido y aceptado por el Estado Receptor de la inversión.

CONCLUSIONES

No existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera

¹¹ Laudo CIADI No. ARB / 07/26. Caso Urbaser Vs. Argentina. Traducción libre del inglés. Disponible en <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/04/Urbaser-v.-Argentina-Human-Rights.pdf>

general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva se ha permeado al arbitraje de inversiones. En muchos Laudos los Tribunales Arbitrales han analizado reclamaciones presentadas por dobles nacionales bajo los criterios de la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante para determinar si quien invoca el tratado está realmente legitimado para hacerlo.

Cuando los tratados no excluyan ni condicionen expresamente el acceso de los dobles nacionales, se debe reconocer su legitimidad activa si demuestran ser inversores nacionales del otro Estado contratante. En estos casos los Tribunales Arbitrales no deberían requerir la demostración de la dominancia y efectividad de nacionalidad alguna, pues ello equivale a imponer un requisito no exigido en el tratado y limitar ilegítimamente el derecho al acceso al medio de resolución de controversias previsto en el tratado. Sin embargo, visto que esto pareciera ser la práctica más generalizada, concluimos que por razones prácticas los dobles nacionales deben demostrar la dominancia de la nacionalidad del Estado no receptor, en aras de disminuir las posibilidades que el Tribunal Arbitral declare su falta de legitimidad.

El acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión también podría ser el producto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en aquellos casos en los cuales el doble nacional reclamante demuestre que el Estado demandado ha suscrito otros Tratados Internacionales donde permite el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones.

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones deben ser interpretados teniendo en cuenta “cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Razón por la cual, los principios de progresividad y pro homine contenidos en los distintos Pactos, Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que también forman parte del Derecho Internacional Público, deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión.

BIBLIOGRAFÍA

- Besson, Sébastien. “Arbitration and Human Rights”, *ASA Bulletin, Association Suisse del’Arbitrage; Kluwer Law International 2006, Volume 24 Issue 3*) 395 – 416.
- Born, Gary. *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 43.
- Anzola, José. “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *Themis-Revista de Derecho 77, enero-junio* (2020): 423.
- Torrealba, José. *LA DEFINICION DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL TREATY SHOPPING. LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN, TOMO II* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, 2021, 91-92), 1249.
- Caicedo, José y Merizalde, Juan . “El control de la nacionalidad de los inversionistas por los Árbitros Internacionales”, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* Nro. 15, julio-diciembre (2009): 55.
- Rubins, Sabahi. *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Laudo CIADI No. ARB / 07/26. Caso Urbaser Vs. Argentina.
- Nottebohm, Liechtenstein Vs. Guatemala. Corte Internacional de Justicia, sentencia de mérito. 06 de abril de 1955.

LA SITUACIÓN DE LOS INVERSORES DOBLE NACIONALES Y CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD EFECTIVA



MARÍA PALACIOS
LA MANNA*

Resumen: Las Inversiones Extranjeras son parte fundamental del desarrollo del comercio Internacional, los Estados tienden a buscarlas y promoverlas, garantizando una serie de derechos o beneficios a sus inversores de forma tal de brindar seguridad jurídica en un ordenamiento extranjero; por esto surgen los Tratados Bilaterales de Inversión o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que brindan ese respaldo a los inversores nacionales de alguno de los Estados Parte, sin embargo, existen ciertas limitantes en el caso de los doble nacionales que nos obligan a evaluar la efectividad de su nacionalidad respecto de la posible aplicación de estas garantías a sus inversiones.

Palabras Clave: Arbitraje de Inversión, dobles nacionales, nacionalidad, Tratados Bilaterales de Inversión.

THE DOUBLE NATIONALS INVERTORS' SITUATION AND HOW EFFECTIVE DETERMINE NATIONALITY

Abstract: Foreign Investments are a fundamental part of the development of International trade, States promote them, guaranteeing a series of rights or benefits to their investors in such a way as to provide legal security in a foreign legal system; This is why the Bilateral Investment Agreements or Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments arise, which provide their support to any national investor of one of those States Parties, however, there are certain limitations in the case of dual nationals that force us to evaluate the effectiveness of the nationality in relation to the possible application of these guarantees to the investments.

Key Words: Investment Arbitration, double nationals, nationality, Bilateral Investment Treaties.

* Abogada mención “cum laude” de la Universidad Central de Venezuela, diploma en contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana. Estudiante de la segunda cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se configuran como tratados bilaterales de inversión (o TBI), que como su nombre lo dice, poseen una naturaleza recíproca en la búsqueda de la protección del Derecho Internacional, a las inversiones que son realizadas por los miembros de algún estado miembro en el territorio del otro Estado signatario de tal acuerdo¹. Se busca con estas herramientas garantizar de la forma más completa posible la seguridad jurídica de los inversores nacionales de los Estados parte.

Muchos son los casos en que resulta imprudente, o hasta peligroso, invertir internacionalmente en Estados que no ofrecen protección a la inversión extranjera, desde el hecho de tener malas políticas fiscales hasta la casi certeza de ser parte de algún procedimiento expropiatorio sin garantía de que sean respetados sus derechos básicos.

Adicional a esto, resulta importante destacar que la nacionalidad de los inversionistas a efectos de la posible aplicación o no de determinados acuerdos que puedan fungir en su protección, es internacionalmente, un punto de discusión, esto en virtud del claro debate que se presenta en la definición de la terminología “inversionista” que se plantean de manera común en los Tratados Bilaterales de Inversión o por el CIADI².

Al respecto la doctrina plantea:

Conviene, por tanto, preguntarse qué función juega la nacionalidad y cuáles son los criterios que permiten su control. Desde un punto de vista práctico, lo único que les interesa a una empresa y a su abogado es saber si pueden o no invocar la violación de un tratado bilateral de inversiones celebrado por el Estado en el cual se encuentra su inversión ante un tribunal arbitral. En otras pala-

¹ “Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)”, Ministerio de industria, Comercio y Turismo de España, acceso el 01 de octubre de 2022, <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRIs.aspx#:~:text=Los%20APPRI%20son%20tratados%20bilaterales,territorio%20del%20otro%20Estado%20Parte>.

² José Joaquín Caicedo-Demoulin, Juan Felipe Merizalde-Urdaneta, *El Control De La Nacionalidad De Los Inversionistas Por Los Árbitros Internacionales*, (Colombia, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009): 41-82

bras, el interés práctico del tema que se analiza en el presente escrito es el de determinar si un individuo o una empresa entran en el ámbito de aplicación *rationae personae* del TBI en cuestión³.

Si bien el riesgo político es un elemento que los inversores siempre deberían tomar en cuenta al momento de invertir, variando la importancia de la misma en virtud del sector en el que se enfoque⁴, no es menos cierto que en algunos Estados este margen puede ser más amplio o más pequeño, por lo que ellos mismos buscan promover la inversión Extranjera mediante la firma de acuerdos bilaterales de protección y promoción, que permitan brindarle esta garantía de seguridad jurídica a sus posibles nuevos inversores.

Con este artículo se busca analizar estos posibles límites que deben ser tomados en cuenta al momento de interpretar el alcance de la nacionalidad, como factor determinante en casos de arbitrajes de inversión; enfocándose en el caso particular de los doble nacionales.

I. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA NACIONALIDAD EN LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.

La nacionalidad es el vínculo entre el individuo y el Estado que le otorga la nacionalidad; definido bajo las leyes de ese mismo, en el caso particular de las personas jurídicas puede tratarse del lugar de la constitución o de la sede de esta, dependiendo del caso; sin embargo, el problema se presenta con las personas naturales ya que estas pueden poseer más de una nacionalidad.

Los dobles Nacionales son aquellos inversores que poseen de manera simultánea dos nacionalidades, una de las cuales la otorga el Estado receptor de la inversión.

³ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

⁴ “Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)”, Ministerio de industria, Comercio y Turismo de España, acceso el 01 de octubre de 2022, <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRIs.aspx#:~:text=Los%20APPRI%20son%20tratados%20bilaterales,territorio%20del%20otro%20Estado%20Parte>.

Ahora bien, para que una inversión extranjera se tenga por existente en el Estado que la recibe, un nacional de las partes debe tener bien sea la propiedad o el control directo de esa compañía, entendiendo esto como quien ejerce el poder efectivo de dirección de los negocios sociales y se vincula con la participación social⁵, de ahí radica la importancia de la determinación de la nacionalidad, ya que se podrá contemplar garantías o protecciones jurisdiccionales previstas en distintos acuerdos en virtud de esta.

Por lo general, tanto el Convenio CIADI como los TBI realizan renvíos a las legislaciones correspondientes para evaluar conforme a la misma, la definición que se tenga por nacionales, y de ella será labor entonces del tribunal arbitral de inversión, determinar si un inversor por el solo hecho de ser nacional de algún Estado, puede contar con los beneficios de ese Acuerdo.

a. Situación de los dobles Nacionales en el contexto de las Inversiones Internacionales.

El artículo 1 de la Convención de La Haya de 1930, establece que la legislación sobre nacionalidad de un Estado debe ser reconocida y respetada por los demás Estados⁶.

Si bien, dentro del principio de soberanía, cada Estado puede determinar de manera libre cuales son los criterios de atribución de la nacionalidad según su criterio, no necesariamente dicha nacionalidad puede o debe ser reconocida para surtir efectos de cara a determinados procesos internacionales, esto con base en el principio de la nacionalidad efectiva, ya que la sola existencia de una nacionalidad extranjera no basta para producir efectos internacionales⁷, al respecto Carlo Santulli establece: “*no estará obligado a respetar las obligaciones*

⁵ Noelia Giselle Dorin, *Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional*. (Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “DEMOCRACIA Y DERECHOS”)

⁶ Convenio de La Haya de 1930, Artículo 1, concerniente a ciertas cuestiones relativas a los conflictos y leyes sobre nacionalidad “*pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité*”

⁷ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

*internacionales, algunas de ellas, que de otra forma se desprenderían del vínculo personal con el Estado de nacionalidad.*⁸”

Bajo el análisis de la *ratione personae*, los nacionales de un Estado no pueden presentar reclamos contra ese Estado ante tribunales arbitrales internacionales; sin embargo, es menester destacar que la *Lex Specialis* que siempre deberá ser tomada en cuenta es el Tratado Bilateral de Inversión que regule cualquier clase de situación entre esas dos Naciones.

En caso de no existir una exclusión expresa o mención a requisitos sobre doble nacionalidad, el Tribunal no tiene competencia para excluir a los dobles nacionales de la protección del Tratado. El hecho de que se incluya al CIADI en la cláusula de resolución de disputas, no debe ser considerado como una exclusión automática a los demás posibles centros, o tribunales ad-hoc; por lo que resulta imperante la revisión a cada cláusula y cada tratado en especial.

De acuerdo con estos requisitos, un inversionista que tenga doble nacionalidad, la del Estado contratante y del Estado que es parte dentro de la controversia no podrá ejercer sus derechos ante, por ejemplo, el CIADI, es menester desarrollar que el objetivo de estos criterios está enfocado en evitar una posible confrontación entre una persona y el Estado del cual es Nacional⁹.

II. SOBRE LA NACIONALIDAD Y SU EFECTIVIDAD

Por un lado, tenemos el principio de “la efectividad de la nacionalidad”, y por otro el llamado “principio de la nacionalidad efectiva”¹⁰. Mientras que el primero se basa en que la nacionalidad debe ser real y no solamente formal para que la misma pueda ser oponible en el ámbito del derecho internacional; el segundo es una regla de conflicto que se debe aplicar cuando estemos ante un conflicto positivo de

⁸ Carlo Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995): 6.

⁹ Giselle Dorin, *Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional*.

¹⁰ Texto del Tribunal ribunal CIADI, *Marvin Roy Feldman-Karpa vs. México. Feldman-Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI No. ARB(AF)99/1. 06 de diciembre del 2000, Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares, 31.

nacionalidades, en esos casos la nacionalidad de la persona será aquella “dominante” o “prevalente”¹¹.

Es importante recalcar que, en ambos casos, no se trata de excluir una nacionalidad por obligación, sino de determinar si la nacionalidad (principio de la efectividad de la nacionalidad) o qué nacionalidad (nacionalidad efectiva o dominante) producirá efectos jurídicos en derecho internacional.

Debemos distinguir entonces que en el caso de los doble nacionales, cuyas nacionalidades sean ambas partes de un TBI o del Convenio CIA-DI, deberemos analizar cuál de ellas prevalecerá para que los derechos y garantías contemplados en los acuerdos puedan ser efectivos¹².

No se discute la existencia de la nacionalidad, en cambio se evalúa de manera separada la eficacia internacional de esta; la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha reconocido que cada Estado es competente para delimitar de manera unilateral sus aguas territoriales; pero, la oponibilidad de dicha delimitación frente a los otros Estados está regulada por el derecho internacional¹³.

III. DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD EFECTIVA A EFECTOS DE LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

En reiteradas oportunidades, la CIJ ha señalado que, para que la nacionalidad, como elemento determinante, pueda producir efectos internacionales, debe ser efectiva¹⁴. Dicha efectividad, se determinará tomando en cuenta la residencia, los vínculos económicos, sociales,

¹¹ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

¹² Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

¹³ Texto de la Corte Internacional de Justicia, *Pêcheries, Reino Unido vs. Noruega*. Del 18 de diciembre de 1951, 132.

¹⁴ Texto de la Corte Internacional de Justicia Caso Nottebohm, *Liechtenstein vs. Guatemala*. Del 06 de abril del 1955, 23. Sobre: “(...) un Estado no puede pretender que las normas así establecidas por él sean reconocidas por otro Estado sólo si está en conformidad con este objetivo general de armonizar el vínculo jurídico de la nacionalidad con la vinculación efectiva del individuo al Estado que asume la defensa de los ciudadanos mediante la protección frente a otros Estados (...)”.

políticos, civiles y familiares de la persona¹⁵. En el supuesto de que no sean demostrables estos vínculos estrechos, los demás Estados podrán desconocer la nacionalidad en cuestión, por lo cual no será oponible en el ámbito del derecho internacional.

Por este motivo, los árbitros en materia de inversiones internacionales tienden a evaluar cuál es la nacionalidad efectiva de un inversionista, a efectos de conocer cuál será la aplicación de que tratados especiales, no se trata de excluir una nacionalidad, sino de determinar si la nacionalidad (con base en el principio de la efectividad de la nacionalidad) o qué nacionalidad (según la nacionalidad efectiva o dominante) producirá efectos jurídicos en derecho internacional¹⁶.

El principio de la efectividad de la nacionalidad restringe los efectos de la titularidad de una nacionalidad, por ejemplo, en el caso de Eduardo Olguín contra Paraguay, el Estado presentó una objeción a la competencia del tribunal arbitral, basándose en el hecho de que el demandante era un doble nacional tanto americano, como peruano, y el mismo estaba invocando el Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y Paraguay. El tribunal arbitral, luego de realizar un control de la nacionalidad efectiva (una revisión de la documentación que reflejara el vínculo) rechazó la objeción al determinar que la nacionalidad peruana era la efectiva¹⁷. La doctrina internacional, en general, mantiene la posición de los tribunales CIADI, que el principio de la efectividad de la nacionalidad no puede ni debe ser invocado para negar a un inversionista los derechos que le otorga un determinado Tratado Bilateral de Inversión.

Si bien los tratados internacionales de inversión, como por ejemplo el CIADI, otorgan una serie de derechos a los Nacionales de aquellos estados que firmaron un acuerdo de protección de inversiones entre ellos, la realidad es que en el Derecho Internacional, la nacionalidad

¹⁵ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*. Citando a: Caso Florence Strusky-Mergé. Comisión de Conciliación Italoamericana, laudo (10 de junio, 1955). 14 Recueil des Sentences Arbitrales, RSA, 247.

¹⁶ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

¹⁷ Eudoro A. Olguín vs. República del Paraguay. Caso CIADI No. ARB/98/5, laudo, 61 (26 de julio, 2001).

siempre se ha configurado como un elemento de suma importancia para la determinación y alcance de diversas obligaciones o consecuencias jurídicas en general, tal es el caso de la nacionalidad como un requisito absolutamente necesario para que los particulares de esos estados puedan gozar de determinados derechos.

Si bien cada tratado en materia de Inversión puede contar con diferentes maneras en las que se abarque el tema de protección a los doble nacionales, la realidad práctica es que la mayoría de estos tratados remite al convenio CIADI su base estructural, y es por este motivo que puede darse con mucha frecuencia que inversionistas aleguen ser nacionales de un Estado parte del Convenio CIADI para poder garantizar una determinada “Protección” a su inversión en virtud de algún tratado bilateral en el estado que recibe tal inversión.

Algunos autores señalan como elementos comunes de prueba de la nacionalidad, como los inversionistas presentan documentos como copias de pasaportes, o certificados de nacionalidad en su inversión; el problema se presenta cuando quienes administran justicia no se consideran atados a la documentación presentada por los inversionistas como partes, los mismos se consideran competentes para controlar la nacionalidad que haya sido invocada pero que sea correctamente adquirida¹⁸.

En virtud de ese control, los jueces y árbitros internacionales se aseguran de que la ley nacional del Estado en cuestión haya sido correctamente aplicada al momento de determinar si la persona ha adquirido válidamente o no la nacionalidad de ese Estado¹⁹.

Un ejemplo de esta situación es el caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*, donde el demandante, alegó tener la nacionalidad italiana y canadiense, invocando de esta forma el Tratado Bilateral de Inversión que había sido firmado entre Italia y los Emiratos Árabes para proteger su inversión. Hussein Nuaman Soufraki presentó copias de su certificado de nacionalidad italiana para alegar la misma, pero el Tribunal encargado,

¹⁸ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

¹⁹ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*., Citando a Carlo Santulli, *Irrégularités, internes et efficacité internationale de la nationalité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1995.

al hacer el control de nacionalidad, determinó que, según el derecho italiano, el inversionista había perdido su nacionalidad al naturalizarse como canadiense y por consecuencia, el certificado de nacionalidad no era una prueba válida que determinara la nacionalidad²⁰.

Luego, Soufraki solicitó la anulación de ese laudo al considerar que era competencia exclusiva de los tribunales italianos la determinación de su nacionalidad, aunque ya había sido certificada por las autoridades del Estado Italiano. Por lo que, en este caso, el comité de anulación centró su análisis en determinar si el tribunal arbitral se encontraba obligado, o no, a ceñirse por el certificado producido por las autoridades italianas.

La decisión del comité fue que los certificados no iban a ser tomados como válidos a efectos de la demostrar la nacionalidad efectiva del inversionista²¹.

(...) Un tribunal internacional llamado a aplicar las normas del derecho internacional basadas en el concepto de nacionalidad tiene la facultad de investigar la afirmación del Estado de que una persona tiene su nacionalidad. Sin embargo, esta facultad de investigación sólo debe ejercerse si las dudas vertidas sobre la supuesta nacionalidad no sólo no son manifiestamente infundadas, sino que son de tal gravedad que suscitan serias dudas sobre la verdad y realidad de esa nacionalidad (...) ²².

²⁰ Texto del CIADI, Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos. Caso No ARB/02/7, laudo, 67, del 7 de julio de 2004.

²¹ Texto del CIADI Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos. Caso No ARB/02/7, decisión sobre la solicitud de anulación, 71, del 5 de junio de 2007, sobre: “(...) Es un principio de derecho internacional generalmente aceptado que los tribunales internacionales, en el curso de la determinación de su propia jurisdicción, no solo están facultados, sino obligados a hacer sus propias conclusiones en cuanto a una nacionalidad impugnada, incluso frente a los documentos oficiales de nacionalidad proporcionados. por uno de los Estados Partes en el tratado que establece la jurisdicción[al] [competencia] del tribunal”.

²² Texto del CIADI, Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos. Caso No ARB/02/7, decisión sobre la solicitud de anulación, par. 28, del 5 de junio de 2007, Texto original: “An international tribunal called upon to apply rules of international law based upon the concept of nationality has the power to investigate the state’s claim that a person has its nationality. However, this power of investigation is one which is only to be exercised if the doubts cast on the alleged nationality are not only not manifestly groundless but are also of such gravity as to cause serious doubts with regard to the truth and reality of that nationality (...)”

Si bien esta decisión generó polémica por el debate de anular un acto jurídico de derecho interno que, además, pertenece al ámbito reservado de los Estados²³, se debe entender que el control y análisis para determinación de la nacionalidad efectiva recae sobre hechos que, según el derecho interno, deben realizarse para que la persona pueda adquirir o perder la nacionalidad y, en cuanto a la materia probatoria, los tribunales internacionales no se encontrarán obligados por el valor probatorio que un certificado de naturalización o de nacionalidad tenga respecto del derecho interno de ese estado²⁴.

IV. CONCLUSIONES

La protección de las inversiones es un tema sumamente delicado que los Estados deben procurar en todo momento, en aras de generar un ambiente de suficiente confianza tanto jurídica como en el mercado, para que su economía pueda desarrollarse libre y activamente.

Es por este motivo que el caso de los doble nacionales debe ser evaluado cuidadosamente, buscando simultáneamente que los inversionistas se sientan protegidos, pero que esa protección sea bajo derechos legítimamente adquiridos.

La existencia de la nacionalidad per se, dependerá del derecho interno de cada Estado, ahora, la eficacia internacional de esa nacionalidad dependerá de condiciones previstas en el marco del derecho internacional.

²³ Caicedo-Demoulin, Merizalde-Urdaneta, *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*.

²⁴ Texto de la Comisión de Reclamaciones FrancoMexicana, *Georges Pinson vs. Estados Unidos Mexicanos*, decisión del 24 de abril, 1928. 5 Recueil des Sentences Arbitrales, RSA, 371. “un tribunal internacional (...) puede establecer requisitos más estrictos que la legislación nacional, por ejemplo para poder desenmascarar las naturalizaciones obtenidas en fraude de ley, pero también puede contentarse con requisitos menos estrictos, en los casos en que, razonablemente, no puede no le parece necesario, para formarse su opinión, poner en marcha todo el aparato de la prueba formal (...) es mucho más lógico no vincular al tribunal a ningún sistema nacional de prueba, sino dejarlo en perfecto libertad para valorar las pruebas presentadas según las circunstancias...”. Shufeldt, *Estados Unidos vs. Guatemala*. Sentencia del árbitro (24 de julio, 1930). II Recueil des Sentences Arbitrales, RSA, 1083. “(...) sobre la cuestión de la prueba [...] puedo señalar que [...] está claro que los tribunales internacionales no son tan estrictos como los tribunales municipales, y no pueden estar obligados por las normas municipales en la recepción y admisión de pruebas. El valor probatorio de cualquier prueba producida corresponde al tribunal internacional decidir bajo todas las circunstancias del caso (...)”.

Es por este motivo que los tribunales arbitrales realizan la revisión de la nacionalidad efectiva y dominante, sin embargo, y con base en los principios y casos anteriormente expuestos, esta evaluación debería ser tomada de manera vinculante cuando se encamine a la protección del inversor, y no dejarla como argumento para desproteger a algún particular.

Es menester que cada caso sea evaluado de manera particular, tomando en cuenta no solo la inversión que se desea proteger, sino también el sistema justicia del Estado Receptor de la Inversión y de sí puede garantizar, o no, la protección a esta sin necesidad de hacer valer dentro del reclamo algún Tratado Bilateral de Inversión en razón de la doble nacionalidad del inversor, de igual forma, cuando algún Tribunal Arbitral en el ejercicio de sus funciones considere que no existen los elementos suficientes para poder vincular a un inversionista como nacional de algún Estado, si podrá limitar entonces el alcance de los Tratados competentes en esos casos, pues como ya se señaló, los tribunales internacionales no se encontrarán obligados por el valor probatorio que un certificado de naturalización o de nacionalidad tenga respecto del derecho interno de ese estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Dolzer, Rudolf; Stevens, Margrete; *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, Dordrecht, (1995).
- Eudoro A. Olgún vs. República del Paraguay. Caso CIADI No. ARB/98/5, laudo, 61 (26 de julio, 2001).
- Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos. Caso CIADI No ARB/02/7, decisión sobre la solicitud de anulación, par. 28 (5 de junio, 2007)
- Caicedo-Demoulin, José Joaquín; Merizalde-Urdaneta, Juan Felipe; *El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 41-82 (2009).
- United Nations Centre on Transnational Corporations, UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Doc. ST/CTC/65, Naciones Unidas, New York, (1998).
- United Nations Compensation Commission, UNCC, *Provisional Rules for Claims Procedure*, Naciones Unidas, New York, (1992).

