

EL ROL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. EL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN COLOMBO-VENEZOLANO 2023



VÍCTOR HUGO GUERRA*

“...la tutela jurisdiccional (...) no es un derecho absoluto del Estado, está establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos de los individuos. Si, ni el orden público, ni los derechos de los terceros están comprometidos en un conflicto, no se divisa razón valedera para que el poder público imponga los jueces ordinarios, ni el mecanismo procesal general, de suyo lento, engorroso, caro y con demasiada publicidad”.

RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA**

Resumen: En este artículo exploramos desde una perspectiva internacional y comparada la reciente (2023) celebración del tratado bilateral de inversión entre las Repúblicas de Colombia y Venezuela. Se trata de un nuevo intento de estas dos naciones de brindar un marco jurídico adecuado a la inversión privada, en tiempos de una alta convulsión política, económica y social, regional y global. Miramos los aspectos claves de este tratado en relación con un contexto más general de la

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Magister en Derecho Internacional y Comparado de esa misma Universidad. Magister en Leyes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Licenciado en Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela, y Técnico Superior en Comercio Exterior de la AVEX. Cursos de Secretario y de Amigable Componedor, dictados por la Cámara de Comercio de Bogotá, (Marzo-Junio 2020).

** Rafael Eyzaguirre Echeverría, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional* (Chile: 1981), 17. Citado por Ruben B. Santos Belandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)* (Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002), 19.

figura del arbitraje comercial internacional, como mecanismo alternativo de solución de controversias. Concluimos con nuestras reflexiones sobre el tema, pero en especial, con la idea de cómo los arbitrajes de inversión se deben sumar de manera clara al logro del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas Número 16: “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”.

Palabras clave: Inversión, arbitraje, comercio, tratados, integración, jurisdicción, ODS.

**THE ROLE OF INVESTMENT ARBITRATION
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS.
THE COLOMBIAN-VENEZUELAN BILATERAL
INVESTMENT TREATY 2023**

Abstract: In this article I explore from international and comparative perspectives the recent (2023) execution of the bilateral investment treaty between the Republics of Colombia and Venezuela. This is a new attempt by these two nations to provide an adequate legal framework for private investment, in times of high political, economic, and social, regional and global upheaval. I look at the key aspects of this treaty in relation to a more general context of international commercial arbitration, as an alternative dispute resolution mechanism. I conclude with our reflections on the subject, but especially, with the idea of how investment arbitration should be clearly added to the achievement of the United Nations Sustainable Development Goal (SDG) Number 16: “Peace, Justice and Solid Institutions”.

Keywords: Investment, arbitration, trade, treaties, integration, jurisdiction, SDG.

I. ASPECTOS PRELIMINARES.

Las relaciones entre países deben incluir sin duda y, especialmente, desde el surgimiento de los Estados modernos, un marco regulatorio capaz de brindar la seguridad jurídica a los actores sociales, tanto públicos como privados. Las fuentes internacionales del Derecho, como los tratados internacionales, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, hacen parte primordial de dicho esquema normativo.

Soy de la opinión que los tratados de protección y promoción de la inversión representan la versión postmoderna de los “tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación” de finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, auspiciados en nuestro continente primordialmen-

te por los Estados Unidos de América. Ello con la idea de regularizar las relaciones jurídicas y comerciales con las recién independizadas naciones americanas y proveer un marco jurídico mínimo que garantizara un respeto al estado de derecho.¹

Puedo afirmar entonces, que en nuestros países se ha procurado, desde nuestros orígenes como naciones independientes, brindar una seguridad jurídica, al menos teórica, a las relaciones económicas y comerciales. Infortunadamente, esta intención se ha enfrentado a los escollos de la inmadurez política, a la precariedad en el mejor uso y aprovechamiento de nuestros recursos, y a la fragilidad institucional de nuestros Estados.

Adicionalmente, los tratados de inversión juegan un rol primordial en la solución pacífica de controversias entre Estados y particulares, especialmente las personas jurídicas. Si bien el Estado es el sujeto principal del Derecho Internacional Público, las grandes corporaciones transnacionales también han adquirido un papel clave en las relaciones multilaterales actuales, y en la definición de la agenda global.² Así, la posibilidad de resolver jurídicamente las diferencias entre partes de la mano de un tercero experto, especializado, y neutral, escogido libremente por las partes, previene, en mi opinión, el uso de la fuerza para zanjar la controversia.

¹ Como Gran Colombia (1821-1831) se firmó el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con los Estados Unidos (1824) y otro con su Majestad el Rey del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (1825). Pero, Venezuela y Colombia, como naciones recién independizadas también firmarían, separadamente y por su parte, tratados de este tipo con otros países. Por ejemplo, Venezuela y Dinamarca (1864), la Nueva Granada y Ecuador (1856), Colombia y el Imperio de Japón (1908), entre muchos otros. Estos tratados bilaterales buscaban el reconocimiento político de nuestras naciones, a la vez que propiciaban el libre comercio, y en materia de justicia la solución pacífica de las controversias a partir del acceso a los tribunales de justicia ordinaria. Finalmente, vale la pena mencionar, uno de los primeros tratados firmados entre Colombia y Venezuela, el llamado Tratado Michelena-Pombo, en honor a los representantes plenipotenciarios que los suscribieron. Éste fue un convenio de amistad, alianza, comercio, navegación y límites, firmado en la ciudad de Bogotá el 14 de diciembre de 1833, entre el ministro plenipotenciario de Venezuela, Santos Michelena, y el secretario de relaciones exteriores de la Nueva Granada (actualmente Colombia y Panamá), Lino de Pombo, ver enlace https://www.venezuelatuya.com/historia/michelena_pombo.htm

² Dos ejemplos de esta importancia los podemos observar a partir del rol que las empresas transnacionales juegan en el llamado *World Economic Forum* <https://www.weforum.org/>, pero también, en el papel asignado a ellas en el Pacto Global de Naciones Unidas o UN Global Compact (...). https://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_global. Ver también el siguiente enlace <https://www.unodc.org/colombia/es/press/pactoglobal.html>

Por último, quiero cerrar esta brevísima introducción señalando que el presente artículo tiene por objetivo primordial dar una mirada a los aspectos claves del recientemente aprobado tratado bilateral colombo-venezolano de inversión, así como reflexionar acerca del rol que cumplen este tipo de instrumentos internacionales en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (“ODS”) y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, particularmente, el ODS 16. De manera que es un artículo que combina un análisis puramente técnico de las normas de este tratado, con una propuesta más principista acerca del papel que tienen estos instrumentos internacionales en la construcción de instituciones sólidas, la seguridad jurídica y, en definitiva, en el mantenimiento de la paz mundial.

II. TRATADO DE INVERSIÓN COLOMBO-VENEZOLANO 2023

A) *A manera de contexto...*

Para comprender mejor en dónde se inserta este nuevo tratado entre Colombia y Venezuela, estimo oportuno hacer una breve reseña histórica, acompañada de algunas precisiones de nuestra propia experiencia viviendo y trabajando en ambos países.

Colombia y Venezuela han compartido una historia común desde la época colonial, su proceso de independencia de España, los albores de vida republicana, conformación de una sola nación en el ideario de Bolívar y su sueño de la Gran Colombia (1821 a 1831) y, finalmente, su separación como naciones diferentes. Hemos tenido intentos de integración económica y libre comercio. Por ejemplo, el llamado Grupo de los Tres o “G3” (creado en 1994 y vigente para Venezuela hasta el 2006) y la Comunidad Andina de Naciones (creada en 1969 y vigente para Venezuela hasta el 2011).³

Si bien Colombia y Venezuela comparten fronteras marítimas y terrestres comunes, y lo natural hubiera sido que se aprovechara la cercanía territorial y las ventajas comerciales de ambas naciones para el

³ Víctor Hugo Guerra, *La salida de Venezuela de la CAN y el derecho humano a la participación. Gobernabilidad vs. participación, gobernanza vs. legalidad*. En: Estudios de Derecho Internacional Privado, Homenaje a Tatiana Maekelt. (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello y Escritorio Escovar León Abogados, Caracas, 2012) pp. 115 y ss.

crecimiento económico recíproco, lo cierto es que, desde el proceso de independencia en el Siglo XIX, nuestros países han seguido rumbos muy diferentes.

En el caso venezolano el boom petrolero, la ausencia de un conflicto armado interno de importancia durante el Siglo XX y la cercanía con los Estados Unidos, le dio a Venezuela un crecimiento económico importante y una estabilidad institucional relativa, compartiendo los venezolanos, si se quiere, el pragmatismo y la sencillez intelectual norteamericana. No pretendo negar la influencia europea en nuestras instituciones jurídicas, pero si desde un punto de vista comercial, me permito afirmar esa influencia “*yanki*” en el desarrollo de nuestra economía, y, por lo tanto, en la forma de abordar el conflicto social, y la manera de elaborar nuestras políticas comerciales.

Para Venezuela, sin embargo, las reglas del juego cambiaron, y los venezolanos nos hemos visto sometidos a un paradigma diferente a partir de la llamada “*revolución bolivariana*” liderada por Hugo Chávez y sus seguidores. Revolución que se materializa en la nueva Constitución bolivariana de 1999, enmendada en el 2009,⁴ y que ha estado acompañada del arsenal legislativo que se ha aprobado desde entonces.⁵ Un *mélange* ideológico, de una altísima conflictividad social; impregnado de la desarticulación de las instituciones políticas y democráticas tradicionales; de una elevada precariedad económica, que nos ha conducido, por más de dos décadas, a la migración masiva de venezolanos y a convertirnos en un Estado sin reglas de Derecho claras.⁶

⁴ El 15 de febrero de 2009 se realizó el referéndum y se aprobó la primera enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, con el único fin de permitir la reelección inmediata de los cargos de elección popular señalados en tales normas, de manera continua o indefinida, por ejemplo, presidencial, gobernador, alcalde, concejal, diputado, o rector.

⁵ Recomiendo la lectura de Albert Noguera Fernández, *El Asalto a las Fronteras del Estado*, (España: Editorial Trotta, 2023). En esta obra se analiza claramente la importancia que tienen las revoluciones como mecanismo de transformación social y el papel que cumplen los marcos constitucionales, pero también cómo ese fenómeno de cambio y transformación ya no es necesariamente válido en la forma estatal postmoderna.

⁶ De acuerdo con las cifras oficiales de la Agencia de las Naciones Unidas para Refugiados “ACNUR” para 2022 había más de 7.13 millones de refugiados y emigrantes venezolanos alrededor del mundo. Tengamos presente que la población venezolana a 2018, fecha del último censo oficial, no superaba los 24 millones de personas. Ver Víctor Hugo Guerra https://www.linkedin.com/posts/victor-hugo-guerra-hernandez-46984756_venezuela-democracymatters-colombia-activity-7026254379137519616-8E-L?utm_source=share&utm_medium=member_desktop

En el caso colombiano, la situación ha sido diferente. Colombia ha sido un país más rural, que ha vivido por años un proceso de violencia interna dramático.⁷ Fenómeno que ha estado combinado y vinculado al crimen transnacional organizado, especialmente a la narco-delincuencia. Un país fracturado no sólo geográficamente por sus tres cordilleras, sino también y, más profundamente, a partir de sus llamados “estratos” sociales. Los colombianos, a quienes el mundo les dio la espalda por mucho tiempo, se vieron obligados, si se quiere, a buscar un desarrollo endógeno y a procurarse de una modesta industrialización local.⁸

En mi opinión, y más que en el caso venezolano, en Colombia ha habido un mayor acercamiento al pensamiento europeo, quizás por la vocación de los colombianos hacia los estudios universitarios en ese Continente que, ciertamente, son económicamente más asequibles en sus matrículas que los norteamericanos. Esta tendencia europeísta ha contribuido a formar el carácter y naturaleza del quehacer en la administración de las instituciones colombianas. Adicionalmente, tengamos en cuenta que Colombia es un país primordialmente agrícola, en donde a diferencia del boom minero venezolano (petróleo, hierro, acero, etc.), su economía ha dependido de *commodities* de precios más modestos en los mercados internacionales, como el café y el cacao. No pretendo tampoco negar la influencia norteamericana en Colombia, la

⁷ Luego de más de cincuenta años de conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, “FARC”, el grupo guerrillero más grande de Colombia, se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a la violencia con ese grupo guerrillero. El Acuerdo busca impedir que haya más víctimas y concentrar todos los esfuerzos en construir una paz estable y duradera. Éste ha sido uno de los procesos de paz más significativos de Colombia. Ver <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/cartillaabcdelacuerdofinal2.pdf>

⁸ En conversaciones afables con mi colega David Quiroz, él ha llamado prudentemente mi atención acerca de la influencia más reciente de las políticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “CEPAL”, en Colombia. Precisamente, en materia de disminución de la dependencia externa de la economía colombiana, y la necesidad de procurar su desarrollo endógeno, con un objetivo primordial que es, justamente, mejorar las condiciones de inclusión rural del país. Colombia se unió a la CEPAL en 1963. Ver <https://www.cepal.org/es/noticias/cepal-promueve-colombia-fortalecimiento-politicas-un-desarrollo-territorial-inclusivo> (17 de junio de 2019). Quizás también sea importante recordar el carácter de los primeros colonizadores que ocuparon el territorio de la actual Colombia. Españoles que venían escapando de la crueldad de la persecución religiosa en Europa, y que se aislaron en comunidades apartadas del país, por ejemplo, en lo que hoy se conoce como el Departamento de Antioquia. Recomendando la lectura de Enrique Serrano, *Colombia Historia de un Olvido. Tres Siglos de un pueblo que surgió sin tirar una piedra*, (Colombia: Editorial Planeta, 2018), especialmente, Capítulo XIV.

cual también ha existido. Ello lo vemos, especialmente, en la formulación de las políticas públicas de seguridad interna y de lucha contra el narcotráfico, por ejemplo, en los llamados Planes Colombia. Pero también, en el ámbito comercial, a partir de la adecuación institucional, impulsada por el Acuerdo de Promoción Comercial o “TLC” celebrado entre Colombia y los Estados Unidos (2011).⁹

Los colombianos también gozan desde mi perspectiva de un mayor apego al formalismo en sus procedimientos, marcado, por el proyecto de país que viene desde la visión inculcada por uno de sus más ilustres próceres independentista y expresidente colombiano, Francisco José de Paula Santander (1792-1840).¹⁰

Colombia no escapó al denominado “triunfo de la izquierda” en Latinoamérica, al elegir a Gustavo Petro, como su presidente para el período presidencial 2022-2026, un exmilitante del “Movimiento 19 de Abril” o “M-19”.¹¹ Quienes hemos vivido en este país, el resultado electoral no es sorpresivo. Colombia reúne todas las condiciones sociales necesarias para un resultado de esta naturaleza. La gran pregunta ahora es ¿qué se viene al mediano y largo plazo para este país?¹²

⁹ Ver el texto del tratado en: <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-estados-unidos>.

¹⁰ Santander fue un hombre de leyes y de letras. Educado, que de no ser por los conflictos de la emancipación española hubiera podido terminar sus estudios de Derecho. Estuvo preocupado siempre por fomentar en Colombia el desarrollo de la educación y bajo su mandato se fundaron colegios que aun hoy siguen abiertos. Una de sus citas más famosas “*La Constitución hará el bien como lo dicta; pero si en la obediencia a la ley se encuentra el mal, el mal será*”, contenida en su discurso al asumir la vicepresidencia grancolombiana en 1821. Cita que da fe, en mi opinión, del carácter legalista -a veces extremista- de la institucionalidad colombiana. Recomiendo la lectura de David Bushnell, *I. La Imagen Problemática del Hombre de las Leyes*. En: *Ensayos de Historia Política de Colombia, Siglos XIX y XX*, (Colombia: La Carreta Editores, 2006), 11 y ss.

¹¹ El Movimiento 19 de abril o M-19 fue una guerrilla urbana que participó del conflicto armado interno de Colombia entre 1974 y 1990. Tras su desmovilización en 1990 se transformó en la Alianza Democrática M-19, la segunda fuerza política más importante en la Asamblea Constituyente de 1991, que diera origen a la actual Constitución colombiana. Gustavo Petro, como miembro de esta Alianza, fue electo para ser miembro de la Cámara de Representantes en las elecciones de 1991. Recomiendo la lectura de Guillermo Perry, *Decidí Contarlo. Conversaciones sobre cincuenta años de economía y política en Colombia*, (Colombia: Editora Géminis, 2019), especialmente, pp. 215 y ss.

¹² Recomiendo el excelente trabajo de Román D. Ortiz, *Gustavo Petro y Colombia: anatomía del colapso de un país*, <https://theobjective.com/internacional/2023-05-02/gustavo-petro-y-colombia-anatomia-del-colapso-de-un-pais/> (2 de mayo 2023).

En conclusión, no pretendo calificar de mejor o peor los procesos de Colombia y de Venezuela, simplemente han sido diferentes. Por lo tanto, y en mi opinión, ello explica que nuestras relaciones internacionales varíen de acuerdo con los presidentes de turno, en ocasiones son relaciones frías o menos frías, en otras son estables, pero incluso hemos tenido épocas de relaciones “no cordiales”.¹³ De allí, que en el marco de un “por ahora” las relaciones entre nuestros países sean más estables. Por ello, y gracias a la afinidad política entre Maduro y Petro, se negoció y celebró este tratado bilateral de protección de la inversión recíproca. Instrumentos internacionales que, por cierto, y en general, responden a la óptica jurídica capitalista de la promoción del comercio internacional.¹⁴

B) Análisis del Tratado

A principios del 2023, Colombia y Venezuela firmaron el Tratado bilateral para Promover y Proteger la Inversión entre ambas naciones (“**TBI**”). Un esfuerzo loable, que refuerza la importancia de la cooperación internacional para la protección legal de los inversionistas.

Así se reconoce en los buenos deseos señalados en el preámbulo de este TBI: “...DESEOSAS de reforzar y profundizar los lazos de amistad y el espíritu de **cooperación continua** entre las Partes; DESEOSAS de promover entre ellas una mayor **cooperación económica transfronteriza**, particularmente respecto de la inversión directa transfronteriza por parte de inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte...” (Resaltado nuestro).¹⁵

¹³ Ver artículo de la redacción de la BBC News Mundo (29 de agosto 2022), *Colombia y Venezuela: los momentos clave de una relación tumultuosa que ahora se reanuda*, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62716220> (Consultado el 23 de julio de 2023).

¹⁴ Estos tratados siguen en gran medida la lógica y principios establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, del cual Venezuela salió en 2012 y Colombia sí sigue siendo miembro activo. Ver <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

¹⁵ El texto del tratado puede consultarse en PDF en el siguiente enlace de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download> (Consultado el 23 de julio de 2023). También se puede consultar en PDF en la página oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos-1/venezuela/acuerdo-inversion-colombia-venezuela-febrero-2023.pdf.aspx>

Colombia, a la fecha de este artículo, había suscrito 19 tratados bilaterales de inversión con otros países, siendo el último uno firmado en el 2018. Mientras que Venezuela había suscrito 30, y no lo había hecho de nuevo desde el 2008. En el caso de este TBI, ambas naciones han sido cautelosas. Quizás se deba a la visión de una pérdida generalizada de las bondades de este tipo de tratados; o quizás por los altos costos que representan las condenas asociadas a un laudo de inversión desfavorable; o quizás por el mito de que estos tratados constriñen, excesivamente, la soberanía y la capacidad de los gobiernos para administrar libremente las inversiones.

En todo caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia reportó oficialmente la noticia de la firma de este TBI indicando que “...el tratado busca atraer inversiones para impulsar la industria complementaria de bienes y servicios... (y que) ...Se promoverá el desarrollo sostenible, la diversificación productiva, la formación de cadenas de valor y la creación de empleo calificado...”¹⁶

Al mejor estilo de este tipo de instrumentos internacionales bilaterales,¹⁷ su texto es relativamente corto, sólo contiene 17 artículos, entre los que se incluyen las clásicas normas de “No Discriminación” (Art. 5); “Trato Nacional” (Art. 6) y “Transferencia” (Art. 9), siendo este último de especial importancia para asegurar la repatriación de capitales del inversionista.

Ahora bien, este TBI contiene, en comparación con los tratados de inversión tradicionales, definiciones más restringidas de inversión, e inversionista, así como estándares más limitados del tratamiento nacional, la no discriminación, y la expropiación. Y se le ha reconocido, como aspecto innovador, haber acogido las recomendaciones de la

¹⁶ Ver noticia Colombia y Venezuela firmaron acuerdo para promover la inversión transfronteriza (4 de Febrero de 2023) en <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/comercio/colombia-y-venezuela-firmaron-acuerdo-inversion> (Consultado el 23 de Julio de 2023). En representación de las partes, firmaron este TBI el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Germán Umaña Mendoza.

¹⁷ En la edición del 9 de mayo de *Ámbito Jurídico* se publicó una muy buena síntesis de este TBI, escrita por nuestro colega Héctor Fernández. Ver “Primer tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Venezuela” enlace directo <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/primer-tratado-bilateral-de-inversiones-entre-colombia-y-venezuela>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).¹⁸

Son especialmente relevantes las normas que garantizan indemnizaciones, no discriminatorias y legales, en casos de nacionalización, expropiación y compensación por pérdidas (Arts. 7 y 8).¹⁹ Sin embargo, será en cada caso concreto que podremos apreciar el debido respeto y aplicación de estas disposiciones.²⁰

En materia específica de solución de controversias este TBI establece, de nuevo al mejor estilo de todo tratado de inversión, primero procurar alcanzar una solución pacífica y amigable entre las partes y de no lograrse se brinda entonces la posibilidad de escoger entre ir a la jurisdicción ordinaria (tribunales del Estado receptor de la inversión) o de acudir al arbitraje internacional (Arts. 11 y 12).

Para aquellos que son “pro-arbitraje”, prever la “opción” entre justicia ordinaria y justicia alternativa desmejora la necesaria promoción de la justicia alternativa. Sin embargo, se trata de un reconocimiento de la realidad en las distintas formas de administrar justicia, y que, en todo caso, dependerá de la decisión y voluntad que exista en cada situación concreta para solucionar eficientemente el conflicto.²¹ Lo que no puede pasar, y no sería adecuado aceptarlo, es abusar de la “opción” para bien dilatar el proceso y la solución de la controversia o para migrar y

¹⁸ Ver Fernández, “Primer tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Venezuela”, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/primer-tratado-bilateral-de-inversiones-entre-colombia-y-venezuela>

¹⁹ De acuerdo con Confederación Venezolana de Industriales (CONINDUSTRIA <https://www.conindustria.org/>), las acciones adelantadas por el régimen chavista en la década comprendida entre 2002 y 2012 marcaron el grueso de los procesos de “nacionalización” y expropiación de empresas en ese país, llevando a que la cifra de empresas expropiadas ascendiera a 1.168. Esto condujo a una considerable reducción, y casi anulación, de la inversión extranjera en Venezuela, así como a un declive de los sectores productivos, en cantidad y calidad. Ver reportaje de la Revista Semana: *Venezuela. Este fue el total de empresas expropiadas por Hugo Chávez en Venezuela*, (20 de abril del 2022), en <https://www.semana.com/mundo/articulo/este-fue-el-total-de-empresas-expropiadas-por-hugo-chavez-en-venezuela/202211/> (Consultado el 23 de julio de 2023).

²⁰ De acuerdo con la data de CIADI, Colombia y Venezuela tienen actualmente pendientes 15 y 18 arbitrajes de inversión en este Centro, respectivamente. Ver <https://icsid.worldbank.org/es/casos/pendientes> (Consultado el 26 de julio de 2023).

²¹ Víctor Hugo Guerra Hernández, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?*, (Cali: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2022), 66 y ss.

acogerse a una de ellas, cuando los resultados de la otra no le sean favorables a una de las partes.

En el caso de la solución arbitral, este TBI prevé un tribunal *ad-hoc*, bajo las normas del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), en su versión original del 15 de diciembre de 1976.²² Actualmente existen cuatro versiones de este Reglamento, siendo la última versión la de 2021. Desconozco por qué no se hizo referencia a la última versión, pero al ser el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes un elemento esencial del arbitraje, nada obstaría para que éstas escogiesen la versión vigente del Reglamento al momento de la controversia.²³

Este TBI no consideró al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), lo cual es lógico pues el entonces Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, lo denunció en el 2012. Chávez dejaba así sin vigor el Tratado CIADI, por considerar que “los arbitrajes internacionales atentaban contra la soberanía nacional” y desconfiar de los procedimientos de dicho Centro.²⁴ Bueno, sin duda, los tiempos y los mandatarios han cambiado.²⁵

²² En palabras de la propia Comisión “...*El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consta de una amplia gama de normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes ad hoc, así como en arbitrajes administrados por instituciones...*” (Resaltado nuestro). Ver <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

²³ Shirley Sánquiz Palencia, *El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano*, (Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt y Universidad Central de Venezuela, 2005), 67 y ss.

²⁴ Daniel Pardo, *¿Por qué Venezuela tiene tantos pleitos con inversionistas internacionales?*, BBC Mundo, Caracas 6 octubre 2014, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141003_venezuela_exxon_ciadi_dp (Consultado el 27 de Julio de 2023).

²⁵ Venezuela ha suscrito diversos acuerdos que reflejan diferentes grados de integración económica. Estos incluyen Acuerdos de Alcance Parcial, de Complementación Económica y de Libre Comercio, siendo los más importante ALADI (desde 1981); la Organización Mundial del Comercio o OMC (miembro desde 1994); ALBA (fundador y miembro desde 2004); UNASUR (desde 2008); CELAC (desde 2011); y MERCOSUR (miembro pleno desde 2012); ver <https://connectamericas.com/es/content/conoce-los-acuerdos-comerciales-vigentes-en-venezuela>. Por su parte, Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones o CAN (desde 1969); la Alianza del Pacífico; Acuerdo de Complementación Económica con MERCOSUR (desde 2017); Acuerdo de Libre Comercio con los Estados AELC (EFTA) (desde 2011); e importantes tratados bilaterales de libre comercio con países como los Estados Unidos, México y el Reino Unido, entre otros; ver <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente>.

Por último, este TBI prevé la Denegación de Beneficios del instrumento a los inversionistas que no cumplan con los requisitos de su artículo 2 que consagra las definiciones del TBI, particularmente la de inversionista en su literal “b” (Art. 13). También refuerza el derecho que tienen Colombia y Venezuela de dictar las medidas ambientales y laborales razonables que consideren, pues el fomento de la inversión no se debe lograr en detrimento de tales temas (Art. 14). La cooperación internacional también se refuerza a través de la creación del Comité Conjunto, las consultas recíprocas sobre la interpretación del texto del tratado y el intercambio de información (Arts. 15 y 16).

El TBI entrará en vigor 60 días después de la fecha de la recepción de la última notificación hecha por las Partes²⁶ y tendrá una duración de 10 años, con una cláusula de supervivencia a la denuncia de cinco años (Art. 17).²⁷

Finalmente, uno no espera que los arbitrajes previstos en los tratados de inversión se activen pues la mejor controversia es la que no se tiene. Sin embargo, de ser necesaria su aplicación, espero que la implementación de este TBI Colombo-Venezolano sea efectiva, en medio de tanta necesidad de contar con un mejor estado de derecho en nuestras naciones. Tal y como se señaló al momento de su firma “Estamos reconstruyendo esta relación desde la institucionalidad y este acuerdo es uno de los aspectos que contribuye con ese objetivo. Con este buscamos

²⁶ A la fecha de culminación de este artículo (1 de septiembre 2023) este TBI no había entrado aún en vigor. Para el seguimiento de su vigencia recomendamos monitorear la página oficial del Ministerio Colombiano de Industria, Comercio y Turismo <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

²⁷ En materia de vigencia y terminación de los tratados internacionales siempre es relevante citar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En este particular, las normas contenidas en su Parte V *Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados*, y especialmente para este caso, su artículo 56. Ver archivo oficial de Naciones Unidas https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf y texto en español del tratado suministrado por la Organización de Estados Americanos en https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf. También se puede consultar la breve nota de doctrina del Prof. Por Karl Zemanek en <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf>. Esta Convención se encuentra vigente para Colombia y Venezuela, y sus soluciones constituyen, para algunos *ius internacionalistas*, principios generales del Derecho Internacional Público, por ejemplo, el *Pacta Sunt Servanda*; la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; y la *Bona Fide*. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, ha considerado que las soluciones de la Convención de Viena son Derecho Consuetudinario internacional al aplicarla a Estados no parte de la misma, por ejemplo, en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (I.C.J. Reports 1997, pág. 38, párr. 46)*.

establecer, mantener y consolidar un marco jurídico que facilite y promueva las inversiones directas transfronterizas”.²⁸

III. LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN COMO INSTRUMENTOS PARA PROMOVER LA PAZ MUNDIAL

Como lo adelantáramos en la introducción de este artículo, soy de la opinión que todo esfuerzo regulatorio, general o particular, que se haga en la esfera internacional o local, contribuye al objetivo último que es el mantenimiento de la paz mundial.

A partir de los procesos de descolonización y guerras de independencia, acaecidos en su mayoría durante el Siglo XIX y principios del Siglo XX, naciones como los Estados Unidos procuraron el establecimiento de un marco regulatorio internacional para la protección del estado de derecho, el libre comercio, y el efectivo acceso a la justicia. Ejemplo de esta regulación fueron por mucho tiempo, como hemos indicado, los llamados “tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación”. Así, estos instrumentos contienen por lo general una norma del siguiente tenor:

...los nacionales del Estado A en el Estado B y los nacionales del Estado B en el Estado A gozarán siempre de protección completa y continua en sus personas y propiedades, y tendrán derecho de libre acceso a los tribunales para sostener y defender sus derechos...²⁹

²⁸ Ver noticia en <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/comercio/colombia-y-venezuela-firmaron-acuerdo-inversion>.

²⁹ Es el caso del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1892 entre Colombia y Alemania. En su Art. 4 dispone: “*Los colombianos en Alemania y los alemanes en Colombia gozarán siempre de protección completa y continua en sus personas y propiedades, y tendrán derecho de libre acceso a los tribunales para sostener y defender sus derechos. Con este fin les será permitido en todas circunstancias emplear a los abogados, procuradores y apoderados de toda clase, admitidos por las leyes del país respectivo. En todos los procedimientos judiciales en que estén interesados, tendrán también el derecho de asistir tanto a los exámenes de los testigos y autos como a las resoluciones y sentencias de los tribunales, siempre que, según las leyes del país respectivo, la notoriedad de estos actos no sea prohibida. Por lo demás, respecto al procedimiento judicial, tendrán iguales derechos que los nacionales, sometiéndose a las disposiciones y condiciones establecidas por las leyes del país en que deban ejercerlos*”. (Resaltado nuestro). Ver enlace en https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/co-de/trt_co_de.pdf

Sin embargo, y a pesar de esta buena voluntad y marco regulatorio internacional, recordemos el famoso bloqueo naval de las costas del Caribe venezolano a principios de Siglo XX. Este fue un incidente diplomático ocurrido entre 1902 y 1903, en que las marinas de guerra del Imperio Británico, el Imperio Alemán y el Reino de Italia bloquearon nuestras costas y puertos principales, demandando el pago inmediato de las deudas contraídas por el gobierno venezolano con las compañías de sus connacionales.

El bloqueo finalizó con la suscripción del Protocolo de Washington, firmado en esa ciudad el 13 de febrero de 1903, gracias a la mediación de los Estados Unidos, que actuó como país neutral en la controversia.³⁰ Si bien la situación narrada anteriormente no llegó, por suerte, al conflicto bélico, fue sin duda un acto de amenaza bélica real y agresiva contra una nación joven recientemente independizada, y que culminó con actos civilizados en el marco del derecho internacional, con la firma del citado Protocolo, reiterándose la importancia de una solución pacífica de controversias.

Los tratados de amistad, comercio y navegación evolucionaron, en mi opinión, a lo que hoy conocemos como tratados bilaterales de protección y promoción de la inversión. Claro, hoy el contexto internacional es otro. El estado de desarrollo de las naciones es diferente, y han quedado atrás, al menos en su mayoría, los desplantes propios del resultado de las guerras de independencia y los procesos de descolonización.

Los tratados de inversión tienen además un foco específico que es la protección y promoción de las inversiones, obvio siempre dentro del marco de los temas comerciales y económicos. Otra diferencia importante es que estos tratados promueven la justicia alternativa, a través del arbitraje internacional de inversión, como mecanismo de solución de controversias, y no ante la jurisdicción ordinaria, como lo hacían los tratados de amistad, comercio y navegación. En mi opinión se trata, simplemente, de la evolución en la forma de acceder y administrar justicia en la actividad comercial.

Adicionalmente, el progreso de los “tratados de amistad, comercio y navegación” a los “tratados de protección y promoción de la inversión”

³⁰ Este Protocolo estableció que Venezuela pagaría a plazos sus deudas con el 30 % de sus ingresos aduaneros. Ver enlace en https://es.wikipedia.org/wiki/Bloqueo_naval_a_Venezuela_de_1902-1903.

se inserta hoy, en mi opinión, en el desarrollo e implementación de la medición de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, específicamente, en el *ODS* Número 16. Es decir, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”.

Hay que recordar que los ODS fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015 como un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad.³¹ De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo los 17 ODS u Objetivos Globales están integrados, es decir, que la acción en un área u objetivo específico afecta los resultados en otras áreas. Además, el desarrollo debe equilibrarse con la sostenibilidad social, económica y ambiental.³² A través de los mecanismos de cooperación internacional todos los países se han comprometido a priorizar el progreso de aquellos que están más rezagados. En mi experiencia en el sector privado transnacional puedo corroborar la importancia que tienen los ODS para el sector real, especialmente en el marco del llamado Pacto Global.³³

Ahora bien, en particular el ODS 16 tiene como aspecto primordial promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. En tal sentido, es un ODS que busca superar los conflictos, la inseguridad, la fragilidad estatal, y el acceso limitado a la justicia, aspectos que continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible, y en especial, para alcanzar la paz mundial.³⁴

³¹ Debemos reconocer que la pandemia de COVID-19 socavó el progreso que se había logrado en materia de desarrollo sostenible, especialmente en un aumento de la pobreza extrema, incremento de la delincuencia transnacional y crimen organizado, las desigualdades y la injusticia en el mundo entero. En el Foro Político de Alto Nivel de 2021, celebrado bajo los auspicios del ECOSOC, se debatió sobre las maneras de garantizar una recuperación sostenible y resiliente del COVID-19, que pusieran a las Naciones Unidas en condiciones de hacer realidad la Agenda 2030. Ver enlace <https://www.ohchr.org/es/sdgs/covid-19-and-2030-agenda-sustainable-development>

³² Ver enlace <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>

³³ El Pacto Global de Naciones Unidas es una iniciativa que promueve el compromiso del sector privado, sector público y sociedad civil a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: Derechos Humanos, Estándares Laborales, Medio Ambiente y Lucha Contra la Corrupción, así como contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Ver enlace <https://www.pactoglobal-colombia.org/pacto-global-colombia/que-es-pacto-global-colombia.html>

³⁴ Sólo a título de ejemplo, en el 2018 el número de personas que huyen de los diversos conflictos armados superó los 70 millones, la cifra más alta registrada por la Oficina del Alto

Si examinamos las metas medibles del ODS 16,³⁵ encontramos que éstas abarcan los siguientes temas:

- **16.1** Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.
- **16.2** Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.
- **16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.** (Resaltado nuestro).
- **16.4** De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada.
- **16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.** (Resaltado nuestro).
- **16.6** Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.
- **16.7** Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades.
- **16.8 Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial.** (Resaltado nuestro).
- **16.9** De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos.
- **16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.** (Resaltado nuestro).
- **16.a** Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en casi 70 años. Y, en el 2019, las Naciones Unidas registró 357 asesinatos y 30 desapariciones forzadas de defensores de los derechos humanos, periodistas y sindicalistas en más de 47 países. Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/> En suma, un panorama desalentador frente a la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

³⁵ Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia.

- **16.b** Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

De las diferentes metas anteriores hemos resaltado varias que nos parecen estar directamente conectadas con los objetivos propios de los tratados de inversión. Por ejemplo, la promoción del estado de derecho; la garantía del acceso a la justicia; la lucha contra la corrupción, que infortunadamente tanto permea en la jurisdicción ordinaria; la armonía en las relaciones entre los países desarrollados económicamente y los que están en vías de desarrollo; y el auspicio de la participación de éstos últimos en los mecanismos de gobernanza mundial, por ejemplo, como los que propone el Banco Mundial en el marco del CIADI.

Así, si bien estos tratados tienen como objetivo primordial atraer y promover la inversión extranjera, también es cierto que su objetivo más holístico es proveer un marco jurídico justo y transparente, que incluya los estándares reconocidos por el derecho internacional, asegurando reglas de juego claras y previsibles en las relaciones entre los particulares y los Estados. Se trata, en suma, de proteger el estado de derecho, promover la seguridad jurídica, y fortalecer la institucionalidad a través de marcos adecuados de solución pacífica de conflictos.

IV. PALABRAS FINALES

En su discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz, el economista y excelso ex Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan señaló que siempre había “intentado situar al ser humano en el centro de todo lo que emprendemos: de la prevención de los conflictos al desarrollo, pasando por los derechos humanos”³⁶.

Annan como diplomático fue capaz de darle el giro necesario que demandaba el sistema multilateral, representado por las Naciones Unidas, a los fines de poder encarar los retos del nuevo milenio, y teniendo

³⁶ Kofi Annan: Un eterno compromiso con la paz. En Revista Embajador, 24 de Septiembre de 2018. Ver enlace <https://revistaembajador.com/kofi-annan-un-eterno-compromiso-con-la-paz/>

presente que todo avance, incluyendo sin duda el avance tecnológico, debe tener como eje central al ser humano.³⁷

Por lo tanto, todo esfuerzo genuino que se haga para establecer un marco regulatorio adecuado y efectivo será siempre loable, y sumará a los esfuerzos globales e individuales tendientes a alcanzar la paz, la justicia y a tener instituciones sólidas.

En este contexto celebramos la firma en el 2023 del TBI Colombo-Venezolano, y también vemos con beneplácito que su texto siga, en líneas generales, el clausulado de los modelos de los tratados de inversión ya vigentes globalmente.

Sin duda, este tratado también refuerza la construcción del camino que en materia de arbitraje internacional se sigue desde mediados del Siglo XX, por ejemplo, a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958),³⁸ así como la gran cantidad de tratados de inversión auspiciados por el Banco Mundial y su Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Internacionales (Convenio del CIADI o de Washington, 1966), aun cuando este TBI Colombo-Venezolano no lo acoja expresamente.

Como hemos señalado, los tratados de inversión son, en nuestra opinión, una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación, y reconocen la necesidad de la cooperación internacional. Cada conflicto que se evite, o que se resuelva de manera amigable, o pacífica, como, por ejemplo, a través del arbitraje internacional de inversión, suma al logro de las metas de los ODS, especialmente al ODS 16, en tanto estos tratados de inversión procuran garantizar el acceso a la justicia, en este caso a la justicia alternativa, y como lo hemos dicho, promueven la seguridad jurídica, fortalecen nuestras instituciones, y respaldan la agenda de paz mundial.

Queremos concluir este breve artículo haciendo votos por esa paz, y para que las naciones, no sólo Colombia y Venezuela, puedan salir

³⁷ Recomendamos la lectura del libro “*The TransHuman Code: How To Program Your Future*”, autores Carlos Moreira y David Fergusson (Greenleaf Book Group Press, 4/06/2019 - 400 páginas). En esta obra se hace un excelente análisis de la importancia que tiene el ser humano como el centro de cualquier desarrollo tecnológico y de innovación.

³⁸ Ver enlace <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

adelante a pesar de los tiempos tan convulsos que nos ha tocado vivir durante las dos primeras décadas del Siglo XXI. La pandemia del COVID-19 (2019-2020), la primera de la era digital, fue un duro golpe a las metas de los ODS y a la Agenda 2030. Desde marzo del 2021, la guerra de Rusia contra Ucrania ha puesto en jaque al sistema multilateral y a la paz del planeta. El auge desmedido de la criminalidad transnacional y el crecimiento de las economías ilícitas que atentan contra la ya frágil estabilidad estatal. Sólo el comercio ilegal representa aproximadamente el 10% del consumo mundial, es decir, cerca de 464 mil millones de dólares americanos anualmente según cifras de la OCDE (2019). El escaso avance en la lucha contra la corrupción en un contexto mundial terriblemente violento, como lo revela el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional para el 2022.

En fin, la humanidad se debate hoy entre las grandes noticias positivas del Siglo XXI, como lo son aquellas enmarcadas en los avances tecnológicos de la Cuarta Revolución Industrial. Pero también se enfrenta a los embates de resabios primitivos que aún nos caracterizan como especie. Los tratados de protección y promoción de la inversión, como el TBI 2023 Colombo-Venezolano, hacen parte, sin duda, del primer grupo de noticias positivas, y dan fe de lo bueno que puede lograr el ser humano.