

El arbitraje y su importancia para el sector extractivo hidrocarburífero¹

Arbitration and its importance for the hydrocarbon extractive sector

MARIA GRAZIA BLANCO²

Venezuela

RESUMEN

Tratando de poner el foco de atención en el arbitraje, dentro de la actividad extractiva hidrocarburífera, hemos realizado algunos estudios, que nos han permitido consolidar algunas consideraciones y reflexiones cuyos fundamentos se encuentran en los cimientos de la doctrina nacional e internacional consultada y en una cantidad de casos prácticos revisados a tales efectos. Este análisis pretende lograr los argumentos que validen y reconozcan la importancia de esta institución dentro del sector de exploración, explotación y producción de hidrocarburos y gas en el mar, y para fortalecer los argumentos sobre el arbitraje internacional, cerramos nuestro análisis, con el caso venezolano, revelando las complicaciones y consecuencias que pueden

1 Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2023. Doi: <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n1.01>

2 Abogada egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y postgraduada en Derecho Marítimo y Negocio Naviero en la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante y la Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe, respectivamente. Socio fundador de la firma Bolinaga & Blanco Asesoría Marítima y Mercantil, C.A. Profesora en la Universidad Marítima del Caribe y la Universidad Central de Venezuela, en las cátedras de Seguro Marítimo y Riesgo de la Navegación respectivamente. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, ex- vicepresidente de la rama venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y ex directora de Legislación. Miembro titular del Comité Marítimo Internacional, Miembro de WISTA Venezuela, Miembro de la REDMANLA. Presidente del Consorcio. Costa Afuera. Conferencista y articulista a nivel nacional e internacional. Editora de la Revista MG Newsletter Maritimo. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-8769-8889>

generarse dentro de esta industria tan importante para la economía de los países.

Palabras claves: arbitraje internacional, arbitraje comercial, arbitraje de inversión, sector extractivo, hidrocarburos.

ABSTRACT

Trying to put the focus of attention on arbitration within the hydrocarbon extractive activity, we have carried out some studies that have allowed us to consolidate some considerations and reflections whose foundations are found in the foundations of the national and international doctrine consulted and in a number of practical cases. reviewed for such purposes. This analysis aims to achieve the arguments that validate and recognize the importance of this institution within the sector of exploration, exploitation and production of hydrocarbons and gas at sea, and to consolidate the arguments on international arbitration, we close our analysis with the Venezuelan case, revealing the complications and consequences that can be generated within this industry that is so important for the economy of the countries.

Keywords: International arbitration, commercial arbitration, investment arbitration, extractive sector, hydrocarbon and gas.

INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de definir nuestros objetivos, vamos hacer un primer ejercicio, resumir a los fines del lector, cuales son los pilares de la investigación realizada, el cual lo podemos sintetizar en dos ejes de trabajo: Primero: -Dar a conocer lo complejo de las actividades u operaciones dentro del sector extractivo hidrocarburo offshore y -Segundo: destacar la importancia que tiene la figura del arbitraje en la búsqueda de la solución de conflictos dentro de esta importante industria.

Para comenzar con este estudio, es pertinente considerar algunas de las razones que nuevamente han volcado nuestro interés en este mecanismo de solución de controversias reconocido a nivel mundial dentro del derecho internacional público y privado, así como en los ordenamientos jurídicos positivos de los Estados que están relacionados con el sector extractivo offshore, que se convierte en esta oportunidad, en el escenario central de nuestro análisis.

Tomando en cuenta la creciente atención pública en los temas de sostenibilidad, descarbonización y responsabilidad con el medio ambiente, debemos

reconocer que en la actualidad los gobiernos y las empresas están sometidos a unos nuevos desafíos y exigencias que aumentan con el paso del tiempo; prometiendo que no se detendrán, ya que existe un compromiso universal o una conciencia mundial de proteger el medio ambiente y reducir los daños derivados de las actividades humanas, especialmente, cobra relevancia dentro de este contexto, los proyectos y ejecuciones de contratos desarrollados dentro de la industria extractiva, distinguida dentro del mundo energético. La actividad offshore en aguas someras o mar adentro está asociada a riesgos o accidentes que comprometen al medio ambiente, pudiendo algunos traducirse en catastróficos. Esto nos ha llevado a concluir que: "sobre ella se ciernen problemas asociados a contaminación marina lamentables, pérdidas de vidas humanas, daños y perjuicios incalculables para las partes involucradas, así como la degradación del medio ambiente de alto impacto para sus destinatarios y otros riesgos emergentes que se deben cuantificar".³

En resumen, en el sector hidrocarburífero y de minería, el panorama se presenta con mayor escrutinio en cuanto a su impacto en el medio ambiente. Por eso, hemos comenzado a leer que "la creciente demanda de minerales críticos está contribuyendo a que se haga más hincapié en la mitigación del impacto ambiental de las actividades de exploración y producción".⁴ Pero además, el sector extractivo está asociado a problemas no solo de riesgos medioambientales, si no que se incluyen los sociales y de gobernanza que se perfilan como vitales a la hora de analizar este mundo energético.

En este sentido, estamos ante unas agendas internacionales que nos obligan a la transición verde, a hojas de rutas hacia el fortalecimiento de la sostenibilidad y de sistemas equitativos, eficientes. Por esta razón, los conflictos versaran sobre otros ejes, motivos o premisas, todos relacionados con la problemática de esta nueva Era.

Por otro lado, el arbitraje es una institución que une o vincula a diferentes actores sociales, comerciales, empresariales, industriales, financieros y políticos, por nombrar algunos de ellos. Es decir, nos referimos específicamente, a empresas multinacionales ligadas al sector y/o empresas licenciatarias, a los Estados receptores de inversión o propietarios de proyectos, así como, entidades financieras entre otros operadores jurídicos del mundo extractivo o energético.

El nexo comercial y legal entre estos actores, es diverso y muy sui géneris, ya que algunos actúan con *ius imperii* o basados en un derecho de soberanía

3 Maria Grazia Blanco . El Arbitraje internacional en la actividad extractiva mar adentro, caso venezolano. Revista *Mercojuris*. Año 2023. <https://www.mercojuris.com/56883/el-arbitraje-internacional-en-la-actividad-extractiva-mar-a-dentro-caso-venezolano-%E2%80%93-dra-maria-grazia-blanco/>

4 Impacto Ambiental de Las Actividades Extractivas", EITI, Agosto 1, 2021, <https://eiti.org/es/guidance-notes/impacto-ambiental-de-las-actividades-extractivas>.

y jurisdicción que se tiene sobre los escenarios –espacios acuáticos– que forma parte de los contratos o acuerdos establecidos entre las partes relacionadas con la actividad extractiva del petróleo y gas. Asimismo, debemos reafirmar que el arbitraje ha tenido un mayor protagonismo para la solución de controversias ligadas a este sector, perfeccionado sus normas y teniendo una mayor difusión entre los actores y operadores del derecho, el cual ya conocen las bondades de esta institución.

Igualmente, la exigencia de una vía arbitral es multifactorial, es decir, que puede establecerse o surgir por exigencias de una Ley o de un Tratado o Convenio Internacional; así mismo, por requerimientos de índole financiera para los grandes proyectos, o por peticiones de las partes involucradas en la actividad o asunto que se pretenden regular, entre muchas otras razones.

Por otro lado, "La jurisdicción arbitral no es equiparable a la jurisdicción ordinaria, ya que –entre otras diferencias– la función jurisdiccional es propia de la soberanía del Estado, mientras que la arbitral emana de un convenio privado. En efecto, atendiendo a que la potestad de administrar justicia por el Poder Judicial es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, para la solución de controversias en esta vía no se requiere de ningún tipo de pacto; situación distinta a lo que ocurre en el arbitraje, en la medida de que en el arbitraje sólo se vincula a las partes que convencional y expresamente se sometieron a él".⁵

Visto los presupuestos identificados supra y aceptándolo como fundamentales en el análisis que nos convoca en esta oportunidad, tenemos que considerar con la finalidad de ser eficientes en el estudio, las características de la industria extractiva offshore, por cuanto en ella se desarrollan operaciones especializadas y tecnificadas bajo un entorno hostil y peligroso dentro de un escenario marino, los espacios acuáticos de una nación. Uniéndose a esto, otra particularidad, que no se puede olvidar en nuestra investigación, nos referimos al manto de protección que recae sobre estos proyectos extractivos, vinculándose de forma directa con principios de soberanía, territorialidad, derechos de soberanía y jurisdicción que van a generar situaciones muy diferentes a las otras actividades que pueden realizarse en el mar y de allí, que puedan darse regulaciones o desregulaciones (lagunas o vacíos) que pueden complicar el estudio de cualquier conflicto legal que pueda surgir en las ejecuciones que se dan dentro de esta industria. Esto nos enfrenta con la extracción de recursos naturales provenientes del lecho marino regulada por leyes muy estrictas o, por el contrario, muy laxas. En definitiva, la actividad offshore suele reconducirnos a controversias entre

5 Mario Castillo Freyre, *Arbitraje y el Debido Proceso*. Volumen II Lima 2007. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/62AD24716F2D4C8605257CFD0061DE46/\\$FILE/ArbitrajeYDebidoProceso_Volumen2.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/62AD24716F2D4C8605257CFD0061DE46/$FILE/ArbitrajeYDebidoProceso_Volumen2.pdf)

los diferentes protagonistas de estos proyectos, –identificados supra–, no dejando de lado, la relevancia que reviste la responsabilidad de estos, frente al medio ambiente.

En múltiples ocasiones hemos destacado el peligroso vacío jurídico que se cierne sobre el sistema legal nacional e internacional con relación a esta materia, por lo que hemos invocado la necesidad de una Convención Internacional. Asimismo, hemos tratado de destacar lo complicado o complejo que puede ser esta situación tomando en cuenta que, pudiera ensombrecer el panorama, no solo con relación a la responsabilidad del Estado comprometido con el desarrollo de esta industria extractiva, sino también con respecto a las empresas licenciatarias, Estados Costeros y demás partes involucradas con estos planes de desarrollo. Pudiendo citar como ejemplo, los accidentes acaecidos en los años 2009 y 2010 con la plataforma Montara y la Deepwater Horizon.⁶

Dentro de un mundo extractivo offshore, caracterizado por unas particularidades, algunas comentadas con anterioridad, y donde se destacan consecuencias positivas y negativas. Pero siendo a la vez una industria marcada por una importancia desde el punto de vista económico, ya que atiende a la demanda energética mundial y a los planes de desarrollo de los países. El arbitraje se convierte, en una opción válida y efectiva por cuanto, puede implicar un procedimiento más rápido y eficaz, con menos costos; destacando, que las partes pueden hacerse representar por sus abogados naturales, estando así, libre de las limitaciones impuestas por el sistema judicial, rompiendo con las barreras de índole procesal que pueden existir en torno a este punto. En conclusión, en comparación con la vía judicial o contenciosa, se le atribuye cualidades más flexibles, convirtiéndose en un proceso informal, eficiente, donde se pueden disminuir los costos procesales y demoras asociadas a los procesos judiciales.

Además como se afirma, en el mercado internacional, ya no basta contar con infraestructura y estabilidad financiera; es indispensable garantizar que las inversiones gozarán de seguridad jurídica y que los Estados receptores de inversión cuentan con sistemas jurídicos propicios para estimular el libre comercio internacional y satisfacer sus demandas⁷.

6 Maria Grazia Blanco, El Arbitraje internacional en la actividad extractiva mar adentro, caso venezolano. Revista *Mercojuris*. Año 2023. <https://www.mercojuris.com/56883/el-arbitraje-internacional-en-la-actividad-extractiva-mar-a-dentro-caso-venezolano-%E2%80%93-dra-maria-grazia-blanco/>

7 OAS Cataloging-in-Publication Data. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: 9. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

Una vez destacada sus principales características, debemos aseverar que el arbitraje ha sido definido en la doctrina como un método de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción ordinaria (tribunales), en tal sentido, se pudiera afirmar que es el procedimiento por el cual las partes deciden someter a un tercero imparcial (árbitro) la resolución de la controversia, (contractual o extracontractual), mediante el dictado de una resolución (Laudos) que pondrá fin al procedimiento y tendrá eficacia de cosa juzgada.⁸

Y como lo ha señalado Didier Operti Badan:

No debemos mirar este tema "desde una perspectiva de antagonismo o sustitución sino de ampliación de la oferta de una justicia, en sentido amplio, sujeta a reglas de derecho y valores no superiores ni inferiores a los que garantiza una sociedad cimentada sobre bases democráticas y con un Estado de Derecho sólido y garantista".⁹

Dentro de la jurisprudencia española se destaca el criterio del Tribunal Constitucional, quien define al arbitraje como: "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada" (Sentencia 288/1993, del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1993).¹⁰

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL–Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional- referida al Arbitraje Comercial Internacional–señala en su art. 7 una definición sobre los acuerdos arbitrales, que refirman las cualidades de este proceso: "el acuerdo de arbitraje es aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"¹¹. Igualmente, consolida que del proceso arbitral resultan decisiones que están fundamentadas en la voluntad de las partes y que además pueden versar sobre variados asuntos, evitándose tiempos prologados y engorrosos procedimientos jurídicos.

8 Asociación Europea de Arbitraje, Blog AEA. Qué es el arbitraje. Blog AEA. org. <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/que-es-el-arbitraje->.

9 OAS Cataloging-in-Publication Data. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: 43. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

10 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org. visitada el 26 de julio de 2023 <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/que-es-el-arbitraje-aea/>

11 Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. ISBN 978-92-1-333392-1. New York .2008. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

De acuerdo a la doctrina revisada, el desarrollo del arbitraje en el derecho nacional e internacional nos ha conducido a revisar varios tipos de arbitraje, por ejemplo según la forma de administración, nos encontramos con el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc o no administrado. Entendiéndose, –por arbitraje institucional– aquel que se ejecuta en y por una institución, que gestionará y administrará el arbitraje, generalmente, mediante su propio reglamento y con los árbitros pertenecientes a dicha institución.¹²

El arbitraje ad hoc, por el contrario, no se somete a una institución pero sí a un reglamento, que marque con precisión las normas por la que se regirá el proceso, sino que las normas las decidirán las partes o, a falta de acuerdo, el árbitro designado o el tribunal arbitral.

Dentro del mundo del arbitraje y de acuerdo a los especialistas consultados, es regular o común incluir una cláusula arbitral dentro del contrato o acuerdo, donde se estipula y aceptan, las normas de un tribunal arbitral (aunque no se sometan a su administración institucional). Es decir, en este caso, sólo puede implicar la aplicabilidad de sus reglamentos sin intervención del tribunal o del Centro de Arbitraje. Además, también puede significar el establecimiento de las pautas básicas que regirán el procedimiento en caso de conflicto, a saber : elección del idioma, número de árbitros, especialidad de los mismos, domicilio donde se llevará el arbitraje, entre otros.¹³

Para conceptualizar el arbitraje ad hoc, vamos a utilizar a la RAE: quien lo define como un "Arbitraje en el que las partes no difieren su administración a un centro especializado y permanente, sino que lo administran por sí mismas y a través de las decisiones del árbitro o del tribunal arbitral que resulten nombrados¹⁴". Es decir, es una genuina manifestación de la autonomía de la voluntad a la hora de determinar con un litigio presente o eventual, cómo desean que sea solucionado. Esto es igualmente aplicable al arbitraje institucional. En resumen, los involucrados podrán decidir de común acuerdo el idioma, el lugar del arbitraje, el árbitro o especialidad del mismo para dirimir la controversia, los plazos, las fases del procedimiento arbitral entre otros particulares, con las únicas limitaciones de materia, como el orden público o las materias arbitrables, y el respeto a los principios de igualdad de las partes, audiencia y contradicción.¹⁵

Visto desde la existencia o no del elemento internacional, se les confiere el nombre de arbitraje internacional, o arbitraje nacional o doméstico. El primero de ellos, es muy común y habitual, para las empresas o corporaciones,

12 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org (...)

13 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org (...)

14 .Rae, "Definición de Arbitraje Ad Hoc–Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico–Rae", Diccionario panhispánico del español jurídico–Real Academia Española, vista el 23 de junio de 2023, <https://dpej.rae.es/lema/arbitraje-ad-hoc>.

15 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org (...)

debido a que suelen ser de países, culturas, legislación e idiomas distintos. Siendo el arbitraje una figura que permite dirimir controversias o disputas bajo un espacio de neutralidad que no siempre se alcanza en la jurisdicción contenciosa local.¹⁶

De conformidad a las normas aplicables, se nos develan otros tipos como el arbitraje de equidad y el arbitraje de derecho. El primero de ellos, está caracterizado por que el árbitro emite el laudo según su leal saber y entender y no se exige que sea un abogado en ejercicio ni debe motivar el laudo en derecho. Mientras que en el segundo, –el arbitraje de derecho– los árbitros, salvo acuerdo de las partes en contra, serán abogados en ejercicio, y el laudo debe estar debidamente motivado y argumentado en derecho. En ausencia de pacto, se entiende que las partes han pactado arbitraje de derecho.¹⁷

En este estudio vamos a revisar más adelante y de una manera más profusa, otros tipos de arbitrajes –el comercial y de inversión–, toda vez que están relacionados con la actividad extractiva offshore.

SECTOR EXTRACTIVO

Para tratar de conocer las particularidades del sector extractivo deberíamos parafrasear a Diana Bernal quien señala:

“La industria extractiva y el derecho internacional de inversiones en su operatividad tienen que encontrarse con el derecho nacional del Estado de acogida de la inversión, ya sea de derecho civil o de derecho anglosajón, algunos estables, otros variables; algunos pro-inversor, otros pro-Estado”.¹⁸

Concluyendo:

“Al mismo tiempo, a nivel internacional el sector global de las extractivas es regulado a través de pautas cuyas cuestiones crean los aspectos fundamentales del alcance de las obligaciones de los tratados de inversiones, de las resoluciones de las controversias resueltas a través de arbitraje internacional y, por ende, de la creación del derecho internacional de inversiones”.¹⁹

Para la especialista:

“Los estándares internacionales sirven como marco de la mejor práctica tendiente a obtener un cambio y desarrollo sostenible en la industria minera, energética, petrolera y metalúrgica. Tales estándares han sido creados con el objetivo de que todas las compañías –miembros y no miembros de las

16 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org (...)

17 Asociación Europea de Arbitraje. Qué es el arbitraje. Blog AEA.org (...)

18 Diana Bernal, Ciar Global . Múltiples Demandas, Corrupción y TPF, Retos del Arbitraje en el Sector Extractivo. CIAR GLOBAL. Año 2019. visitada 9 de julio de 2023. <https://ciarglobal.com/diana-bernal-multiples-demandas-corrupcion-y-tpf-retos-del-arbitraje-en-el-sector-extractivo/>

19 Diana Bernal, Ciar Global . Múltiples Demandas (...)

distintas instituciones o entidades que los promueven— los implementen como principios completos y de manera transparente en el reporte de sus actividades". Lo interesante a destacar, es que la autora, considera que hay una ausencia de un compendio de las pautas normativas necesarias para la industria extractiva, para el desarrollo de su actividad dentro de un marco de soft law, hard law, franja intermedia, y decisiones jurisprudenciales.²⁰

Siguiendo con los argumentos de Bernal, es importante referir que en el derecho internacional de inversión existen aspectos sustantivos, procesales, así como, derecho minero-energético y por supuesto hay un grupo de normas que hacen referencia a la solución de controversias de conflictos derivados de las actividades extractiva que se encuentran insertas en derecho local, en el derecho internacional y en los estándares internacionales que regulan el sector. Los estándares internacionales, sirven como marco de la mejor práctica tendiente a obtener un cambio y desarrollo sostenible en la industria minera, energética, petrolera y metalúrgica.²¹

Por otro lado, Rosales cita Burchardt, Dietz, Gudynas y Veltmeyer:

"Con el boom en el mercado global de los commodities y el surgimiento de gobiernos de corte progresista en Suramérica, diversos autores han analizado el fortalecimiento de la dependencia extractiva en la región durante los primeros lustros del siglo XXI. El denominado neoextractivismo denota nuevas formas de captación de rentas, con el apoyo de capitales extranjeros, para la satisfacción de necesidades de la población y la legitimación de los propios procesos de extracción de recursos naturales".²²

En la doctrina examinada se destaca que en la actividad extractiva se ha registrado un aumento de conflictos sociales y medioambientales, especialmente en América Latina como resultado de la mayor extracción de recursos naturales y esto ha impulsado nuevas maneras de encarar estos conflictos en la región.²³

Por lo que en principio la actividad extractiva está asociada a situaciones coyunturales a nivel mundial, por ejemplo: Caso de África, donde se registraron conflictos por la contaminación de petróleo en el delta del río Níger y la contaminación causada por la minería de pequeña escala en Tanzania. Asimismo, en Botsuana, Ghana, Namibia y Tanzania la degradación de los medios de vida locales y el desplazamiento terminaron en conflictividad.

20 Diana Bernal. Ciar Global. Múltiples Demandas, Corrupción (...)

21 Ibidem

22 Antulio Rosales. El agotamiento del modelo de neo-extractivismo en Venezuela: causas económicas y sus implicancias globales. 2018 . Pensamiento Propio 47. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2018/09/008-Rosales.pdf>

23 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave. Industria extractiva y manejo de conflictos, Grupo de Análisis para el Desarrollo, Grade Org. 2014. <https://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/EICM.pdf>

Si nos vamos a Asia, observamos conflictos socioambientales en diversas localidades extractivas como en Indonesia, Papúa Nueva Guinea, Filipinas y Tailandia, e incluso conflictos armados transnacionales por la minería del oro, como por ejemplo en India.²⁴

Ahora estos conflictos no son propios de Asia, Europa o África, si realizamos un vistazo a América Latina, encontraremos conflictos relacionados con el desarrollo de la industria extractiva; contemplando la confrontación con el Estado y las corporaciones privadas por el uso de la tierra, la contaminación ambiental y la distribución de los ingresos. Por lo que la gran pregunta es: "Cómo entender, prevenir y manejar escenarios de conflicto en el contexto de la expansión de la industria extractiva, siendo esta un tema complejo y específico para los países de América Latina"²⁵.

Para Damonde, Kuromoto y Glave:

En la búsqueda de una respuesta a este cuestionamiento afirman: "América Latina se caracteriza por el impulso para abrir nuevas fronteras para el desarrollo de actividades extractivas. La región andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) es un ejemplo de la expansión agresiva de la industria extractiva. Y para confirmar el argumento nos presentan las siguientes cifras: En Perú, 64 bloques de hidrocarburos cubren más del 70% del territorio amazónico del país, 11 de los cuales se superponen con áreas protegidas y 58 con comunidades indígenas. En Ecuador, dos tercios de la Amazonía están zonificados para la expansión de los hidrocarburos. En Bolivia, 55% del territorio nacional está conformado por zonas de potencial para la explotación de hidrocarburos que han sido asignadas a la compañía petrolera estatal YPF para su exploración, y que se superponen con áreas naturales protegidas y territorios indígenas"²⁶.

Tal como señala Bebbington citado por Damonde, Kuromoto y Glave:

"el medioambiente se ha convertido en un terreno de contienda y movilización social que influye en la política y que es al mismo tiempo un vehículo y un objetivo de la política contenciosa"²⁷.

"En la actualidad, las industrias extractivas son negocios altamente rentables gracias a los crecientes volúmenes de producción, menores costos de producción y precios altos de las materias primas a niveles históricos"²⁸.

En este punto podemos concluir, que el sector extractivo minero, energético y petrolero es un escenario que se nos presenta con grandes cambios en cuanto a su desarrollo y con ciertas complejidades que pueden derivar

24 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave, (...)

25 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave, (...)

26 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave, (...)

27 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave, (...)

28 Gerardo Damonde, Juana Kuromoto, Manuel Glave, (...)

en conflictos debido a factores multifactoriales donde destacan, la falta de transparencia, la corrupción y violencia en los proyectos extractivos. Pero además, queda muy claro que la ausencia de normas bien definidas, son el obstáculo mayor para la solución de las disputas que se ciernen entre las partes luego de suscritos los acuerdos.

Pero una vez analizado el mundo extractivo debemos redirigir nuestra atención a la industria extractiva hidrocarburífera que constituye nuestro eje central.

Y para ello, vamos a considerar el trabajo de Piñero, quien afirma con especial vehemencia:

"La exploración y explotación de hidrocarburos costa afuera o aguas afuera (offshore) está expandiéndose en América Latina y el Caribe como parte de una estrategia gubernamental y empresarial que implica la continuidad de la industria del petróleo y del gas, combustibles fósiles cuyo uso agrava la crisis climática mundial".²⁹

Para Piñero:

"El avance de la actividad offshore de hidrocarburos implica también riesgos de daños graves para el océano, el mayor regulador climático del planeta, así como para la vasta biodiversidad que alberga y para los modos de vida de comunidades costeras".³⁰ "A nivel mundial, las reservas de hidrocarburos costa afuera representan el 30% del total y se concentran en aguas superficiales de hasta 125 metros, según investigaciones académicas. Los principales productores son Estados Unidos, México, Noruega, Brasil y Arabia Saudita. Estos países representan el 43% del total mundial. La expansión actual de la actividad en la región se desarrolla hacia extremos con mayor complejidad ambiental, en aguas ultra profundas, con pozos que superan los 1.500 mts de profundidad".³¹

Debemos señalar que bajo la visión de Piñero:

"La autorización de nuevos proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos costa afuera profundiza la dependencia del uso de combustibles fósiles y promueve su permanencia". Para el autor, esta expansión representa un retroceso frente a las acciones urgentes que el mundo requiere actualmente para evitar un calentamiento global con consecuencias catastróficas y constituye además un obstáculo para la transición hacia sistemas energéticos sostenibles, basados en fuentes renovables y respetuosos del ambiente y de las personas".³²

29 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos offshore resistencia a una amenaza creciente. AIDA. Año 2023. Visitada el 9 de agosto de 2023, <https://aida-americas.org/es/blog/explotacion-de-hidrocarburos-offshore-resistencia-a-una-amenaza-creciente>

30 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

31 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

32 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

En resumen:

"Con ayuda del litigio estratégico y del ejercicio de la participación ciudadana, estos casos representan la oportunidad de sentar precedentes importantes a nivel nacional e internacional para la protección del ambiente, el clima y los derechos humanos frente a los daños de la explotación de hidrocarburos costa afuera".³³

El interesante artículo de Piñero, agregan otros elementos que obligatoriamente tendremos que analizar. Él, de forma sucinta, cita varios casos donde se ejemplifican algunos aspectos que deben considerarse a la hora de examinar la actividad extractiva offshore, en esta ocasión vamos a resaltar uno de ellos, –Caso Guyana–, que desde principios de la década de 2000, se convierte en un país con grandes reservas de petróleo y gas en el mar, en la llamada cuenca Guyana Surinam. Este país sudamericano de acuerdo a sus reservas ha decidido expandir sus reservas gasíferas. Ahora la producción de gas offshore en este país, es objeto de controversia debido a las preocupaciones que se ciernen en materia ambiental y de seguridad. En el análisis de la situación planteada en esta región, destaca, "una decisión judicial que rechazó el intento de la multinacional ExxonMobil y del gobierno de disolver el compromiso escrito que obliga a la empresa a correr con todos los gastos de limpieza, restauración y compensación de daños por cualquier derrame de petróleo en sus operaciones en alta mar. En el caso concreto se determinó que ExxonMobil está violando el permiso otorgado al proyecto Liza 1 –el cual exige presentar garantías financieras en caso de derrames y accidentes– y que los reguladores ambientales de Guyana no están haciendo cumplir las condiciones de la autorización".³⁴

Para Piñero, la actividad extractiva offshore de hidrocarburos en el mar puede implicar la vulneración de compromisos internacionales, entre ellos los asumidos por los Estados bajo la Convención de Diversidad Biológica, la Convención sobre Derecho del Mar de la ONU y la Convención sobre Especies Migratorias. En este sentido, se incorporan otros conflictos que se pueden presentar tomando en cuenta que "la expansión de esta industria significa además el incumplimiento de los compromisos de países de la región de reducir sus emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero, así como de adoptar medidas orientadas al manejo de ecosistemas clave como el marino, contenidos en la Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París".³⁵

Desde su perspectiva, estos escenarios "constituyen oportunidades clave para que los tribunales y otros órganos de toma de decisiones generen

33 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

34 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

35 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

precedentes ejemplares para el hemisferio en materia de protección del ambiente y los derechos humanos, especialmente frente a la crisis climática y de biodiversidad que atraviesa el mundo".³⁶

En este sentido, Piñero nos obliga a poner la mirada en el futuro y a no olvidar dos aspectos primarios en nuestros tiempos –el Cambio climático y los Combustibles fósiles–.

Entendiendo, como lo reveló el Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales del año 2020 que:

"Los océanos cumplen un rol esencial para el funcionamiento del planeta y la vida en él, ya que son uno de los principales sumideros de carbono y son capaces de capturar prácticamente un tercio del dióxido de carbono antropogénico emitido a la atmósfera. Se calcula que alrededor del 90% del calor resultante de esas emisiones es absorbido por los océanos, y además contienen aproximadamente la mitad de la productividad primaria anual global".³⁷

En el citado documento queda robustecido el argumento con lo expresado por (IPCC, 2021):

"Los combustibles fósiles están asociados al calentamiento global. La quema de combustibles fósiles (petróleo, gas y carbón) es la mayor fuente de emisiones de dióxido de carbono (CO₂) a nivel mundial y, por tanto, el principal motor del cambio climático global. Dado que los combustibles fósiles son la fuente de energía primaria más utilizada a nivel mundial, el sector energético es responsable de casi tres cuartas partes de las emisiones que ya han aumentado la temperatura media global en 1,1 °C desde la era preindustrial".³⁸

Es elemental considerar que en el documento en análisis, se establece lo señalado por la Agencia Internacional de la Energía –IEA– en el 2021 y donde se reafirma la finalidad de consolidar una respuesta mundial a la crisis climática. En el 2015, un importante número de países firmaron el Acuerdo de París. "En su hoja de ruta para alcanzar la carbono neutralidad a 2050, –IEA, por su sigla en inglés–, concluye que no hay lugar para el desarrollo de nuevos proyectos de explotación de yacimientos de petróleo, gas ni nuevas centrales térmicas a carbón a partir de 2021 si se quiere alcanzar el objetivo de 1,5 °C. Asimismo, la demanda de combustibles fósiles debería alcanzar su punto máximo en 2025 si los países pretenden cumplir con sus compromisos climáticos".³⁹

Y determina este interesante informe:

36 Santiago Piñero. Explotación de Hidrocarburos (...)

37 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN ¿La apertura de la última frontera extractiva fósil? Junio 30, 2023 https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2022/01/DOC_OFFSHORE_links.pdf.

38 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN(...)

39 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN(...)

"se estima que la producción de petróleo habría alcanzado su punto máximo en 2019 (o bien se estaría acercando a la demanda máxima), conllevando a que grandes cantidades de reservas de combustibles fósiles – prospecciones que hoy se consideran económicamente viables– nunca se terminen extrayendo (BP, 2020). Por lo tanto, gran parte de las inversiones realizadas para la extracción de hidrocarburos corren el riesgo de convertirse en activos varados".⁴⁰

En el esfuerzo que se realiza al momento de concluir, se subraya en el informe de la FARN:

- "Todas estas estimaciones y proyecciones elaboradas por distintos organismos, expertos y autoridades en materia climática y energética concluyen que la explotación mundial de petróleo, gas y carbón debe empezar a disminuir inmediatamente y de forma pronunciada para ser coherente con la limitación del calentamiento a largo plazo a 1,5 °C e incluso 2 °C".⁴¹

- "Cualquier iniciativa extractiva hidrocarburífera debería inscribirse dentro de un plan de transición energética que incluya objetivos sociales, ambientales y económicos. La ausencia de una hoja de ruta que permita alcanzar los compromisos asumidos implica inversiones en recursos que pueden terminar como activos varados en unos pocos años, además de agravar la crisis climática".⁴²

Tratando de dirigir los vectores a nuestro centro de estudio, vamos a citar a la especialista Pinto Oliveros quien ha señalado: "La industria petrolera estriba en numerosas actividades separadas, pero interconectadas entre sí. De hecho, la cadena productiva de los hidrocarburos se encuentra compuesta por una sucesión de etapas consecutivas (upstream, midstream y downstream), en las que se realizan diversas actividades relacionadas entre ellas, las cuales se extienden desde la exploración en busca de yacimientos de hidrocarburos y la producción de estos últimos, pasando por su refinación e industrialización, hasta la comercialización de los hidrocarburos naturales y de los productos derivados. Desde el punto de vista jurídico, cada una de dichas actividades requiere contratos, cuya complejidad y atipicidad plantean numerosas problemáticas jurídicas, incluso de carácter novedoso en el Derecho venezolano".

Una vez reconocidos estos argumentos, definitivamente podemos sellar, que el escenario de la actividad extractiva se ha transformado desde muchos aspectos, debiendo considerarse, los políticos, sociales, económicos, tecnológicos o ambientales, entre otros, y en este estudio, hemos mencionado solo algunos por rigores editoriales, pero seguramente en ulteriores

40 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN(...)

41 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN(...)

42 Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN(...)

investigaciones seguiremos listando otros de gran valor para el análisis de este tema. Esto nos lleva a vaticinar que los conflictos o controversias seguirán presentes en el sector extractivo, por lo que se hace imprescindible buscar las alternativas de solución más adecuada, con la finalidad de contribuir con su desarrollo bajo parámetros de sostenibilidad y eficiencia ambiental, logrando la tan buscada mitigación de sus consecuencias negativas.⁴³

ARBITRAJE Y LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA OFFSHORE

Desde que se inició la explotación de recursos naturales offshore a mediados del siglo XX, el impacto económico y social ha sido enorme. Aunque las consecuencias económicas, sociales, políticas y ambientales de la actividad extractiva offshore son evidentes, también hay que tener en cuenta los problemas o disputas que se pueden generar en ella a consecuencia de las relaciones, operaciones y acuerdos que se establecen en esta industria.⁴⁴

Este año concluimos al desarrollar otro artículo sobre esta materia, que hablar de la actividad extractiva offshore y el arbitraje realmente resulta retardador porque significa considerar una multiplicidad de conceptos, principios, teorías, materias de derecho, no olvidemos, que estas operaciones están en conexión con el derecho de los hidrocarburos o petrolero como se conoce coloquialmente, pero a su vez, con el derecho ambiental, el derecho tributario, laboral, constitucional y marítimo entre otras. En fin, es todo un desafío que nos puede conducir a muchas controversias que pueden estar ligadas a las variadas operaciones y actos administrativos que se presentan en ella.⁴⁵

Vinculando esta actividad con el arbitraje nos situaremos en casos prácticos, que nos relatan complejos y controvertidos procesos legales que se han establecido para la solución de conflictos que se dan en esta industria, que en muchos casos nos pueden llevar a la aplicación del derecho internacional público o al derecho internacional privado. Ciertamente estas controversias con elementos de extranjería pueden suscitar acuerdos voluntarios de ir ante la vía contenciosa u ordinaria, así como al arbitraje, donde la solución estará en manos de personas imparciales y expertas, de manera de lograr un arreglo a través de una decisión definitiva e inapelable como es *Laudo Arbitral*.

43 Sheraldine Pinto Oliveros, Propósito de los contratos de servicios y de los contratos de ingeniería en la industria petrolera venezolana, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.— Caracas, (2015): 5

44 Maria Grazia Blanco. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore y el Arbitraje *Revista NetNews*, Año 2023. <https://netnews.com.ar/nota/3487-Breves-reflexiones-sobre-la-Actividad-Extractiva-Offshore-y-el-Arbitraje>

45 Maria Grazia Blanco. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore (...)

La figura del arbitraje ha hecho gala, en casos muy exitosos, especialmente en aquellos donde las partes involucradas son grandes compañías o multinacionales, propio de la actividad extractiva offshore. Por lo que en la práctica, ha tenido ventajas innegables, toda vez que ha permitido alcanzar una solución con fuerza ejecutoria o valor de cosa juzgada que da por concluida una disputa en virtud de un derecho que ha sido vulnerado -pago de un servicio o contratación o porque se logra la ejecución de una autorización administrativa relacionada con la actividad que se ejecuta dentro de este mundo hidrocarburífero, ejemplo: el otorgamiento de una concesión o licencia.

Para nosotros ha quedado muy claro que la exploración, explotación y producción en el mar puede activar procesos y procedimientos de arbitraje o mecanismos que movilizan la aplicación del derecho sustantivo para conseguir objetivos de distinta naturaleza, como pueden ser entre otros, el reconocimiento del derecho afectado, máxima que hemos resaltado en otras oportunidades.

Cuando estamos ante la actividad navegatoria o las actividades que se realizan en el mar, se suele requerir muchas veces soluciones rápidas y eficaces que no se logran en las jurisdicciones contenciosas ordinarias o en las normas adjetivas aplicables o con vinculación al tema en cuestión (Tratados, Acuerdos o Leyes Nacionales) . Las relaciones jurídicas que se establecen dentro de la actividad offshore pueden sobrevenir por vía contractual o extracontractual, además esta actividad al realizarse en los espacios acuáticos de una determinada nación o en la zona económica exclusiva de esta o en aguas internacionales genera unos presupuestos legales que puede comprometer a la soberanía de los países involucrados con las operaciones o en otros casos a los países ribereños o fronterizos, que no suelen estar en conexión con los desarrollos o proyectos hidrocarburíferos. Esto complejiza la solución cuando surgen problemas, como las contaminaciones marinas o daños transfronterizos, ejemplo:—caso del accidente de la Plataforma Montara, ocurrido en el 2009, que generó un conflicto entre Indonesia y Australia, siendo la operadora del proyecto Australia y la afectada Indonesia. Pero, así como este vamos a encontrar muchos otros casos que se han establecido dentro de este panorama a consecuencia de esta industria:—En 1969 un estallido de la Plataforma costa afuera, cerca de Santa Bárbara, California, produjo un derrame estimado de hasta 100.000 barriles de crudo, contaminando el litoral de California. -En 1979, El pozo costa afuera Ixtoc 1, en la Bahía de Campeche, México, explosiono, filtrando hasta 3 millones de barriles de crudo, convirtiéndose en el peor derrame mar adentro en la historia de América del Norte. -En 1988, la plataforma Piper Alpha explosiono y se hundió mientras perforaba en el Mar del Norte en un campo operado por Occidental Petroleum, matando a 167 trabajadores.⁴⁶

46 Maria Grazia Blanco. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore (...)

Durante la preliminar de este estudio hemos afirmado que la actividad offshore establecida en aguas someras, profundas o ultra profundas en la búsqueda de energías fósiles ha comenzado a transformarse a pasos agigantados, y no habíamos incluido el aspecto tecnológico, que nos ha revelado un mayor desarrollo en esta industria desde finales del siglo XX y lo que va del siglo XXI. Ahora esto nos conduce a destacar una problemática más dentro del escenario, ya que el avance no ha sido proporcional o de forma transversal con el mundo jurídico, encontrándonos en muchos casos con una desregulación o falta de organicidad en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

La actividad hidrocarburífera es realmente muy amplia y no está circunscrita al plano nacional, por el contrario, muchas veces excede de esos límites, trascendiendo al plano internacional. A diferencia de otras industrias, la actividad extractiva offshore puede ser regulada por un sistema internacional de convenciones y tratados- que a la fecha no son suficientes-, así como, normativas propias de los Estados donde se ejecutan los proyectos extractivos- que presentan lagunas y vacíos-. Pudiendo afirmar que encontramos tratados que inciden en la materia en análisis, a saber: Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (LDC) 1972 y su Protocolo de 1996, Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques. (MARPOL 1973/1978), Convención de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo 1976-1995 y el Protocolo V, sobre la protección del Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental y del fondo del mar y su subsuelo", también denominado como Protocolo Offshore o Protocolo de Madrid. Convenio Regional de Kuwait sobre Cooperación para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación 1978. Convenio para la Cooperación en la Protección y el desarrollo del medio marino y costero de Occidente y la Región de África Central (Abi-djan Convention 1981). Convenio Internacional sobre la Preparación, Lucha y Cooperación en materia de contaminación por hidrocarburos (OPRC) 1990 y su Protocolo (HNS) del año 2000. Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (CLC 92) y del Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por Hidrocarburos, 1992 (FUND92. Convenio OSPAR de 1998. Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques (BUNKERS 2001). Convención sobre Derecho del Mar UNCLOS, entre otros.

Esto significa en teoría, que las empresas que operan en este sector deben acatar las normas establecidas a nivel internacional ratificadas por el Estado involucrado en la operación y en algunos casos, las disposiciones nacionales

vinculadas con el proyecto o conflicto legal que pudiera generarse, por lo que la realidad se torna complicada y compleja.

En el caso venezolano por ejemplo, se aplican las normas contenidas en el ordenamiento jurídico Venezolano relacionado con la materia, a saber: Ley de Hidrocarburos Gaseosos, Ley de los Espacios Acuáticos, Ley Penal del Ambiente, Ley de Comercio Marítimo, entre otras. Ahora lo más importante a destacar es que, en la mayoría de las regulaciones internacionales, se establece la importancia del arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de controversias cada vez más recurrido.⁴⁷

Con la finalidad de dar al lector una mayor seguridad en los argumentos esbozados hasta el momento, hemos venido afirmando de forma categórica que el arbitraje es una opción de solución de controversias dentro de la actividad extractiva y la justificación de ello, se pueden resumir: –Las partes de diferentes nacionalidades pueden no sentirse cómodas para someter sus controversias a los tribunales nacionales de la contraparte. No olvidemos, que la elección de un tribunal nacional puede implicar una limitación procesal, en cuanto a quienes pueden ejercer la defensa por representación ante esos estrados. –Igualmente, las sentencias de los tribunales nacionales tienen una validez limitada fuera de sus fronteras, por cuanto deben cumplir con proceso de reconocimiento ulterior –*exequatur*– y aquí ya encontramos los primeros argumentos para la existencia del arbitraje internacional en la materia que estamos analizando.

Se puede afirmar decisivamente que, el arbitraje ha sido establecido en el tiempo como un mecanismo alternativo de solución de controversias, donde las partes acuerdan someterse a unos árbitros, para alcanzar la solución de una disputa concerniente a cuestiones de libre disposición o aquellas que la ley autoriza. Pasando este mecanismo a reemplazar con efectividad a la jurisdicción ordinaria o contenciosa, cuando sobrevienen desavenencias o conflictos entre las partes firmantes de los contratos relacionados con los proyectos extractivos o conexos, por ejemplo: incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa licenciataria o la violación de los derechos de los trabajadores o violaciones a los acuerdos establecidos en los contratos de servicios (buques de apoyo, remolque, lanchaje o helicóptero) que suelen complementar esta actividad. En resumen, el arbitraje se puede utilizar para resolver una variedad de disputas, incluyendo aquellas relacionadas con contratos, transacciones comerciales y conflictos laborales, entre otros.⁴⁸

47 Maria Grazia Blanco. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore (...)

48 Maria Grazia Blanco. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore (...)

CASO VENEZOLANO

En el caso venezolano, el arbitraje internacional, está regulado por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como la -Convención de Panamá- y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) las cuales se convierten en parte del ordenamiento jurídico vigentes para Venezuela luego de su ratificación. Igualmente, podemos validar que el arbitraje fue aceptado por los constituyentes venezolanos desde hace dos décadas, por lo que la Constitución vigente, lo acepta como un método de resolución de controversias, en este sentido, el artículo 257 establece:

“El sistema de justicia está conformado no sólo por los tribunales de la República, sino también por los medios alternativos de justicia y los ciudadanos que participan en la administración de justicia”.⁴⁹

Además, la Carta Magna instituye los medios alternativos de solución de conflictos deben ser promovidos por la Ley, y dentro de ellos se establece categóricamente el arbitraje.

Igualmente, esta institución está regulada en el Código de Procedimiento Civil de 1987 y en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, y la normativa que regula las bases del arbitraje en nuestro país.

En definitiva, nuestro ordenamiento nacional, invita al uso del arbitraje y lo promueve como un derecho constitucional, creando unas disposiciones especiales con miras a difundir su ámbito de aplicación.

Dada la conexión de la actividad extractiva mar adentro con los hidrocarburos, hay que destacar que en el artículo 34 de la ley de Hidrocarburos Gaseosos se establece que los conflictos o dudas que puedan surgir con motivo de la realización de las actividades hidrocarburíferas y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser resueltas por arbitraje en los casos permitidos por la Ley que rige la materia, o por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus Leyes.

En esta norma se consagra el arbitraje como mecanismo idóneo en la resolución de disputas para las empresas mixtas, no así para otras empresas del Estado sobre las cuales no existe una norma similar. El legislador no otorga más detalles sobre cuáles casos estarían permitidos someter a arbitraje. Este trabajo lo ha venido realizando la Procuraduría General de la República y ha sido plasmado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. Ahora bien, los contratos de empresas mixtas entre Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), sus filiales y los inversionistas privados usualmente contienen

49 Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela .Art. 257, publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860

una cláusula donde se escogen a los tribunales venezolanos para dirimir sus controversias. Debido, precisamente, a la interpretación que se ha hecho, después de la declaratoria de nulidad de los acuerdos de apertura petrolera, del artículo 151 de la Constitución. Además está toda la evolución histórica de las normas sobre inversión extranjera y las relaciones de Venezuela con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). Por otro lado, La Ley de arbitraje, por su parte, establece un criterio especial de arbitrabilidad subjetiva para estos casos.

Los contratos de la industria petrolera son múltiples y variados y sobre todo cuando fijamos la mirada en aquellos que se encuentran dentro del escenario de la industria petrolera ligados a las actividades extractiva hidrocarbúfera. En la mayoría de ellos, se establece una relación importante y significativa entre el Estado y las empresas inversionistas o licenciatarias de los proyectos.

Con nuestra mirada en el escenario venezolano, encontramos empresas completamente propiedad del Estado—empresas mixtas—y empresas del sector de los hidrocarburos privadas. Debiendo advertir que las empresas del Estado y las empresas mixtas responden a un régimen jurídico especial, no obstante son sociedades mercantiles. Encontrándonos aquí, con una primera particularidad que hay que resaltar. Estas empresas mixtas fueron creadas para el ejercicio de actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos instituidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos como actividades primarias.

Ellas son empresas del Estado, cuyas características son las siguientes: a) -tienen un ente descentralizado funcionalmente, denominado la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., b) -una participación mayor al cincuenta por ciento en su capital social (Artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), c)- responden al criterio de control del Estado contemplado en los artículos 22, 33 y 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, d)-En resumen, el Estado sólo permite la participación privada en empresas en las cuales el Estado ostente la mayoría accionaria en más de un cincuenta por ciento en el capital social.⁵⁰

"El debate sobre la idoneidad del arbitraje no es en absoluto novedoso en el país, pero ello no le resta su relevancia e interés. Por lo que esta institución coadyuva a crear un clima de confianza a favor de las inversiones. Y se convierte en una exigencia financiera o un factor determinante para proveer financiamiento en grandes proyectos".⁵¹

50 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. 2020 <https://www.derysoc.com/el-arbitraje-en-los-contratos-de-la-industria-petrolera-en-venezuela/>

51 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

Si nos concentramos en el arbitraje internacional, encontraremos que se caracteriza en principio por utilizar un foro neutral distinto al de las partes contratantes, con lo cual los laudos arbitrales dictados fuera de sus fronteras deben poder ser reconocidos y ejecutados en cualquiera de los países signatarios de los tratados vigentes. Debiendo aclarar, que este criterio no es uniforme pues en Venezuela el reconocimiento es automático, y según la Ley de arbitraje, el laudo extranjero va directo a ejecución. En todo caso, el reconocimiento de laudos no se limita a los casos de laudos provenientes de Estados parte en los tratados en los que Venezuela sea parte.

Antes de continuar con el caso venezolano, consideramos hacer este inciso, por cuanto ya habíamos prometido su consideración. Por lo tanto, vamos a referirnos a la existencia del arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones. En el segundo de ellos, es decir, el referido a disputas entre los inversionistas y los Estados – para Simón Herrera Celis – “es un asunto de la mayor importancia, y sobre lo cual Venezuela ha adquirido desafortunadamente un indeseable protagonismo debido a la multiplicidad de demandas que ha tenido que enfrentar desde hace poco más de una década”.⁵²

“Las decisiones arbitrales pueden traer efectos negativos, en el caso venezolano, somos destinatarios de severas condenas y obligaciones de pago de sumas millonarias a los que alegan – inversionistas- que han sido sujetos de expropiaciones, o terminaciones de contratos sin recibir adecuadas compensaciones”.⁵³

En cuanto al arbitraje de Inversiones en el año 2017 la Asamblea Nacional Constituyente dictó la Ley Constitucional de la Inversión Extranjera Productiva, en ejercicio de la función legislativa que le corresponde constitucionalmente a la Asamblea Nacional, derogando así, la Ley de la materia de 2014.

El artículo 6 de la referida Ley de la Inversión Extranjera Productiva establece que las inversiones extranjeras quedarán sujetas a la jurisdicción de los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes venezolanas. Esta norma es confusa, ya que no promueve el arbitraje, pero tampoco se opone a su utilización. En este sentido, la norma nos informa que las partes tienen la posibilidad de acordar el arbitraje en un contrato de naturaleza comercial, industrial o crediticio, basado en el principio de la autonomía de voluntad de las partes o para ser más concretos, admite otros mecanismos de solución de controversias consagrados en sistemas de integración. Por lo que tomando en cuenta el rango constitucional que adquiere la institución del arbitraje en Venezuela, hoy por hoy es un método de resolución de disputas, aceptado para dirimir las controversias, aunque en la práctica parece indicar lo contrario.

52 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

53 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

Igualmente, se instituye que la República podrá participar en medios alternativos para la resolución de controversias en el marco de los esquemas de integración con América Latina y el Caribe, así como en el marco de otros esquemas de integración. Para Herrera Celis esta norma nada más aplicaría a la República como persona jurídica y no a las empresas del Estado, por lo tanto, no contribuye a entender el alcance del arbitraje comercial en los contratos de la industria petrolera, puesto que pareciera estar concebida para los casos de arbitrajes de inversión.

En cuanto al arbitraje comercial, este se circunscribe a las materias en las cuales las partes tengan la capacidad de transigir. La referida legislación de 1998 excluye del arbitraje comercial a las controversias directamente relacionadas con las atribuciones o funciones de imperio o de personas o entes de Derecho Público. No obstante lo anterior, estas excepciones deben ser vistas de manera restringida, pues no de otra manera se aceptaría el arbitraje relacionado con la intensa actividad comercial de la Administración Pública venezolana y sus instrumentalidades, en atención igualmente a los principios constitucionales de promoción del arbitraje.

La Ley de Arbitraje Comercial establece un mecanismo de autorizaciones de carácter dual en lo que concierne a las personas de Derecho Público, dentro de las cuales debemos incluir a las empresas petroleras de capital público. Según su artículo 4 cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela, que no es otro que el Ministro del Petróleo.⁵⁴

Para entender cómo esta norma opera en las empresas petroleras de capital público en Venezuela procedemos a hacer el siguiente ejercicio: Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) es una sociedad mercantil donde la República Bolivariana de Venezuela ostenta el cien por ciento en su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de primer grado. Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP) es una sociedad mercantil donde PDVSA ostenta el cien por ciento en su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de segundo grado. Una empresa mixta petrolera aguas arriba, es una sociedad mercantil donde CVP (u otra filial de PDVSA) ostenta

54 Ley de Arbitraje Comercial de la Republica Bolivariana de Venezuela. Art. 4 ... Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998

una participación superior al cincuenta por ciento en su capital social. Esto se conoce como una empresa del Estado de tercer grado.⁵⁵

Para Herrera Celis:

" La norma en cuestión alude a aquellos casos en los cuales puede acudir a arbitraje una empresa del Estado de primero o segundo grado. Para esto, el artículo 4 ejusdem establece dos condiciones concurrentes: (i) la aprobación del órgano estatutario competente, sin advertir si se trata de la asamblea de accionistas, la junta directiva o algún otro, y (ii) la autorización del Ministro de tutela. Las empresas mixtas como empresas del Estado de tercer grado no estarían sometidas a los requisitos contemplados en la mencionada normativa, pues insistimos que sólo regula a las empresas del Estado de primero y segundo grado. Por este motivo, las cláusulas y acuerdos arbitrales contemplados en los contratos de índole comercial y financiero, así como en los contratos de servicios, que fueren suscritos por las empresas mixtas de tercer grado no requerirían la aprobación previa del órgano estatutario competente, ni tampoco la autorización del Ministro de tutela. Aunque no sería una exigencia de orden legal, habría que revisar los estatutos sociales de cada empresa mixta para verificar los requisitos estatutarios exigidos para suscribir cláusulas y acuerdos de arbitraje, cuestión que no hemos encontrado en los estatutos sociales de las empresas mixtas que hemos tenido oportunidad de revisar. Sin embargo, en la práctica hemos observado que el Ministro a cargo del sector petrolero efectivamente autoriza a las empresas mixtas a suscribir las cláusulas o acuerdos de arbitraje, a la par que las empresas mixtas autorizan tanto en resolución de junta directiva como de asamblea de accionistas tales cláusulas o acuerdos de arbitraje".

Para Celis, visto lo anterior pareciera no haber discusión en cuanto a que Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), PDVSA Petróleo, S.A., y Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP) y cualesquiera otra empresa petrolera de primero o segundo grado donde la República o una empresa del Estado tenga una participación igual o superior al cincuenta por ciento en el capital social, deben obtener las autorizaciones previstas en la Ley de Arbitraje Comercial para suscribir acuerdos o cláusulas arbitrales.

En el caso de la contratación de servicios petroleros de las empresas mixtas, denominados contratos de servicios petroleros discretos, utilizados para el ejercicio de actividades–servicios de sísmica, perforación y mantenimiento- se entiende que dichas empresas tienen el derecho de incluir una cláusula o acuerdo de arbitraje, sin que fuere necesario conforme a la Ley, acudir al Ministerio del Petróleo para solicitar su autorización o bien de su órgano estatutario.

55 Simón Herrera Celis. *Revista Derecho y Sociedad*. (...)

Esto debería ser igual para los llamados contratos de ingeniería, procura y construcción, contratos de asistencia técnica y servicios tecnológicos, contratos de compra venta de hidrocarburos, contratos de préstamo, y otros contratos asociados a proyectos utilizados dentro de la industria petrolera.

En el tema de arbitraje petrolero internacional existe un concepto que ha dado lugar a muchas controversia y debates el famoso principio "Inmunidad de Jurisdicción". Muchas leyes hacen referencia a él, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades de los Estados.

La diatriba nos ubica en la distinción entre inmunidad absoluta e inmunidad relativa. Debiendo resaltar que desde el punto de vista doctrinario, la primera de ellas –la inmunidad absoluta del Estado- establece que los Estados extranjeros no pueden ser demandados ni sometidos a la jurisdicción de los tribunales de un determinado país, incluso en los asuntos civiles o mercantiles, por razones de soberanía e interés público.

Mientras que la segunda de ellas – la inmunidad relativa- reconoce que los Estados actúan como un particular en actividades comerciales, industriales y crediticias. Esta doctrina parte de una doble premisa. Por un lado, los Estados gozan de inmunidad por los actos realizados en el ejercicio de su soberanía, llamados *acta jure imperii*. Pero a la vez, los Estados no pueden ampararse en la inmunidad de sus actos por las actividades de gestión o administración de bienes privados, llamados *acta jure gestionis*. Por supuesto que esta distinción entre actos de imperio y actos de gestión es objeto de una polémica todavía no zanjada, pues no hay uniformidad en los criterios de calificación.

En nuestro país destacan dos sentencias la primera de ellas se refiere a la dictada por la otrora Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, del 17 de agosto de 1999, que se dictó en el conocido caso de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo y Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas y donde se determinó la validez de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato de interés público nacional en razón de su naturaleza comercial y en la trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración Pública, concluyendo que es a esta última a quien le corresponde determinar la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación. Esta decisión del máximo Tribunal de la República reconoce la inmunidad relativa de jurisdicción, establecida en la Constitución de 1961. En este sentido, se afirma que la cláusula de inmunidad de jurisdicción establecida en el artículo 151 de la Constitución de 1999 es equivalente al derogado artículo 127 de la Constitución de 1961.

La segunda sentencia fue dictada el 17 de octubre de 2008, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quien confirmó al arbitraje como parte del sistema de administración de justicia, permitiendo que en contratos de interés general el Estado venezolano pueda someter los eventuales conflictos a la jurisdicción arbitral para impulsar las relaciones económicas

internacionales. En esta oportunidad, la Sala Constitucional sostuvo que la normativa constitucional no propugna una teoría de inmunidad absoluta, reconociendo la posibilidad que tiene el Estado de dirimir en arbitraje controversias derivadas de contratos de interés general.

Y para resumir utilizando lo señalado por Herrera Celis:

"Los contratos que suscribe PDVSA y empresas filiales con inversionistas privados para la realización de actividades primarias y que dan origen a las empresas mixtas, los cuales requieren la autorización de la Asamblea Nacional, son de esta forma considerados contratos de interés público nacional, de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En líneas generales, la jurisprudencia venezolana ha concluido que los contratos de interés público nacional son aquellos (i) celebrados por una entidad territorial o excepcionalmente por una empresa del Estado; (ii) que tengan un impacto económico y social tal que deben ser autorizados por la autoridad legislativa, y (iii) que sean determinantes o esenciales para la realización de los fines del Estado venezolano".⁵⁶

Sin embargo, dentro de ámbito nacional el arbitraje se ha enfrentado algunas situaciones comprometedoras, en cuanto a su status dentro del ordenamiento jurídico venezolano, nos referimos particularmente al avocamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia que pudiera considerarse como un cuestionamiento al principio de la autonomía de la voluntad las partes. Aunque de forma reiterada y pacífica la jurisprudencia del máximo Tribunal de la República, ha venido estando a favor del desarrollo del arbitraje en Venezuela. El 20 de febrero de 2020, está Sala dictó sentencia interlocutoria, ordenando a un centro de arbitraje de Caracas, la remisión del expediente para decidir la solicitud de avocamiento iniciada por una de las partes en el procedimiento arbitral. De forma controvertida la Sala Constitucional decidió la suspensión del procedimiento, antes de dictado el laudo, aludiendo una competencia que le fuere conferida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Ahora hay que aclarar, que de acuerdo a los establecido en la Ley de Arbitraje Comercial los procedimientos arbitrales sólo podrán ser impugnados una vez dictado el laudo correspondiente, a través de un recurso de nulidad contra el propio laudo intentado ante la jurisdicción ordinaria.

En este sentido y parafraseando a Herrera Celis "La intervención del Poder Judicial solamente es procedente en casos muy puntuales de avocamiento, pero en ningún momento se autoriza la injerencia de un tribunal de la jurisdicción ordinaria en la resolución del fondo de la controversia debatida en el procedimiento arbitral como ha sucedido en este caso. El juez constitucional justifica la suspensión del procedimiento arbitral en virtud de una

56 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

mera solicitud de una de las partes para que se tomen las medidas pertinentes para restituir el orden público constitucional".⁵⁷

Este caso se dio antes de declararse la pandemia del COVID-19 y reflejó una intromisión grave y flagrante en asuntos de la competencia de los tribunales arbitrales, esto llevo en su momento a un pronunciamiento por parte de varios organismos, entre ellos, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo –AVDM– y el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo rama venezolana –IIDM–, que para la fecha, ejercíamos la vicepresidencia de este último. Por eso podemos dar fe, que este hecho conmociono a la comunidad venezolana, por lo que en fecha 23 de Abril de 2020, la AVDM y el IIDM- Vzla, designaron a varios de sus miembros para conformar una Comisión Especial, (IIDM). De forma conjunta se realizó un pronunciamiento respecto a la decisión interlocutoria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de fecha 20 de Febrero de 2020 con motivo de la solicitud de avocamiento interpuesta ante dicha Sala en la causa contenida en el Expediente del Tribunal Arbitral ante el CEDCA, en el caso Alimentos Polar Comercial C.A. vs. Modexel Consultores E Servicios S.A.; decisión interlocutoria la cual tiene consecuencias en nuestra industria marítima. El pronunciamiento fue dirigido al Tribunal Supremo de justicia.⁵⁸

Tal y como se desprende del documento citado, estas instituciones marítimas, dejaron en claro su preocupación por las actuaciones realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin que exista un laudo arbitral definitivo, y en contravención a las disposiciones de rango constitucional y legal que regulan específicamente la interacción entre el poder judicial y la institución del arbitraje en Venezuela. Dentro del pronunciamiento se cita -el artículo 26 de la Constitución Nacional- el cual consagra, el derecho de todas las personas a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. Y se argumenta además, que en el texto constitucional se confirma, que la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia deben ser gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Igualmente se alude, que el artículo 258 constitucional en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, consagra el procedimiento del arbitraje como un

57 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

58 Pronunciamiento Conjunto de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (Avdm) y La Rama Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), Dirigido al Tribunal Supremo de Justicia, sobre el Avocamiento y El Arbitraje. 2020. https://www.avdm-cmi.com/_files/ugd/7a5940_737edcfc4c2045a7bf60ca73b89b9bc5.pdf

medio alternativo de resolución de controversias, otorgándole -con rango constitucional- el derecho a las partes de acudir ante una sede arbitral para dirimir sus controversias mediante un proceso alternativo que culminará con eventual laudo arbitral, y que será exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, por mandato de la propia Ley de Arbitraje Comercial, artículo 5.

Y con el ánimo de soportar las premisas desarrolladas, establece que contra los Laudos arbitrales proferidos en un proceso de arbitraje en Venezuela, el ordenamiento jurídico venezolano prevé únicamente y de forma muy excepcional, un recurso extraordinario de nulidad consagrado en el artículo 43 de la citada Ley de Arbitraje Comercial, cuyos supuestos de procedencia se encuentran taxativamente establecidos en la referida Ley, por ejemplo ante vicios de forma en el proceso o en la conformación del tribunal arbitral; la indefensión de una de las partes, o que se trate de materias cuyo sometimiento a arbitraje sean contrarios al orden público, entre otras, todo ello en aras de proteger la autonomía e independencia del procedimiento arbitral y los medios alternos de resolución de conflictos en Venezuela, según lo establece la propia Constitución Bolivariana de la República de Venezuela. Y para completar, el recurso de nulidad solo procede contra Laudos dictados en Venezuela. En el caso de los Laudos dictados en el extranjero, el control se da en fase de ejecución, tal cual como lo prevé los arts. 48 y 49 de la ley de Arbitraje Comercial.

Y por último y asintiendo lo afirmado anteriormente, la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo de Justicia en sus distintas Salas ha reconocido y defendido y reiteradamente la institución del arbitraje. Así, la Sala Político Administrativa mediante sentencia 812-2009 ha destacado el carácter excepcional de la revisión de los motivos de fondo de un laudo arbitral y la no interferencia e interrupción, por el contrario, la cooperación del poder judicial con el órgano arbitral en aras de la consecución material de la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra Constitución. En refuerzo de lo anterior y particularmente en materia de arbitraje y derecho marítimo, la propia Sala Constitucional en sentencia número 1067 del 3 de noviembre de 2010 (Caso Astivenca) reafirmó la unidad funcional y teleológica de las actividades desarrolladas por los tribunales de la República y el sistema arbitral -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08-, se niega cualquier concepción que comporte asumir una visión de incompatibilidad entre la "jurisdicción" y el arbitraje.⁵⁹

Lo valioso de este pronunciamiento, es que las Asociaciones que los suscriben: Asociación Venezolana de Derecho Marítimo e Instituto

59 Eugenio Hernández Breton. Revista Derecho y Sociedad RFCJPUM.10 trabajos jurídicos varios. Octubre 2011. <https://www.derysoc.com/wp-content/uploads/2022/09/DyS-10-8.-El-arbitraje-internacional-y-la-jurisdiccion-de-tribunales-venezolanos-en-la-Ley-de-Comercio-Maritimo.pdf>

Iberoamericano de Derecho Marítimo, Rama Venezolana, de forma pública consideraron que la decisión interlocutoria Nro. 42 de fecha 20 de febrero de 2020, dictada por la Sala Constitucional, atenta contra los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico venezolano. Pero además desconoce las citadas disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial, en concreto, se desacata la vía excepcional del control jurisdiccional sobre un proceso arbitral, que con base a la Ley, correspondería al respectivo Tribunal Superior ante la interposición del Recurso de Nulidad contra el laudo arbitral que se emita.

Igualmente, se expresa en este pronunciamiento conjunto, de forma categórica, que la decisión, es contraria al principio de autonomía e independencia de la jurisdicción del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje–CEDCA, como Tribunal Arbitral Institucional, por lo que se viola el derecho constitucional de las partes a dirimir sus controversias mediante el arbitraje, y se anulan las facultades de los árbitros legalmente constituidos.

Dejándose muy claro, que este precedente es negativo por cuanto supone un quiebre de la coexistencia y cooperación entre la potestad del Estado de administrar Justicia y la institución del arbitraje, consagrada en la Constitución y las leyes de la República, violando el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa.

No podemos evitar la importancia de este pronunciamiento de dos instituciones marítimas nacionales, que pretendió en su momento elevar la importancia y trascendencia que tiene la institución del arbitraje como medio alternativo para dirimir las controversias que surjan en una relación comercial. Además de forma indiscutible, se resalta el impacto negativo que, jurídica y comercialmente, tendría sobre el arbitraje marítimo nacional e internacional, en particular generando desconfianza e inseguridad en la institución en Venezuela.

Por lo que las Asociaciones identificada con anterioridad, terminaron exhortando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a reconocer las potestades jurisdiccionales de los árbitros en los términos y condiciones previstos en la Constitución y las leyes, e incluso en la jurisprudencia reiterada de ese máximo Tribunal, garantizando y protegiendo así, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al acceso a la justicia de sus ciudadanos.

Esta controvertida situación nos invita a la reflexión y nos ratifica que el arbitraje es un mecanismo por excelencia de resolución de disputas y que efectivamente es ampliamente utilizado en varios sectores incluyendo al extractivo hidrocarburífero, donde participan multiplicidad de actores de diversas nacionalidades, capacidades financieras y experticias, a través de variados contratos que implican seguridad o protección de instalaciones y el personal, diseño, construcción, instalación y puesta en funcionamiento de una plataforma de producción costa afuera. Dentro de este mundo

interactúan empresas especializadas con desafíos técnicos, operativos, logísticos, financieros y tecnológicos entre otros. De allí que busque que las controversias se diriman con árbitros expertos en la materia y bajo plazos razonables. Como se ha venido infiriendo, las disputas comerciales entre una empresa de ingeniería y construcción y una empresa petrolera no son muy distintas aunque se originen de contratos que se ejecutan en Calgary, Abu Dhabi o Maturín.

Parra Aranguren, al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana, señala que en principio pueden comprometer en arbitraje todas las personas que tienen capacidad para contratar y obligarse libremente, sin restricciones particulares respecto de ciertas clases de personas, físicas o jurídicas. Sin embargo, el citado autor afirma que requieren de autorización expresa los representantes de corporaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas.⁶⁰

En Venezuela existe un marco constitucional y legal que promueve el arbitraje a pesar de que visiones nacionalistas muchas veces obstruyen de manera desafortunada su desarrollo. Como vimos, las empresas del Estado son parte activa y necesaria en los negocios de hidrocarburos líquidos aguas arriba, y como empresas del sector público tienen un régimen autorizatorio que deben cumplir para suscribir acuerdos y cláusulas de arbitraje. Las condiciones particulares de las empresas mixtas en materia de arbitraje no incluyen este régimen autorizatorio, aunque en la práctica han recibido un tratamiento no diferenciado de las empresas que integran el holding PDVSA.⁶¹

Ahora que se discute con insistencia sobre una reforma legislativa petrolera integral para atraer grandes recursos para la industria no debe olvidarse que las inversiones privadas prefieren contar con el arbitraje como medio de resolución de disputas. Desde el Poder Judicial también se deben dar señales claras de respeto a la institución del arbitraje. Esta es la realidad de la industria petrolera a nivel mundial y como se menciona con insistencia en la actualidad venezolana, a los retos de hoy debe responderse con pragmatismo y con sentido de urgencia.⁶²

Como corolario a lo analizado es importante advertir que el arbitraje ha tenido grandes éxitos que pudiéramos listar con el interés de apoyar su importancia y valor dentro del sector extractivo offshore. Por eso vamos a terminar mencionando estos casos que terminan siendo un referente para este análisis.⁶³

60 Mario Castillo Freyre "Arbitraje y el Debido Proceso" (...)

61 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

62 Simón Herrera Celis. Revista Derecho y Sociedad. (...)

63 María Grazia Blanco "El Arbitraje internacional en la actividad" (...)

- 1- Conflicto entre PEMEX y la empresa TECO, que se resolvió a través del arbitraje. En este caso, PEMEX demandó a TECO por daños causados por la mala calidad del petróleo que compró a TECO.
- 2- Arbitraje entre PEMEX y la compañía holandesa SBM Offshore, que se llevó a cabo en 2013. La disputa se originó por el contrato que PEMEX firmó con SBM Offshore en el 2006 para la construcción de dos plataformas petroleras.
- 3- Disputa entre dos compañías que operaban en el proyecto extractivo venezolano Gran Mariscal Sucre, que se originó por el incumplimiento contractual de una de las compañías.
- 4- Exxon Mobil: Se introdujo en octubre del 2007, pocos meses después de que el Gobierno tomara los activos de la petrolera, que operaba el proyecto Cerro Negro en la Faja del Orinoco y el convenio de exploración a riesgo La Ceiba en Occidente.
- 5- A principios del 2008 Exxon sorprendió al Gobierno venezolano, al acompañar sus peticiones de arbitraje con un recurso de congelación de hasta 12.000 millones de dólares en activos externos de Petróleos de Venezuela (PDVSA), medida que finalmente fue descartada por un tribunal británico.
- 6- Cemex y Holcim: Entre 2008 y 2009, luego que la mexicana Cemex CMXCPO.MXCX.N y la suiza Holcim HOLN.VX no logran acuerdos con Venezuela, solicitaron arbitrajes ante el CIADI por la expropiación de la industria cementera. Sus reclamos involucran unos 2.000 millones de dólares en conjunto. Aunque Holcim y Venezuela dijeron que llegarían a un arreglo amistoso, el caso no ha sido retirado de la Corte.
- 7- Tidewater: Tras esperar por meses a que Venezuela compensara a las 76 empresas de servicios petroleros que expropió en mayo del 2009, la estadounidense Tidewater TDW.N solicitó arbitraje para recuperar el valor de sus embarcaciones, estimado en unos 45 millones de dólares.⁶⁴

Y por último, traemos una noticia de este año 2023, publicada en las redes, donde se establece que Venezuela deberá indemnizar a una filial de la estadounidense Occidental Petroleum, con 105 millones y medio de US dólares. Por implementar una medida discriminatoria que evitó que la demandante no recibiera el pago de los dividendos en su participación en el proyecto Petro-ritupano, mientras que otro inversor, Petrobras Argentina, subsidiaria de la brasileña Petrobras, sí los recibió. El arbitraje comenzó en 2013 y el laudo

64 Datos-Venezuela enfrenta más 16 arbitrajes internacionales (2011) Reuters. <https://jp.reuters.com/article/venezuela-arbitrajes-idARN1417939420110414>

final ha sido firmado el 4 de noviembre de 2022. En este caso, el tribunal del arbitraje condena a Venezuela al pago de 58,8 millones de US dólares como indemnización a los que se suman los correspondientes intereses devengados desde mayo de 2011 y que ascienden a 46,6 millones de dólares.⁶⁵

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Europea de Arbitraje, Blog AEA. Qué es el arbitraje. Blog AEA. org. <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/que-es-el-arbitraje-aea> Qué es el arbitraje. Blog AEA. visitada el 26 de julio de 2023.

Bernal, Diana. Ciar Global . Múltiples Demandas, Corrupción y TPF, Retos Del Arbitraje en el Sector Extractivo. CIAR GLOBAL . Año 2019. <https://ciarglobal.com/diana-bernal-multiples-demandas-corrupcion-y-tpf-retos-del-arbitraje-en-el-sector-extractivo/> Página visitada 9 de julio de 2023

Blanco, Maria Grazia . El Arbitraje internacional en la actividad extractiva mar adentro, caso venezolano. Revista *Mercojuris* . Año 2023. <https://www.mercojuris.com/56883/el-arbitraje-internacional-en-la-actividad-extractiva-mar-a-dentro-caso-venezolano-%E2%80%93-dra-maria-grazia-blanco/>

Blanco, Maria Grazia. Breves reflexiones sobre la Actividad Extractiva Offshore y el Arbitraje Revista *NetNews*, Año 2023. <https://netnews.com.ar/nota/3487-Breves-reflexiones-sobre-la-Actividad-Extractiva-Offshore-y-el-Arbitraje>

Castillo Freyre, Mario Arbitraje y el Debido Proceso. Volumen II Lima 2007. chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/62AD24716F2D4C8605257CFD0061DE46/\\$FILE/ArbitrajeYDebidoProceso_Volumen2.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/62AD24716F2D4C8605257CFD0061DE46/$FILE/ArbitrajeYDebidoProceso_Volumen2.pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. ISBN 978-92-1-333392-1. New York .2008. (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf).

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela .Art. 257 Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860

Datos-Venezuela enfrenta más 16 arbitrajes internacionales (2011) Reuters. <https://jp.reuters.com/article/venezuela-arbitrajes-idARN1417939420110414>

65 Maria Grazia Blanco "El Arbitraje internacional en la actividad" (...)

Diccionario la RAE. <https://dpej.rae.es/lema/arbitraje-ad-hoc>

Documento de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales- FARN ¿ La apertura de la última frontera extractiva fósil? 2022. https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2022/01/DOC _ OFFSHORE _links.pdf

Gerardo Damonde, Juana Kuromoto ,Manuel Glave. Industria extractiva y manejo de conflictos, Grupo de Análisis para el Desarrollo, Grade Org. 2014. <https://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/EICM.pdf>

Hernández Breton, Eugenio Revista *Derecho y Sociedad* RFCJ PU M .10 trabajos jurídicos varios. Octubre 2011. <https://www.derysoc.com/wp-content/uploads/2022/09/DyS-10-8.-El-arbitraje-internacional-y-la-jurisdccion-de-tribunales-venezolanos-en-la-Ley-de-Comercio-Maritimo.pdf>

Herrera Celis, Simón Revista *Derecho y Sociedad*. 10 sept 2020 <https://www.derysoc.com/el-arbitraje-en-los-contratos-de-la-industria-petrolera-en-venezuela/> http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/140/rdpub_2014_140_224-233.pdf

Impacto ambiental de las actividades extractivas. 2021. <https://eiti.org/es/guidance-notes/impacto-ambiental-de-las-actividades-extractivas>. Visitaste esta página el 7/8/2023

Las nuevas fronteras de las commodities en Venezuela: extractivismo, crisis histórica y disputas territoriales. 2016. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/60296/83638>

Ley de Arbitraje Comercial de la República Bolivariana de Venezuela . Art. 4 ... Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

OAS Cataloging-in-Publication Data. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Página 9. ISBN 978-0-8270-6235-1 https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

OAS Cataloging-in-Publication Data. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Página 43. ISBN 978-0-8270-6235-1 https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf.

Piñero, Santiago. Explotación de Hidrocarburos offshore resistencia a una amenaza creciente. AIDA. Año 2023. <https://aida-americas.org/es/blog/explotacion-de-hidrocarburos-offshore-resistencia-a-una-amenaza-creciente>. Pág. visitada el 9 agosto de 2023.

Pinto, Sheraldine A propósito de los contratos de servicios y de los contratos de ingeniería en la industria petrolera venezolana /..— pp. 441-455.— En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia / Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.— Caracas, 5 (2015)

Pronunciamiento Conjunto de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (Avdm) y La Rama Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), Dirigido al Tribunal Supremo de Justicia, sobre el Avocamiento y El Arbitraje. Año 2020. https://www.avdm-cmi.com/_files/ugd/7a5940_737edcfc4c2045a7bf60ca73b89b9bc5.pdf

Rosales, Antulio.El agotamiento del modelo de neo-extractivismo en Venezuela: causas económicas y sus implicancias globales. 2018 . Pensamiento Propio 47. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2018/09/008-Rosales.pdf>