

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución  
de Controversias de la Universidad Monteávila

# PRINCIPIA

No. 5 - 2021



# Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la  
Resolución de Controversias de la  
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 5-2021



## © Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 5-2021 / Septiembre 2021

Envío de convocatoria 03 de febrero de 2021

Recepción de artículos 14 de mayo de 2021 al 15 de julio de 2021

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de disputas. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas perteneces exclusivamente a ellos.



# Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de  
Controversias de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela  
cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623  
web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE  
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA  
LA RESOLUCIÓN DE  
CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

**Director del CIERC**

Carmine Pascuzzo S

**Subdirector de Investigación**

Adriana Vaamonde Marcano

**Subdirector de Estudios**

**DIRECCIÓN EDITORIAL**

Magdalena Maninat Lizarraga

**Directora**

Alejandro Ramírez Padrón

**Subdirector Editorial**

Carlos Carieles Bolet

**Asistente del Consejo Editorial**

Caterina Jordan Procopio

**Coordinadora Consejo  
Editorial**

**CONSEJO EDITORIAL**

Diego Castagnino

**Asesor de la Dirección Editorial**

Mario Bariona Grassi

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Ramón Escovar Alvarado

# Principia

## Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la quinta edición de *Principia*.

En *Principia* continuamos con nuestra misión de difundir conocimiento académico de calidad sobre los medios alternativos de solución de controversias. Para lograrlo, invitamos a excelentes autores de diversas edades, nacionalidades y experiencias, lo cual le da al lector la posibilidad de acceder a una gran variedad de visiones y enfoques.

En esta entrega contamos con una espléndida entrevista a la profesora Catharine Titi, que nos da una visión única del Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL) y lo que significa para el arbitraje de inversión.

Veremos también un artículo del profesor Allan Brewer-Carías, el cual presenta una perspectiva histórica de la evolución de la visión que del Estado Venezolano sobre el arbitraje en el derecho público.

Luego, contamos con un artículo donde Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez hacen un interesante estudio y análisis de la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL.

También se explorará la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia norteamericana y de España con la contribución de Javier Íscar de Hoyos.

Veremos cómo recientes cambios legislativos en México pueden ponerlo en una situación similar a la de España en el contexto de reclamaciones en arbitraje de inversión de la mano de Carlos Molina Esteban.

Con un enfoque teórico, Alejandro Ramírez Padrón nos da una visión de distintas teorías que buscan dar explicación a la fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional.

Finalmente, profesor Claudio Salas, Maria Camila Hoyos, y Soledad Peña abordan las consecuencias jurídicas y prácticas de la denuncia y el retiro de Venezuela de la Convención CIADI.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás revisores que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 6!

**Magdalena Maninat Lizarraga**

Directora Editorial de *Principia*

# Contenido

## **Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas**

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi

pág 11

---

## **De la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL**

Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez

pág 19

---

## **La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público**

Allan R. Brewer-Carías

pág 29

---

## **El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso Henry Schein V Archer & White**

Javier Íscar de Hoyos

Pág 53

---

## **Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?**

Carlos Molina Esteban

pág 89

---

## **Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional**

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón

pág 127

---

## **The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation**

Claudio Salas, Maria Camila Hoyos and Soledad Peña

pág 139

---

## **Normas Editoriales de Principia**

pág 161

---

# Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi\*

Principia No. 5–2021 pp 11-17

1. Este año se llevó a cabo la sesión 40 del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL. ¿Cuáles son las reformas más importantes que quieren proponer dentro de ese foro de trabajo?

Desde que entramos en la fase actual de las negociaciones, el Grupo de Trabajo III está considerando diferentes opciones de reforma. La gama de opciones de reforma es tan amplia y variada como lo son las preocupaciones identificadas en la fase anterior de las negociaciones sobre el sistema actual de solución de controversias. Destacan dos tipos de reforma: la reforma estructural o

institucional y la reforma no estructural.

La reforma no estructural se centra en mejoras incrementales del arbitraje entre inversores y Estados. La reforma estructural o institucional da un paso más para centrarse en el establecimiento de un órgano permanente de resolución de controversias. Más particularmente, se centra en la posible creación de un tribunal de inversiones multilateral compuesto de dos instancias (primera instancia y apelación), que es el proyecto llevado a cabo por la Unión Europea. También forma parte de la reforma

---

\*Catharine Titi, Dr iur., FCIArb, es profesora titular de investigación en el Centro Nacional de Investigaciones Científicas (CNRS)–CERSA, Universidad Paris II Panthéon-Assas, Francia.

Además de ser miembro del comité directivo de la Sociedad Europea de Derecho Internacional (ESIL), es vicepresidenta del Steering Committee del Academic Forum on ISDS, cuyo trabajo contribuye a las negociaciones en el Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL), y forma parte del Consejo Académico del Institute for Transnational Arbitration (ITA) del Center for American and International Law (CAIL).

Es miembro del Comité “Rule of Law and International Investment Law” de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y es miembro del Consejo Editorial del *Yearbook on International Investment Law & Policy* (Oxford University Press).

Catharine es miembro del Chartered Institute of Arbitrators (FCIArb), forma parte del panel de árbitros de la Court of Arbitration for Art (CAfA) y de la lista de los Panelistas del Anexo 31-B del Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA) (nombramiento conjunto por Canadá y México). Tiene un doctorado de la Universidad de Siegen en Alemania (*summa cum laude*, premio Rolf H. Brunswig) y anteriormente fue consultora de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). En 2016, Catharine recibió el prestigioso premio Smit-Lowenfeld del International Arbitration Club de Nueva York por el mejor artículo publicado en el campo del arbitraje internacional. Sus idiomas de trabajo son el inglés, francés, español, y griego. Su última monografía, *The Function of Equity in International Law*, se publicó por Oxford University Press en 2021.

estructural o institucional la posibilidad de un mecanismo de apelación permanente, cuya “primera instancia” sería el arbitraje.

Ese mecanismo de apelación podría ser independiente del tribunal o, lo que es más probable, podría utilizar la segunda instancia del tribunal multilateral de inversiones. La idea es que el tribunal multilateral de inversiones tendría una “arquitectura abierta” que permita a los Estados optar por algunas de sus funciones, como el mecanismo de apelación.

Sin embargo, todas las reformas son importantes. En particular, hay temas transversales que afectan cualquier tipo de reforma, estructural o no estructural. Un ejemplo es el derecho a regular, que no es propiamente un asunto de procedimiento sino de derecho sustantivo y que ha sido planteado en las negociaciones de UNCITRAL como un tema transversal de especial interés para los países en desarrollo.

No obstante, incrementalistas y estructuralistas tienden a abordar algunos de estos temas de una manera distinta. Esto es evidente, por ejemplo, en las respuestas que los unos y los otros dan a cuestiones sobre cómo reducir los costos, cómo

aumentar la consistencia de las sentencias, o cómo garantizar la imparcialidad y la independencia de los miembros de un tribunal.

## 2. ¿Cuál ha sido el impacto, según su opinión, que ha tenido el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL en la comunidad arbitral?

Las negociaciones en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL tienen y tendrán un impacto importante en la comunidad arbitral. No importa que la comunidad arbitral a veces se haya mostrado escéptica con la reforma, incluso con la reforma no institucional. En la medida en que los Estados decidan reformar el sistema actual de resolución de controversias entre inversores y Estados, la comunidad arbitral se verá afectada, ya que las reglas de arbitraje pueden cambiar.

Además, las negociaciones han permitido madurar algunas ideas – ideas tales como la necesidad de transparencia, la necesidad de diversidad (posible, por ejemplo, en el caso de los nombramientos institucionales o en un tribunal permanente).

Algunos centros de arbitraje que participan en las negociaciones,

toman acciones para demostrar que son sensibles al esfuerzo de reforma y también reforman sus reglas de arbitraje.

Tomemos al CIADI como ejemplo. El CIADI participa como observador en las negociaciones. En 2018, un año después de que comenzaran las negociaciones en UNCITRAL, el CIADI propuso cambios integrales para modernizar sus reglas. Se trata de la revisión más extensa de sus reglas hasta la fecha. Otros aspectos notables de la reforma del CIADI son el desarrollo de reglas de mediación (a diferencia de las reglas de conciliación que ya forman parte del Convenio del CIADI) y el Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones, que fue desarrollado de forma conjunta por los secretariados del CIADI y UNCITRAL en el contexto del Grupo de Trabajo III.

### 3. ¿Cuáles son los retos que enfrenta el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL para lograr los objetivos que se plantea ese Grupo?

El Grupo de Trabajo III recibió el mandato de trabajar en la reforma del ISDS, y un proyecto ambicioso como ese está destinado a enfrentar

retos. Para empezar, el multilateralismo en sí mismo es un desafío.

Conocemos las dificultades de alcanzar soluciones multilaterales a partir de intentos fallidos del pasado. Es difícil para todos los Estados estar de acuerdo. A veces se han expresado desacuerdos entre, por un lado, países desarrollados y, por otro, países en desarrollo, pero a menudo también han existido diferencias y tensiones entre Estados del mismo nivel de desarrollo.

En el marco del Grupo de Trabajo III, asegurar una amplia participación de los Estados, incluso en particular de los países en desarrollo, es un reto.

El Grupo de Trabajo trata de facilitar el acceso de estos países a las negociaciones. Algunas reuniones entre períodos de sesiones (“intersessional meetings”) se llevaron a cabo en países en desarrollo, otras reuniones (gracias al Covid-19) han sido híbridas y, sobre todo, unos fondos se ponen a disposición de las delegaciones de los países en desarrollo.

Los Estados pueden realizar contribuciones al fondo fiduciario de

UNCITRAL. La Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, Francia, el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania, y la Unión Europea han realizado contribuciones a este fondo de UNCITRAL con el fin de facilitar el acceso a las negociaciones de representantes de los países en desarrollo y para cubrir los costos de interpretación de las sesiones informales.

Dentro del Grupo de Trabajo III, una de las mayores divisiones es entre reforma estructural e incremental y esta división es otro desafío, y uno de los mayores. UNCITRAL trabaja por consenso. Sólo si no es posible el consenso, las decisiones se tomarán mediante votación.

Es probable que, en algún momento, se produzca una división entre las delegaciones que favorecen la reforma estructural y las que favorecen la reforma incremental. El resultado será un multilateralismo calificado: es probable que coexistan soluciones multilaterales estructurales y no estructurales. En otras palabras, unos de los mayores desafíos provienen del hecho de que diferentes Estados quieren

soluciones diferentes para la reforma.

4. ¿Cuál es la misión de los observadores en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL? ¿Por qué cree que estos observadores son importantes para la misión del Grupo de Trabajo?

En el Grupo de Trabajo III tenemos un gran número de observadores, incluso Estados observadores, organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales (universidades, sociedades académicas, organizaciones profesionales, organizaciones empresariales, centros de arbitraje, lobbies pro-arbitraje, lobbies anti-arbitraje, etc).

La Unión Europea también participa como observadora en las negociaciones. Dada esta mezcla de observadores, sus intereses y sus respectivas “misiones” son muy diferentes.

Lo que es cierto es que la amplia participación de observadores en el Grupo de Trabajo III es un factor de transparencia e inclusividad, particularmente importante en el caso de los Estados observadores, ya que estos Estados van a suscribirse a

unas o otras opciones de reforma multilateral.

La participación de los observadores también puede enriquecer las negociaciones. Al final, tenemos que recordar que la reforma es dirigida por los Estados (“state-led process”).

También debemos reconocer que la participación de los observadores es un medio importante de legitimación del proceso de reforma.

5. Usted ha seguido de cerca el desarrollo latinoamericano del sistema de inversión. En este sentido, y ante la reciente reincorporación de Ecuador al CIADI, en su opinión ¿Cuál es el futuro del sistema de protección de inversiones en Latinoamérica?

El desarrollo latinoamericano del sistema de inversión es fascinante por muchas razones. Es difícil predecir el futuro del sistema de protección de inversiones en Latinoamérica, no sólo porque es imposible predecir el futuro, sino también porque suponemos que hay un único enfoque latinoamericano.

En realidad, no hay uno sino varios enfoques latinoamericanos. Por ejemplo, Bolivia, que denunció el

Convenio del CIADI, tiene una política de inversión distinta a la de Brasil, que nunca ha adoptado la resolución de controversias entre inversores y Estados.

Un país como Brasil, con su modelo de tratado *sui generis* con sus puntos focales nacionales u *ombudsmen* y su enfoque en la prevención de disputas, sin expropiación indirecta, etc., sigue una política muy diferente a la de un Estado como Chile, que tiene un enfoque más “tradicional” para la resolución de controversias entre inversores y Estados.

México ha acordado un sistema de tribunal permanente de inversiones en su tratado global con la Unión Europea.

A veces los Estados pueden unirse para firmar un tratado común entre ellos, pero esto sólo significa que sus políticas coinciden en ese momento para ese tratado en particular.

Ecuador es un caso aparte y destaca lo difícil que es generalizar. No podemos meter a Ecuador en ninguna caja. La Constitución de Ecuador de 2008 establece que no se podrán celebrar tratados internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción a “instancias de arbitraje internacional, en

controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

El mismo año en que la nueva Constitución fue adoptada, Ecuador comenzó a terminar sus tratados bilaterales de inversión. Al año siguiente, el Estado denunció el Convenio del CIADI.

Como alternativa al arbitraje internacional, Ecuador impulsó la creación de un centro *regional* de resolución de controversias bajo la égida de UNASUR, un proyecto que, por supuesto, ahora ha sido abandonado. Pasó el tiempo, la política de gobierno cambió y, en 2018, la Presidenta de la Asamblea Nacional de Ecuador, con el acuerdo del Pleno de la Asamblea Nacional, formuló una acción de interpretación constitucional, planteándose la pregunta de saber cual fue el alcance de la prohibición constitucional, con el argumento de que los tratados de protección de inversiones no entran dentro de esta prohibición, ya que las controversias en materia de inversiones no son “contractuales” ni “comerciales”.

Todavía no tenemos el dictamen interpretativo y no sabemos si lo vamos a tener y cuándo. Según la Ley

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la promulgación de un dictamen interpretativo necesita “el voto conforme de siete de las juezas o jueces de la Corte Constitucional” y, por el momento, no tenemos idea de si tal mayoría reforzada (siete de los nueve jueces) se obtendrá a favor o en contra de la interpretación adelantada por la Asamblea Nacional en 2018.

Quizás haya necesidad de una reforma constitucional, pero esto es algo que Ecuador tendrá que decidir y que, por el momento, no parece muy probable.

Ecuador tiene un nuevo modelo de tratado de inversión, se ha reincorporado al Convenio del CIADI. Según tengo entendido, Ecuador está negociando un acuerdo de comercio con México que podría tener un capítulo sobre las inversiones con un mecanismo de resolución de controversias.

Muchas preguntas siguen abiertas. Se trata de cuestiones de derecho interno, pero cuestiones que sin duda tendrán un impacto en las inversiones internacionales y en el futuro del sistema de protección de inversiones para Ecuador.

Lo cierto es que América Latina está comprometida con el sistema de protección de la inversión internacional.

Ecuador fue una de las voces anti-ISDS más fuertes de la región, por lo que este cambio de sentido es alentador, porque muestra ese nuevo compromiso de Ecuador con las protecciones en materia de inversiones internacionales.

Los Estados latinoamericanos participan activamente en el proceso de reforma en el marco de UNCITRAL. Hay muchas esperanzas de que la región siga comprometida con la protección de las inversiones y con el sistema de resolución de controversias.

Algunos de nuestros mejores colegas, abogados, académicos, equipos de defensa legal, equipos de negociación, provienen de la región y esto por sí solo significa mucho para Latinoamérica y para el futuro de las protecciones de inversión en la región.