

Arbitraje de Inversión y los Casos Venezolanos

Pedro Rengel Núñez*

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 47-73

Resumen: Venezuela tiene el dudoso honor de ser el segundo país con más demandas de arbitraje de inversión en el CIADI, casi todos referidos a reclamos indemnizatorios por expropiación de inversiones o medidas equivalentes, iniciados luego de la ola de expropiaciones de empresas de distintos sectores y revocatoria de concesiones mineras en la década de los años 2.000. Aunque Venezuela se retiró del CIADI en 2012, sólo ha denunciado el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) con el Reino de los Países Bajos, dejando vigentes más de 20 TBI que contemplan arbitraje internacional de inversiones bajo el Reglamento Uncitral y el Mecanismo Complementario CIADI. Aunque Venezuela ha logrado librarse de casi la mitad de los casos, los laudos a favor de los inversionistas condenan a la República al pago de indemnizaciones por expropiación o medidas equivalentes por unos US\$ 14.133MM, más intereses compuestos capitalizables periódicamente, más las costas.

Palabras claves: Arbitraje de inversión, expropiación y medidas equivalentes.

Investment Arbitration and the Venezuelan Cases

Abstract: Venezuela has the doubtful honor of being the second country with more arbitration claims at ICSID, almost all referred to claims for expropriation of investments and equivalent measures initiated after the wave of expropriations of companies of several sectors and termination of mining concessions in the decade of years 2000. Although retired from ICSID on 2012, Venezuela has only exit the Bilateral Investment Treaty with The Netherlands, leaving in force more than 20 Investment Protection Treaties which include international investment arbitration under Uncitral Rules and ICSID Additional Facility. Venezuela has managed to get rid of almost half of the cases, but awards in favor of investors condemn the country to pay compensations for expropriation or equivalent measures of some US\$ 14.133MM plus compound interest capitalized periodically, plus costs.

Keywords: Investment arbitration, expropriation and equivalent measures.

Recibido: 16/05/2022

Aprobado: 10/06/2022

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University 1983, profesor y miembro del Consejo Superior de la Universidad Monteávila, Caracas, miembro y Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA 2021-2023, miembro y Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

Arbitraje de Inversión y los Casos Venezolanos

Pedro Rengel Núñez*

RVDM, Nro. 8, 2022, pp- 47-73

SUMARIO:

I. La Convención CIADI y el arbitraje de inversión. II. Estándares de protección de inversiones bajo los TBI. III. Arbitraje de Inversión y Derecho Administrativo Global. IV. Los casos venezolanos en el CIADI. V. Casos favorables a Venezuela. VI. Laudos favorables a los inversionistas

I. Arbitraje de inversión y la Convención CIADI

Venezuela tiene el dudoso honor de ser el segundo país con más demandas de arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado bajo los auspicios del Banco Mundial en la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención CIADI), que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966 y actualmente cuenta con 164 Estados parte.

Cuando el borrador de la Convención CIADI fue propuesto en 1964, fue rechazado por los 19 países latinoamericanos. Estaba entronizada la doctrina Calvo según la cual los inversionistas extranjeros debían resolver sus disputas en las cortes nacionales. Más adelante hacia 1990, muchos países siguieron las recomendaciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo de la Organización de las Naciones Unidas para la promoción y desarrollo económico y social de la región, de abrir sus economías a la inversión extranjera y suscribieron la Convención CIADI y centenares de tratados bilaterales de inversión (TBI).¹

Algunos han sostenido que, sin negar el valor que tiene la Convención CIADI, que contiene un mecanismo arbitral moderno y especializado en la solución de controversias entre particulares y Estados, su incidencia en la toma de decisiones sobre

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University 1983, profesor y miembro del Consejo Superior de la Universidad Monteávila, Caracas, miembro y Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA 2021-2023, miembro y Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

¹ Claudio Salas, María Camila Hoyos, Soledad Peña, *The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation*, en Principia N° 5, 2021 (Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias CIERC de la Universidad Monteávila, Caracas) 141, 143

invertir en un determinado país no es decisiva para los inversionistas, si tomamos en cuenta que países con importantes flujos de inversión extranjera como Brasil, República Dominicana, Sudáfrica e India no son parte de la Convención CIADI. Incluso Brasil sólo tiene suscritos 2 TBI, con México y Angola, que no contienen oferta de arbitraje para inversionistas extranjeros². No luce ser este el escenario en relación con nuestro país.

Por su parte, Venezuela ratificó el Convenio CIADI en 1995³ pero posteriormente en enero de 2012 notificó su denuncia al Banco Mundial, haciéndose efectivo su retiro del CIADI el 25 de julio de 2012. Bolivia y Ecuador también denunciaron el Convenio CIADI en 2007 y 2009, aunque Ecuador volvió a ratificarlo en el 2021.

El arbitraje de inversión está enmarcado dentro del Derecho Internacional de Inversiones, rama del Derecho Internacional que versa sobre el tratamiento jurídico que un Estado otorga en su territorio y jurisdicción a las inversiones de personas calificadas como nacionales de otro Estado, y sobre la resolución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros. Sus fuentes principales se hayan en los tratados internacionales, primordialmente el Convenio CIADI y los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (TBI), que hoy en día en el mundo se cuentan por miles, procurando impulsar las inversiones transnacionales como instrumento de desarrollo de los Estados, brindando resguardo y amparo legal a los inversionistas y sus inversiones a través de estándares sustantivos de tratamiento a éstos, y proporcionando mecanismos de resolución de controversias entre inversionistas y Estados receptores de la inversión.⁴

Hay que tener claro que el arbitraje CIADI no está referido a disputas comerciales derivadas de incumplimientos contractuales sino que su objeto es las disputas en materia de protección de inversiones y el incumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados relativas a dicha protección de inversiones, es decir la vulneración de los derechos amparados en los TBI y de los estándares mínimos de protección de inversiones allí consagrados.⁵ Esto no impide que la inversión extranjera pueda estar configurada a través de la celebración de contratos entre el inversor y entidades del

² José Gregorio Torrealba, Alternativas para la Protección de Inversiones en la Coyuntura Venezolana, en *Derecho de Propiedad e Intervención del Estado: Nuevos y Viejos Problemas*) Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA, Caracas, 2021) 351-353

³ Gaceta Oficial N° 35.685 del 3-4-1995

⁴ Hernando Díaz-Candia, Breve Introducción al Arbitraje de Inversiones, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 2, Caracas 2013, 15-17

⁵ Andrés Mezgravis, Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI, en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005) 373, 374

Estado receptor, que crean derechos y obligaciones para las partes, en cuyo caso las reclamaciones estarán referidas a los derechos derivados del contrato y a incumplimientos contractuales.⁶

Nos expone el reputado autor Nigel Blackaby, que a principios de los años 90 varios Estados latinoamericanos pusieron en marcha ambiciosos programas de reformas económicas, procesos de privatización, desregularización y liberalización del comercio, y suscribieron tratados de libre comercio y también TBI, que contemplan ciertos estándares de protección y seguridad de inversiones, garantías de tratamiento nacional y de nación más favorecida, de trato justo y equitativo y de exigencia de compensación pronta, justa y adecuada en caso de expropiación. Además incorporan un sistema de resolución de conflictos donde el inversionista puede intentar procedimientos arbitrales contra el Estado receptor de la inversión, mayormente ante el CIADI u otras alternativas como el arbitraje bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o *UNCITRAL* por sus siglas en inglés). De esta manera se asegura que el inversionista pueda exigir al Estado las obligaciones que comporta la protección de sus inversiones.⁷

Según observa Blackaby, la aceptación del arbitraje de las disputas sobre inversiones frente a un panel internacional neutral de árbitros definitivamente consignó a los libros de historia la doctrina Calvo, que establecía que las disputas con el Estado solo podían ser resueltas por los órganos judiciales de dicho Estado. Esto es válido no sólo para los países latinoamericanos que son parte del CIADI, sino también para Venezuela, que a pesar de haberse retirado del CIADI, mantiene en vigencia más de 20 TBI⁸, en los cuales se contempla la solución de controversias en arbitraje internacional de inversiones, con varias alternativas además del CIADI, la más común a través de arbitraje *UNCITRAL*.

Venezuela ha notificado la terminación de uno sólo de los TBI, el celebrado con el Reino de los Países Bajos, con efecto a partir del 1º de noviembre de 2008, lo cual en todo caso no afecta las inversiones hechas antes de la terminación del TBI, por un período de 15 años contados a partir de dicha terminación.⁹

⁶ Bernardo Cremades, La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados, en *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre 2004, Bogotá, Colombia, 66

⁷ Nigel Blackaby, El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina, en *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre 2004, Bogotá, Colombia, 17-21

⁸ Con Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Uruguay. Al respecto, ver Andrés Mezgravis, Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI, 360

⁹ Gaceta Oficial N° 35.269 del 6-8-1993

En definitiva, la circunstancia de que Venezuela se haya retirado del CIADI pero mantenga en vigencia varios TBI que contemplan arbitraje internacional de inversiones bajo el Reglamento *UNCITRAL*, e incluso bajo el mecanismo complementario CIADI, hace que no pueda hablarse de consecuencias demasiado graves, y todo dependerá más de lo que establezca el TBI de que se trate.¹⁰ La denuncia de la Convención CIADI por parte de Venezuela ha sido catalogada como un discurso altisonante y furibundo que atrae mucha atención pero con ningún efecto útil. Desde un punto de vista práctico, Venezuela no logró su objetivo de evadir el arbitraje CIADI, excepto en el caso Fábrica de Vidrios Los Andes, donde aunque el reclamo se interpuso después de la denuncia de la Convención CIADI por parte de Venezuela pero antes del vencimiento del plazo para que se considerara efectiva su salida, el tribunal arbitral negó la jurisdicción CIADI.¹¹

Además, el retiro de Venezuela del CIADI en el 2012 no afectó los casos en curso para ese momento. Los casos posteriores a esa fecha fueron presentados bajo el denominado mecanismo complementario CIADI (*ICSID Additional Facility*), que estaría disponible dependiendo de lo que establezca al respecto el tratado bilateral de protección de inversiones correspondiente.

Hay también algunos arbitrajes de inversión presentados por inversionistas extranjeros contra nuestro país bajo el Reglamento *UNCITRAL*, que se llevan a cabo con el apoyo de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en los casos en que ese mecanismo está disponible bajo el respectivo TBI. Podemos mencionar los casos Clorox (productos de limpieza), Serafín García Armas y otros y Manuel García Armas y otros (alimentos), con reclamos sobre el estándar expropiatorio bajo el TBI con España. Se trata de un número inferior de casos, que por razones de espacio no son materia de este trabajo. Nos concentraremos en los casos ante el CIADI.

II. Estándares de protección de inversiones bajo los TBI

Los estándares mínimos de protección de inversiones típicos de los TBI en general son básicamente los siguientes:

1. el trato justo y equitativo, razonable y no discriminatorio, que los Estados deben dar a los inversionistas extranjeros, a través de un ambiente de inversión estable y predecible, consistente con las expectativas razonables del inversor; las medidas

¹⁰ En el mismo sentido, José Gregorio Torrealba, *Alternativas para la Protección de Inversiones en la Coyuntura Venezolana*, 358, 359

¹¹ Salas, Hoyos, Peña, *The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation* 141, 156, 157. Ver también James Otis Rodner, Jaime Martínez Estevez, *BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has been Denounced*, en *Journal of International Arbitration* 29 No. 4 (Kluwer Law International, 2012)

de protección y seguridad que los Estados deben brindar a los inversionistas y sus inversiones;

2. el trato que los Estados deben darle a las inversiones extranjeras no debe ser menos favorable que el que deben darle a las inversiones de sus propios nacionales (trato nacional) o a los inversionistas de otros Estados (trato de la nación más favorecida);
3. la libre transferencia al exterior (*free transfer of funds* o FTF) de ganancias, dividendos, intereses, regalías, repatriación de capitales y cualesquiera otros fondos derivados, relativos o asociados a las inversiones extranjeras, que los Estados deben permitir a los inversionistas extranjeros sin limitaciones o restricciones;
4. una protección crucial ofrecida por todos los TBI es sin duda la obligación de compensación o indemnización pronta, adecuada y efectiva al inversionista extranjero por la expropiación o nacionalización de sus inversiones, ya sea a través de un acto expropiatorio directo, deliberado y formal, o mediante la toma indirecta de las inversiones con medidas equivalentes a la expropiación, que sustancialmente priven al inversionista del uso, aprovechamiento y explotación de su inversión.¹²

Las medidas equivalentes a expropiación, o la expropiación *de facto*, es uno de los asuntos que genera la mayor cantidad de litigios en el ámbito internacional. En el Derecho Internacional es claro que la expropiación no es *per se* ilegal, pues un Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes de particulares, sean nacionales o extranjeros. Sin embargo, para que esa medida sea lícita en la esfera internacional se deben cumplir ciertos requisitos, los cuales han sido cristalizados por el derecho internacional: a) que sea por causa de interés público, b) que sea realizada en forma no discriminatoria conforme al principio de legalidad y el debido proceso, y c) que haya una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Se ha sostenido que la expropiación directa o formalmente adoptada ha dejado de ser común y que es más bien excepcional. Un Estado receptor de una inversión extranjera puede tomar medidas expropiatorias en formas distintas al decreto expropiatorio formal, como la privación de la propiedad, o un acto equiparable como la pérdida de control de la inversión, o hacer que los activos dejen de generar los beneficios económicos acostumbrados o anticipados, e incluso puede tratarse no de una medida aislada sino de un conjunto de medidas que produzcan resultados expropiatorios.¹³

¹² Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2004, 48-53

¹³ Francisco González de Cossío, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, en Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2006, Bogotá, Colombia, 145, 146, 165, 166

Cabe preguntarse por qué la expropiación directa es excepcional y por qué más bien lo común es la adopción por parte del Estado receptor de la inversión, de medidas equivalentes a la expropiación. No resulta difícil concluir que con estas últimas se buscaría disimular lo que, por sus efectos, equivale en realidad a una expropiación, procurando eludir así el pago por la inversión expropiada *de facto*. Precisamente por esta razón es que el estándar de protección en materia expropiatoria que comúnmente contemplan los TBI, abarca no solamente el acto expropiatorio formal sino que se extiende a la toma indirecta de la inversión extranjera.

En los casos venezolanos encontramos ejemplos de medidas que no constituyen una expropiación formal de acuerdo con el procedimiento interno legalmente establecido, pero bajo las cuales subyacen efectos equivalentes a la expropiación, y por tanto, generadores de responsabilidad internacional del Estado venezolano en la protección de inversiones extranjeras, y su obligación de pronta y justa compensación o indemnización. Habría que añadir que la nacionalización o estatización de empresas o activos decretada por el Estado constituyen sin duda una forma de expropiación directa sujeta a pronta y justa compensación.

En general puede decirse que la jurisprudencia arbitral de inversiones ha venido siendo deferente con los Estados y sus decisiones de nacionalización, expropiación o medidas equivalentes, enfocándose primordialmente en el tercer requisito: la compensación pronta, adecuada y efectiva y la determinación del *quantum* de la indemnización al inversionista. En los casos venezolanos esto es más que evidente puesto que los laudos no sólo reconocen la legítima potestad expropiatoria del Estado sino que no se preocupan mucho por el tema de si la expropiación o medidas equivalentes obedecieron a un interés público, que por cierto en varios casos resulta obvio que no estaba presente, ni si se llevaron a cabo sin discriminaciones o conforme a la legalidad interna y el debido proceso del Estado expropiante, tampoco si el Estado brindó un trato justo y equitativo al inversor o una protección y seguridad razonable a las inversiones.

Al final los laudos a favor de los inversionistas condenan a la República al pago de indemnizaciones por la expropiación o medidas equivalentes, por montos determinados por experticias evacuadas en autos, más intereses compuestos pre y post laudo y costas. Es cierto que en la mayoría de los casos las indemnizaciones acordadas son menores a las reclamadas por los inversionistas, pero en cualquier caso son por montos muy considerables, que representan un impacto económico significativo para Venezuela.

III. Arbitraje de Inversión y Derecho Administrativo Global

El estudio de estos temas se ha visto enriquecido por los trabajos de dos prestigiosos autores venezolanos sobre el arbitraje de inversiones y el denominado derecho administrativo global. Para el destacado profesor y académico José Antonio Muci

Borjas, los TBI constituyen un especial o particular tipo normativo de ese derecho administrativo global, contrapuesto al derecho administrativo de origen estatal, interno, nacional, y que las administraciones estatales se hallan hoy en día disciplinadas por ese derecho que ha dejado de ser solo estatal, en vista de la realidad de que los Estados de un mundo globalizado compiten por las inversiones y por los inversionistas internacionales que pueden contribuir al progreso y desarrollo de sus pueblos y economías.

Dice Muci Borjas, citando a Rudolph Dolzer, que en las capitales del tercer mundo hoy en día el debate dominante ya no versa sobre la soberanía sino sobre la competencia por el capital extranjero y la tecnología, sobre la política nacional en materia de inversiones que permita atraer al inversionista extranjero.¹⁴

Nos dice también Muci Borjas que la expropiación a la cual aluden los TBI comprenden dos tipos de medidas estatales, a saber: a) la expropiación *de iure* o de derecho (*direct taking*), esto es, la medida en virtud de la cual el Estado de manera forzosa o coactiva adquiere bienes para el cumplimiento de fines públicos, siguiendo un procedimiento legal determinado con el pago de una justa indemnización; y b) la expropiación *de facto* o de hecho (*indirect taking*) en la que el Estado, sin llegar a adquirir los bienes del inversionista, adopta una o más decisiones que anulan o alteran de manera sustancial los derechos del inversionista.¹⁵

Respecto a la indemnización por causa de expropiación, comenta Muci Borjas, citando a Gus Van Harten, que el estándar de la compensación que de acuerdo al derecho internacional debe ser saldado en caso de expropiación históricamente los Estados importadores de capital han afirmado su derecho a expropiar bienes dentro de su territorio contra el pago de una compensación justa o adecuada, calculando el valor de la propiedad tomando en cuenta factores distintos al valor de mercado, mientras que los más grandes exportadores de capital propician estándares basados en valores de mercado como el *Hull standard*, formulado por primera vez por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull, que supone una completa, pronta y adecuada compensación en dinero libremente convertible sin dilaciones indebidas, y que la mayoría de los TBI lo utiliza como un mínimo.¹⁶

Por su parte el también destacado autor y profesor José Ignacio Hernández ha sostenido que el derecho administrativo global debe estar informado por los principios generales de derecho administrativo empleados como fuente del derecho internacional y coincide con Muci Borjas en el sentido de que el derecho administrativo global

¹⁴ José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007) 112, 113, 116

¹⁵ José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, 168

¹⁶ José Antonio Muci Borjas, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, 186, 187

se aplica al arbitraje internacional de inversiones. Para este autor la relevancia de los principios generales de derecho administrativo en el arbitraje internacional de inversiones puede afirmarse a partir de la similitud entre dichos principios y los estándares de protección del inversor. Sostiene el profesor Hernández que los TBI contemplan las garantías del inversor frente a medidas expropiatorias o de efecto equivalente y las garantías del inversor relativas al estándar de trato justo y equitativo, que coinciden con los principios generales de derecho administrativo en materia de interdicción de la discriminación y la arbitrariedad y en materia expropiatoria.

Continúa este autor señalando que es preciso reconocer un margen de deferencia a favor del Estado sede de la inversión, que suele relacionarse con el principio de proporcionalidad, justificado por la complejidad técnica de la materia o por el carácter democrático de las autoridades gubernamentales que adopten la decisión objeto de revisión arbitral. En esto último pensamos que desafortunadamente Venezuela difícilmente calificaría. Nos señala el profesor Hernández que ciertas políticas públicas adoptadas para cumplir con cometidos de interés general, como la protección del medio ambiente o de la salud, pueden verse como conformes con el TBI, cuya aplicación en todo caso no puede vulnerar o desconocer lo que se conoce como el derecho a regular, es decir, la potestad del Estado de intervenir en la economía a través de la Administración Pública dentro de su territorio.¹⁷

En definitiva el profesor Hernández viene insistiendo en que, al asumir adecuadamente desde el Derecho Administrativo Global la naturaleza única y especial del arbitraje internacional de inversiones, como parte del sistema de control externo e internacional sobre la Administración doméstica, se logra un marco conceptual adecuado que promueve en mejor medida el equilibrio entre los derechos de los inversionistas, traducidos en estándares de protección previstos en los TBI, y el derecho del Estado a intervenir en el orden socioeconómico, o sea, el llamado “derecho a regular”.¹⁸

¹⁷ José Ignacio Hernández, *El Derecho Administrativo Global como Fuente de Derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones*, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Alvarez, Cátedra Jean Monnet Derecho Administrativo Europeo y Global, 2020, 6, 14, 16, 17.

¹⁸ José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016) 297, 298

Una reciente manifestación sobre el interés en el derecho internacional de inversiones de proteger el derecho a regular, es el caso CIADI de Phillip Morris vs Uruguay, que involucra la soberanía del Estado para intervenir en la economía y dictar regulaciones restrictivas y limitantes en materia de comercialización de productos del tabaco, por razones de interés público y de salud pública, que fueron encontradas por el laudo dictado como conformes con el TBI aplicable.¹⁹

No puede negarse la importancia del análisis anterior, sobre todo para comprender cabalmente el panorama general del arbitraje de inversión y la aplicación del derecho administrativo global basado en el derecho administrativo comparado y en los principios generales de derecho administrativo, que van más allá del derecho administrativo interno de los países. El derecho administrativo comparado se muestra como una útil herramienta para la interpretación de los TBI, especialmente respecto a los estándares de protección que puedan resultar muy amplios e imprecisos, aquellos distintos al estándar expropiatorio.²⁰ Es verdad que el estándar de trato justo y equitativo es respecto al cual hay más debate sobre su amplitud e imprecisión, más no tanto en lo que se refiere al estándar expropiatorio.

Lo cierto es que en los casos venezolanos de arbitraje de inversión no está en juego ni ha sido desconocido el derecho a regular del Estado, ni tampoco se pone en jaque la soberanía del país para intervenir en la economía o para adoptar las medidas que considere necesarias o convenientes en materia de política petrolera o minera, puesto que en su casi totalidad se refieren a reclamaciones indemnizatorias por expropiación o medidas equivalentes, que no requieren más deferencia de los tribunales arbitrales de inversión que la que suelen tener respecto a no ahondar en las razones que tuvo el Estado para adoptar las medidas que según alegan los inversionistas, dan lugar a la obligación de compensación, y menos a cuestionarlas.

Tampoco en los casos venezolanos de arbitraje de inversión se observa una confrontación entre principios de derecho administrativo doméstico y de derecho administrativo global. Más bien se da una similitud entre el derecho administrativo interno, el derecho administrativo global y los estándares de protección de inversiones relativos a la expropiación y medidas equivalentes, específicamente en los contemplados en los TBI que los inversionistas extranjeros han invocado frente a Venezuela.

¹⁹ En este sentido, ver José Ignacio Hernández, Balance y Perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (Centro para la Integración y el Derecho Público CIDEP, N° 10, Caracas 2016) 83

²⁰ José Ignacio Hernández, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*, 349

IV. Los casos venezolanos en el CIADI

Según se reporta en la página web del CIADI,²¹ de un total de 838 casos registrados, Argentina sigue liderando la tabla, después de ya varios años, con 56 casos. La mayoría de ellos involucran empresas privadas de servicios públicos que invirtieron durante el proceso de privatizaciones que tuvo lugar en la década de los 90 y sus reclamos surgen de las medidas tomadas por el Gobierno en relación con la crisis económica, social y política, con su punto más crítico en diciembre 2001 y enero 2002.²²

El siguiente en la tabla es Venezuela con 50 casos, la casi totalidad referidos a reclamos indemnizatorios por expropiación de inversiones o medidas equivalentes, y la mayoría de ellos iniciados luego de la ola de expropiaciones de empresas de distintos sectores y revocatoria de concesiones mineras, en la década de los 2000. Nuestros pares latinoamericanos están bastante por debajo de esos números, Perú con 27 casos, México con 25, Ecuador con 14, Colombia con 13, Costa Rica con 11, Panamá con 10, Bolivia y Chile con 5, Guatemala con 4 y Nicaragua con sólo 1 caso.

En los casos venezolanos se han dado reclamaciones al Estado bajo un TBI ventiladas en arbitraje de inversión CIADI y también reclamaciones contractuales a entidades del Estado, ventiladas en arbitraje comercial internacional ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Un ejemplo son los 2 únicos casos de empresas petroleras con reclamos en el CIADI. La gran mayoría de los inversores del sector hidrocarburos en los convenios de asociación para explotación a riesgo y ganancias compartidas, para la extracción y mejoramiento de crudo de la Faja Petrolífera del Orinoco y en los convenios operativos bajo el marco de la apertura petrolera de 1997, cuando se desmontó ésta en el año 2007, aceptaron los nuevos términos impuestos por el Estado venezolano y accedieron a la migración de los proyectos al esquema de empresas mixtas, salvo 2 únicas excepciones: Mobil y ConocoPhillips, que prefirieron la expropiación total de sus inversiones que ceder a la modificación unilateral de las condiciones pactadas originalmente.²³

Estas empresas reclamaron en arbitraje comercial ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI a PDVSA las indemnizaciones que ésta se había comprometido a cubrir en los convenios de asociación por las medidas expropiatorias que aplicara el Estado venezolano, y también reclamaron en arbitraje de inversión CIADI a la República venezolana la indemnización por la expropiación de

²¹ <https://icsid.worldbank.org/>

²² Federico Godoy, El caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas, en *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005 (Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, Bogotá, Colombia) 125

²³ Simón Guevara C., *Régimen Legal de los Hidrocarburos, de dónde venimos, donde estamos y hacia dónde queremos ir* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021) 96

sus inversiones. En ambos casos el laudo CIADI a favor de los inversores estableció que de la indemnización acordada se dedujeran las indemnizaciones acordadas y pagadas conforme al respectivo laudo CCI.

Se han dictado un total de 31 laudos, 12 a favor de Venezuela y 19 a favor de los inversionistas, aunque entre estos, 2 laudos han sido anulados parcialmente, de los cuales uno ha sido sometido a nuevo arbitraje por la porción anulada del laudo. Actualmente hay 4 laudos recurridos por Venezuela en anulación y pendientes de decisión por comités ad-hoc nombrados por el CIADI.

Los 12 laudos a favor de Venezuela están definitivamente firmes luego de que se desecharan los recursos de nulidad intentados por los inversionistas en 5 de ellos. De los 19 laudos a favor de los inversionistas, 11 están firmes, 4 bajo recursos de nulidad pendientes de decisión y 1 laudo reciente a la espera de si Venezuela intenta recurso de nulidad.

De los 11 laudos firmes a favor de los inversionistas, dos fueron cumplidos voluntariamente por Venezuela (Fedax y Aucoven). Tenemos conocimiento de 9 laudos que están en proceso judicial de ejecución ante las cortes de EEUU²⁴, donde se intenta perseguir activos de empresas del Estado Venezolano ubicados en ese país (Crystalllex, Gold Reserve, Owens Illinois, Vestey Group, Tenaris-Talta Matesi, Tenaris-Talta Comsigua, ConocoPhillips, Saint Gobain, Valores Mundiales).

Actualmente hay 7 casos en curso que fueron presentados entre el 2016 y el 2020, bajo el mecanismo complementario CIADI (*ICSID Additional Facility*) y que están pendientes de decisión: Luis García Armas (sector alimentos) bajo el TBI con España, Venoklim Holding BV (lubricantes) bajo el TBI con Países Bajos, Dick Fernando Abanto (telecomunicaciones) bajo el TBI con Perú, Smurfit Holdings BV (industria del cartón) bajo el TBI con Países Bajos, Gustavo Maeso Lando (sector tabaco) bajo el TBI con Uruguay, The Williams Companies (hidrocarburos) bajo el TBI con Países Bajos y Liberty Seguros/Liberty UK and Europe Holding (sector seguros) bajo el TBI con España y con Reino Unido.

Hay que decir que en los 5 casos que están bajo el TBI con Países Bajos y con España, hay riesgo de que el tribunal arbitral resuelva que el mecanismo complementario CIADI no estaba disponible por haber expirado cuando Venezuela se hizo parte de la Convención CIADI, como se estableció en el caso Kimberly Clark, referido más adelante.

²⁴ La información puede encontrarse en el sitio web oficial del Gobierno de los Estados Unidos conocido como PACER Public Access to Court Electronic Records, <https://pacer.uscourts.gov/>

En otros 4 casos, con laudos a favor de los inversores, están pendientes de decisión los recursos de anulación intentados por Venezuela: Koch (sector petroquímico), Longreef (procesadora de café), Conoco Phillips (sector petrolero), Rusoro Mining (sector minero), o corriendo el plazo para ser intentado: Agroinsumos Ibero-Americanos (sector agrícola).

V. Casos favorables a Venezuela

De los 31 laudos dictados, Venezuela ha obtenido 12 laudos favorables. Sólo en dos de los casos, el de Vanessa Ventures (concesiones mineras) y Anglo American PLC (minería), la decisión fue sobre el fondo del asunto. En el caso Vanessa Ventures el laudo desestimó las alegadas violaciones al TBI Venezuela-Canadá en materia de expropiación, trato justo y equitativo y protección y seguridad de inversiones. En el caso Anglo American PLC el laudo rechazó la indemnización reclamada al concluir que versaba sobre activos no incluidos en la reversión de las concesiones mineras.

En los 10 casos restantes la decisión fue por falta de jurisdicción CIADI bajo los respectivos TBI en que se basaron las reclamaciones, principalmente al considerarse que las inversiones o los inversores no estaban protegidos bajo el tratado correspondiente. En los casos de Brandes (telecomunicaciones) y Opic Karimun (inversiones petroleras), el laudo rechazó la jurisdicción CIADI que fue alegada exclusivamente bajo el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana de 1999, al considerar que dicha norma legal no contenía una oferta de arbitraje por parte de Venezuela. Están también los casos Nova Scotia Power (minas de carbón), Venoklim Holding (lubricantes), Gambrinus (petroquímica), Transban Investment (importación de vehículos), Highbury International (concesiones mineras), Blue Bank (sector bancario) y Favianca (envases de vidrio).

En 5 de los casos, Venoklim, Gambrinus, Highbury, Favianca y Blue Bank, los inversionistas presentaron solicitudes de nulidad de los laudos, las cuales fueron declaradas sin lugar por los comités ad-hoc designados por el CIADI, de manera que estos casos han quedado definitivamente concluidos a favor de Venezuela.

El laudo más reciente, de noviembre 2021, caso Kimberly Clark (higiene y cuidado personal), negó la jurisdicción CIADI sosteniendo que la oferta de arbitraje por el mecanismo complementario CIADI bajo el TBI con los Países Bajos y con España sólo estaba disponible antes de la entrada de Venezuela en el CIADI y por lo tanto había expirado con la adhesión de nuestro país a la Convención CIADI en 1995.

Pero además hay otros 12 casos que terminaron o bien por transacción entre los inversionistas y el Estado, el caso de Cemex, o porque fueron descontinuados sin laudo, en los casos de I&H Beheer, Grad Associates, Eni Dacion, Valle Verde SF, Highbury

International AVV, The Williams Company, Universal Compression, Holcim, Ternium-Sidor, Hortensia Margarita y más recientemente, Saint Patrick Properties.

Quiere decir que, en conjunto, de los 50 casos contra nuestro país, Venezuela ha logrado librarse de 24 de ellos, es decir, de casi la mitad de los casos. Sin embargo, si tomamos en cuenta, no el número de casos sino su cuantía, los resultados son bastante desfavorables para el país, pues los laudos condenatorios representan cantidades muy superiores a las involucradas en los laudos a favor de Venezuela.

VI. Laudos favorables a los inversionistas

De 31 laudos dictados, 19 han sido a favor de los inversionistas, con condenas que suman unos US\$ 14.133MM, sin contar las costas y los intereses, que en la casi totalidad de los casos son intereses compuestos capitalizables anual, semestral o trimestralmente desde la fecha de la expropiación y hasta el momento del pago definitivo, con lo cual los montos de las condenas sufrirán un incremento muy significativo.

A pesar de que la República alegó en todos los casos que el interés compuesto, es decir, capitalizables cada cierto tiempo, constitúa anatocismo, esto es, intereses sobre intereses, lo cual está expresamente prohibido por nuestro Código de Comercio, todos los laudos rechazaron esta defensa con base en que lo relevante no es lo dispuesto en el derecho interno, sino que, según el Derecho Internacional, y particularmente el Derecho Internacional de Inversiones, el interés simple no constituye una verdadera y justa indemnización, y a fin de que la indemnización esté acorde con lo establecido en los tratados de protección de inversiones, debía contemplar intereses compuestos capitalizables en períodos razonables de tiempo, sea en forma trimestral, semestral o cuando menos anual.

Es de mencionar que en todos los casos la República alegó la falta de jurisdicción CIADI para conocerlos y decidirlos, y en todos ellos se rechazó la procedencia de esta defensa, al constatar que los tribunales arbitrales CIADI efectivamente tenían jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae*, por considerar que existían inversionistas e inversiones protegidas por los tratados bilaterales de protección de inversiones respectivos.

Salvo el laudo Fedax, que condena a Venezuela al pago de unos pagarés insoluto, los laudos a favor de los inversionistas condenan a la República al pago de indemnizaciones por el valor de inversiones expropiadas u objeto de medidas equivalentes, o de concesiones terminadas o revocadas y el pago de fondos bajo obligación de libre transferencia (FTF). En 10 de los casos, Mobil, ConocoPhillips, Rusoro Mining, Flughafen, Owens Illinois, Tidewater, Tenaris/Talca Matesi, Tenaris/Talca Comisqua, Vestey y Saint-Gobain, se trató de expropiaciones directas. En 2 casos se trató de me-

didas equivalentes a expropiación (Cristalex, Koch). En 3 casos se trató de indemnización de daños y perjuicios relacionados con violación al estándar de trato justo y equitativo y no al estándar expropiatorio (Aucoven, Gold Reserve y Valores Mundiales). En 2 casos, Longreef y Agroinsumos Iberoamericanos, no se conocen los laudos, aunque se ha reportado que involucran indemnizaciones a favor de los demandantes, muy probablemente relacionados con expropiación directa o indirecta de inversiones.

En uno de los casos, el de la línea aérea Air Canada, la condena se refiere a la transferencia de utilidades y repatriación de fondos (*free transfer of funds FTF*) que el Estado no le garantizó y le impidió hacer. Es decir, las condenas en la mayoría de los laudos son por violación del estándar expropiatorio amparado en los tratados bilaterales de inversión respectivos, por falta de pago de la indemnización correspondiente.

Pasamos a referirnos a los laudos con condenas a la República, en orden cronológico:

1) Fedax NV: se trata del primer caso que enfrentó Venezuela en el CIADI, bajo el TBI con el Reino de los Países Bajos, sobre una acreencia derivada de pagarés emitidos por la República. El laudo arbitral es de fecha 26 de febrero de 1998. En este caso la República convino en que efectivamente adeudaba el monto de capital y los intereses de los pagarés por un monto de US\$ 760.195, e incluso suscribió una transacción con la acreedora al respecto, aunque las partes no lograron ponerse de acuerdo para que se dictara un laudo abarcando los términos de la transacción, porque diferían en el tema de los gastos y costas. De manera que se produjo un laudo que si bien condenó a Venezuela al pago de lo transado entre las partes, la eximió de pagar las costas.

Es de resaltar que en este laudo el Tribunal Arbitral manifiesta expresamente su satisfacción de que este sea el primer caso en el CIADI de Venezuela, un prominente miembro de la región latinoamericana, hecho que en sí mismo ilustra bien la evolución que el tratamiento legal de las inversiones extranjeras ha tenido en la región y en otras partes del mundo. Adicionalmente apunta el laudo que la transacción celebrada por la República de Venezuela es totalmente consistente con su buena reputación en la comunidad financiera internacional y honra una larga tradición de observancia de los acuerdos internacionales.

2) Autopista Concesionada de Venezuela Aucoven: este caso versa sobre la concesión de la autopista Caracas-La Guaira otorgada al demandante. La jurisdicción CIADI no deriva de un TBI sino que fue convenida por las partes en el contrato de concesión. El laudo de septiembre de 2003 acordó la terminación del contrato de concesión, demandada por la concesionaria por el incumplimiento de Venezuela de sus obligaciones contractuales de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato, bien a través del aumento del costo del peaje o del pago directo a la concesionaria, y

de pagar los ingresos mínimos garantizados conforme al contrato. El laudo rechazó por falta de pruebas el reclamo de lucro cesante y condenó al pago de una compensación por pérdidas en operaciones y por el valor de bienes afectos a la concesión más intereses simples por el orden de US\$ 46M, rechazando la pretensión de intereses compuestos de Aucoven. Es el segundo y último laudo que el Estado venezolano ha honrado y pagado.

3) Gold Reserve: este caso, conducido bajo las reglas del Mecanismo Complementario CIADI conforme al TBI con Canadá, versa sobre la inversión de la demandante en concesiones mineras para la extracción de oro, bronce y molibdeno en el Estado Bolívar. El laudo de septiembre 2014 concluyó que Venezuela violó su obligación de otorgar trato justo y equitativo a la inversión de la demandante, pero que los actos de terminación de las concesiones por parte de Venezuela fueron en ejercicio de poderes regulatorios y no de naturaleza expropiatoria.

El laudo determinó los daños y perjuicios causados por las violaciones del estándar de trato justo y equitativo del TBI según fue reconocido por ambas partes, con base en el valor justo de mercado de las inversiones, determinado por expertos, y condenó a Venezuela por US\$ 713M más intereses compuestos con capitalización anual desde abril 2008 hasta la fecha del laudo a la tasa de los bonos del tesoro de EEUU y desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago definitivo a tasa libor más 2%, más las costas.

La Corte de Apelaciones de París otorgó el exequatur del laudo en enero 2015. La Corte del Distrito de Columbia en EEUU confirmó el reconocimiento y ejecución del laudo en noviembre 2015. Se ha reportado que las partes llegaron a algún tipo de arreglo pero no hay información disponible sobre éste ni sobre la continuación de la ejecución del laudo.

4) Venezuela Holdings BV: este caso versa sobre la expropiación de inversiones petroleras del grupo de empresas ExxonMobil, bajo el TBI con el Reino de los Países Bajos.

En laudo de jurisdicción de junio 2010, se rechazó la jurisdicción CIADI para una de las demandantes, Mobil Corporation, que fundaba su reclamo sólo en el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, por carecer de TBI en que apoyarse.

Posteriormente el laudo de octubre 2014 condenó a Venezuela por la expropiación del Proyecto Cerro Negro de crudo extrapesado de la faja petrolífera del Orinoco y del Proyecto La Ceiba de crudo liviano del Lago de Maracaibo, por US\$ 1.600MM más intereses compuestos con capitalización anual a la tasa del 3,25% desde junio 2007 hasta el pago definitivo, más las costas.

En este laudo se ordenó deducir la indemnización a cargo de PDVSA y en favor de Mobil ordenada en un laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de diciembre 2011 por US\$ 746M más intereses a la tasa Prime de New York capitalizables anualmente, la cual había sido efectivamente pagada por PDVSA.

Ante la solicitud de anulación presentada por Venezuela, en marzo 2017 el comité ad-hoc nombrado por el CIADI anuló parcialmente el laudo por lo que respecta a parte de la indemnización por US\$ 1.411MM, al encontrar que el laudo consideró no aplicable el precio petrolero tope previsto en el Convenio de Asociación objeto de la controversia, pero no aplicó el derecho adecuado e incurrió en ausencia de motivos suficientes y no contradictorios. Tras esta anulación parcial del laudo el inversionista solicitó en octubre 2018 el reenvío de la disputa a otro tribunal arbitral que se constituyó en agosto 2020 y debe ahora decidir sobre la porción anulada del laudo sin incurrir en el vicio que dio lugar a su nulidad. De manera que este caso aún espera por decisión.

5) Flughafen Zurich: este caso versa sobre la concesión adjudicada por la Gobernación del Estado Nueva Esparta a las demandantes en febrero 2004, para la prestación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño por un período de 20 años. En diciembre 2005 la Gobernación intervino el Aeropuerto y finalmente en marzo 2009 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entregó el Aeropuerto al Poder Nacional.

El caso se trató conforme a los TBI con Chile y Suiza. Se produjo un laudo en noviembre 2014 que consideró estas acciones como una expropiación directa por parte de la República de Venezuela de los derechos de las demandantes conforme al contrato de concesión, y condenó a Venezuela por US\$ 19.4M más intereses capitalizados anualmente a la tasa Libor más 4% y las costas. La solicitud de nulidad de Venezuela fue rechazada en abril 2019, con lo cual el laudo quedó firme. No tenemos conocimiento de su ejecución.

6) OI European Group: este caso versa sobre la expropiación de las inversiones de las demandantes en Owens Illinois de Venezuela y Favianca, fabricantes de envases de vidrio. El laudo de marzo 2015 condenó a Venezuela por US\$ 372.4M más intereses capitalizados anualmente a tasa libor más 4% y las costas por violación del TBI con el Reino de los Países Bajos. La nulidad del laudo solicitada por Venezuela fue rechazada en marzo 2019 y el laudo es actualmente objeto de ejecución en las cortes de EEUU.

El laudo establece que la expropiación de Owens Illinois y Favianca realizada por la República fue ilegal por haber violado el TBI, ya que, aun cuando cumplió con el requisito de haberse practicado por razones de interés público (favorecer el desarrollo endógeno), y aunque el Tribunal no consideró probado que se haya realizado por razones discriminatorias, el Decreto de Expropiación infringió una garantía básica del

debido proceso exigida por el derecho internacional, al no identificar con claridad los bienes expropiados, y además por incurrir la República en un retraso excesivo y no justificado en el pago de una justa compensación, al haber transcurrido más de 4 años desde el comienzo del procedimiento expropiatorio sin que se hubiere fijado y menos aún pagado la indemnización correspondiente.

El Tribunal Arbitral consideró que las actuaciones del INDEPABIS, órgano administrativo regulador de protecciones al consumidor, al adoptar *inaudita parte* y con efectos inmediatos la decisión de ocupar temporalmente las plantas, fueron arbitrarias, pues tal decisión carecía de soporte jurídico que la justificara, y constituyó una desviación de poder, pues requería la apertura de un procedimiento sancionador previo que nunca se llevó a cabo, violándose así el debido proceso. Según el Tribunal Arbitral, la República no aportó indicio alguno que sustentara las razones que sirvieron de motivo para la ocupación temporal, esto es, que las empresas estaban restringiendo la oferta de bienes, que existía riesgo de destrucción, alteración o desaparición de bienes o documentos y que las empresas estaban ocultando información y negándose a exhibir documentos.

Para el Tribunal Arbitral, la ocupación temporal de las plantas se hizo para evitar el engorroso procedimiento de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que en garantía de los derechos del expropiado, exige acudir a los tribunales contencioso administrativos y obtener una orden judicial, y que sólo permite ocupar los bienes expropiados si se han valorado por una comisión de avalúos y se ha consignado el justiprecio.

En vista de que la expropiación se llevó a cabo violando el debido proceso y de que la ocupación de las plantas constituyó una arbitrariedad, el Tribunal Arbitral estimó que la República sometió a las inversiones de la demandante a un trato injusto e inequitativo y a medidas arbitrarias en violación del TBI.

7) Tidewater Investment: se trata de un caso sobre confiscación de buques de servicios de transporte marítimo a PDVSA y sus filiales, bajo el TBI con Barbados. Un laudo de julio 2015 condenó a Venezuela por violación del TBI celebrado entre Venezuela y Barbados, a pagar una indemnización de US\$ 46.4 millones, calculada al valor de mercado del negocio aplicando el método de flujo de caja descontado, más intereses capitalizables trimestralmente al 4,5% más las costas.

Ante la solicitud de nulidad de Venezuela el comité ad-hoc nombrado por el CIA-DI confirmó la indemnización por US\$36.3M y anuló la porción considerada como no motivada de la indemnización por US\$ 10M. No tenemos conocimiento de que el laudo esté en proceso de ejecución.

8) Tenaris/Talca-Matesi: este caso, basado en el TBI con Bélgica, Luxemburgo y Portugal, versa sobre la expropiación de Matesi, productora de briquetas de hierro en Guayana. El laudo de enero 2016 determinó que Venezuela decretó la expropiación sin implementar los procedimientos legalmente establecidos para llevar a cabo y completar el proceso. Señala el laudo que el propio experto de Venezuela afirmó en el proceso arbitral que la Ley de Expropiación venezolana exigía en forma imperativa y no discrecional que los activos expropiados se sometieran a tasación pericial, incluso si el sujeto de la expropiación no participaba en el proceso de arreglo amigable, pero que en este caso las autoridades administrativas venezolanas encargadas de llevar a cabo la expropiación decidieron que no debía continuarse el juicio hasta resolverse el arbitraje.

El laudo consideró que como Venezuela tampoco dispuso lo necesario para el pago de la indemnización inmediata, adecuada y efectiva, ello era violatorio de los estándares de los TBI relativos a la expropiación, y condenó a Venezuela por US\$ 87.3M más intereses capitalizables anualmente al 9% y las costas. La solicitud de nulidad de Venezuela fue desechada por el comité ad-hoc en diciembre 2018. El laudo está siendo objeto de reconocimiento y ejecución en las cortes de EEUU.

9) Crystalex: este caso, conducido bajo el Mecanismo Complementario CIADI conforme al TBI con Canadá, versa sobre un contrato firmado entre Cristalex y la CVG en septiembre 2002 para la explotación de minas (CEM) en el área denominada “Las Cristinas” en el Estado Bolívar, contentiva de uno de los mayores depósitos de mineral de oro del mundo.

Bajo el contrato, Crystalex asumió la responsabilidad del desarrollo del proyecto Las Cristinas y todos sus costos, así como la construcción en el sitio de las obras sociales acordadas (facilidades hospitalarias y escolares en el área), con el derecho a recibir el producto de la venta del oro producido y la obligación de pago de los royalties acordados a la CVG y los impuestos aplicables bajo la ley venezolana. La CVG asumió la obligación de obtener los permisos necesarios de las autoridades competentes para el desarrollo del proyecto, que además requería la obtención del Ministerio del Ambiente de la Autorización para Afectar Recursos Naturales. El contrato tenía una duración de 20 años, prorrogables por 2 períodos de 10 años cada uno, hasta un máximo de 40 años. Sin embargo en abril 2008 el Ministerio negó la autorización y en febrero 2011 el Ministerio de Minas informó a Crystalex la rescisión unilateral del contrato.

El laudo de abril 2016 condenó a Venezuela al pago de una indemnización por US\$ 1.202MM más intereses con capitalización anual a la tasa libor más 1%, sin condena en costas. El Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que la negativa del permiso ambiental y la rescisión unilateral del contrato debían considerarse actos de soberanía del Estado venezolano dentro de exorbitantes prerrogativas de derecho público derivadas del *ius imperium* bajo la ley venezolana, y no como el ejercicio de derechos

contractuales de terminar unilateralmente el contrato. En efecto, el laudo consideró que se trataba de una decisión al más alto nivel del Estado venezolano de recuperar la mina Las Cristinas, en vez de una terminación del contrato por supuestas violaciones contractuales, como lo pretendía la República, con el propósito de evadir la indemnización por expropiación.

El Tribunal Arbitral en definitiva consideró que la serie de actuaciones realizadas por la República, comenzando con la negativa del permiso ambiental, continuando con los anuncios de que el Estado recuperaría Las Cristinas, y concluyendo con la rescisión del contrato, constituyen medidas equivalentes a una expropiación bajo el TBI. El Tribunal Arbitral admitió que la expropiación de la inversión de Cristallex perseguía un indudable interés público, y no encontró que se hubiesen violado estándares del debido proceso o que se hubiere realizado de manera discriminatoria, pero sí determinó que Venezuela no había ofrecido ni pagado compensación alguna a Cristallex por tal expropiación, lo cual es violatorio de la obligación de pronta, adecuada y efectiva compensación por la expropiación bajo el TBI.

Se trata del laudo que está más avanzado en el proceso de ejecución en las cortes de EEUU. En julio 2019 la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos confirmó la decisión de la Corte del Distrito de Delaware que determinó que PDVSA, la empresa petrolera del Estado Venezolano, es un *alter ego* de la República de Venezuela y por lo tanto, sus activos son susceptibles de embargo y ejecución, como si fueran de Venezuela.²⁵ Entre esos activos están las acciones de PDVSA Holding, empresa estadounidense propietaria de las acciones de CITGO, una importante refinería y cadena de estaciones de servicio de gasolina en los Estados Unidos. Por ahora el embargo y ejecución de activos de PDVSA en ese país están bloqueados por la interpretación que se le ha dado a las sanciones impuestas a Venezuela y sus empresas por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros OFAC, dependiente del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

10) Vestey Group: este caso, bajo el TBI con el Reino Unido, versa sobre la expropiación de fincas ganaderas de 290 mil hectáreas y 100 mil cabezas de ganado. El laudo arbitral es de abril 2016. El Tribunal Arbitral asentó que la expropiación de

²⁵ Al respecto, ver José Gregorio Torrealba, La Ejecución de Laudos Arbitrales que condenan al Estado sobre Activos de Empresas del Estado. A propósito de la Teoría del *Alter Ego* en el caso Cristallex vs. Venezuela, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Breton* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo V, Caracas, 2019) 1450-1454. Ver también José Ignacio Hernández, Allan R. Brewer Cariás, *The Defense of the Rights and Interest of the Venezuelan State by the Interim Government before Foreign Courts* (Editorial Jurídica Venezolana Internacional, New York 2021), 491-493. Estos autores sostienen que desde febrero de 2019 PDVSA, conducida por la Junta Ad hoc nombrada conforme al Estatuto que rige la Transición a la Democracia para reestablecer la vigencia de la Constitución, no puede ser ya considerada como un *alter ego* de la República. Así lo ha alegado Venezuela en varios casos en las cortes de EEUU, con el apoyo del dictamen jurídico del profesor Brewer Cariás.

la inversión de Vestey fue ilegal no sólo por falta de pago de compensación sino por infringir el requerimiento de debido proceso previsto en el TBI.

Aunque Venezuela no consideró que sus medidas eran una expropiación bajo la ley venezolana, sino que la toma de control de las tierras y activos fue bajo el régimen legal de “rescate” bajo la Ley de Tierras, el Tribunal Arbitral determinó que la Ley de Expropiación venezolana contiene detalladas garantías procesales, como la acción judicial que se requiere iniciar para expropiar un activo, la fijación de la compensación por una comisión de tres expertos, régimen este que difiere drásticamente del contemplado en la Ley de Tierras, donde el procedimiento de rescate se basa en que la tierra es propiedad estatal y por lo tanto el Estado no debe compensación alguna, más aún, niega el derecho a compensar por mejoras en las tierras rescatadas, y no contiene reglas para la compensación de bienes muebles como ganado y vehículos tomados con las tierras recuperadas.

El laudo condenó a Venezuela a una indemnización por US\$ 98M, basándose en la experticia de una firma de avaluadores independientes que determinó el valor de las tierras, construcciones y bienhechurías, inventario de ganado y animales vehículos y aeronave, más intereses a la tasa de la deuda soberana con capitalización semestral y las costas. La solicitud de nulidad del laudo fue rechazada por el comité ad-hoc en abril 2019, por lo que el laudo está firme y siendo objeto de ejecución en EEUU.

11) Rusoro Mining: este caso, conducido bajo el Mecanismo Complementario CIADI conforme al TBI con Canadá, versa sobre la expropiación de concesiones mineras y contratos de exploración, desarrollo y explotación de oro y otros minerales en el sureste del Estado Bolívar.

El laudo es de agosto 2016. El Tribunal Arbitral no encontró que la expropiación no se hubiera realizado con un propósito público, ya que los Estados tienen extensa discrecionalidad para establecer sus políticas públicas y no es el rol de los tribunales de inversión considerar si es o no apropiado el modelo político o económico adoptado por un Estado soberano. Tampoco encontró que se hubiera violado el debido proceso, que debe entenderse, no bajo la normativa de expropiación venezolana sino más genéricamente de acuerdo al derecho internacional, es decir, que la decisión de expropiación se haya tomado adecuadamente, en este caso mediante el Decreto de Nacionalización con rango de ley orgánica venezolana dictado por el Presidente de la República autorizado por el Parlamento, y que el inversor haya tenido oportunidad de impugnar la decisión ante órganos independientes e imparciales. Como el inversor no intentó acciones legales de impugnación de la expropiación, el Tribunal Arbitral consideró que no había evidencia de que la República hubiere violado el debido proceso. El Tribunal Arbitral tampoco encontró que hubiere habido discriminación ya que la nacionalización fue aplicada a todos los operadores mineros en Venezuela, nacionales o extranjeros.

Según el Tribunal Arbitral, la legalidad de una expropiación donde el Estado ha tomado la inversión pero no ha pagado compensación alguna depende de si se ha hecho una oferta de buena fe por un monto de compensación razonable. La República hizo una oferta significativamente menor a la establecida en el propio Decreto de Nacionalización, y el monto ofrecido no fue pagado o depositado en garantía a favor del inversor, por lo que el laudo concluyó que Venezuela no cumplió con el requisito del TBI de que la compensación por expropiación sea pronta, adecuada y efectiva, y condenó a Venezuela por US\$ 1.300MM más intereses a tasa libor más 4% con capitalización anual y costas.

Este laudo fue anulado parcialmente en enero 2019 por la Corte de Apelaciones de París en lo que respecta a la indemnización por US\$ 966.5M. En fecha 31-3-2021 la Corte de Casación francesa casó la decisión de la Corte de Apelaciones y ordenó el reenvío a ésta para nueva decisión, por lo cual el laudo revivió, aunque la condena aún no es definitiva.

12) Tenaris/Talta: este caso, basado en el TBI con Bélgica, Luxemburgo y Portugal, trata de la expropiación de las empresas siderúrgicas Tavsa, productora de tubos de acero y Comsigua, productora de hierro, en el marco de la nacionalización de la industria siderúrgica en Guayana decretada por el gobierno venezolano.

El laudo de diciembre 2016 concluyó que Venezuela se apropió de todos los bienes de Tavsa y Comsigua y tomó el control de la actividad empresarial que venían desarrollando estas empresas, resultando en una expropiación indirecta de sus inversiones en Venezuela, al quedar reducidas a dos simples cascarones cuyos bienes pertenecen ahora a la República y cuya actividad empresarial es desarrollada por el Estado venezolano. El laudo condenó a Venezuela por violación del TBI con Luxemburgo e incumplimiento de su deber de indemnizar por los activos expropiados. La indemnización acordada en el laudo es por US\$ 184M más intereses compuestos a tasa Libor más 4% capitalizables anualmente. La solicitud de anulación fue desechada por el comité ad-hoc en agosto 2018. Este laudo también está siendo objeto de ejecución en las cortes de EEUU.

13) Valores Mundiales/Consorcio Andino: este caso, basado en el TBI con España, versa sobre las inversiones del grupo mexicano Gruma en las empresas Monaca y Demaseca, fabricantes de harina de maíz, trigo y otros productos alimenticios. El laudo de julio 2017 desestimó los reclamos de expropiación indirecta que las demandantes le atribuían a las medidas tomadas por el gobierno venezolano sobre las empresas, de aseguramiento y administración especial a través de una comisión de enlace con funcionarios gubernamentales. Sin embargo, dichas medidas, más las restricciones en el libre ejercicio de los derechos de los accionistas de las empresas y el proceso expropiatorio iniciado por el gobierno venezolano y luego suspendido por casi 10 años

mientras se negociaba la adquisición de los activos y bienes de las empresas sin avances significativos, fueron consideradas en el laudo como violatorias del estándar de trato justo y equitativo del TBI y como medidas arbitrarias que obstaculizaron la gestión y desarrollo de las inversiones de las demandantes.

El laudo condenó a Venezuela al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por las violaciones al TBI, equivalentes a la diferencia en el valor de las inversiones de las demandantes bajo un escenario real que incluya los efectos de las medidas violatorias del TBI y un escenario contra fáctico sin dichas medidas, según determinación de expertos. Bajo esta metodología el laudo fijó el monto de la indemnización en US\$ 430.4M más intereses compuestos a tasa libor más 2% y las costas.

La solicitud de anulación del laudo presentada por Venezuela fue recientemente desestimada en diciembre 2021 y el laudo está actualmente siendo objeto de reconocimiento y ejecución en las cortes de EEUU.

14) Koch Minerals: este caso, basado en el TBI con Suiza, versa sobre la expropiación de la inversión en las empresas del grupo Fertinitro, productoras de productos petroquímicos fertilizantes. El laudo de octubre 2017 encontró que se configuró una expropiación indirecta ilegal de los intereses de la demandante en Fertinitro pues, aunque no hubo formal transferencia de los activos sino hasta julio 2011, se produjo una medida expropiatoria con el mismo efecto que una expropiación directa. Tampoco hubo una oferta firme de compensación sino solamente infructuosas negociaciones, por lo que no se efectuó una efectiva y adecuada compensación pagadera sin demora, como lo requiere el TBI.

El laudo condenó a Venezuela al pago de una indemnización por US\$ 343M más intereses compuestos a la tasa Libor a 6 meses más 2%, capitalizables semestralmente y está pendiente la solicitud de nulidad presentada por Venezuela.

15) Saint Gobain Performance Plastic Europe: este caso, basado en el TBI con Francia, versa sobre la expropiación de la inversión de la demandante en su subsidiaria Norpro Venezuela y su planta de producción de propano en Puerto Ordaz, Estado Bolívar. El laudo de diciembre 2016 estableció que Venezuela infringió el TBI por no especificar y pagar pronta compensación por la expropiación. El laudo de noviembre 2017 fijó la cuantía de la indemnización y condenó a Venezuela por US\$ 29.6M más intereses compuestos a la tasa de los bonos del tesoro de EEUU a 6 meses más 2%, capitalizables anualmente, más las costas por US\$ 5.9M. La solicitud de anulación de Venezuela de agosto 2019 ha sido descontinuada por falta de pago de los gastos correspondientes, con lo cual el laudo está firme y se encuentra en ejecución en las cortes de EEUU.

16) Longreef Investments: este caso, basado en el TBI con el Reino de los Países Bajos, versa sobre la expropiación de Fama de América, empresa productora de café. Se ha reportado un laudo de noviembre 2017 que condenó a Venezuela por US\$ 46M. Está pendiente de decisión la solicitud de anulación de Venezuela.

17) ConocoPhillips: este caso, basado en el TBI con el Reino de los Países Bajos, versa sobre la expropiación de los proyectos petroleros Petrozuata, Hamaca y Golfo de Paria. El laudo de fecha 8-3-2019 confirmó que Venezuela infringió el TBI por la expropiación ilegal y sin compensación alguna de las inversiones en dichos proyectos, que se hizo efectiva en junio 2007 cuando los activos de ConocoPhillips fueron tomados por el Estado venezolano y por PDVSA, extendiéndose a la asunción por parte de Venezuela de las actividades desarrolladas por ConocoPhillips y de sus derechos bajo los Acuerdos de Asociación y demás relaciones contractuales, sobre la base del rechazo de las empresas expropiadas a la migración al esquema de empresas mixtas.

Al igual que en el caso Mobil, un laudo de jurisdicción previo de septiembre 2013 rechazó la jurisdicción CIADI respecto a una de las demandantes, ConocoPhillips Company, que fundaba su reclamo sólo en el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones por carecer de TBI que lo amparase.

Se trata de la condena más grande que está afectando a Venezuela hasta el momento. El laudo condenó a Venezuela a pagar una indemnización de US\$ 8.754MM, pero tras la solicitud de rectificación del laudo por parte de Venezuela, se produjo un laudo rectificadorio de fecha 29-8-2019, que redujo la condena en US\$ 227M (2,59% de la condena original). El laudo impone el pago de intereses compuestos capitalizables anualmente a la tasa del 5,5% más las costas. La indemnización fue acordada neta de todos los impuestos venezolanos aplicables.

Con base en el principio de buena fe de no obtener una doble indemnización, el laudo establece que cuando sea ejecutado por las demandantes, se deberá tomar en cuenta la condena del laudo CCI del 24-4-2018 en contra de PDVSA y a favor de ConocoPhillips por US\$ 1.986MM, en caso de que ésta haya sido pagada.

Actualmente el caso se encuentra pendiente de decisión de la nulidad del laudo solicitada por Venezuela en diciembre 2019. En virtud de que la suspensión de la ejecución del laudo decretada inicialmente fue levantada por el comité ad-hoc que conoce de la nulidad, el laudo está siendo objeto de ejecución en los tribunales de EEUU.

18) Air Canada: este es el caso sobre el reclamo de la línea aérea Air Canada bajo el Mecanismo Complementario del CIADI y el TBI con Canadá. El 13-9-2021 se produjo un laudo condenando a Venezuela por US\$ 26M. La condena se refiere a la transferencia de utilidades y repatriación de fondos que el Estado no le garantizó a la aerolínea y le impidió hacer, en violación del estándar de protección de la libre transfe-

rencia al exterior (FTF) de ganancias, capitales y cualesquiera otros fondos asociados a la inversión extranjera, que el Estado debe permitir al inversionista extranjero sin limitaciones o restricciones.

El laudo desestimó los alegatos de la demandante, de expropiación y violación de los estándares de trato justo y equitativo y protección y seguridad de la inversión, previstos en el TBI Venezuela-Canadá. La página web del CIADI reporta la corrección del laudo el 27-10-2021.

Es importante destacar que, aunque este caso se tramitó bajo el mecanismo complementario CIADI, Venezuela no objetó la jurisdicción CIADI por no estar disponible dicho mecanismo, como en el caso Kimberly Clark, porque bajo el TBI con Canadá dicho mecanismo está previsto en caso de que alguna de las partes no pertenezca al CIADI.

19) Agroinsumos Ibero-Americanos: este caso versa sobre el reclamo bajo el TBI con España, por la expropiación de la empresa de financiamiento agrícola Agroisleña. Se ha reportado la emisión de un reciente laudo aún no publicado de fecha 23-3-2022, que condena a la República por US\$ 1.629MM.

Caracas, 16 de mayo de 2022

BIBLIOGRAFIA

Blackaby, Nigel, El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina, en *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre 2004, Bogotá, Colombia

Cremades, Bernardo, La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados, en *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre 2004, Bogotá, Colombia

Díaz-Candia, Hernando, Breve Introducción al Arbitraje de Inversiones, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 2, Caracas 2013

Godoy, Federico, El caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas, en *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005 (Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, Bogotá, Colombia)

González de Cossío, Francisco, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, en *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2006, Bogotá, Colombia

Guevara C., Simón, *Régimen Legal de los Hidrocarburos, de dónde venimos, donde estamos y hacia dónde queremos ir* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021)

Hernández, José Ignacio, *El Derecho Administrativo Global como Fuente de Derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones*, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Alvarez, Cátedra Jean Monnet Derecho Administrativo Europeo y Global, 2020

Hernández, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016)

Hernández, José Ignacio, Balance y Perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (Centro para la Integración y el Derecho Público CIDEP, N° 10, Caracas 2016)

Hernández, José Ignacio, Brewer Carias, Allan R., *The Defense of the Rights and Interest of the Venezuelan State by the Interim Government before Foreign Courts* (Editorial Jurídica Venezolana Internacional, New York, 2021)

Mezgravis, Andrés, Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI, *Arbitraje Comercial Interno e Internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005)

Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007)

Reed, Lucy, Paulsson, Jan, Blackaby, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2004

Rodner, James Otis, Martínez Estevez, Jaime, *BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has been Denounced*, en *Journal of International Arbitration* 29 No. 4 (Kluwer Law International, 2012)

Salas, Claudio, Hoyos, María Camila, Peña, Soledad, *The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation*, en *Principia* N° 5, 2021 (Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias CIERC de la Universidad Monteávila, Caracas)

Torrealba, José Gregorio, Alternativas para la Protección de Inversiones en la Coyuntura Venezolana, en *Derecho de Propiedad e Intervención del Estado: Nuevos y Viejos Problemas* Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA, Caracas, 2021)

Torrealba, José Gregorio, La Ejecución de Laudos Arbitrales que condenan al Estado sobre Activos de Empresas del Estado. A propósito de la Teoría del *Alter Ego* en el caso Crystalex vs. Venezuela, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Breton* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo V, Caracas, 2019).