

X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Mesa 3: sobre arbitraje de inversión.

Los casos venezolanos en el CIADI

Pedro Rengel Núñez*

El 31 de octubre de 2024 se celebró en la Universidad Metropolitana en Caracas el X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional de la AVA. Es de destacar el esfuerzo y constancia que ha venido demostrando la AVA para montar estos Congresos anuales, esta vez nada menos que en su décima edición, en consonancia con su objetivo de promover y difundir el uso del arbitraje, así como la experticia de los abogados venezolanos en la materia.

En esta oportunidad le correspondió a la mesa 3 tratar el tema del arbitraje de inversión, en la cual participaron expositores de la talla de Kristle Baptista, María Eugenia Salazar, María Cecilia Rachadell, Militza Santana y quien esto escribe. Hemos considerado apropiado aprovechar la oportunidad de la edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 5 de la AVA para reseñar mi presentación sobre los casos venezolanos en el CIADI.

Hemos dicho que Venezuela tiene el dudoso honor de ser el segundo país con más demandas de arbitraje de inversión en el CIADI. Argentina continúa desde hace varios años liderando la tabla con 64 casos. El siguiente es Venezuela con 55 casos, 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 2.000.¹

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. Esto hace que no pueda decirse que Venezuela haya logrado desembarazarse del CIADI ni del arbitraje de inversiones, y todo dependerá más de lo que establezca el TBI de que se trate. La denuncia

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2023-2025), 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 CACC, socio de Travieso Evans Arria & Rengel.

¹ Al respecto, ver: Pedro Rengel Núñez, Arbitraje de inversión y los casos venezolanos, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8, (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2022)

de la Convención CIADI por parte de Venezuela en 2012 ha sido catalogada como un discurso altisonante y furibundo que atrae atención pero con poco efecto útil.²

En realidad Venezuela no ha logrado evadir el arbitraje CIADI, excepto en el caso Fábrica de Vidrios Los Andes, donde el tribunal arbitral negó la jurisdicción CIADI 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 retiro de Venezuela del CIADI no afectó los casos en curso para ese momento. Varios casos posteriores a esa fecha fueron presentados bajo el denominado mecanismo complementario CIADI, que estaría disponible dependiendo de lo que establezca al respecto el TBI correspondiente.

En los casos venezolanos no está en juego ni ha sido desconocido el derecho a regular o a expropiar del Estado, ni tampoco se pone en jaque la soberanía del país para intervenir en la economía o en materia de política petrolera o minera.

Algunos han sostenido que la incidencia que tiene la pertenencia a la Convención CIADI en la toma de decisiones sobre invertir en un determinado país no es decisiva para los inversionistas, si se toma 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 extranjeros.³ En nuestra opinión no luce ser este el escenario en relación con nuestro país.

Hay también algunos arbitrajes de inversión presentados por inversionistas extranjeros contra Venezuela 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, Manuel García Armas (alimentos), con reclamos sobre el estándar expropiatorio bajo el TBI con España. Se trata de un número muy inferior de casos respecto a los tramitados en CIADI.

La gran mayoría de los inversores del sector hidrocarburos 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 fueron objeto de expropiación total de sus inversiones al no ceder a la modificación unilateral de las condiciones contractuales pactadas originalmente.

² 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)

³ 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

De los 55 casos contra nuestro país, Venezuela ha logrado librarse de 26 de ellos, es decir, de casi la mitad de los casos, 12 por falta de jurisdicción (inversiones o inversionistas no protegidos por el TBI, no disponibilidad del Mecanismo Complementario CIADI), 2 por razones de fondo (Vanessa Ventures, AngloAmerican PLC) y 12 por transacción o por haberse descontinuado sin laudo.

Recientemente la República ha obtenido un laudo favorable donde el CIADI ha negado su jurisdicción para conocer los reclamos (caso Luis García Armas). Actualmente están pendientes de decisión 7 casos, así como acciones de nulidad de 2 laudos (ConocoPhillips y Agroinsumos Iberoamericanos).

Por otro lado, 21 laudos han sido a favor de los inversionistas, con condenas que suman unos US\$ 15.000MM, sin contar los intereses pre y post laudo, 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 están sujetos a un incremento muy significativo.

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.

Salvo el laudo Fedax, que condena a Venezuela al pago de unos pagarés insolutos, 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.

En 11 de los casos, Mobil, ConocoPhillips, Rusoro Mining, Flughafen, Owens Illinois, Tidewater, Tenaris/Talta Matesi, Tenaris/Talta Comsigua, Vestey, Saint-Gobain y Smurfit, se trató de expropiaciones directas. En 2 casos se trató de medidas equivalentes a expropiación (Cristalex, Koch). En el caso ConocoPhillips 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\$ 8.5MM.

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 el caso Air Canada, la condena se refiere a la violación de la obligación de libre transferencia de utilidades y repatriación de fondos (*free transfer of funds FTF*).

Venezuela sólo ha pagado 2 laudos (Fedax y Aucoven). Conocemos de al menos 10 laudos en ejecución en Cortes de EEUU. Cristallex, Gold Reserve, Owens Illinois, Vestey, Tenaris-Talta-Matesi, Tenaris-Talta Comsigua, Saint Gobain, Valores Mundiales, Koch, Rusoro Mining.

El laudo Cristallex es el que está más avanzado en el proceso de ejecución. 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.

Entre esos activos están las acciones de PDV Holding, empresa estadounidense propietaria de las acciones de CITGO, una importante refinería y cadena de estaciones de servicio de gasolina en los Estados Unidos.

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, venían de alguna manera retrasando la ejecución pero más recientemente la OFAC ha manifestado que no se opondrá al remate de las acciones de PDV Holding, que sigue su curso, aunque en todo caso deberá aprobar al beneficiario de la subasta judicial. Adicionalmente han sido admitidos en este juicio de ejecución otros acreedores con laudos CIADI bajo el criterio del *alter ego*, como ConocoPhillips, Owens Illinois, Gold Reserve, Rusoro, Koch, Valores Mundiales y otros.

En este sentido hay autores que han advertido que cuando un soberano reiteradamente incumple sentencias en el marco del *default* de su deuda, las cortes estadounidenses tienden a tomar medidas en cierto modo drásticas para evitar que los soberanos eludan su responsabilidad, por lo que no es de extrañar que la deferencia de esas cortes hacia Venezuela se vaya agotando.⁴

Este tema no está agotado, pues como dijimos, quedan pendientes algunas decisiones en casos venezolanos CIADI, por lo que seguiremos atentos al desenvolvimiento de estos.

Caracas, noviembre 2024.

⁴ José Ignacio Hernández, La Defensa de Petróleos de Venezuela ante las Cortes de Estados Unidos: el caso Citgo en la Corte de Delaware, en *Revista de Derecho Público* No. 177-178 (Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio 2024, Caracas)