

Venezuela ante la fatalidad de los arbitrajes

J. Eloy Anzola*

¿Qué ocurre?

Venezuela quedará condenada en las próximas semanas o meses a pagar millardos de dólares en los arbitrajes que en su contra le siguen filiales de Exxon-Mobil¹ y Conoco-Phillips². También puede quedar condenada en el futuro por montos elevados en otros procesos arbitrales, además de los petroleros.

El gobierno de Venezuela, es bien sabido, ha tomado posesión de instalaciones petroleras, plantas industriales, fincas en explotación y otros bienes propiedad de inversionistas extranjeros (también de nacionales, pero esa es otra historia). En muchos de esos casos el gobierno venezolano, ignorando su propia Constitución y normas internacionales, no ha pagado compensación alguna o ha propuesto montos tan bajos, que los inversionistas extranjeros los han rechazado. Exxon-Mobil y Conoco-Phillips fueron desposeídas de operaciones e instalaciones petroleras, entre ellas las que tenían en el país para extraer, mejorar y comercializar crudos provenientes de la Faja del Orinoco.

Venezuela, tanto antes de 1998, como durante el actual régimen, en adición a su legislación interna, ha suscrito unos veinticinco tratados internacionales – llamados tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, que identificaremos como TBPPI– que garantizan a los inversores extranjeros provenientes de los países signatarios de esos tratados, el pago de compensaciones adecuadas en caso de expropiación.

Los TBPPI, además, confieren a esos inversionistas el derecho a reclamar contra Venezuela las indemnizaciones que crean adecuadas en arbitrajes internacionales que administra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Es lo que han hecho Exxon-Mobil y Conoco-Phillips, empresas que canalizaron sus inversiones a través de los Países Bajos (Holanda) con quién Venezuela tenía suscrito un TBPPI³.

¹ Son dos procesos arbitrales: el primero, iniciado 6 de septiembre de 2007 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) iniciado por *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV, Mobil Cerro Negro Holding LTD, Mobil Venezolana de Petróleo Holdings Inc., Mobil Cerro Negro Limited* y *Mobil Venezolana de Petróleo Inc.* contra la *República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/27; y el segundo, de naturaleza comercial administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional iniciado el 25 de enero de 2008, por *Mobil Cerro Negro LTD* contra *PDVSA Cerro Negro, S.A.* y *PDVSA*, Caso CCI N° 15416/JRF.

² Sabemos de un solo caso iniciado ante el CIADI el 13 de diciembre de 2007 por *Conoco Phillips Company* y *otras* contra la *República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/30.

³ Estas empresas estadounidenses escogieron a sus filiales holandesas para sus inversiones en Venezuela, principalmente, porque Venezuela nunca suscribió un TBPPI con los EE.UU.

El CIADI, a su vez, fue creado por un tratado internacional –el Convenio CIADI– cuyo texto quedó redactado en 1965 y al que Venezuela se adhirió en 1995⁴. El CIADI es un brazo independiente del Banco Mundial. Los inversionistas pueden acudir al CIADI e iniciar procesos arbitrales contra los estados que hayan violado sus derechos. Al amparo del CIADI se constituyen los tribunales arbitrales que deciden estos casos y están integrados, normalmente, por tres miembros, uno escogido por el inversionista reclamante, otro por el estado y un tercero, de mutuo acuerdo, o en su defecto, por el presidente del CIADI⁵. Los procesos terminan con una sentencia o laudo arbitral.

Venezuela ha sido demandada en unos veintidós procesos arbitrales de esta naturaleza. Los más sonados, por ser los más cuantiosos, son los intentados por Exxon-Mobil y por Conoco-Phillips.

¿A cuánto ascenderán las condenas?

Los laudos arbitrales próximos a ver la luz, fijarán el monto de la compensación que ha de pagar nuestro país.

Los precedentes que existen indican que las indemnizaciones que ordenarán los tribunales arbitrales tomarán en cuenta el valor de las empresas en marcha (*going concern value*), determinado por su valor de mercado antes de la nacionalización o con base al valor descontado de los flujos de efectivo estimados. El avalúo que resulte será, sin duda, mucho más elevado que el valor en libros (*book value*) que Venezuela ha ofrecido pagar a Exxon-Mobil y a Conoco-Phillips.

Es decir, Venezuela muy probablemente, quedará condenada a pagar más de lo que su gobierno quiere, aunque por ahora no sabemos los montos exactos.

Barclays Capital estima que por los dos casos que aquí revisamos, la cifra alcanzaría a 12.700 millones de dólares⁶. No sabemos si esa información es certera, porque los procesos arbitrales son confidenciales y, en verdad, sólo se sabrá el monto, de manera oficial, cuando se publiquen los laudos.

¿Pagará Venezuela las condenas?

Ningún vocero oficial ha dicho si Venezuela pagará las condenas o pretenderá desconocerlas, más allá de algunas voces altisonantes.

El gobierno anuncia medidas, como la repatriación del oro y la movilización de las reservas líquidas del Banco Central de Venezuela (BCV) a bancos de China y Rusia que algunos interpretan –erradamente a nuestro juicio– como prevenciones ante la inminencia de los laudos adversos.

Abundan los rumores sobre lo que Venezuela hace ahora y haría más adelante para reducir o excluir el impacto de las próximas condenas.

⁴ G.O. N° 35.685 del 3 de abril de 1995.

⁵ Arts. 37 y 38 del Convenio CIADI.

⁶ Diario *El Universal*, Caracas, 23 de septiembre de 2011.

¿Qué puede hacer Venezuela contra esos laudos si le son francamente adversos porque los montos de condena son muy elevados?

El Tratado del CIADI es categórico: el laudo, al hacerse firme, se hace obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de otros recursos. La misma norma agrega que las partes acatarán el laudo y lo cumplirán en todos sus términos⁷.

Si bien el laudo se hace obligatorio desde el mismo día que sea remitido a las partes, Venezuela podría evitar su ejecución inmediata. Venezuela podría señalar posibles errores de cálculo o aritméticos en el laudo y pedir que se rectifiquen; también podría solicitar aclaratorias acompañadas de una petición de suspensión temporal de la ejecución del laudo; también puede pedir también la revisión del laudo por la aparición de un hecho nuevo, desconocido antes y que no fue considerado en el debate arbitral; y, finalmente, pedir lo más radical, la anulación del laudo. Veamos cada una de esas posibilidades.

¿Podría Venezuela alegar errores del laudo?

El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI facultan a las partes para requerir un pronunciamiento del mismo tribunal arbitral (u otro, si aquel no puede reunirse) sobre algún punto omitido en el laudo; también se le puede pedir que rectifique errores materiales, aritméticos o similares del mismo⁸.

Estas peticiones hay que presentarlas dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que se haya dictado el laudo y se convocará al tribunal arbitral para que conozca de ellas y las decida. Si bien no está prevista la suspensión formal de la ejecución del laudo, es normal que el vencedor espere a que el asunto se termine antes de exigir el pago de manera compulsiva.

Como puede verse, con estas solicitudes se pueden ganar algunas semanas pero la decisión no cambiará para nada el efecto principal del laudo, como es la condena a pagar una elevada compensación.

¿Puede Venezuela solicitar aclaratorias de los laudos?

Venezuela también podría pedir aclaratorias sobre el contenido del laudo, lo que sí puede dar lugar a una suspensión formal, obviamente temporal, de la ejecución del laudo hasta tanto queden ellas resueltas por el tribunal arbitral. Esa suspensión de la ejecución del laudo habrá de acordarla, si la encuentra justificada, el mismo tribunal arbitral⁹.

Al igual que en la hipótesis anterior, la solicitud de aclaratorias y su decisión no afectará el contenido sustancial del laudo que es la condena al pago de una indemnización.

⁷ Art. 53 (1) del Convenio CIADI.

⁸ Artículos 49, 50 y 51 del Convenio CIADI; Reglas 49, 50 y 51 de las Reglas de Arbitraje CIADI.

⁹ Art. 50 del Convenio CIADI.

¿Puede Venezuela pedir la revisión del laudo?

Las partes pueden pedir también que se revise el laudo fundadas en el descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el tribunal arbitral y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia¹⁰. La solicitud de revisión ha de plantearse dentro de los noventa días al día en que fue descubierto el hecho¹¹.

Como puede verse esta es una situación muy excepcional y es difícil imaginar como podría plantearse en los casos que revisamos.

¿Puede Venezuela pedir la anulación del laudo?

Dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha del laudo, las partes pueden solicitar la nulidad del laudo que será decidida, no por el mismo tribunal arbitral, sino por una comisión *ad-hoc* integrada por tres personas que designará el presidente del CIADI. La comisión puede, si lo estima adecuado, suspender la ejecución del laudo mientras estudia y decide la anulación¹².

La anulación del laudo puede solicitarse únicamente por las siguientes razones¹³:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;
- o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Las causas de anulación son estrictas y no se trata de una apelación donde se revisa de nuevo el fondo de la decisión. Al contrario, hay que alegar alguna de esas causales, que como puede verse se dan en situaciones bastante extraordinarias. Es imposible saber ahora si alguna de esas situaciones extremas pueda haberse dado o si los laudos puedan adolecer de las fallas que justifican una anulación. Hay que esperar a la publicación de los mismos para hacer el análisis correspondiente. Será entonces cuando Venezuela pueda evaluar si hay razones para intentar acciones de esa naturaleza.

Acotemos que Argentina –junto con Venezuela uno de los países más demandados ante el CIADI– intentó con éxito procedimientos de anulación en

¹⁰ Art. 51 (1) del Convenio CIADI.

¹¹ Art. 51(2) del Convenio CIADI.

¹² Art. 52 del Convenio CIADI.

¹³ Art. 52(1) del Convenio CIADI.

los casos *Sempra* y *Enron*¹⁴. Pero debe advertirse que los casos argentinos en nada se parecen a las expropiaciones venezolanas.

Si un recurso de anulación es declarado con lugar, el laudo quedará anulado y sin efecto. En ese caso, las partes pueden solicitar que el asunto se someta a un nuevo tribunal arbitral. Es decir, el inversionista podrá iniciar un segundo arbitraje.

Agotadas las vías de rectificaciones, revisiones y aclaratorias, y desechada que sea recurrir a la anulación, o decidida esta última sin lugar, el laudo quedará firme y se hará ejecutable.

¿Qué valor tiene el laudo cuando queda firme?

Si Venezuela es vencida y el laudo se hace firme, quedará obligada a pagar sumas de dinero que ordenen los laudos.

Si Venezuela paga total y oportunamente el monto de la condena, fin del asunto.

¿Qué puede ocurrir si Venezuela se niega a pagar?

El Convenio CIADI indica que todo Estado Contratante –lo que incluye a un número importante de países, entre ellos a Venezuela, Estados Unidos, Rusia, China y casi todos los países europeos– reconocerá al laudo carácter obligatorio y hará ejecutar a solicitud del interesado, dentro de sus territorios, las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo, como si tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado¹⁵.

Esto significa que el inversionista vencedor puede acudir a cualquier país signatario del Convenio CIADI e intentar el reconocimiento y la ejecución del laudo. Por tanto, si Venezuela se niega a pagar, el beneficiario de la condena puede acudir a tribunales de distintos países, como los antes nombrados, solicitar el reconocimiento de los laudos y solicitar embargos, u otras medidas ejecutivas, contra bienes de la República.

¿El inversionista vencedor puede cobrar en Venezuela?

El inversionista puede también venir a Venezuela a exigir el cumplimiento de las sentencias arbitrales. Pero la República está amparada en el territorio venezolano por privilegios que impiden el embargo de sus bienes o medidas ejecutivas contra ellos¹⁶. El acreedor deberá entonces contentarse con seguir el procedimiento para acreencias no prescritas que prevén las leyes venezolanas¹⁷. No luce como un camino muy atractivo.

¹⁴ *Sempra Energy International* contra *Argentina*, Caso CIADI ARB/02/16, decisión del 29 de junio de 2010; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.* contra *Argentina*, Caso CIADI ARB/01/3, decisión del 30 de Julio de 2010.

¹⁵ Art.54(1) del Convenio CIADI.

¹⁶ Art. 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, G.O. N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001

¹⁷ Art. 86.1 de la misma Ley.

¿Qué bienes pueden ser embargados o ejecutados fuera de Venezuela?

Pueden ser objeto de ejecución bienes que sean propiedad de la República ubicados en el extranjero y que no estén amparados por inmunidad soberana. El Convenio CIADI aclara que las normas de inmunidad soberana no están derogadas¹⁸.

Las reglas de inmunidad soberana no son absolutas, pueden renunciarse, como ocurre con frecuencia para préstamos internacionales, pero Venezuela, que se sepa no ha renunciado a su inmunidad soberana para estos casos.

¿Qué bienes están amparados por inmunidad soberana?

Las leyes de inmunidad soberana no son iguales en todos los países¹⁹, pero hay algunas reglas básicas bastante uniformes.

Ni las sedes de embajadas o consulados, ni su mobiliario, ni la cuentas bancarias de estas entidades, pueden ser objeto de medidas preventivas o ejecutivas. Son inembargables por disposiciones legales internas, como las británicas y estadounidenses y, también, por tratados internacionales.

Solamente son embargables los bienes de la República que estén dedicados a actividades comerciales.

¿Son embargables o ejecutables el oro y las divisas que estén a nombre del Banco Central de Venezuela?

No lo son. Las cuentas de los bancos centrales con depósitos en divisas u oro que constituyen reservas internacionales no son embargables. Pertenecen a una entidad distinta a la República y son considerados bienes públicos y, por tanto, están protegidos por inmunidad soberana. Se estima que no están dedicados a actividades comerciales.

El traslado a Venezuela del oro en poder del Banco Central depositado en bancos o instituciones extranjeras no se justifica por que pueda ser embargado por los vencedores de estos arbitrajes. De la misma manera que tampoco se explica porqué se trasladan divisas propiedad del Banco Central a bancos de Rusia, China, y otros países. No son embargables en los países donde hoy se encuentran como EE.UU., el Reino Unido y países europeos.

¿Puede ser embargado o ejecutado el avión del presidente del Republica?

No puede serlo. Es de asumir que el avión pertenece a la fuerza aérea venezolana y, por tanto, está fuera del comercio. Se intentó embargar el avión de la presidencia argentina cuando acudió a EE.UU. a mantenimiento y la solicitud fue desestimada por un tribunal estadounidense por gozar de inmunidad soberana.

¹⁸ Art. 55 del Convenio CIADI.

¹⁹ Los EE.UU. promulgó en 1976 el *Foreign Sovereign Immunities Act* y El Reino Unido dictó en 1978 el *State Immunity Act*.

¿Pueden ser embargados o ejecutados bienes de PDVSA ubicados fuera de Venezuela?

La primera respuesta es no, porque es una persona jurídica distinta a la República. Además, activos muy importantes de PDVSA, como lo es CITGO que tiene sus activos en EE.UU., son a su vez subsidiarias de PDVSA. Están así más distantes de la República.

El acreedor puede tener éxito, no obstante, si prueba, ante los tribunales del país donde acuda a exigir el cumplimiento del laudo, que entre la República y PDVSA (y sus subsidiarias) hay una unidad de gestión y administración que convierte a la segunda en una entidad inseparable de la primera y que, por tanto, hay una identidad administrativa, financiera y jurídica entre ambas. El acreedor hará notar que la República es su único accionista, que el ministro de energía es su presidente y que PDVSA no goza de autonomía alguna, que toda su gestión la dirige el gobierno nacional. Alegará también que PDVSA es utilizada por el gobierno nacional para numerosas tareas que son propias de este último y no de una empresa independiente dedicada de manera separada a la actividad petrolera.

Esos han sido los criterios seguidos por tribunales de distintos países para decretar embargos y ejecuciones contra empresas petroleras u otras propiedad de algún estado, cuando el estado ha sido condenado. Cuando no se ha comprobado la identidad entre la empresa y el estado propietario, porque los datos anotados no se dan con contundencia, los tribunales han rechazado acordar medidas ejecutivas contra bienes de esas empresas.

En cambio, cuando se dan circunstancias parecidas a las descritas, han habido decisiones acordando medidas ejecutivas contra empresas estatales. La Corte de Apelaciones de París acordó embargos sobre bienes de empresas petroleras pertenecientes a un estado, no habiendo sido ellas las condenadas, en tres ocasiones en el año 2003, en el de la empresa petrolera de la República del Congo y, de nuevo, en 2004 contra la empresa petrolera de Camerún²⁰. Los mismos criterios se acogieron en EE.UU. en la sentencia de la Corte Suprema el 17 junio de 1983 en el caso *First Nat. City Bank v. Banco para el Comercio (Cuba)*²¹, al igual que en Inglaterra, en el caso *Trendex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*²², si bien no se trataba de activos petroleros.

No se puede ser categórico, pero los bienes de PDVSA en EE.UU. y en otros países, pueden estar expuestos a medidas ejecutivas en caso de que Venezuela se niegue a pagar los laudos.

¿Qué pasa si Venezuela se retira del CIADI?

No tendría en lo inmediato ningún efecto beneficioso. Los procesos arbitrales en curso no se verían afectados de manera alguna, seguirían su curso. El retiro

²⁰ Ver *State Entities in International Arbitration*, editado por E. Gaillard y J. Younan, IAI, Nueva York, 2008, p. 190.

²¹ 103 S. Ct. 2591 (1983); en la misma obra de E. Gaillard y J. Younan, p. 559.

²² [1977] 1 Q.B. 529, 560; en la misma obra de E. Gaillard y J. Younan, P. 139.

efectivo del CIADI se produciría a los seis meses del anuncio²³. Además, las reclamaciones que se intenten en el futuro, si Venezuela sale del CIADI, podrán iniciarse en otros centros de arbitraje distintos al CIADI, como lo prevén muchos de los TBPPI suscritos por Venezuela.

¿Exxon-Mobil inició un arbitraje ante la CCI contra PDVSA?

Sí, una empresa filial de Exxon-Mobil, Mobil Cerro Negro LTD., acudió ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) e inició un arbitraje contra PDVSA Cerro Negro, S.A. y PDVSA el 25 de enero de 2008. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CCI, se constituyó un tribunal arbitral con tres miembros que en la actualidad conoce de este proceso. El arbitraje trata también, en buena medida, de la expropiación ordenada por el gobierno venezolano sobre las instalaciones de la Mobil en Cerro Negro, en la faja del Orinoco, pero la reclamación se hace en un contexto jurídico diferente.

Alega la demandante que en el contrato de asociación para la explotación del campo Cerro Negro en la faja del Orinoco y la construcción de un mejorador en Jose, Estado Anzoátegui, contrato que se firmó en 1997 entre Mobil Cerro Negro LTD. y PDVSA Cerro Negro, la última convino en indemnizar a la primera por cualquier medida discriminatoria que tomara el gobierno venezolano contra ella, lo que incluye el pago de una indemnización por la expropiación de sus instalaciones si el gobierno venezolano no le pagaba una compensación adecuada. En el mismo contrato, PDVSA convino en garantizar estas obligaciones asumidas por su filial PDVSA Cerro Negro.

La acción, en consecuencia, es contra la filial y PDVSA, no contra la República. En consecuencia, si el laudo es favorable a la filial de Exxon-Mobil, ésta se dirigirá contra PDVSA y sus bienes, directamente, para hacer efectivo el pago.

Este caso no es un arbitraje de inversiones, sino un arbitraje de naturaleza comercial. Por tanto, para el reconocimiento del laudo y su ejecución a nivel internacional, se aplicarán las normas de dos tratados internacionales también suscritos y ratificados por Venezuela, en primer lugar, la Convención de Nueva York de 1958²⁴ adoptada por ciento cuarenta y dos países, incluidos EE.UU. y los países europeos, China y Rusia; y, en segundo lugar, la Convención de Panamá de 1975²⁵ adoptada por muchos países del continente, incluido EE.UU. Ambos textos, en lo que aquí interesa, son muy semejantes.

De acuerdo con esas normas, si el laudo es adverso a PDVSA, ésta podría, por causales específicas señaladas en las citadas Convenciones, oponerse a la ejecución del laudo cuando la filial de Exxon-Mobil intente ante los tribunales estadounidenses u otros, el reconocimiento del laudo y quiera proceder contra bienes propiedad de la petrolera venezolana. No será fácil hacerlo, en el mundo de hoy los tribunales de los estados firmantes de esas convenciones,

²³ Art. 71 del Convenio CIADI.

²⁴ Su nombre completo es Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de la Sentencias Arbitrales Extranjeras y está publicada en la G.O. Extr. N° 4832, 29 de diciembre de 1994.

²⁵ Su nombre completo es Convención Interamericana de Arbitraje y está publicada en la G.O. N° 33170, 22 de febrero de 1985

especialmente la de Nueva York, son reacios a admitir oposiciones a la ejecución de los laudos. Por ello, el camino de oposición será espinoso.

PDVSA podría intentar la nulidad del laudo en la ciudad sede del arbitraje, que es Nueva York. La nulidad se intenta ante los tribunales judiciales y procede por causas muy específicas, normalmente difíciles de establecer. Sin conocer el contenido del laudo, es imposible determinar si la oposición o la anulación podrían justificarse.

Se han hecho estimaciones acerca del monto de esta condena. Se afirma que podría ser tres mil setecientos millardos de dólares²⁶, otros hablan de cifras mucho mayores. De nuevo, los procedimientos arbitrales son confidenciales y no se sabrá el monto verdadero sino al momento de conocerse el laudo.

No es razonable que la República y PDVSA paguen dos condenas separadas que nazcan de los mismos hechos y que acuerden compensaciones por las mismas causas. Se habla –sin que hayamos podido confirmarlo– que ha habido un acuerdo, o quizá una decisión arbitral, para que Exxon-Mobil, eventual vencedor, escoja la ejecución de alguno de los laudos que le sean favorables y no pueda exigir el cumplimiento de ambas condenas.

28 de septiembre de 2011

²⁶ Barclays Capital, diario *El Nacional*, Caracas, 14 de abril de 2011.