POLÍTICA PETROLERA 2

JUAN CARLOS BOUÉ

EXXONMOBIL Y CONOCOPHILLIPS CONTRA LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

INFORME DE AVANCE

producciones del Waraima
J-29596783-7

Los libros de Monde diplomatique

JUAN CARLOS BOUÉ

ExxonMobil y ConocoPhillips contra la República Bolivariana de Venezuela

Informe de Avance

Caracas, enero de 2014

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de este material por cualquier medio, sea mecánico, electrónico o fotocopia sin la autorización expresa del autor y/o editor.

© Juan Carlos Boué
© de esta edición, Producciones del Waraima, enero de 2014
Ediciones de Le Monde diplomatique, Venezuela

Impreso en la República Bolivariana de Venezuela

INTRODUCCIÓN

Para cuando vea la luz del día este trabajo que el lector tiene en sus manos, hacia finales de 2013, se habrán contado ya seis años a partir del momento en el cual las compañías petroleras ConocoPhillips (en adelante "COP") y ExxonMobil (en adelante "XOM") iniciaran formalmente sendos procesos de arbitraje internacional en contra de la República Bolivariana de Venezuela, ante el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión ("CIADI") del Banco Mundial.

Lo que todos los arbitrajes mencionados arriba tienen en común es que se derivaron de la negativa tajante de dichas empresas a negociar con al gobierno de la República la reestructuración de su participación accionaria en cinco Acuerdos de Asociación (Petrozuata, Hamaca y Corocoro, en el caso de COP; y Cerro Negro y La Ceiba, en el caso de XOM), para que los proyectos amparados por los mismos se plegaran a la normativa general vigente aplicable a las actividades de exploración y producción de petróleo en Venezuela tras la promulgación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001. A raíz de esta decisión por parte de COP y XOM, el día 26 de junio de 2007, las participaciones de estas compañías en dichos proyectos revirtieron al Estado venezolano, quien a su vez los asignó a filiales de Petróleos de Venezuela S.A. ("PDVSA") con el fin de asegurar la continuidad operativa de los mismos. Vale la pena apuntar que la migración solamente hubiera requerido que COP redujera su participación ponderada en los proyectos Petrozuata y Hamaca en unos 10,7 puntos porcentuales, y que XOM redujera la suya en el proyecto Cerro Negro en 13 puntos porcentuales.

El trabajo que se presenta a continuación busca explicar estos arbitrajes en toda su (inmensa) complejidad, no solamente en términos cronológicos y jurídicos, sino también en lo que se refiere a su dimensión política y sus ramificaciones económicas. Esta labor de análisis se ve considerablemente complicada por el sesgo con el cual los medios de difusión masiva y la prensa especializada en materia petrolera han dado a conocer tanto el trasfondo de las disputas entre las compañías

y el gobierno de Venezuela, como los particulares y acontecimientos relevantes de los distintos casos.

Este trabajo se terminó de escribir en vísperas del acontecimiento más reciente en esta larga saga legal; a saber, la publicación de una decisión parcial en materia de jurisdicción y méritos legales por parte del tribunal arbitral que escucha la demanda de COP contra la República. De forma predecible, dicha decisión (reproducida como la tercera parte de esta publicación [p. 163 y ss.]) se ha presentado no solamente como una derrota para la República, sino también como una condena de la política petrolera del gobierno del presidente Chávez, en tanto que el tribunal determinó que la nacionalización de los activos de COP en Venezuela había sido contraria al derecho internacional.

Es innegable que el tribunal arbitral efectivamente llegó a este resultado, si bien bajo la forma de una opinión dividida, de dos árbitros contra uno. Pero, como podrá constatar quienquiera que lea la decisión –y, más aún el mensaje al respecto que enviaran al Tribunal los abogados que defienden la causa de la República (reproducida como la segunda parte de esta publicación [pp. 139-162])– lo que se demuestra fehacientemente con ella es la existencia de sesgos sistemáticos en el seno de las estructuras internacionales de resolución de disputas. Después de todo, los miembros del tribunal que llegaron a esta conclusión lo hicieron sobre la base de un argumento que la empresa demandante ni siquiera había adelantado; a saber, que el gobierno venezolano había negociado la compensación de mala fe.

Como se menciona en la carta al tribunal, esta conclusión constituye un auténtico exabrupto, por una variedad de razones. Por una parte, en los laudos de un buen número de tribunales de inversión, ha quedado sentado que una nacionalización no puede ser contraria a derecho si el estado que la lleva a cabo entabla negociaciones serias encaminadas a alcanzar un acuerdo de compensación. Por si lo anterior no bastara, los dos miembros de la mayoría del tribunal arbitral en el caso COP se dieron el lujo nada menos que de inferir la mala fe por parte del gobierno venezolano, aduciendo una falta de pruebas respecto a las negociaciones con la parte privada. Pero da la casualidad que esta supuesta escasez de evidencia de buena fe se debe exclusivamente al hecho de que las negociaciones entre COP y la parte venezolana tuvieron lugar bajo el amparo de un acuerdo de confidencialidad.

Ahora bien, gracias a la existencia de cables diplomáticos filtrados

de la embajada de EEUU en Caracas, hay una abundancia de evidencia empírica que demuestra no solamente que hubo extensas negociaciones entre las partes, sino también que dichas negociaciones versaron sobre el valor de mercado de los activos nacionalizados, contradiciendo el argumento de COP. A este respecto deben destacarse en particular las declaraciones hechas (en clara contravención del compromiso de confidencialidad de COP) por el principal negociador de la compañía al personal de la embajada estadounidense, y reportadas en un cable del mes de abril de 2008.[1] Pero inclusive si estas pruebas contundentes no existieran, la inferencia de mala fe por parte de los dos miembros de la mayoría del tribunal estaría totalmente fuera de lugar, por la sencilla razón de lo elevado que es el umbral que tiene que superar un demandante para probar que hubo mala fe en negociaciones por parte de un gobierno: una negativa intencional demostrable de proceder con las negociaciones, o una falta injustificada a siquiera considerar propuestas razonables.[2]

La conducta de los dos miembros del tribunal en la mayoría no es difícil de explicar. Y es que, si se analiza la decisión arbitral parcial, se podrá ver que los puntos sustantivos en disputa se decidieron a favor de Venezuela. Por un lado, el tribunal declinó tener jurisdicción bajo el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (como ya antes lo habían hecho otros cinco tribunales CIADI, en los casos de ExxonMobil Cerro Negro, CEMEX, Brandes Investment Partners, Tidewater y Opic Karimun). Con esta decisión, desapareció aproximadamente una tercera parte del valor del reclamo de COP. Por otro lado, los árbitros concluyeron de manera igualmente unánime que todas las medidas fiscales tomadas por la República estaban cubiertas por el Artículo 4 del tratado bilateral de inversiones entre los Países Bajos y Venezuela y que, por ende, ninguna de ellas puede ser impugnada en el arbitraje. En realidad, el tribunal difícilmente podría haber llegado a otra conclusión, cuando se piensa que en otro de los cables filtrados de la embajada de EEUU (del mes de mayo de 2006), un ejecutivo de XOM confesó abiertamente al agregado petrolero que su empresa pensaba que no contaba con fundamento legal alguno para

1 Cable 08CARACAS487, "ConocoPhillips Briefs Ambassador on Compensation": ¶¶ 14-15.

2 J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law* (Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991): 100-1.

oponerse a los aumentos de impuestos resultantes de las enmiendas a la Ley de Impuesto sobre la Renta y Ley Orgánica de Hidrocarburos que incrementaron el impuesto sobre la renta de las asociaciones de 34 a 50 por ciento e introdujeron un impuesto de extracción del 33,3 por ciento.[3]

Está claro que, para los miembros del tribunal arbitral que fallaron en contra de la República en lo tocante a la legalidad de la nacionalización, era un problema insuperable que las medidas fiscales del gobierno de Venezuela (del aumento en la tasa de regalía en octubre de 2004 a la migración de los Acuerdos de Asociación a mediados de 2007) se hubieran tomado conforme a leyes de orden público, de una manera ordenada, no discriminatoria y no confiscatoria. Igualmente problemático es el hecho que dichas medidas fueran muy similares a las que se tomaron en otros países productores de petróleo – exportadores o no – ante el incremento inesperado en los precios y los extraordinarios retornos a la inversión a los que dicho incremento dio lugar (y es que aumentar los impuestos petroleros en tiempos de precios altos es un ejemplo de conducta racional, no de conducta gubernamental arbitraria). Como bien observa Sornarajah, "[l]os gravámenes sobre las ganancias extraordinarias (o sea, **ganancias que acaecen sin ninguna intervención por parte del inversionista**) no pueden constituir una expropiación. Así, la imposición a la industria petrolera a causa de ganancias extraordinarias derivadas de incrementos en los precios no puede constituir una expropiación".[4]

Está igualmente claro que la única forma en que COP podía aspirar a obtener un laudo generoso era que los activos no se valoraran en la fecha que estipulaba el tratado bilateral de inversiones entre los Países Bajos y Venezuela; es decir, la fecha de la nacionalización. Esta fecha de valoración habría supuesto calcular los flujos de caja futuros sobre la base de pronósticos de precios vigentes en julio de 2007, los cuales eran significativamente más bajos a comparación de pronósticos posteriores. Lo que COP quisiera es que flujos de caja futuros se calcularan sobre la base de pronósticos de precios altos. Pero el problema para COP radica en que la regla del derecho internacional es que la

3 Cable 06CARACAS1445, "Temperature Rises for Strategic Associations": ¶3 y ¶5.

4 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010): 405; énfasis nuestro.

fecha de valoración para una nacionalización debe ser aquélla en la cual dicha nacionalización tuvo efecto. Mover la fecha de valoración es solamente admisible en el caso de una nacionalización contraria a derecho y, como ya se mencionó antes, una medida de esta naturaleza no se vuelve contraria a derecho solamente en virtud de que no se haya pagado una indemnización, ni tampoco por la negativa de un estado a acceder a demandas exorbitantes. Sin embargo, los dos árbitros consideraron que la supuesta mala fe del gobierno venezolano impedía que el monto de un eventual laudo se calculara conforme a los supuestos que la República siempre había sostenido.

De manera por demás extraordinaria, sin embargo, los miembros del tribunal en la mayoría aclararon que habían llegado a su decisión sin decantarse en ningún sentido respecto a la relevancia para efectos de la determinación de la cuantía de cualquier indemnización calculada conforme a las fórmulas de limitación de compensación incluidas en los Convenios de Asociación para los proyectos Petrozuata y Hamaca. La posición de la República siempre ha sido que estas fórmulas se tienen que tomar en cuenta para propósitos de valoración, dado que ningún comprador prospectivo diligente las hubiera ignorado en una hipotética adquisición de los paquetes accionarios de COP y XOM en los proyectos y, además, porque dichas fórmulas de limitación de compensación habían sido un prerrequisito para la aprobación de los proyectos por parte del poder legislativo venezolano. En vista de ello, es francamente un misterio cómo los miembros de la mayoría pueden haber determinado que la República no había negociado de buena fe, cuando la relevancia de las fórmulas de compensación en el análisis del valor justo de mercado todavía ni siquiera ha sido decidida.

Los diversos tipos de contratos de la *Apertura Petrolera* fueron concebidos para limitar la capacidad del gobierno venezolano de imponer gravámenes a la explotación de los recursos petroleros propiedad de la Nación en general, y para impedir la recaudación de impuestos a las ganancias extraordinarias, en particular. Los convenios de asociación fueron quizás la más depurada expresión de estos objetivos, entre otras cosas porque la evisceración de las facultades soberanas del estado que encarnaban contó con la aprobación considerada del poder legislativo venezolano. Ahora bien, en dichos convenios no se negó abiertamente al gobierno la potestad de imponer gravámenes a las ganancias extraordinarias sino que más bien se incorporó un mecanismo de "saludo a la

bandera": el gobierno tendría completa libertad para actuar en materia impositiva, pero siempre y cuando el nivel de precios en el mercado internacional excediera cierto umbral, durante cierto tiempo (si el gobierno tomaba medidas fiscales adversas a las asociaciones sin que este umbral hubiera sido excedido, entonces PDVSA compensaría a sus socios extranjeros, hasta cierto límite predeterminado). Ahora bien, daba la gran casualidad que este precio umbral había sido excedido, en la duración requerida, en una sola ocasión en toda la historia de la industria petrolera internacional desde su nacimiento. Pero éste era un detalle secundario. Lo verdaderamente importante era la preservación de las apariencias en lo tocante a los poderes soberanos del estado venezolano: con los contratos de asociación, el poder legislativo venezolano supuestamente conservaba sin mengua su facultad de imponer las contribuciones que exigiera el bienestar público.

La enorme ironía que encierra esta historia es que, después de que la clase política de la IV República permitiera a PDVSA entregar a sus socios los recursos naturales de la Nación, a cambio de nula retribución patrimonial, fue el propio mercado petrolero quien se encargó de hacer añicos los principales supuestos económicos sobre los cuales descansaban los proyectos de la *Apertura*: la disponibilidad infinita de recursos, la necesidad perentoria de explotarlos a la máxima velocidad posible y el inevitable corolario de estas dos cosas, los precios estructuralmente bajos. Resultó ser que la abundancia no fue más que una fantasía que diseminaron los vendedores de espejitos de la *Apertura*. Mientras tanto, en el mundo real, se materializaron escenarios de precios que habrían sido literalmente inimaginables diez años atrás.

Ahora bien, cuando el gobierno concibió la iniciativa de migración de los acuerdos de asociación, las más agresivas entre éstas vieron en ello una oportunidad para salir de una vez de Venezuela (un país cuyo panorama político había dejado de ser de su agrado) y, de paso, para monetizar las ganancias extraordinarias esperadas para sus respectivos proyectos con el régimen fiscal de la *Apertura*, a través de la impugnación de la legalidad de todas las medidas impositivas y regulatorias que el gobierno venezolano había tomado desde finales de 2004. En resumen, en sus arbitrajes contra la República, COP y XOM buscaron enlistar la ayuda de tribunales internacionales para re-redactar las condiciones de los contratos que ellas mismas habían negociado y firmado, sacando provecho de las muchas ambigüedades

deliberadamente incorporadas en dichos contratos para así ampliar drásticamente el espacio que se había reconocido para sus ganancias y, consecuentemente, negar el derecho del estado venezolano de recaudar impuestos a las ganancias extraordinarias.

La decisión parcial del tribunal CIADI de COP es solamente la más reciente escaramuza en esta larga y enconada pelea, a propósito de la cual resulta muy apropiada aquella frase de Winston Churchill que decía: "Éste no es el final. Ni siquiera es el comienzo del final. Pero tal vez sea el final del comienzo". Venezuela está solicitando una reconsideración de esta decisión, y a luz de las razones expuestas en la carta al Tribunal que se publicó, es difícil que esta solicitud sea negada. En caso de ser negada, esta decisión reforzará la opinión de que el CIADI no es un foro neutral para el arreglo de controversias de inversión.

Por lo que toca a Venezuela, la decisión existente confirma lo acertado de denunciar tanto la convención del CIADI como el tratado bilateral de inversión con los Países Bajos, pero también resalta lo mucho que todavía queda por hacer para poner fin a los peores excesos de la *Apertura Petrolera*. Después de todo, hoy aún permanecen vigentes otros 23 tratados bilaterales de inversión, la mayoría de ellos tan problemáticos como el tratado holandés. En definitiva, aún queda mucho camino por andar.

EL PRINCIPIO DE LA SANTIDAD DE CONTRATO EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE CONOCO-PHILLIPS Y EXXON-MOBIL CONTRA LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y PETRÓLEOS DE VENEZUELA

Juan Carlos Boué[1]

1 Este artículo fue traducido del inglés por su autor. Se publicó originalmente por la Universidad de Cambridge, Centro de Estudios Latinoamericanos, *Working Papers* Series 2 No. 1: "Enforcing *Pacta Sunt Servanda*? Conoco-Phillips and Exxon-Mobil versus the Bolivarian Republic of Venezuela and Petróleos de Venezuela", 2013.

‹Pero Sócrates› dijo Hippias, ¿cómo puede tomar alguien en serio a las leyes o creer en ellas, cuando los mismos quienes las promulgaron son quienes las derogan o las cambian?"

(Xenofonte, *Memorabilia*, 4.4.14.I-4)

Die Lüge wird zur Weltordnung gemacht
(El orden mundial se basa sobre la mentira).

Franz Kafka, *Vor dem Gesetz* (*Ante la ley*)

En 1968, en una reseña dedicada a un conjunto de libros sobre las concesiones petroleras del Medio Oriente, el profesor Arghyrios A. Fatouros escribió que un colega suyo estaba encontrando bastante difícil estudiar los problemas de derecho internacional derivados de la inversión extranjera "sin verse constantemente distraído por vapores petroleros". Fatouros agregó que los "problemas de las inversiones extranjeras en petróleo ... dominaron en una medida extraordinaria tanto el debate como la literatura de corte legal" en el área del "tratamiento y protección de la inversión extranjera privada en países en vía de desarrollo".[2] Adelántese la película medio siglo, y el tufo de petróleo todavía es omnipresente –a veces, de hecho, abrumador– en el campo (minado) de la resolución de disputas entre inversionistas internacionales y estados nación. Ciertamente, con la proliferación de tratados bilaterales y multilaterales de inversión (en adelante "TBIs" y "TMIs"), y el desarrollo de "una nueva rama del derecho internacional" centrada sobre "la interpretación de tratados de inversión que incorporan conceptos ambiguos y maleables como 'trato justo y equitativo'", el número de disputas sometidas a arbitraje internacional se disparó en los años posteriores a la publicación de la reseña de Fatouros.[3] Ciertamente ya no es el caso que "la mayoría de

2 A.A. Fatouros, "*Permanent Sovereignty Over Oil Resources, a Study of Middle East Oil Concessions and Legal Change*, by Muhamad A. Mughraby; *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, by Henry Cattan; The *Evolution of Oil Concessions in the Middle East and Africa*, by Henry Cattan," *Indiana Law Journal*: Vol. 43 (1968): 969.

3 George Kahale, III, "A Problem in Investor/State Arbitration", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6 (1), 2009: 2 (disponible en http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/TransNational%20 Dispute%20Management%20%28Kahale%29%20%28March%202009%29.pdf). Para finales de la década de los años novecientos setenta, se habían firmado 170 TBIs, de los cuales solamente 135 habían entrado en vigor. Para 1990, todavía había menos de 400 TBIs. Para finales de 2005, en contraste, ya había 2,500 TBIs en vigor.

los escasos arbitrajes de posguerra dignos de ser citados en discusiones sobre los problemas de la inversión extranjera ... están relacionados con el petróleo".[4] Habiendo dicho eso, los arbitrajes relacionados con el petróleo siguen cociéndose aparte, debido tanto a la magnitud de las sumas involucradas como a la complejidad de los asuntos legales en juego, por no hablar de la explosividad de las disputas mismas.

Una excelente ilustración de ello son los cuatro arbitrajes –dos aún en curso y dos ya concluidos, al momento en que esto se escribe– que afiliadas ya sea de ConocoPhillips ("COP") o de ExxonMobil ("XOM") entablaron en contra de la República de Venezuela o Petróleos de Venezuela S.A. ("PDVSA"), ya fuera ante el Centro Internacional para el Arreglo sobre Disputas de Inversión ("CIADI") o la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), respectivamente. Las disputas legales que subyacen dichos arbitrajes se derivan de la decisión por parte del gobierno venezolano –encarnada en el Decreto-Ley 5.200, promulgado por el presidente Hugo Chávez (✝2013) el 26 de febrero de 2007– de re-estructurar ciertos proyectos, conocidos como Asociaciones, con el fin de apegarlos a los requerimientos legales aplicables a todas las otras compañías dedicadas a las actividades de exploración y producción ("E&P") de petróleo en Venezuela, y establecidos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Líquidos del 2001.[5] Esto esencialmente requería que dichas Asociaciones –en las cuales a las filiales de PDVSA no se les permitía detentar la mayoría accionaria– se transformaran en empresas mixtas en las que las filiales de PDVSA detentarían cuando menos el sesenta por ciento de las acciones.

En la medida que el número de TBIs firmados y ratificados ha ido en aumento, el número de arbitrajes contra estados se ha incrementado dramáticamente (de 14 a principios de 1998 a más de 300 en el momento en que esto se escribe). En el año 2011 se presentaron 46 solicitudes de arbitraje internacional contra estados, la cifra más alta registrada en la historia (*World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*. Ginebra, United Nations Conference on Trade and Development, 2012: xxi).

4 Fatouros, *op. cit.*: 954.

5 "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas (en adelante "Decreto-Ley 5.200"), *Gaceta Oficial No. 38.632*, publicada el 26 de febrero de 2007.

Este proceso de transformación de la figura de asociación a la de empresa mixta –o migración, como se le designó oficialmente– ni expulsó de Venezuela a las compañías petroleras extranjeras ni prohibió la participación del capital privado en las actividades de E&P de petróleo en el país. Desde luego, con el fin de garantizar la continuidad operativa, se tuvieron que tomar providencias conforme a las cuales filiales de PDVSA se responsabilizarían de las actividades y activos de cualquier empresa que no llegara a un acuerdo respecto a la migración de sus intereses durante el período inicial de cuatro meses definido en el Decreto-Ley 5.200 (las compañías que sí llegaran a dicho acuerdo contarían con dos meses adicionales para finalizar los términos de su migración y someter los proyectos de empresa mixta resultantes a la aprobación de la Asamblea Nacional). A final de cuentas, estas cláusulas tuvieron que activarse cuando dos compañías, COP y XOM, declinaron participar en la migración de sus intereses. Así, el 27 de junio de 2007, PDVSA tuvo que absorber todos los activos de COP y XOM dedicados a E&P de petróleo en Venezuela.[6]

---

6 COP retuvo una participación en el proyecto de gas costa afuera Plataforma Deltana, la cual vendió a PDVSA en febrero de 2009.
La Embajada de EUA en Caracas reportó que cuatro compañías en total no habían firmado memorándums de entendimiento respecto a la migración de proyectos petroleros: COP, XOM, Chinese National Petroleum Company (CNPC) y PetroCanada. Las primeras dos ya habían dicho a la embajada que "no firmarían los documentos el 25 de junio". En contraste, "la decisión de CNPC de no firmar fue algo sorpresiva. Personas enteradas al interior de la industria creían que los chinos firmarían a la postre por razones geopolíticas. El gerente de Relaciones Gubernamentales de XOM Carlos Ernesto Rodriguez ... dijo al Agregado Petrolero ... en la mañana del 26 de junio que había recibido una llamada de parte de CNPC diciendo que iban a continuar negociando y se encontrarían con funcionarios de la RBV [República Bolivariana de Venezuela] aproximadamente dos horas y medias antes de la ceremonia de firma. Durante la ceremonia, Ramírez fue algo vago respecto al tema de CNPC. Dijo que las partes del proyecto Sinovensa habían firmado un acuerdo para completar los términos originales del proyecto y que un nuevo proyecto de empresa mixta se sometería a la consideración de la Asamblea Nacional. La nueva empresa sería acorde con el espíritu de los acuerdos firmados entre los gobiernos venezolano y chino ... Funcionarios de CNPC se han quejado amargamente acerca de la migración y su tratamiento por la RBV". A la postre, CNPC no llegó a un acuerdo con el gobierno dentro del tiempo límite, y los activos de Orifuels Sinovensa fueron expropiados y absorbidos por PDVSA. CNPC y PDVSA establecieron una nueva empresa mixta, Petrolera Sinovensa, que si cumplía

Esta decisión por parte de este par de compañías estadounidenses se ha presentado como la culminación calamitosa de un proceso por medio del cual, merced a una mezcla de bravuconadas y medidas unilaterales, el gobierno del presidente Chávez buscó imponer nuevas y draconianas condiciones a las actividades de exploración y producción de petróleo en Venezuela, pasándole por encima a los derechos adquiridos de los inversionistas. Las acciones de Chávez, de acuerdo a esta historia, no solamente llevaron a la suspensión de la transferencia gerencial y tecnológica de la cual Venezuela había derivado pingües beneficios durante el período 1993-2006 (y sin la cual los colosales recursos de la Faja Petrolífera del Orinoco no podrían haberse desarrollado) sino que, además, allanaron el camino para el éxodo involuntario de las compañías petroleras extranjeras de Venezuela, sin que éstas recibieran compensación alguna por sus activos expropiados. Siendo éste el caso, continúa la historia, a estas compañías no les quedó otra alternativa que entablar sendos procesos legales dirigidos contra un gobierno forajido y su compañía petrolera estatal.

El cuadro que se presenta en este párrafo está trazado con brochazos tan burdos y groseros que reduce al nivel de caricatura a la política petrolera venezolana de 1999 en adelante, en términos tanto de su orientación como de sus resultados. Sin embargo, los medios masivos de comunicación no han tenido empacho alguno en hacerle eco y amplificarla, y la mayoría de los gobiernos de países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") – y muy especialmente el gobierno de los Estados Unidos de América – no han dudado en usarla como premisa fundamental en la toma de decisiones de política exterior respecto a Venezuela. Desde luego, en los anales de las relaciones internacionales estadounidenses, difícilmente constituye una situación sin precedentes que se otorgue gran credibilidad a acusaciones infundadas surgidas en el contexto de litigios

---

con las disposiciones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001. Por lo que toca a PetroCanada, la embajada reportó que esta compañía había "llegado a un acuerdo con la RBV y saldrá de Venezuela. Petrocanada detenta una participación del 50% en La Ceiba … Ramírez dijo durante la firma que la RBV había llegado a un acuerdo sobre compensación con Petrocanada". PetroCanada recibió 75 MMUS$ como compensación (Cable 07CARACAS1281 (confidencial), fechado 26 de junio de 2007, "Exxonmobil and Conocophillips Exit Venezuela": ¶¶4, 13).

sin cuartel. Desafortunadamente, como en muchas ocasiones previas, esta actitud facilista no contribuye en nada a la comprensión de los verdaderos problemas que subyacen a, y se derivan de, el ejercicio de los poderes soberanos de un Estado en detrimento aparente de los derechos (reales o supuestos) de inversionistas extranjeros en su territorio.

A primera vista, podría pensarse que cualquiera que buscara desvanecer la confusión en torno a la re-estructuración de los contratos de asociación en Venezuela haría bien en no perder su tiempo investigando los arbitrajes mencionados arriba. Después de todo, se supone que el arbitraje es un proceso altamente refractario al escrutinio exterior (de hecho, éste es uno de sus atractivos principales a comparación de un litigio en una corte de justicia ordinaria), y que no es nada fácil conseguir información detallada respecto a arbitrajes ya sea en el CIADI o en la CCI. Los arbitrajes petroleros venezolanos mencionados arriba, sin embargo, constituyen una notable excepción a esta regla. Debido a la estrategia de litigación adoptada por varios actores (pero en particular XOM), existe una abundancia de información disponible en el dominio público en torno tanto a estos procesos legales como a las disputas subyacentes. Las fuentes claves de dicha información son las siguientes:

- Los documentos asociados con los procedimientos legales por medio de los cuales XOM intentó obtener (exitosamente, a la postre) una orden *ex parte* –es decir, sin notificación previa– de congelamiento de fondos pertenecientes a PDVSA Cerro Negro, filial de PDVSA, en Nueva York (27 de diciembre de 2007).[7]
- Documentos asociados con el intento –a la postre infructuoso– de XOM de obtener de la Corte Superior en Londres, también sobre una base *ex parte*, una orden de congelación mundial ... por un monto de hasta US $12 mil millones ... en apoyo de un procedimiento arbitral en la CCI ... dirigido a obtener compensación por las pérdidas derivadas de la expropiación sin in-

7 *Mobil Cerro Negro, Ltd v PDVSA Cerro Negro SA (Case 1:07-cv-11590-DAB*), United States District Court for the Southern District of New York (en adelante "*Proceso de Embargo en Nueva York*"); los documentos inicialmente se colocaron bajo sello de la corte a petición de la demandante, pero el sello fue subsecuentemente removido.

demnización de los intereses de la Demandante en el área de Cerro Negro en la Faja del Orinoco. (24 de enero de 2008; desestimada el 18 de marzo de 2008).[8]

- La decisión parcial en materia de jurisdicción de la audiencia arbitral en torno a los reclamos de XOM en contra de la República de Venezuela, publicada el 10 de junio de 2010. (Debido a la complejidad de este caso, los miembros del tribunal decidieron bifurcar el procedimiento y sostener audiencias separadas dedicadas a las cuestiones de jurisdicción, en primera instancia, y a las cuestiones del fondo legal y de cuantía, en segunda instancia.)[9]
- El laudo del tribunal CCI en el caso *Mobil Cerro Negro Ltd. v. Petróleos de Venezuela S.A. et al.*[10]
- El laudo del tribunal CCI en el caso *Phillips Petroleum Company Venezuela Ltd. and Conoco Phillips Petrozuata B.V. v. Petróleos de Venezuela*.[11]
- Memorándums de ofrecimiento de bonos para financiar proyectos, dirigidos a inversionistas internacionales, así como otros materiales misceláneos (notablemente cables diplomáticos filtrados provenientes de las embajadas estadounidenses tanto en Venezuela como en otros países del mundo).

---

8 *In the High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court Claim No 2008 Folio 61, between Mobil Cerro Negro, Ltd. (Claimant) and Petróleos de Venezuela S.A. (Defendant)* (en adelante "*Proceso de Congelamiento en Londres*"); "Outline Argument on Behalf of the Claimant in Support of an Application to Vary an Worldwide Freezing Order Dated 24 January 2008": ¶3.

9 *ICSID Case No. ARB/07/27: Mobil Corporation et. al. (Claimants) v. The Bolivarian Republic of Venezuela (Respondent), Decision on Jurisdiction Dated June 10, 2010* (en adelante "*XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*"; disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf).

10 *ICC Case No. 15415/JRF: Mobil Cerro Negro Ltd. v. Petróleos de Venezuela S.A. and PDVSA Cerro Negro S.A.; Final Award Dated 23 December 2011* (en adelante "*XOM CCI*"; disponible en http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/mobil_cerro_negro_ltd._v._petroleos_de_venezuela_sa_award_icc_arbitration_case_no._15416.pdf).

11 *ICC No. 16848/JRF/CA (C-16849/JRF/CA): Phillips Petroleum Company Venezuela Limited and Conocophillips Petrozuata B.V. v Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA); Final Award Dated 17 September 2012* (en adelante "*COP CCI*"; disponible en http://www.iareporter.com/downloads/20120924).

Y, finalmente

- Documentos oficiales venezolanos derivados de los procedimientos de aprobación legislativa de todos los proyectos de asociación entre filiales de PDVSA y compañías privadas, de conformidad con lo establecido en la Ley que Reserva al Estado el Comercio y la Industria de los Hidrocarburos de 1975 (LOREICH, popularmente conocida como Ley de Nacionalización de 1975).[12]

A propósito de dichos documentos oficiales, cabe recordar que la Ley de Nacionalización de 1975 prohibió toda participación del capital privado en las actividades esenciales de la industria[13], con la salvedad de dos excepciones, una de las cuales era que:

> [e]n casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional ... [podrá] en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras [del Congreso] en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.[14]

Estos requerimientos de aprobación e información se establecieron expresamente debido a la "preocupación para revestir tales casos ex-

---

12 "Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos" (en adelante "Ley de Nacionalización de 1975"), *Gaceta Oficial (Extraordinaria) 1.769* publicada el 29 de agosto de 1975.

13 "Se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta Ley" (Ley de Nacionalización de 1975, artículo 1°).

14 Ley de Nacionalización de 1975, artículo 5°.

cepcionales de la mayor seguridad jurídica y de extremo control".[15] Y precisamente por causa de dicha preocupación (y en cumplimiento de los estrictos requisitos regulatorios mencionados arriba), los proyectos de asociación entre PDVSA y sus socios extranjeros engendraron una auténtica montaña de documentos dedicada a cada proyecto, la cual incluye los reportes del ejecutivo venezolano a la Comisión Bicameral del Congreso respecto a las circunstancias pertinentes de cada proyecto, los reportes al pleno del Congreso por parte de esta misma comisión, las autorizaciones por parte del Congreso del marco de condiciones de cada uno de los proyectos (publicados en la *Gaceta Oficial*), sin mencionar a los Acuerdos de Asociación mismos (los cuales también se tuvieron que poner a la disposición del Congreso, si bien persiste la percepción de que su contenido siempre fue estrictamente confidencial).

Es tal el nivel de detalle de todo ese material que no constituye una exageración decir que un especialista competente en materia de derecho internacional no debería tener dificultad de reproducir los argumentos presentados por las partes a los tribunales correspondientes (de una forma similar a como Guillermo de Baskerville logró visualizar mucho del contenido del segundo libro de la *Poética* de Aristóteles, sin tener que haber leído o siquiera tocado una sola de las páginas envenenadas del único ejemplar sobreviviente de ese libro).[16] Un ambicioso ejercicio de reconstrucción textual de este estilo está más allá del alcance de este artículo, por no decir nada de las facultades de su autor. Sin embargo para un investigador con un mínimo de familiaridad con el derecho internacional, resulta factible – y no especialmente difícil – pintar un cuadro sumamente detallado de dichos casos, siempre en el entendido de que se formulen las preguntas correctas.[17]

---

15 "Exposición de Motivos, Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos", en *Nacionalización del petróleo en Venezuela, tesis y documentos fundamentales* (Caracas, Catalá Centauro Editores, 1975).

16 Umberto Eco, *Il nome della rosa* (Milán, Bompiani, 1980).

17 Algunos de los documentos del dominio público citado en este trabajo (como, por ejemplo, las autorizaciones del Congreso a los Acuerdos de Asociación ("AAs") o los AAs mismos) no son de fácil obtención, ya que existen solamente como copias en papel en archivos en Venezuela. En el pasado, el Ministerio de Energía y Petróleo manifestó la intención de colocar todos estos documentos, junto con otros más accesibles, en un sitio de internet abierto a consultas del público en general. Este proyecto no se ha materializado así que, entretanto, copias electrónicas de estos documentos se pueden obtener previa solicitud al

Breve semblanza de los proyectos

Antes de plantear dichas preguntas, es esencial dar alguna información sobre los proyectos en disputa en los arbitrajes: Petrozuata, Hamaca (o Ameriven), Corocoro, Cerro Negro y La Ceiba (los tres primeros involucraban filiales de COP, los segundos filiales de XOM). Los proyectos eran de dos tipos. Petrozuata, Hamaca y Cerro Negro eran proyectos integrados, de gran escala, dedicados a la producción, transportación y mejoramiento (o sea, refinación parcial) de petróleos crudos extra-pesados ("XP"; crudos muy densos y viscosos, más pesados que el agua) provenientes de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como al mercadeo tanto de los crudos mejorados (o sea, sintéticos) resultantes de este proceso, como de los sub-productos asociados (corrientes intermedias, azufre, coque de petróleo). La Ceiba y Corocoro, en contraste, eran proyectos enfocados sobre las actividades de E&P de petróleo convencional, emprendidos en el marco de los así llamados contratos de ganancias compartidas, los cuales autorizara el Congreso de Venezuela en 1995 para permitir a inversionistas privados "la exploración de petróleo sin la participación de una entidad propiedad del gobierno".[18] En seguida se presentan datos y fechas claves para cada uno de estos proyectos:

- **Petrozuata:** Acuerdo de asociación (en adelante "AA") firmado en 1995 (50,1 por ciento COP, 49,9 por ciento PDVSA).[19] Inversión total: MMUS$2.500 (inversión de COP: MMUS$1.250). Aprobación del Congreso: 1993. Comienzo de operaciones comerciales: 2002. Capacidad inicial: aproximadamente 100 MBD de crudo mejorado de baja gravedad (≃ 22° API), obtenidos de procesar 120 MBD de crudo XP.
-

---

autor de este trabajo.

18 "Acuerdo mediante el cual se autoriza la celebración de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas" (en adelante "Autorización de Convenios de Ganancias Compartidas"), *Gaceta Oficial No. 35.754*, publicada el 17 de julio de 1995.

19 La filial de PDVSA que originalmente participó en este proyecto fue Maraven.

- **Hamaca (Ameriven):** AA firmado en 1997 (39,9 por ciento COP, 30,1 por ciento Chevron, 30 por ciento PDVSA).[20] Inversión total: MMUS$4.000 (inversión de COP: 1.600 MMUS$). Aprobación del Congreso: 1997. Comienzo de operaciones comerciales: 2005. Capacidad inicial: aproximadamente 150 MBD de crudo mejorado de gravedad mediana (≃ 26° API), obtenidos de procesar 197 MBD de crudo XP.
- **Corocoro**: Acuerdo de ganancias compartidas firmado en 1995 (32,5 por ciento COP, 26 por ciento Agip, 6,5 por ciento Opic Karimun, 35 por ciento Corporación Venezolana del Petróleo, "CVP"). Gastos totales de COP: 230 MMUS$. El proyecto no había registrado ninguna producción todavía cuando tuvo lugar la nacionalización de la participación de COP (y de OPIC) en el mismo.[21]
- **Cerro Negro**: AA firmado en 1997 (41 2/3 por ciento XOM, 41 2/3 por ciento PDVSA, 16 2/3 por ciento BP).[22] Inversión total: 1.600 MMUS$ (inversión de XOM: 667 MMUS$). Aprobación del Congreso: 1997. Comienzo de operaciones comerciales: 2002. Capacidad inicial: aproximadamente 100 MBD de crudo mejorado muy pesado (16° API) UCO, obtenidos de procesar 120 MBD de crudo XP.
- **La Ceiba**: Acuerdo de ganancias compartidas firmado en 1996 (XOM 50 por ciento, PetroCanada 50 por ciento). Gastos totales de XOM: 180 MMUS$. El proyecto no había llegado a la fase de desarrollo cuando tuvo lugar la nacionalización de la participación de XOM en el mismo.

Las cifras de producción e inversión citadas arriba son muy relevantes en términos de cualquier discusión en torno a los reclamos de daños y perjuicios de COP y XOM (asimismo, dado que ni Corocoro ni La Ceiba se encontraban en producción en el momento en que COP y XOM decidieron salir de Venezuela, la contribución de estos dos proyectos al monto total de los reclamos es mínima). Además, conviene tener en mente que, para cumplir con las disposiciones del

20 La filial de PDVSA que originalmente participó en este proyecto fue Corpoven.

21 OPIC Karimun es una filial de CPC Corporation, la empresa petrolera estatal de Taiwán.

22 La filial de PDVSA que originalmente participó en este proyecto fue Lagoven.

Decreto-Ley 5.200, todo lo que habrían tenido que hacer COP y XOM era reducir su participación accionaria en los proyectos Petrozuata y Hamaca, por un lado, y Cerro Negro, por el otro, en 10,1 y 11,1 puntos porcentuales y 13 puntos porcentuales, respectivamente.

Hay un aspecto adicional de las asociaciones que necesita recalcarse en este punto, dada su prominencia en todos los procedimientos de arbitraje. Dicho aspecto concierne a las condiciones fiscales que disfrutaron los proyectos de mejoramiento en sus comienzos. Inclusive desde antes de que se hubieran negociado, por no hablar de firmado, tratos concretos, PDVSA había montado una intensa campaña para persuadir al gobierno venezolano de que las condiciones fiscales aplicables a las asociaciones tendrían que ser de una generosidad sin precedentes (o sea, regalías mínimas, ningún impuesto petrolero especial) ya que sólo así los proyectos resultarían suficientemente atractivos para los inversionistas privados. De esta forma, tanto los diversos reportes enviados al Congreso ya fuera por PDVSA, el ejecutivo o la comisión bicameral, como las autorizaciones del Congreso para cada proyecto, contienen pasajes en los cuales se dice que los proyectos se beneficiarían mucho de (y, por lo tanto, deberían solicitar) un trato preferencial en materia de regalía por parte del gobierno venezolano.[23] Crucialmente, sin embargo, en ninguno de dichos documentos se estipuló que dicho trato preferencial de hecho sería otorgado. Más aún, cuando PDVSA y sus socios extranjeros decidieron emprender los proyectos, la República de Venezuela no fue parte en los acuerdos correspondientes.

Al final de cuentas, la reducción en la tasa de regalía efectivamente tuvo lugar, bajo la forma de un Convenio de Regalía suscrito en mayo de 1998 por PDVSA y el Ministerio de Energía y Minas, al cual subsecuentemente se plegaron Petrozuata, Hamaca, Cerro Negro y Sincor.[24]

---

23 Véase, por ejemplo, *Informe aprobado por la Comisión Bicameral para el Estudio de las Asociaciones Estratégicas de PDVSA sobre los Proyectos MARAVEN-CONOCO, y MARAVEN-TOTAL-ITOCHU-MARUBENl para la Explotación y Mejoramiento de Petróleos Extrapesados de la Faja Petrolífera del Orinoco*, fechado 12 de agosto de 1993. El reporte indicaba que "las Asociaciones tramitarán, a través de los canales institucionales respectivos, posibles incentivos para los primeros años en el segmento de regalía" (29).

24 *Convenio de Regalía de las Asociaciones Estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A., de fecha 29 de mayo de 1998*. La adhesión de los proyectos de asociación a este convenio tuvo lugar en noviembre de 1998.

Es decir que, a pesar de la conexión supuestamente inescapable entre la viabilidad de los proyectos de mejoramiento y la reducción en la tasa de regalía, dicho convenio se finalizó tiempo después de que PDVSA y sus socios ya hubieran emprendido los proyectos Petrozuata y Cerro Negro, e inclusive después de que se hubiera completado el financiamiento de ambos proyectos a través de la emisión de bonos en mercados internacionales de capital.

El convenio de regalía de las asociaciones de mejoramiento del Orinoco establecía que las obligaciones de regalía de los proyectos habrían de calcularse sobre la base de una tasa reducida de uno por ciento (en lugar de la tasa estatutaria prevaleciente de 16 2/3 por ciento) a partir del momento en que cada planta de mejoramiento comenzara operaciones comerciales, y hasta que el ingreso bruto acumulado de cada proyecto hubiera triplicado la inversión bruta total (pero, independientemente de ello, la aplicación de dicha tasa preferente cesaría al cumplirse el noveno aniversario del comienzo de operaciones comerciales). A partir de ese momento, la tasa usual de regalía establecida en la ley –sea cual fuere ésta– habría de aplicarse nuevamente.[25] Este beneficio fiscal surgió de la interpretación creativa de la Ley de Hidrocarburos de 1943, la cual facultaba al ejecutivo venezolano a conceder reducciones en la tasa de regalía, aunque solamente con el propósito de prolongar la explotación de yacimientos al final de su vida útil, y ciertamente no para mejorar las perspectivas económicas de un proyecto de desarrollo al inicio del mismo.[26] Esta

25 En 1998, cuando Hugo Chávez fue electo a la presidencia, PDVSA se encontraba en proceso de instrumentar un plan (el Proyecto Araguaney) para reducir la tasa estatutaria de regalía a cinco por ciento.

26 "Ley de Hidrocarburos de 1943", *Gaceta Oficial No. 31*, publicada el 13 de marzo de 1943, Artículo 41(3), párrafo único: "Con el fin de prolongar la explotación económica de determinadas concesiones queda facultado el Ejecutivo Federal para rebajar el impuesto de explotación a que se refiere este ordinal en aquellos casos en que se demuestre a su satisfacción que el costo creciente de producción, incluido en éste el monto de los impuestos, haya llegado al límite que no permita la explotación comercial". Esta interpretación creativa de la Ley de Hidrocarburos de 1943 fue blanco de una petición de nulidad entablada ante la Corte Suprema de Venezuela en 1999. La Corte reafirmó la legalidad de la rebaja en la regalía aún en el caso de un proyecto al inicio de su vida útil, pero hizo énfasis en que "como lo prevé la indicada norma, el ajuste realizado por el Ejecutivo Nacional, puede ser revisado nuevamente restableciéndolo en

maniobra legalista se vio considerablemente simplificada por el hecho de que el convenio se firmó en un momento en el cual los precios del petróleo atravesaban por su peor momento desde la década de los años novecientos cuarenta (en términos reales).[27]

Más allá de este trato preferencial en materia de regalía, se promulgaron también disposiciones por virtud de las cuales se permitió a todos los participantes en proyectos de mejoramiento (incluyendo a la propia PDVSA) liquidar sus obligaciones por concepto de impuesto sobre la renta de conformidad con el régimen ordinario aplicable a empresas del sector no petrolero.[28] En otras palabras, tanto el ingreso gravable como las obligaciones impositivas de estos proyectos, habrían de calcularse sobre la base de la tasa aplicable –y las deducciones permitidas– a las compañías del sector no petrolero.[29] Vale la pena mencionar que la tasa aplicable a empresas no petroleras podría haberse aplicado a estos proyectos sin tener que sacar a éstos fuera de la sección petrolera en la Ley de Impuesto sobre la Renta ("Ley de ISLR"), pero PDVSA insistió que para los inversionistas internacionales, ésta sería una alternativa menos deseable, y su punto de vista prevaleció.[30] Sin

---

su monto original de estimarse que se han modificado las causas que motivaron la rebaja" (Corte Suprema de Justicia, *Declaratoria sin lugar del recurso de nulidad del artículo 2° del Acuerdo del Congreso de la República*, *Acción de nulidad por inconstitucionalidad de Simón Muñóz Armas, Elías Eljuri Abraham y otros en contra de las cláusulas décima, decimoséptima, segunda y cuarta del Artículo 2° del Acuerdo del Congreso de la República aprobado en fecha 4 de Julio de 1995, Caso No. 812-829*, 17 de agosto de 1999: 32; disponible en http://www.analitica.com/BITBLIO/venezuela/apertura.asp).

27 Petrozuata Finance Inc., *Confidential Offering Circular, Petrolera Zuata, Petrozuata C.A., dated June 17, 1997* (en adelante "*Petrozuata Offering Memorandum*"). Cerro Negro Finance Ltd., *Bond Offering Memorandum, dated June 11, 1998* (en adelante "*Cerro Negro Offering Memorandum*").

28 "Ley de Reforrna Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta", *Gaceta Oficial No. 4.300 (Extraordinaria)*, publicada el 13 de agosto de 1991, artículo 7 (que modificaba el artículo 9).

29 La tasa de impuesto sobre la renta para actividades petroleras fue de 67,7 por ciento hasta el 2000, y de 50 por ciento de allí en adelante. La tasa de impuesto sobre la renta para actividades no petroleras fue de 30 por ciento hasta 1992 y de 34 por ciento de allí en adelante.

30 Bernard Mommer, "El régimen petrolero venezolano en los tribunales internacionales de arbitraje. 1. parte: Petróleos de Venezuela, Sociedad Anónima", en *Le Monde Diplomatique edición venezolana* (suplemento especial); Año IV,

embargo, la colocación de las Asociaciones en la sección no petrolera de la Ley de ISLR, nuevamente, no se vio acompañada por ningún tipo de garantía de que dichos proyectos habrían de permanecer allí indefinidamente.

A la postre, del año 2000 en adelante (y, especialmente, después de 2003), los precios internacionales del crudo comenzaron a aumentar de forma tal que los participantes extranjeros en las asociaciones encontraron posible obtener muy robustos retornos sobre sus inversiones en ausencia de cualquier trato fiscal preferencial. Para 2004, los precios en el mercado internacional doblaban, aproximadamente, los registrados en 1998. En vista de este cambio radical en las circunstancias del mercado, en el mes de octubre de 2004, el ejecutivo venezolano dispuso que las obligaciones por concepto de regalía de los proyectos de mejoramiento se calcularan de allí en adelante sobre la base de la tasa estatutaria de regalía de 16 2/3%. Esta decisión se tomó de conformidad con la Ley de Hidrocarburos de 1943, la cual daba al ejecutivo la facultad de restablecer la tasa de regalía usual cuando, a su sola discreción, las razones que habían justificado el otorgamiento de una reducción en la regalía ya no eran aplicables.[31]

Como los precios del petróleo continuaran con su tendencia a la alza, el gobierno venezolano (como muchos otros gobiernos alrededor del mundo) evalúo tomar medidas adicionales para limitar las ganancias extraordinarias que estaban realizando las compañías petroleras. Así, en junio de 2005, el ministro Rafael Ramírez anunció una enmienda a la Ley de ISLR por virtud de la cual los proyectos de mejoramiento quedarían sujetos a la tasa impositiva de 50 por ciento aplicable a empresas en el sector petrolero. Dicha enmienda finalmente se promulgó en agosto de 2006, con lo cual se uniformizó el régimen de ISLR aplicable a todas las compañías con actividades de E&P de petróleo en Venezuela. Poco tiempo antes de eso, en mayo de 2006, Venezuela también introdujo un impuesto a la extracción de 33 1/3 por ciento, acreditable contra pagos de regalía, y tasado sobre el ingreso bruto de todos los hidrocarburos líquidos extraídos de cualquier campo. Sin

---

Núm. 35, julio 2012: 12.

31 Ver n. 25 arriba. La segunda parte del párrafo único del Artículo 41(3) reza: "Puede también el Ejecutivo Federal elevar de nuevo el impuesto de explotación ya rebajado hasta restablecerlo en su monto original, cuando a su juicio se hayan modificado las causas que motivaron la rebaja".

embargo, aún tras estas dos medidas, adoptadas en un año en el cual el precio internacional promedio anual del crudo por primera vez superó los 65 US$/B, las ganancias de las asociaciones de mejoramiento todavía excedían con creces los estimados de rentabilidad que tanto COP como XOM habían presentado a los inversionistas que adquirieron los bonos utilizados para financiar los proyectos Petrozuata, Cerro Negro y Hamaca. Dichos estimados se habían calculado utilizando supuestos de precios que, hoy en día, lucen ridículamente bajos.[32] En este sentido, vale recordar que el precio del crudo que el proyecto Petrozuata requería para salir tablas era de tan sólo 8,63 US$/B.[33]

Durante el transcurso mismo de la migración, se tuvieron que hacer ajustes adicionales al régimen fiscal venezolano para mantenerlo al corriente de las tendencias del mercado petrolero en 2007. Así, como parte del paquete mismo de medidas de migración, se adoptó un impuesto sombra: si la suma de los gravámenes a los ingresos brutos e ISLR de un proyecto resultara menor al 50 por ciento de dichos ingresos brutos, se tendría que liquidar un pago suplementario para llevar la participación fiscal a un mínimo de 50 por ciento. Y en 2008, ya con el proceso de migración en el espejo retrovisor pero con los precios del crudo tocando máximos cíclicos e históricos (en términos reales y nominales), el gobierno venezolano promulgó un impuesto a las ganancias exorbitantes enfocado sobre los ingresos devengados a precios superiores a los 70 US$/B para la canasta venezolana de exportación.[34]

Manual Básico de Arbitraje Internacional

En este punto, es aconsejable abrir un breve paréntesis para ofrecer

32 Por ejemplo, el proyecto Petrozuata estaba basado sobre un precio a largo plazo para el crudo West Texas Intermediate ("WTI") de 18 dólares por barril, en términos nominales (*Petrozuata Offering Memorandum*: C-26).

33 Benjamin C. Esty, "Petrozuata: A Case Study on the Effective Use of Project Finance", *Journal of Applied Corporate Finance*, 12, no. 3 (Otoño de 1999): 37.

34 "Ley de Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos", *Gaceta Oficial N° 3.910* con fecha 15 de abril de 2008, reemplazada por el "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos", *Gaceta Oficial Nº 6.022 (Extraordinaria)* con fecha del 18 de abril de 2011.

una semblanza de los procedimientos de arbitraje internacional, en la cual se dé cuenta de los diversos foros en donde pueden tener lugar dichos arbitrajes, las reglas y principios en cuyo marco se desenvuelven, y la naturaleza legal de los reclamos involucrados. Para quien quiera discutir un arbitraje específico en el contexto de la evolución del régimen internacional de resolución de disputas, este tipo de información constituye un trasfondo útil. Pero para los casos venezolanos bajo consideración, esta información es absolutamente esencial, sobre todo debido al considerable potencial para inducir confusión inherente a la superposición y duplicación de los reclamos presentados por COP y XOM contra el gobierno de la República, por un lado, y contra PDVSA, por el otro, al hecho de que dichos reclamos se ventilaron en foros distintos (CIADI y CCI, respectivamente) y, finalmente, al hecho de que, no obstante su similitud, los reclamos se fundamentaron en el supuesto incumplimiento de instrumentos legales de muy distinta naturaleza (tratado internacional, en el caso de los reclamos contra el estado, y contrato de asociación, en el caso de los reclamos contra PDVSA)

En términos taxonómicos, la primera distinción clave que hay que hacer es entre arbitrajes institucionales y arbitrajes *ad-hoc*. Los primeros tienen lugar en foros establecidos que administran el proceso en el marco de reglas detalladas (en cuanto a la designación, remoción y reemplazo de árbitros, o la duración del proceso, por dar dos ejemplos) y además dan asistencia práctica a los miembros del tribunal (en términos de la programación del proceso, la comunicación entre ellos mismos y de ellos con las partes, la revisión y publicación de los laudos, etc.), a cambio de cuotas que tienen que pagar las partes en disputa. En contraste, el proceso de administración de los arbitrajes *ad-hoc* corre por cuenta de los árbitros y las partes involucradas, ya sea bajo la égida de reglas especiales para la ocasión o bien reglas generales (como las de la Comisión sobre el Comercio Internacional de las Naciones Unidas, "UNCITRAL"). Todos los arbitrajes internacionales recientes en los cuales se han visto envueltos ya sea el gobierno venezolano o entidades controladas por el gobierno venezolano (y ciertamente todos los arbitrajes analizados en este artículo) son de la variedad institucional.

Dentro de esta amplia categoría institucional, los arbitrajes se pueden clasificar de acuerdo a la naturaleza de los instrumentos legales que confieren a las partes privadas el derecho de demandar a un estado y/o

a sus compañías nacionales ante un tribunal internacional. Según un cable diplomático filtrado originado en la embajada estadounidense en Caracas, e intitulado *El Arbitraje Internacional contra la RBV* (República Bolivariana de Venezuela), dichos instrumentos son los siguientes: "tratados bilaterales de inversión (TBIs), cláusulas contractuales que especifiquen arbitraje internacional, y legislación doméstica". (Éste puede parecer como un documento muy peculiar para citar como fuente de información en una discusión sobre arbitraje internacional, pero de hecho es muy apropiado, dado el lugar prominente que ocupan otros cables diplomáticos similares en lo que resta de este informe).[35]

En lo tocante al arbitraje fundamentado en tratados, el cable explica que esto se "refiere a procedimientos de arbitraje en los cuales los reclamos subyacentes se derivan del supuesto incumplimiento por parte de un estado de sus obligaciones bajo un tratado internacional – casi siempre, un TBI. Estos reclamos son [general, pero no invariablemente] entablados ante [CIADI]".[36] Un inversionista puede iniciar un arbitraje de este tipo contra un estado si califica como un nacional de un país con el cual dicho estado haya firmado un TBI. (Los inversionistas cuyos países de origen no tengan un TBI con un país *X* pueden acogerse al régimen de protección de inversiones de dicho país si han tomado la providencia de estructurar sus inversiones a través de subsidiarias incorporadas en un país *Y* con el cual el país *X* sí haya firmado un tratado). Además de no estar sujetos a un proceso de apelación, los laudos arbitrales del CIADI son equivalentes a una "decisión final de una corte" en todos los estados contrayentes de la Convención CIADI. Aproximadamente 63 por ciento de los casos registrados bajo la Convención del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario involucran inversionistas que han invocado la protección de un TBI, mientras que un 11 por ciento de los casos se han iniciado al amparo ya sea de un TMI (como el Tratado de la Carta Energética, "TCE") o bien de un número de tratados de libre comercio (como el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, "TLCAN") que, para estos propósitos, funcionan en la

35 . Cable 07CARACAS217 (confidencial), fechado 1 de febrero de 2007, "International Arbitration vs the BRV": ¶1.

36 *Ibid.*: ¶4. Todos estos cables se encuentran disponibles (con función de búsqueda) en http://cablegatesearch.net.

práctica como TBIs.[37] Adicionalmente, 20 por ciento de los casos en el CIADI se derivan de contratos de inversión específicos suscritos entre inversionistas y estados.

Para un inversionista internacional, estructurar una inversión en una jurisdicción cuyos TBIs sean particularmente favorables puede no ser ni siquiera necesario si dicha inversión ha de realizarse en un país que tenga en sus estatutos una ley para la promoción o protección de inversiones que estipule de forma clara el arbitraje internacional contra el estado en un foro específico. En este caso, la legislación doméstica sirve como un consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional de arbitraje (generalmente en el CIADI) y, como lo hace notar el antes citado cable diplomático estadounidense, ofrece a los inversionistas extranjeros "una protección similar a los TBIs, protegiendo contra la expropiación y medidas equivalentes, requiriendo trato justo y equitativo para inversionistas extranjeros, tratamiento de nación más favorecida y transferencia libre de retornos a la inversión".[38] Aproximadamente 6 por ciento de los casos ante el CIADI conciernen disputas en las cuales los demandantes han invocado la jurisdicción del Centro basándose en el contenido de leyes de promoción y protección de los países receptores de la inversión.[39] Dichos reclamos se pueden designar como reclamos sustentados en legislación doméstica de inversión, para distinguirlos de los reclamos fundamentados sobre

37 El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI autoriza al Secretariado del Centro para administrar ciertos procedimientos entre un Estado y nacionales de otro Estado, que caigan dentro de las siguientes categorías: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, pero que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia (o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia) no sea un Estado Contratante; (iii) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante. Los laudos bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario requieren ser confirmados en una corte de justicia ordinaria para su ejecución.

38 Cable 07CARACAS217 (confidencial), fechado 1 de febrero de 2007, "International Arbitration vs the BRV": ¶10.

39 *The ICSID Caseload - Statistics (Issue 2012-2)*: 10 (disponible en el sitio internet del CIADI).

tratados internacionales.

El tercer tipo de mecanismo institucional de resolución de disputas es el tradicional arbitraje comercial internacional, el cual se "refiere a la resolución de disputas comerciales entre actores transnacionales (sean estos partes privadas o estados) de conformidad con los términos de una cláusula de arbitraje en el acuerdo subyacente".[40] Las raíces históricas de este tipo de arbitraje se remontan mucho más atrás en el tiempo que las del arbitraje contra estados sobre la base de tratados de inversión. Su razón de ser estriba en la noción (de sentido común) de que, dadas consideraciones de distancia, lenguaje y falta de familiaridad, contrapartes de nacionalidades distintas involucradas en negocios internacionales tenderán a ver a la jurisdicción de la otra parte con cierta desconfianza, y por lo tanto preferirán acudir a un foro y una localidad neutral y conveniente para ambas partes con el fin de dirimir sus disputas, entre otras cosas porque dichas disputas a menudo versarán sobre asuntos de índole técnica y no involucrarán ningún tipo de principio jurídico fundamental. Entre estos foros, la CCI es con creces el más popular (de acuerdo a un sondeo de 2010, la CCI acaparó el 50 por ciento de los casos de arbitraje comercial, seguida de lejos por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres con 14 por ciento, el Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje con 8 por ciento, y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur con 5 por ciento).[41] Al igual que los laudos del CIADI, los laudos de arbitrajes comerciales no están sujetos a ningún proceso de apelación. Sin embargo, para su ejecución, los laudos de arbitrajes comerciales requieren ser confirmados en una corte doméstica de justicia ordinaria (facilitar y hacer expedito este proceso de confirmación es el objetivo de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, de la cual Venezuela es uno de los 146 países signatarios).

Con la información hasta aquí proporcionada, el lector estará en posición de seguir el hilo de la discusión en torno a los casos examinados en este artículo. Los puntos centrales que dicho lector tiene

---

40 Cable 07CARACAS217 (confidencial), fechado 1 de febrero de 2007, "International Arbitration vs the BRV": ¶4.

41 *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*: 23 (disponible en: http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/2010International_Arbitration_Survey_Choices_in_International_Arbitration.pdf).

que tener siempre en mente son los siguientes. Primero, siempre que se haga una referencia a los casos CIADI, las disputas subyacentes enfrentan ya sea a COP o a XOM (y sus respectivas filiales) contra la República de Venezuela. Segundo, las entidades demandantes que sostienen reclamos fundamentados en tratados bien pueden tener una nacionalidad distinta de las entidades demandantes que sostienen reclamos fundamentados sobre legislación doméstica de inversión, aún cuando todas estas entidades formen parte del mismo grupo corporativo. Tercero, cuando se hace referencia a un caso CCI, las disputas subyacentes involucran a COP o a XOM (y sus respectivas afiliadas), por un lado, y a PDVSA y sus afiliadas, por el otro. Cuarto, al momento en que esto se escribe, los casos CCI ya han sido decididos, pero los casos CIADI aún no han desembocado en laudos.

¿Quién reclamó?

El análisis de los casos tiene que comenzar con la identificación de las partes que están adelantando (o adelantaron) reclamos, junto con sus respectivas nacionalidades. Esto se puede hacer fácilmente por la vía de la enumeración de los casos, comenzando por los reclamos contractuales (donde la nacionalidad de las demandantes no tiene ninguna incidencia sobre cuestiones de jurisdicción arbitral).

1. Caso CCI No. 15415/JRF: *Mobil Cerro Negro Ltd. (Bahamas) v. Petróleos de Venezuela S.A. et al.* Caso iniciado: 25 de enero de 2008. Fecha de laudo: 23 de diciembre de 2011 (en adelante: "XOM CCI").\

2. Caso CCI No. 16848/JRF/CA (C-16849/JRF): *Phillips Petroleum Company Venezuela Ltd. (Bermuda) and Conoco Phillips Petrozuata B.V. (The Netherlands) vs Petróleos de Venezuela*. Caso iniciado: 30 de diciembre de 2009. Fecha de laudo: 17 de septiembre de 2012 (en adelante: "COP CCI").

En los casos CIADI, la nacionalidad de las demandantes es un dato de gran importancia, así que las listas de entidades demandantes merecen comentario adicional.

3. Caso CIADI No. ARB/07/27: *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings Inc., Mobil Cerro Negro Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. (Demandantes) v. la República Bolivariana de Venezuela (Demandada)*. Caso iniciado: 10 de octubre de 2007 (en adelante, "XOM CIADI").

Mobil Corporation, incorporada en Delaware, era la matriz de Venezuela Holdings B.V., incorporada en los Países Bajos, que a su vez detentaba el 100 por ciento de Mobil Cerro Negro Holdings, una entidad de Delaware que detentaba el 100 por ciento de Mobil Cerro Negro Ltd., una compañía domiciliada en Bahamas que detentaba una participación de 41 2/3 por ciento en la asociación Cerro Negro. Venezuela Holdings B.V. también era la matriz de Mobil Venezolana Holding, incorporada en Delaware, la cual a su vez detentaba el 100 por ciento de Mobil Venezolana de Petróleos, una compañía de Bahamas que detentaba el 50 por ciento de las acciones del proyecto La Ceiba.

4. Caso CIADI No. ARB/07/30: *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V., ConocoPhillips Company (Demandantes) v. la República Bolivariana de Venezuela (Demandada)*. Caso iniciado: 13 de diciembre de 2007 (en adelante: "COP CIADI").

ConocoPhillips Company, incorporada en Delaware, era la matriz de ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V., entidades incorporadas en los Países Bajos que detentaban participaciones de 50,1 por ciento, 39,9 por ciento y 32,5 por ciento en los proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, respectivamente.

¿Qué inferencias se pueden extraer de las dos listas de arriba? La lista de entidades de COP deja en claro que los reclamos fundamentados en un tratado se amparaban en el TBI entre los Países Bajos y Venezuela (en adelante "TBI PB-V"): hay solamente una entidad no holandesa en la lista, y dicha entidad está domiciliada en un país con el cual

Venezuela no ha suscrito un TBI, los Estados Unidos de América.[42] Las nacionalidades de cualesquiera entidades no holandesas en los eslabones corporativos que están por debajo de una entidad holandesa en la cadena no tienen mayor trascendencia, pero la presencia en ambas listas de las casas matrices estadounidenses (y la inexistencia de un TBI Estados Unidos-Venezuela) son una indicación de que cuando menos algunos de los reclamos en las demandas se tienen que haber adelantado al amparo de la Ley de Protección de Inversiones venezolana, promulgada en 1999.[43] En otras palabras, los dos casos CIADI son híbridos, en el sentido que la base de jurisdicción arbitral para algunos reclamos es un tratado, mientras que para otros es una ley de inversión.

¿A cuánto ascienden los reclamos?

La faceta de los arbitrajes petroleros venezolanos que ha atraído la atención más intensa ha sido, incuestionablemente, el monto de los daños y perjuicios que COP y XOM reclaman. Esto se explica, entre otras cosas, por el audaz intento de XOM de obtener una orden global de congelamiento de activos en contra de PDVSA por la enorme suma de US$12 mil millones (una acción que, de haber prosperado, fácilmente podría haber puesto a PDVSA de rodillas). Ahora bien, a pesar de las obvias – y potencialmente desastrosas – implicaciones económicas de estos reclamos, en la opinión pública venezolana e internacional impera una notable desinformación y confusión en torno a los mismos.[44] Se han mencionado toda suerte

42 "Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela (1991)", publicado en la *Gaceta Oficial* No. 35.269 Ordinaria, del 6 de agosto de 1993 (disponible en http://unctad.org/Sections/dite/iia/docs/bits/Venezuela-Paises%20Bajos_sp.pdf). En una comunicación formal fechada el 30 de abril de 2008, Venezuela notificó a los Países Bajos de su intención de poner fin al tratado en fecha efectiva del 1 de noviembre de 2008.

43 "Decreto No. 356, Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones", *Gaceta Oficial No. 5.390 (Extraordinaria)*, publicada el 22 de octubre de 1999, en adelante "Ley de Protección de Inversiones".

44 Petróleos de Venezuela, S.A., *Offering Circular for US$2,394,239,600 9% Senior Notes due 2021. Unconditionally and Irrevocably Guaranteed by PDVSA*

de cifras inmensas, pero no necesariamente bien fundadas, lo cual hace difícil para un observador neutral discriminar entre cifras que pueden tener cierta conexión con la realidad y otras que son sencillamente fabricaciones.

Cuando menos por lo que concierne a los reclamos de índole contractual, cabría haber esperado que este ejercicio de discriminación se viera facilitado por la existencia de una circular de 2010 dirigida a potenciales compradores internacionales de ciertos instrumentos de deuda de PDVSA, en la cual la compañía venezolana daba detalles muy específicos sobre los arbitrajes con COP y XOM en la CCI, y reportaba los respectivos montos reclamados como MMUS$158,38 y MMUS$6.500-7.000 (esta última cifra reducida de una cifra original de US$12 mil millones).[45] Sin embargo, dichas cifras fueron acogidas con escepticismo por la opinión pública (no obstante que la circular tenía que cumplir con los requerimientos de divulgación de información de la legislación de Luxemburgo). Sea como fuere, la publicación de los dos laudos CCI confirmó que los datos que PDVSA había revelado en 2010 estaban bien fundamentados, como también lo estaban las declaraciones de PDVSA en el sentido de que contaba con buenas defensas en contra de dichos reclamos.[46] Los laudos también confirmaron que los reclamos de XOM efectivamente se habían ajustado radicalmente hacia abajo, a pesar de que esta compañía había presentado declaraciones juradas ante la Corte Superior en Londres en las cuales se señalaba que "el monto de daños a pagar por la Demandada PDVSA se aproximará a los US$12 mil millones".[47] Finalmente, la publicación de los laudos también hizo posible comparar la magnitud

---

Petróleo, S.A., dated November 11, 2011: "podemos incurrir pérdidas derivadas de nuestros arbitrajes y litigios pendientes ... el costo agregado de decisiones desfavorables puede tener un efecto adverso material sobre nuestra condición financiera y los resultados operativos" (19).

45 *Ibid.*: 81-2.

46 En el caso XOM CCI, "para el AF [Año Fiscal] 2007, la Demandante busca una indemnización por la cantidad de 80,8 millones. Para los AFs 2008–2035, la Demandante busca una indemnización por la cantidad de US$6,45 mil millones a US$6,86 mil millones" (*XOM CCI*: ¶99). En el caso COP CCI, "las Demandantes actualizaron las cifras de daños ... reclamando un total de US$165.190.000 al 31 de diciembre de 2011" (*COP CCI*: ¶120).

47 "First Affidavit of Hobert E. Plunkett dated January 21, 2008", *Proceso de Congelamiento en Londres*: ¶19.

de las indemnizaciones solicitadas por las demandantes, por un lado, con las sumas que los tribunales les concedieron a la postre, por el otro.

Los resultados de este último ejercicio son la mar de instructivos. En el caso COP CCI, el monto final demandado fue de MMUS$165, y el laudo del tribunal fue de MMUS$66,9 (el laudo ya se ha pagado por completo).[48] En la Corte Superior en Londres, como ya se ha dicho, XOM inicialmente interpuso un reclamo por US$12 mil millones, pero la compañía abandonó esta cifra tan pronto como la Corte removiera la orden de congelamiento contra PDVSA y, eventualmente, XOM recortó sus pretensiones de indemnización a la mitad, sin explicación alguna. De hecho, la manera en la cual XOM acometió la cuantificación de daños en el caso CCI está imbuida de cierto aire de chabacanería, como lo señalara PDVSA en sus presentaciones al tribunal:

> no está claro qué monto espera la Demandante que paguen las Demandadas, si se trata de los US$12 mil millones que calculara el Sr. Plunkett [el funcionario de XOM que presentó la declaración jurada mencionada arriba], los US $10 mil millones plasmados en el Resumen de la Posición de la Demandante en los Términos de Referencia, los US$7,6 mil millones que originalmente había calculado uno de los asesores externos de la Demandante, los US$6,45 a US$6,85 mil millones que ahora reclama o los US$5 mil millones que la Demandante exigió sin explicación o discusión, a cambio de todos sus intereses en Venezuela, durante el verano de 2007.[49]

Es difícil no formarse la impresión de que, detrás de esta manera de abordar la cuestión de la valoración se encuentra una arrogante visión corporativa, según la cual el papel propio de un tribunal (o de una corte, si a esas vamos) debería limitarse a dar su sello de aprobación a cualquier reclamo que un inversionista haya tenido a bien presentarle. A final de cuentas, sin embargo, el tribunal XOM CCI emitió un laudo por 908 MMUS$ (de los cuales se dedujo un monto de 161 MMUS$ de deudas no impugnadas hacia PDVSA, para dejar un saldo de 747 MMUS$).[50] Este laudo estaba en línea con la aserción de PDVSA en

48 *COP CCI*: ¶120.

49 *XOM CCI*: ¶3.

50 De esta suma, 305 MMUS$ se liquidaron con los fondos congelados en Nueva York en conexión con el arbitraje, y otros 195 MMUS$ se pagaron con el retiro

el sentido de que "el valor de la participación íntegra de [XOM] en el proyecto ... era inferior a US$1 mil millones, y ... [que] un acuerdo negociado de indemnización con el Gobierno habría sido fácil de alcanzar si [XOM] no hubiera insistido en recibir una compensación exorbitante".[51]

Con la publicación de los laudos correspondientes, los arbitrajes CCI han quedado expuestos a la vista de todos, pero de momento no se abundará en detalle respecto a los mismos. La razón detrás de ello es que estos procedimientos no giraron en torno a meros desacuerdos entre socios en un negocio, como suele ser el caso en los arbitrajes comerciales. De hecho, los arbitrajes CCI también estaban dirigidos en contra de la República de Venezuela (aunque a través de la *interposita persona* de PDVSA), y se les debe de ver como procedimientos judiciales complementarios, más que paralelos, a los arbitrajes CIADI (con los cuales estaban pensados para encajar). Por ello, tiene más sentido reconstruir primero los reclamos (muy complejos) fundamentados en tratados y legislación doméstica y, solamente una vez que esto se haya hecho, regresar a los arbitrajes CCI para mostrar dónde es que éstos se acomodaban en el rompecabezas de los litigios contra Venezuela.

Por lo que toca a la reconstrucción de los reclamos CIADI, resulta ser que su magnitud es también el mejor punto de partida para dicho ejercicio, porque el valor monetario de un reclamo fundamentado en un tratado puede ser un signo revelador de la naturaleza jurídica – más no de la substancia o el fondo – del presunto incumplimiento detrás de una disputa (de la misma forma en que, para Sherlock Holmes, la piel bronceada y la herida en el hombro del Dr. Watson eran señales reveladoras del servicio militar de éste último en Afganistán, pero no necesariamente de su ocupación). Desafortunadamente, no es fácil determinar los montos que COP y XOM están reclamando ante el CIADI sobre la base de documentos en el dominio público. Sin embargo, existe suficiente información a la mano como para dar forma a una aproximación razonable respecto a ambos reclamos ante el CIADI. Dichos estimados, a su vez, constituyen una herramienta de diagnóstico muy útil para extraer inferencias, de índole jurídica,

---

de deuda de Mobil Cerro Negro, lo cual dejó un saldo de 250 MMUS$ (que fue liquidado en su totalidad).

51 *XOM CCI*: ¶8.

respecto a la caracterización legal que ambas compañías están haciendo de la conducta del gobierno venezolano, plasmada en ciertas medidas que según las demandantes fueron contrarias al derecho internacional.

El valor del reclamo de XOM en el CIADI se puede entrever en las representaciones que hiciera la compañía ante la Corte Superior de Justicia en Londres, en las cuales se destacaba que "las pérdidas reales [de XOM] rebasa[ban] a [los montos calculados conforme a] la fórmula de compensación [que constituía el meollo del arbitraje ante la CCI] en muchos miles de millones de dólares".[52] Como ya se dijo antes, en ese punto, XOM calculaba dicho monto en US$12 mil millones, por lo que en lo que resta de este artículo se utilizará una cifra de "US$12 mil millones plus" para cuantificar el reclamo de XOM ante el CIADI.[53]

Irónicamente, es posible dar un mejor estimado del valor del reclamo de COP ante el CIADI, aún cuando esta compañía –a diferencia de XOM– nunca presentó evidencia alguna en una corte. Sin embargo, los asesores legales internacionales de COP tuvieron a bien informar a la opinión pública en 2009 que su cliente "estaba involucrado en un arbitraje que posiblemente era el más grande en la historia, luchando por el retorno de 30 mil millones de dólares en activos que le había arrebatado el gobierno venezolano".[54] Esta cifra apareció también en la publicación especializada *Oil Daily*, que daba además detalles adicionales respecto a la composición del reclamo: "Conoco ha pedido $30,3 mil millones, compuestos por $20,5 mil millones para cubrir pérdidas **incurridas hasta agosto de 2008** y $9,8 mil millones para cubrir los impuestos que se tendrían que pagar en EUA tras un laudo".[55]

En términos del análisis legal y la reconstrucción de los reclamos, estos reportes resaltan dos puntos importantes. Primero, dado que las entidades holandesas no tendrían ninguna obligación de pagar impues-

---

52 *Proceso de Congelamiento en Londres*, "Full Transcripts – In Public": 198.

53 Michael D. Goldhaber, "Arbitration Scorecard 2011, dated June 2011" (disponible en http://www.law.com/corporatecounsel/PubArticleCC.jsp?id=1202499018258&The_2011_Arbitration_Scorecard_High_Stakes&slreturn=20130204045743), reporta que el monto del reclamo XOM CIADI es de "hasta $20 mil millones".

54 Freshfields Bruckhaus Deringer, *A Year Like no Other … Our Work in 2009* (por un tiempo, el reporte estuvo disponible en línea en el sitio internet de la firma, pero subsecuentemente fue removido).

55 *Oil Daily*, 29 de octubre de 2010; énfasis nuestro.

tos en EUA en conexión con el arbitraje, ConocoPhillips Company (la matriz de dichas entidades) tiene que haber interpuesto este reclamo por potenciales obligaciones fiscales en EUA bajo el amparo de la Ley de Protección a la Inversión (nuevamente, porque no hay un TBI entre EUA y Venezuela). Segundo, la magnitud misma de las cifras indica que estos arbitrajes CIADI no pueden verse como meros diferendos respecto al valor de los activos de COP y XOM que revirtieron a PDVSA cuando estas compañías decidieron dejar Venezuela, sino que forzosamente tienen que involucrar serias imputaciones de parte de estas compañías en el sentido de que, al implementar la iniciativa de migración, el gobierno venezolano tomó acciones que violaron el derecho internacional.

Desde luego, el solo hecho que un inversionista haya formulado una demanda contra un estado en un lenguaje tal que de pie a que un tribunal arbitral haga una adjudicación al respecto, no necesariamente quiere decir que el reclamo prosperará, porque puede adolecer de muchas otras deficiencias desde un punto de vista jurisdiccional. Y sucede que las cuestiones jurisdiccionales efectivamente han tenido gran prominencia en los dos casos CIADI que aquí se examinan. Los detalles procesales del caso COP CIADI señalan que Venezuela solicitó que el tribunal lidiara con las objeciones a la jurisdicción del tribunal como asunto preliminar (diciembre de 2008), pero a la postre no se sostuvo ninguna audiencia separada dedicada a asuntos jurisdiccionales, los cuales se analizaron conjuntamente con los asuntos del fondo legal y de cuantía en las audiencias que tuvieron lugar en La Haya durante el verano de 2010 (31 de mayo a 13 de junio).[56] En el caso XOM CIADI, sin embargo, el tribunal decidió sostener una audiencia preliminar dedicada a las objeciones jurisdiccionales de Venezuela (París, 23-24 de septiembre de 2009), tras la cual el tribunal dio a conocer su decisión a este respecto (10 de junio de 2010).[57] Dicha

56 Los detalles de procedimiento de todos los casos CIADI se pueden consultar en el sitio internet del CIADI.

57 Solía ser el caso que los tribunales CIADI tenían que bifurcar un proceso para abordar objeciones de jurisdicción antes de escuchar argumentos sobre el fondo legal de las disputas. La regla que los forzaba a ello – la Regla de Arbitraje 41(3) – fue enmendada en 2006, con lo cual la decisión de bifurcar o no un proceso se dejó a la entera discreción de tribunales individuales (Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*. Oxford, Oxford University

decisión se refería tanto a las cuestiones de jurisdicción relacionadas con los reclamos interpuestos bajo la Ley de Protección de Inversiones como con los reclamos amparados por el TBI PB-V. En los apartados siguientes, examinaremos cada uno de estos aspectos en turno.

Los reclamos amparados en la ley de Protección de Inversiones

Los procedimientos de arbitraje en el CIADI requieren que los estados demandados coloquen sus prerrogativas soberanas en suspensión en todo lo concerniente a los asuntos en litigio, y esto es algo que no puede ni debe tomarse a la ligera.[58] Es por ello que el CIADI considera que el consentimiento expreso y por escrito de las partes litigantes (y, más específicamente, de los actores estatales) es la "piedra de toque de la jurisdicción del Centro".[59] No es obligatorio que dicho consentimiento se exprese por la vía de un solo instrumento –como un TBI con una cláusula de arbitraje CIADI o una cláusula promisoria en un acuerdo de inversión entre un estado y un inversionista– y el CIADI considera perfectamente aceptable en principio que los estados ofrezcan someter sus disputas a la jurisdicción CIADI por la vía de su legislación doméstica. Sin embargo, dicha admisibilidad está sujeta a una condición: "el ***requerimiento básico único*** que cualquier cláusula de consentimiento **tiene** que satisfacer es que demuestre **inequívocamente** el sometimiento a la jurisdicción del Centro de una disputa particular o una clase de disputas".[60]

Press, 2009: 533).

58 "Es un principio general del derecho internacional que las cortes y tribunales internacionales pueden ejercer jurisdicción sobre un Estado solamente con su consentimiento. Este principio se describe a menudo como un corolario de la soberanía e independencia del Estado. Un **presunto** consentimiento no se puede considerar como suficiente, porque cualquier restricción a la independencia del Estado (no acordada) no puede ser supuesta por las cortes" (*Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14. Award Dated December 8, 2008*, ¶ 160(3); énfasis en el original; disponible en http://www.italaw.com/ sites/default/files/case-documents/ita0907.pdf).

59 Michele Potestà, "The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws", *Arbitration International*, 27.2 (2011): 150.

60 "Model Clauses Recording Consent to the Jurisdiction of the International

En el caso de TBIs o acuerdos específicos de inversión, este requerimiento esencial es fácil de satisfacer, dado que dichos instrumentos incluyen de forma casi invariable una cláusula de arbitraje CIADI por medio de la cual se somete cualquier disputa futura entre las partes a la jurisdicción del Centro.[61] La legislación doméstica, sin embargo, está sujeta a caprichos de redacción, tradición legal y contenido que pueden dar lugar a textos que son todo menos inequívocos. Desde luego, es perfectamente posible redactar fórmulas de consentimiento inequívoco que sean sucintas y sustanciosas, como lo demuestra la ley No. 7764 de Albania, promulgada el 2 de noviembre de 1993, y la cual establece en su artículo 8(2) que "el inversionista extranjero podrá someter la disputa a la resolución de, y la república de Albania por este medio consiente que la misma se someta a, el Centro de Resolución de Disputas de Inversión".[62] Por la razón que sea, sin embargo, las leyes que contienen este tipo de lenguaje preciso y claro no abundan. Por ello, en la mayoría de los casos interpuestos ante el CIADI sobre la base de disposiciones de legislación doméstica – comenzando con el primero en dicha secuencia: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, de 1984 –ha sido necesaria la interpretación de los estatutos correspondientes por parte de los tribunales para determinar si dichos estatutos contenían o no una aceptación de la jurisdicción del CIADI.[63] Los reclamos CIADI de COP y XOM contra Venezuela– en

---

Centre for Settlement of Investment Disputes", *7 International Legal Materials*, 1968: 1162.

61 El Artículo 9 del TBI PB-V, por ejemplo, reza así: " Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión, a fin de ser resueltas mediante el arbitraje o la conciliación bajo la Convención para el Arreglo de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados abierta para la suscripción en Washington el 18 de marzo de 1965 ... Cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este Artículo".

62 *Tradex Hellas (Greece) v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996*: 174 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf).

63 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (IC-*

los cuales se alega que "Venezuela consintió a la jurisdicción del Centro a través del artículo 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley N°356 sobre la Promoción y Protección de Inversiones del 3 de Octubre de 1999" –se encuentran entre este tipo de casos donde se necesita que el tribunal ejerza una función de interpretación estatutaria.[64]

El texto del artículo citado arriba reza como sigue:

> Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, *si así éste lo establece*, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.[65]

Los antagonistas en estas disputas han ofrecido largas explicaciones acerca de las intenciones e identidad de los redactores reales y supuestos de la ley, así como sobre el significado de esta cláusula, especialmente de las cuatro palabras en cursivas (las cuales, más allá de las indudables infelicidades de redacción de la cláusula, le imprimen un carácter condicional que resulta difícil de reconciliar con la noción de consentimiento inequívoco, en una lectura del texto en su sentido lato). Lo que todos estos argumentos tienen en común es que son

---

SID Case No. ARB/84/3); decisión disponible en el sitio CIADI. El tribunal en este caso llegó a la conclusión de que el artículo 8 de la Ley de Inversión Extranjera de Egipto efectivamente constituía un consentimiento unilateral al arbitraje, por lo cual Egipto tuvo que modificar la enunciación de este artículo, cuya versión enmendada aclaraba que "la referencia al CIADI no era un consentimiento vinculante, sino una simple 'invitación a tratar', con la decisión final al respecto sujeta a un acuerdo subsecuente entre las partes" (Potestá, *op. cit.*: 163).

64 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶38.

65 *Ibid.*: ¶68.

tanto retorcidos como complejos, y difícilmente pueden ser superados como medios para inducir el aburrimiento terminal en un lego. Para nuestros propósitos, por lo mismo, explicarlos en cualquier grado de detalle carece de sentido. Afortunadamente, no hay necesidad de dar esta clase de explicaciones, en parte porque la decisión sobre jurisdicción del tribunal XOM CIADI resume muy bien los puntos clave de dichos argumentos pero sobre todo porque los miembros de dicho tribunal decidieron, de manera unánime, que no podían "concluir a partir del texto ambiguo del Artículo 22 que Venezuela, al adoptar la Ley de Inversión de 1999, estaba consintiendo por adelantado al arbitraje CIADI para todas las disputas comprendidas por la Convención ICSID". Los miembros del tribunal explicaron que, "si la intención de Venezuela hubiera sido la de dar su consentimiento por adelantado al arbitraje CIADI en general, habría sido fácil para los redactores del Artículo 22 expresar dicha intención claramente utilizando ... fórmulas harto conocidas".[66] En vista de ello, y dado que "Mobil Corporation ... solamente interpuso reclamos sobre la base del Artículo 22 de la Ley de Inversiones y no sobre la base del TBI", el tribunal determinó que "no tenía jurisdicción sobre los reclamos de Mobil Corporation, la cual por lo tanto no será Parte de la continuación de esta acción judicial".[67]

Con la decisión XOM CIADI en materia de jurisdicción, la (presunta) demanda de Mobil de indemnización por concepto de una potencial obligación impositiva en EUA parecería estar hecha trizas. Sin embargo, debido a que el principio de *stare decisis* técnicamente no aplica a las decisiones arbitrales, sería posible *en teoría* que el tribunal COP CIADI llegara a una conclusión diametralmente opuesta a la del tribunal XOM CIADI sobre este mismo asunto. En la práctica, sin embargo, este resultado es más bien improbable, sobre todo porque otros cuatro tribunales CIADI han subsecuentemente llegado a la misma conclusión (y si bien es cierto que las decisiones arbitrales no crean precedente, los árbitros tienden a poner mucha atención a las decisiones y razonamientos de sus pares).[68] Sin embargo, aún hay

66 *Ibid.*: ¶¶140 and 139.

67 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶207.

68 Las decisiones son *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/08/15* (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0142.pdf)*; Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela IC-*

quienes se aferran a la creencia de que bien podría ser posible obtener una decisión a favor de los inversionistas en otros casos similares.[69]

Para un observador no versado en los arcanos del derecho internacional, la noción de que, en este momento, el Artículo 22 todavía pudiera ser considerado como una expresión unilateral inequívoca de consentimiento al arbitraje luce como absurda. Después de todo, en términos de lógica estricta, una vez que un solo tribunal (por no hablar de cinco) ha llegado a la conclusión de que una ley no es una expresión de consentimiento inequívoco, entonces el calificativo que de allí en adelante dicha ley nunca podrá sacudirse será justamente el de ser "equívoca", aún en el supuesto de que el razonamiento que soportara dicha conclusión fuera inválido en términos jurídicos.[70] Pero esta lógica elemental no toma en consideración el principio de *Kompetenz-kompetenz*, por virtud del cual compete a un tribunal arbitral mismo decidir si puede o no conocer de ciertas disputas. Este principio sirve para neutralizar preguntas muy delicadas que seguramente habrían planteado un reto hasta para el ingenio de un Protágoras en sus días de pompa (por citar un ejemplo: ¿cómo es posible que en situaciones en las cuales "el alcance del consentimiento del estado puede

---

SID Case No. ARB/08/3 (disponible en http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF), *Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/10/5* (disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1277.pdf) y *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela ICSID Case No. ARB/10/14* (disponible en el sitio del CIADI). Como señala Kahale, "cualquier practicante en esta área está consciente del impacto que pueden tener decisiones individuales. Es por ello que los memoriales de las partes parecen estarse volviendo más y más largos, a veces alcanzando los centenares de páginas, para explicar a los tribunales lo que otros tribunales han hecho en casos que supuestamente no tienen ningún efecto de *stare decisis*" (George Kahale, III, "Is Investor-State Arbitration Broken?", *Transnational Dispute Management*, 7 (2012): 19; disponible en http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/Is%20Investor-State%20Arbitration%20Broken.pdf).

69 Ver también Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2010 (tesis). Además del caso COP CIADI, todavía hay una decisión de jurisdicción pendiente en *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/22)*. Los detalles de este caso se pueden encontrar en el sitio del CIADI.

70 CEMEX, Brandes y Tidewater fueron decisiones unánimes, mientras que OPIC fue una decisión mayoritaria.

ser ambiguo, dando lugar a las objeciones jurisdiccionales del demandado", un tribunal aún así pueda determinar, previa interpretación, la existencia de una fórmula de consentimiento inequívoco?).[71] Y es tal la discrecionalidad que el principio de *Kompetenz-kompetenz* confiere a los tribunales arbitrales que hay un buen número de comentaristas y profesionales legales que confían en que, gracias a dicho principio, será posible que en situaciones en las cuales "una ley de inversiones doméstica no sea cristalina e incorpore áreas grises de ambigüedad, el riesgo de afrontar dicha ambigüedad habrá de recaer en el estado que ha llevado a cabo el acto unilateral, que ha unilateralmente escogido, o que ha escogido mantener, un lenguaje equívoco cuando promulgó la legislación".[72] Huelga decir que, de propagarse en la comunidad arbitral, esta postura haría posible encontrar fórmulas de consentimiento inequívoco no solamente a través de la interpretación de un estatuto, sino a través de la mera inferencia a partir del mismo, no obstante que es un principio establecido que son los demandantes en quienes recae la carga de la prueba de demostrar que existe una base positiva de consentimiento en un caso dado.

Huelga decir que esta clase de novedosa sofistería hará poco para calmar las cada vez más difundidas sospechas de parte de muchos actores estatales en el sentido de que todo el sistema de arbitraje inversionistas-estados esta sesgado en contra suya, sospechas que a su vez subyacen la "creciente insatisfacción de los estados con el proceso arbitral internacional [, la cual] se cierne como un problema mayor en las relaciones inversionista/estado y requiere de una valoración crítica del futuro del arbitraje internacional como medio para resolver disputas de inversión".[73] Éste es un tema sobre el cual habremos de volver en la sección de conclusiones de este trabajo pero, por el momento, baste decir que el solo hecho de que los argumentos jurisdiccionales de COP y XOM basados en el artículo 22 hayan estado cerca de prosperar constituye una ilustración inmejorable de por qué es que el sistema de arbitraje internacional en su conjunto está cada día más desprestigiado.

---

71 Potestá, *op. cit.*: 150.

72 David Caron, "The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts under International Law", en Mahnoush Arsanjani *et al.* (eds.*), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010): 673, n. 51.

73 George Kahale, III, "A Problem in Investor/State Arbitration...": 1.

Después de todo, el monto de estos reclamos en su conjunto asciende a decenas de miles de millones de dólares, pero desde un punto de vista jurídico son a tal grado endebles que nunca habrían podido resistir ni el mínimo de escrutinio en una corte de justicia ordinaria en los Estados Unidos de América, el país de origen de COP y XOM, y promotor y patrocinador clave del CIADI.

Una afirmación así podría parecer aventurada a la luz de las estridentes denuncias estadounidenses de la política petrolera del gobierno venezolano en tiempos del Presidente Chávez. Afortunadamente, tenemos a nuestra disposición declaraciones en las cuales funcionarios bien informados del Departamento de Estado abordaron justamente esta cuestión de si la Ley de Protección de Inversiones era o no un consentimiento a la jurisdicción del CIADI, en la creencia (que resultó equivocada, por circunstancias fortuitas) que sus opiniones no se volverían del dominio público. Su cándida evaluación merece ser citada *in extenso*:

> el despacho internacional Freshfields Bruckhaus Deringer, representante legal de I&I Beheer y Vestey en sus reclamos de arbitraje [y representante legal de COP en el caso contra Venezuela en CIADI] especulaba ... que esta ley podía dar derechos a ... interponer una demanda ante el CIADI, aún en ausencia de un TBI con la RBV. (Comentario: **Si bien éste es un argumento legal atractivo ... esta afirmación es altamente especulativa y creativa. Nuestra lectura de la Ley de Promoción a la Inversión es que los inversionistas solamente tienen derecho al arbitraje CIADI si califican bajo un TBI**).[74]

74 Cable 07CARACAS217 (confidencial), fechado 1 de febrero de 2007, "International Arbitration vs the BRV": ¶10; énfasis nuestro. El cable lleva la firma del embajador William R. Brownfield, quien más adelante se convirtiera en Secretario de Estado Asistente para Asuntos Internacionales de Narcóticos y de Orden Público bajo el presidente Obama. Desde 2005, el despacho Freshfields Bruckhaus Deringer estaba informando a clientes prospectivos con intereses en Venezuela que "la ley sobre la promoción y protección de inversiones promulgada en Venezuela en octubre de 1999 ... discutiblemente puede dar derechos a signatarios de la Convención CIADI que no hayan firmado un tratado bilateral" (*Venezuela. Proposed measures against oil and gas investors*, newsletter dated May 2005: 3; disponible en www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Venezuela%20-%20proposed%20measures% 20against%20 oil%20and%20gas%20investors.pdf).

Es difícil imaginar una crítica más devastadora de las teorías basadas en el Artículo 22 que este "Comentario", especialmente a la luz del destacado papel que el despacho mencionado en el cable ha jugado en la promoción de este tipo de reclamo en particular (y del arbitraje internacional contra Venezuela en general).

Otras cuestiones de jurisdicción

Uno de los aspectos sobresalientes de los arbitrajes CIADI de COP y XOM en contra de Venezuela es que las partes que están invocando la protección del TBI PB-V son esos dos conocidos adalides del capitalismo holandés: ExxonMobil (sede: Irving, Texas) y ConocoPhillips (sede: Houston, Texas). La perplejidad del lego cualquiera a propósito de este hecho refleja una comprensible carencia de conocimiento general respecto a una práctica corporativa (conocida como "*treaty shopping*"; es decir, la estructuración de una inversión bajo el amparo del TBI que ofrezca los mejores términos) que puede haber sido contenciosa en algún momento en el pasado, pero que ya se ha vuelto ubicua. La esencia de dicha práctica es que, "en ausencia de previsiones en un tratado que impidan la práctica, un inversionista proveniente de un país carente de un tratado puede estructurar su inversión en una jurisdicción cubierta por un tratado aún cuando no tenga ningún tipo de conexión significativa con ésta".[75] Sin embargo, los muy problemáticos asuntos

75 George Kahale, III, "Is Investor-State Arbitration Broken?": 21-2. Los Países Bajos se han convertido en una jurisdicción particularmente preferida en este sentido, lo cual ha dado lugar a una "variante en términos de derecho de inversiones de lo que los profesionales en derecho impositivo solían llamar el 'sandwich holandés', refiriéndose a la práctica de inversionistas no holandeses de sacar ventaja de la vasta red de tratados impositivos holandeses, para estructurar inversiones en terceros países a través de los Países Bajos" (*ibid.*: 22). En la actualidad, los Países Bajos sirven como sede a más de 20,000 "compañías de buzón", y su número aumenta, en promedio, en 5 cada día (Corporate Europe Observatory, *The Story of a Dutch Letterbox,* 27 enero de 2009; disponible en: http://corporateeurope.org/news/story-dutch-letterbox). Además, alrededor del 10 por ciento de los arbitrajes entre inversionistas y estados se han iniciado con un TBI holandés como base de la jurisdicción del CIADI (Roeline Knottnerus and Roos van Os, "The Netherlands: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection", *Investment Treaty News*, 12 de enero

de jurisdicción que arrojaron los reclamos de COP y XOM basados en el tratado no conciernen a lo tenue de sus respectivos vínculos con los Países Bajos. Más bien, dichos problemas se derivan de los instantes concretos en el tiempo en que estos tenues vínculos se establecieron, y de la interrogante si existía una razón válida **de negocios** (o sea, no relacionada con un potencial litigio) para establecer dichos vínculos en primera instancia.

Sin incursionar más profundamente en las transgresiones específicas de las cuales se acusa a Venezuela en los arbitrajes, es difícil explicar las cuestiones jurisdiccionales mencionadas arriba. Con todo, en este punto no es bueno entrar en detalle respecto a los alegatos que han presentado COP y XOM. Cierto, es en las minucias de estos alegatos donde pueden encontrarse elementos para reconstruir y resaltar rasgos claves de ambos arbitrajes que de otra manera permanecerían ocultos (con toda seguridad para gran alivio de algunos de los protagonistas de dichos arbitrajes). Sin embargo, para identificar estos rasgos en primer lugar, es necesario hacer referencia a ciertos aspectos del derecho internacional que no necesariamente son relevantes para las cuestiones de jurisdicción. Por esta razón, es mejor restringir la exposición fáctica en esta sección a un par de puntos esenciales, al tiempo que se implora la paciencia del lector con la fórmula Sherlockiana de que todo eventualmente habrá de ser revelado.

El primero de estos puntos es que ni COP ni XOM disfrutaban de la protección de un tratado cuando inicialmente acometieron sus inversiones en Venezuela, por lo que ambas empresas tuvieron que buscar dicha protección en una fecha muy posterior, re-estructurando

---

de 2012 (disponible en: http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping/). Una buena indicación del grado al cual los inversionistas internacionales sacan partido indebidamente de la red de tratados holandeses se puede obtener de la siguiente anécdota. Después de que Venezuela denunciara el TBI PB-V, personal de la embajada estadounidense en Caracas se reunió con la "Ministro Elsa Geveke de da Costa y la Asesora Comercial Mariana Nunez de la Real Embajada de los Países Bajos", quienes les relataron que "la pequeña embajada holandesa en Caracas ha presenciado un diluvio de empresas internacionales y bufetes internacionales. **Ella manifestó que tanto ella como su equipo quedaron sorprendidos por el gran número de empresas internacionales que están al amparo del TBI**" (Cable 08CARACAS648 (confidencial), fechado 12 de mayo de 2008, "Dutch BIT Bites the Dust": ¶¶ 2, 5; énfasis nuestro).

sus inversiones al interior de una jurisdicción que sí contaba con un TBI con Venezuela (los Países Bajos, en ambos casos). El segundo punto es que los reclamos de ambas compañías tienen dos dimensiones, que funcionarios de COP describieran al embajador estadounidense en Venezuela de la siguiente manera: COP "tiene dos reclamos básicos: un reclamo de compensación por sus activos expropiados y un reclamo por la expropiación progresiva de los activos subyacentes ... el reclamo por expropiación progresiva de los activos ... va por cuenta aparte del valor justo de mercado de los activos".[76] La decisión XOM CIADI sobre jurisdicción arroja luz adicional sobre lo que debe entenderse, en el pasaje de arriba, por expropiación progresiva:

> La re-estructuración de las inversiones de Mobil a través de la entidad holandesa ocurrió entre octubre de 2005 y noviembre de 2006. **En ese momento, ya existían disputas pendientes relacionadas a la regalía y el impuesto sobre la renta**. Sin embargo, las medidas de nacionalización fueron tomadas por las autoridades venezolanas solamente de enero de 2007 en adelante. Así, la disputa sobre las medidas de nacionalización solamente puede juzgarse como iniciada una vez que las medidas habían sido tomadas".[77]

Como se puede apreciar, entonces, los arbitrajes contra Venezuela no solamente giran en torno al monto de la indemnización que COP y XOM insisten se les debe por los activos que dejaron atrás en el país (y que es de lo que la mayoría de las personas cree que se tratan dichos arbitrajes). Adicionalmente, estas dos compañías, **en su capacidad de presuntos inversionistas "holandeses"**, también están cuestionando el derecho del gobierno venezolano de adoptar e instrumentar la serie de medidas fiscales reseñadas con anterioridad en este trabajo. Venezuela, por su parte, ha argumentado que dichas compañías carecen de capacidad procesal (*locus standi*) en tanto que personas holandesas para entablar dichas demandas, ya que las fechas de incorporación de las entidades holandesas demuestran que éstas "fueron creadas en anticipación de un litigio contra [Venezuela] ... con el solo propósito

76 Cable 08CARACAS487 (confidencial/no extranjeros), fechado 4 de abril 2008, "ConocoPhillips Briefs Ambassador on Compensation": ¶¶14-15.

77 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶203.

de acceder a la jurisdicción CIADI ... [un] abuso de las formas corporativas y del régimen de tratados [que] no puede ser excusado".[78] La condena a este tipo de conducta fue enunciada de forma lapidaria por un tribunal CIADI en el caso *Phoenix v. Czech Republic*: "cambiar la estructura de una compañía que se dice afectada por medidas adoptadas por un estado con el solo propósito de adquirir un reclamo ante el CIADI que no existía antes de tal cambio no puede dar lugar a una inversión protegida".[79]

Antes de examinar los reclamos CIADI de COP y XOM bajo la luz de la decisión arbitral en el caso *Phoenix*, conviene terminar de una vez con el argumento jurisdiccional que sostiene a los reclamos conectados con el Artículo 22. En una nuez, las acciones que estas dos compañías tomaron al re-estructurar sus intereses venezolanos desmienten su propio argumento de que dicho artículo constituía un consentimiento abierto e inequívoco a la jurisdicción y fuero del CIADI. Si COP y XOM realmente hubieran creído esto, no habrían necesitado buscar la protección del TBI PB-V, porque una regla elemental del derecho internacional plantea que una vez que una parte ha consentido someterse al arbitraje, dicho consentimiento no se puede revocar unilateralmente. El hecho de que, no obstante lo anterior, ambas compañías procedieran a interponer reclamos mil-millonarios basados sobre el Artículo 22 subraya una característica desafortunada de los arbitrajes internacionales; a saber, que las demandantes piensan (aparentemente por buenas razones) que tiene sentido inflar sus reclamos por la vía de todo argumento posible, en vista de que dicha conducta abusiva casi nunca acarrea consecuencias serias, y siempre existe alguna posibilidad de que un demandante se saque la lotería.

Podemos ahora enfocar nuestra atención al asunto que está en el corazón de las controversias jurisdiccionales en las demandas basadas sobre el TBI; concretamente, la cronología tanto de las medidas gubernamentales como de las re-estructuraciones. El tribunal XOM CIADI resumió éstas últimas de la siguiente manera:

> Inicialmente, las inversiones de Mobil en Venezuela estaban estructuradas como sigue: (i) Mobil (Delaware) detentaba el 100% de Mobil CN

78 *Ibid.*: ¶27.

79 *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award dated April 15, 2009*: ¶ 92 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf).

> Holding (Delaware), que a su vez detentaba 100% de Mobil CN Holding (Bahamas), que tiene una participación accionaria de 41 2/3% en la asociación Cerro Negro [y] (ii) Mobil (Delaware) también detentaba el 100% de Mobil Venezolana Holding (Delaware) que a su vez detentaba el 100% de Mobil Venezolana (Bahamas), la cual tenía una participación del 50% en la asociación La Ceiba.
> El 27 de octubre de 2005**,** las Demandantes crearon una nueva entidad bajo el derecho de los Países Bajos llamada Venezuela Holdings. EL **21 de febrero de 2006**, esta entidad adquirió todas las acciones de Mobil CN Holding (Delaware). Luego, el **23 de noviembre de 2006**, también adquirió todas las acciones de Mobil Venezolana Holding (Delaware). **La compañía de cartera holandesa se insertó así en la cadena corporativa para los proyectos Cerro Negro y La Ceiba**.[80]

Las fechas resaltadas están revestidas de una importancia capital en el contexto de los alegatos que el tribunal escuchó respecto a cuál había sido la reacción de Mobil a algunas de las medidas fiscales venezolanas mencionadas con anterioridad:

> En dos cartas con fechas de **5 de febrero de 2005**, y **18 de mayo de 2005** … las Demandantes por primera ocasión expresaron una queja respecto a la decisión de Venezuela de incrementar la tasa de regalía para los proyectos Cerro Negro y La Ceiba de 1% a 16 2/3% … Luego, el **20 de junio de 2005**, [las Demandantes] informaron a las autoridades venezolanas que la reciente decisión ministerial de aumentar la regalía a 30% 'había ampliado la disputa de inversión' … Asimismo expresaron que la adopción de una iniciativa de ley que incrementaría la tasa del impuesto sobre la renta de 34% a 50% ampliaría aún más dicha disputa.[81]

Como se puede apreciar, entonces, la re-estructuración de XOM queda revelada como altamente problemática en el contexto de la decisión arbitral en el caso *Phoenix* porque, como Venezuela en repetidas ocasiones manifestó al tribunal XOM CIADI, "las disputas no solamente eran previsibles sino que ... de hecho habían sido identificadas y notificadas a la Demandada antes de que la compañía holandesa

---

80 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶¶186-87.
81 *Ibid.*: ¶201.

hubiese sido siquiera creada".[82] De hecho, en una reunión sostenida tan temprano como septiembre de 2006, el presidente de ExxonMobil Venezuela, Tim Cutt, explicó al embajador estadounidense que él personalmente había notificado al viceministro de Hidrocarburos que XOM ya tenía "US$2 mil millones en reclamos" contra Venezuela.[83]

Por lo que concierne a COP, hay evidencias similares que sugieren que su proceso de re-estructuración se pareció mucho al de las entidades de XOM, en lo tocante tanto a su cronología como a su motivación. Dichas evidencias se encuentran en un cable confidencial en el cual se reporta una reunión sostenida en Caracas el 30 de enero de 2007 entre funcionarios de COP y el embajador estadounidense ante Venezuela, sobre el tema del "estado de las negociaciones acerca de la compensación por los activos expropiados [de COP] en Venezuela". El cable dice que, "cuando el embajador preguntó respecto a la estructura corporativa [de COP] en Venezuela, los ejecutivos contestaron que [COP] incorporó sus subsidiarias el año anterior [o sea, en algún momento de 2006] como empresas holandesas para tomar ventaja del [TBI] holandés. Los ejecutivos [de COP] dijeron al [agregado petrolero] que ya habían tomado los pasos administrativos para preservar sus derechos de arbitraje".[84] De esta forma, los procesos de re-estructuración de los intereses venezolanos tanto de COP como de XOM parecerían contravenir claramente una de las disposiciones elementales para prevenir abuso del régimen de tratados internacionales de inversión, ya que no parece que ninguno de los dos procesos haya obedecido a un motivo de negocios razonable, como no fuera el de obtener acceso a un foro más favorable para entablar un litigio.

A la luz de los factores destacados arriba, el tribunal XOM CIADI llegó a una conclusión que parecería devastadora en el contexto de la decisión en el caso *Phoenix*: "**el principal si no es que el solo propósito** de la re-estructuración era proteger a las inversiones de Mobil de medidas adversas venezolanas por la vía de obtener acceso al arbitraje CIADI a través del TBI Países Bajos-Venezuela".[85] Sin embargo, el

82 *Ibid.*: ¶188.

83 Cable 06CARACAS3131 (confidencial) fechado 17 de octubre de 2006, "MEP Presents Terms for Strategic Association": ¶7.

84 Cable 07CARACAS218 (confidencial), fechado 1º de febrero de 2007, "ConocoPhillips meets with Energy Viceminister"": ¶6.

85 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶190.

tribunal también opinó que una re-estructuración muy tardía de este estilo podía, a pesar de todo, verse como "un 'ejercicio legítimo de planeación corporativa' como sostuvieron las Demandantes o bien como 'un abuso de derecho' como sostuvieron las Demandadas. Todo depende de las circunstancias en las cuales tuvo lugar".[86] A continuación, el tribunal evadió elegantemente el asunto potencialmente espinoso de la "manipulación abusiva del sistema internacional de protección de inversiones bajo la Convención CIADI y los TBIs", tomando la línea de que las inversiones de capital de reposición y mantenimiento que se habían hecho en el proyecto Cerro Negro constituían "nuevas e importantes inversiones ... [que se habían] proyectado y realizado" y que, siendo éste el caso, **tras la re-estructuración**, XOM debía disfrutar de exactamente los mismos derechos que asistían a cualquier otro inversionista holandés en Venezuela.[87] Desde luego, estos derechos no podrían haber existido antes de que las entidades holandesas nacieran, por lo cual el tribunal arbitral solamente aceptó tener jurisdicción "con respecto a cualquier disputa surgida después del 21 de febrero de 2006 para el proyecto Cerro Negro y del 23 de noviembre de 2006 para el proyecto La Ceiba, y en particular con respecto a la disputa pendiente relacionada con la nacionalización de las inversiones".[88]

A primera vista, la decisión de jurisdicción del tribunal XOM CIADI parecería ser un revés significativo no solamente para esta demandante, sino para otras demandantes en posiciones comparables (notablemente COP). Después de todo, si bien es cierto que dicha decisión consagró una visión respecto a la jurisdicción arbitral mucho más expansiva de lo que había sido el caso hasta *Phoenix*, también tuvo el efecto aparente de echar por la borda los enormes reclamos fiscales que antecedieron a la re-estructuración. A pesar de lo anterior, la decisión ha sido percibida en muchas partes como una victoria para XOM, en tanto que el caso siguió en curso.

---

86 *Ibid.*: ¶191.

87 *Ibid.*: ¶¶188, 32. Los gastos anuales de capital en el proyecto Cerro Negro durante el período 2002-2005 fluctuaron entre un mínimo de 45 MMUS$ y un máximo de 175 MMUS$, y todos estos gastos se cubrieron mediante el flujo de efectivo generado por el proyecto mismo (*ibid.*: ¶¶ 193-194). Ésta es una cifra modesta a comparación de los 1.915 MMUS$ invertidos en el proyecto durante el período 1999-2002.

88 *Ibid.*: ¶209.

Hay una interrogante que salta a la vista cuando se reflexiona sobre los casos CIADI de COP y XOM: ¿cómo se explica que, al haber emprendido sus respectivas inversiones sin recurrir a la protección de un TBI, estas compañías se comportaran de una forma que va a contrapelo de sus patrones usuales de conducta (notablemente en lo que concierne a su aparente negligencia respecto a un asunto jurídico elemental)? Si se intenta contestar esta pregunta partiendo del supuesto de que tanto COP como XOM eran – y siguen siendo – inversionistas extranjeros muy experimentados, los cuales no suelen dejar ningún cabo suelto sin atar, surge una hipótesis que podría explicar su aparente indolencia respecto a colocar sus respectivas inversiones al amparo de un TBI. ¿Sería posible que COP y XOM no pensaran que valía la pena estructurar sus inversiones a través de una jurisdicción TBI porque ambas compañías habían conseguido un mecanismo de protección diferente, que veían como menos engorroso y más efectivo, amén de más predecible y rápido, a comparación del arbitraje internacional en CIADI? El lector hará bien en mantener esta posibilidad en mente a lo largo de la discusión que se presenta en la siguiente sección; la cual versa sobre los detalles finos de los reclamos fundamentados en tratados que COP y XOM han interpuesto en CIADI contra Venezuela.

Los reclamos basados sobre el TBI

Existe una percepción generalizada de que la principal razón por la cual la migración de las asociaciones en Venezuela desembocó en litigios gigantescos fue que el gobierno venezolano insistió en indemnizar a las compañías afectadas sobre la base del valor en libros de los activos, mientras que las compañías se rehusaron a aceptar cualquier cosa que no fuera el valor de mercado de los activos.[89] Sucede que esta narrativa no tiene ningún fundamento fáctico, pero ha logrado echar raíces profundas en la opinión pública en gran parte gracias a la serie de tergiversaciones en torno al asunto de compensación que las demandantes han puesto en el dominio público a partir del momento

89 Ver por ejemplo Alejandro Arreaza, Juan C. Cruz, Alejandro Grisanti y Donato Guarino, "PDVSA and Venezuela. Marching to the Beat of the Oil Drums" (*Barclays Capital Emerging Market Research*, 14 de marzo de 2011: 3).

en que las negociaciones entre las partes se trabaron definitivamente. La siguiente afirmación es un buen ejemplo de ello: "la disputa CIADI no versa sobre el derecho de Venezuela de expropiar los activos de nuestra filial venezolana, Mobil Cerro Negro ... La disputa es sobre el incumplimiento de Venezuela de sus obligaciones bajo el derecho internacional de pagar compensación sobre la base del valor justo de mercado de la inversión expropiada".[90] Sin embargo, la verdad es que las disputas CIADI de COP y XOM ciertamente conciernen al derecho del gobierno venezolano de expropiar los activos de estas compañías, así como su derecho de adoptar otras medidas de orden público en ejercicio de prerrogativas soberanas que otros gobiernos del mundo –especialmente aquéllos que se cuentan entre los críticos más vocingleros del gobierno venezolano– consideran tanto esenciales como inherentes a su propia calidad de soberanos.

Para explicar cómo, a través de maniobras legalistas, COP y XOM de hecho pretendían que tribunales arbitrales despojaran al gobierno venezolano de sus poderes soberanos (al tiempo que hacían profesiones públicas de respeto hacia dichos poderes), se tiene que comenzar por examinar el tratado que, según ellos, Venezuela quebrantó. La disposición relevante es el artículo 6 del TBI PB-V, que reza así:

> Ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante, ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación en relación a tales inversiones, salvo que ... dichas medidas se tomarán en el interés público y de acuerdo con el debido procedimiento jurídico ... no serán discriminatorias o contrarias a ningún compromiso asumido por la Parte Contratante que las tome ... [y] las medidas se tomarán previa justa compensación.

A continuación, el artículo define esta justa compensación como "el valor del mercado de las inversiones afectadas **inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público**, cualquiera que ocurra antes ...

90 Mark Curriden, "Exxon Mobil's Dispute with Venezuela Has Global Implications", *ABA Journal*, abril de 2011 (disponible en www.abajournal.com/magazine/article/exxon_mobils_dispute_with_ venezuela_has_global_implications).

pagada y hecha transferible sin demora indebida, al país designado por los reclamantes interesados ... en cualquier moneda de libre convertibilidad aceptada por los reclamantes".

A la luz de algunos de los detalles que se han revelado hasta ahora acerca de los reclamos, surgen varias preguntas relacionadas con las disposiciones de este artículo. ¿Dónde, por ejemplo, se menciona en el artículo que la justa compensación deberá incluir las obligaciones impositivas a las que pueda dar lugar dicho pago en otras jurisdicciones? Y si el monto de la compensación depende del valor de mercado del activo en vísperas de una medida de nacionalización (y, en lo tocante a flujos de ingresos futuros, de los pronósticos de precios vigentes en el momento en que se tomó la medida), ¿cómo es posible llegar a valoraciones de US$12 mil millones plus ó de US$30 mil millones para los proyectos de XOM y COP (respectivamente), sobre la base ya sea de los pronósticos de precios del crudo disponibles en julio de 2007 (dichos pronósticos son bastante moderados a comparación de los que se han preparado tras el pico de precios de 2008) y/o bien tomando en consideración el régimen fiscal vigente en el momento en que Venezuela anunció la iniciativa de migración?[91] Más aún, ¿cómo

91 El régimen fiscal aplicable consistía en un impuesto a la extracción del 33 1/3 por ciento (acreditable contra una regalía del 16 2/3 por ciento), y una tasa de ISLR del 50 por ciento. Respecto a la valoración de flujos de efectivo futuros, y las fechas de publicación de pronósticos de precios elaborados por terceros de alta reputación a utilizarse en cualquier ejercicio de valoración, el Tribunal de Reclamos EUA-Irán observó que "la determinación del valor justo de mercado de cualquier activo inevitablemente requiere la consideración de todos los factores relevantes y el uso de buen juicio. En la ausencia de un mercado libre y activo para activos comparables al momento de una apropiación, un tribunal debe, por fuerza, recurrir a la asistencia de varios métodos analíticos para decidir el precio que se podría haber esperado que un comprador razonable hubiera estado dispuesto a pagar en una transacción de libre mercado, si dicha transacción hubiera sido posible en la fecha en que la propiedad fue tomada. Cualquier análisis de este tipo sobre un activo que genera ingresos ... debe involucrar un cuidadoso y realista avalúo del potencial de generación de ingreso del activo a lo largo de su vida útil, lo cual requiere una evaluación del nivel de producción que se podría esperar razonablemente, los costos de operación, incluyendo impuestos y otras obligaciones, y los ingresos que se podría esperar que dicha producción generara, lo cual, a su vez, **requiere una determinación de los estimados de precios para las ventas de la producción a futuro que un comprador razonable utilizaría para decidir el precio que**

es que los asesores legales de COP declararon que su cliente estaba entablando una demanda a causa de supuestas pérdidas registradas **después** de que la empresa había dejado Venezuela? ¿Y qué se debe pensar de la sesión informativa sobre las negociaciones de compensación sostenida en Caracas en abril de 2008, y en la cual funcionarios de COP informaron al embajador estadounidense, en primer lugar, que "dados los recientes aumentos en los precios del crudo, el valor justo de mercado de los activos [expropiados] se ha incrementado" y, en segundo lugar, que "por lo que toca al reclamo basado en la expropiación progresiva de los activos ... [COP había] propuesto una cifra para llegar a un acuerdo ... [pero] también plan[eaba] aumentar dicha cifra por el segundo reclamo debido al incremento reciente en los precios del crudo"?[92]

La clave para responder a todas estas preguntas radica en la distinción entre nacionalizaciones apegadas a derecho y contrarias a derecho, porque el derecho internacional consuetudinario establece que los inversionistas afectados por una medida del segundo tipo deben recibir no solamente compensación sino **reparaciones**, bajo la forma de la restitución plena de su propiedad (o su valor al momento de la apropiación) y, además, daños y perjuicios equivalentes a cualquier aumento en el valor de la propiedad entre la fecha de la nacionalización y la fecha en que una autoridad judicial competente emita un laudo donde se consigne que dicha nacionalización fue violatoria del derecho internacional.[93]

La mejor expresión de este principio de reparaciones se puede encontrar en el seminal *Caso Concerniente a la Fábrica en Chorzów*,

---

estaría dispuesto a pagar para adquirir el activo. Más aún, cualquier análisis de este tipo también debe involucrar una evaluación del efecto sobre el precio de cualesquiera otros riesgos que un comprador razonable podría percibir en la fecha en cuestión, excluyendo tan solo reducciones en el precio que se podrían esperar como consecuencia de amenazas de expropiación u otras acciones de las Demandadas relacionadas con ellas" (*Phillips Petroleum v. Iran, 21 Iran-U.S.C.T.R. 79*: ¶111; énfasis nuestro; disponible en http://www.trans-lex.org/232300).

92 Cable 08CARACAS487 (confidencial/no extranjeros) fechado 4 de abril de 2008, "ConocoPhillips Briefs Ambassador on Compensation": ¶¶4-5.

93 Véase *Phillips Petroleum v. Iran, 21 Iran-U.S.C.T.R. 79*: ¶110.

de la Corte Internacional de Justicia:

> El principio esencial comprendido en la noción actual de un acto ilegal ... es que las reparaciones deben, en la medida de los posible, **borrar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el acto no se hubiera cometido.** La restitución en especie o, si esto no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que una restitución en especie habría supuesto; la determinación, de ser necesaria, de daños por pérdidas sufridas que no cubriría una restitución en especie o un pago en lugar de ésta – éstos son los principios que deben servir para calcular el monto de compensación pagadera por un acto contrario al derecho internacional.[94]

En otras palabras, las reparaciones suponen que la parte afectada sea colocada en la posición en la cual hubiera estado siempre de no ser por la intromisión de las medidas contrarias a derecho, y la valoración de los activos afectados se debe hacer en la fecha en la cual una corte o tribunal competente falló a favor del demandante (y no la fecha en que se adoptó la medida en cuestión).

Estas reflexiones llevan directamente al planteamiento de una serie de preguntas fundamentales: ¿Sobre qué base se puede decir que las medidas que tomó el gobierno venezolano contravinieron las disposiciones citadas arriba del TBI PB-V? ¿Acaso no fueron tomadas en el interés público y de acuerdo con el debido procedimiento jurídico? ¿O es que fueron discriminatorias o contrarias a un compromiso asumido por Venezuela hacia COP y XOM? ¿O es que quizás las medidas no se tomaron contra justa compensación?

Dado que el proceso de migración supuso una re-estructuración de la industria petrolera, y no fue violatorio de ningún compromiso específico de no nacionalizar, el asunto clave a examinarse bajo la lupa de las disposiciones relacionadas con expropiaciones en el TBI PB-V es el del cálculo de la compensación. No puede caber ninguna duda que se tiene que compensar a COP y XOM. Pero la decisión de la Fábrica en *Chorzów* indica que si el único asunto pendiente en una

---

94 Permanent Court of International Justice, File E. c. Docket XI, Judgment No. 8 (26 July 1927), Twelfth (Ordinary) Session, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*: 47; énfasis nuestro (disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf).

nacionalización es el pago de indemnización, el derecho internacional consuetudinario no considera esto como un fundamento legal para cambiar la fecha de valoración de activos expropiados. Adicionalmente, es lícito preguntarse por qué éste constituye un asunto de relevancia para el caso de la migración de las asociaciones, dado que el TBI PB-V mismo dispone cuál debe ser la norma de compensación e indica que la fecha de valoración debería ser en vísperas de la nacionalización.

La controversia en torno a la compensación, o falta de la misma, en la migración de las asociaciones también puede examinarse a la luz de la información fáctica disponible en el dominio público. De acuerdo a COP y XOM, las medidas en disputa en sus respectivos arbitrajes CIADI constituyen ejemplos particularmente flagrantes de expropiaciones sin compensación de por medio. En palabras del memorial principal que XOM presentó al tribunal CCI, a pesar del "uso [de] eufemismos – como por ejemplo 'migración a la forma de empresa mixta' o la supuesta negativa de Mobil CN de 'adecuar sus actividades al marco regulatorio existente ... [no se puede] oculta[r] ... que el Gobierno [venezolano] se apoderó de la participación íntegra de Mobil CN en la empresa mancomunada sin pagar compensación alguna".[95] Sin embargo, si bien es cierto que, antes de que COP y XOM iniciaran sus respectivos arbitrajes CIADI, no habían recibido ninguna compensación en consideración de la pérdida de sus intereses en Venezuela, esto es algo que suele ocurrir con frecuencia en situaciones en las cuales existe una amplia brecha entre las pretensiones económicas de los actores privados, por un lado, y de los actores gubernamentales, por el otro (y el tamaño de dicha brecha en las disputas derivadas de la migración nunca fue otra cosa que enorme).[96] En el historial de los

95 *XOM CCI*: ¶4.

96 En agosto de 2007, el funcionario de COP Roy Lyons explicó al Consejero Económico y al Agregado Petrolero que "se había encontrado con el Viceministro de Energía [*sic.*] Bernard Mommer dos veces en la última semana pero afirmó que las partes aún estaban a mil millones de dólares de distancia. Dijo que COP estaba dispuesta a reducir la valoración de sus activos en cientos de millones de dólares, pero no en mil millones de dólares" (Cable 07CARACAS1672 (confidencial) fechado 22 de agosto de 2007, "ConocoPhillips Update: Still Far Apart": ¶1). El día de la nacionalización, el funcionario de XOM Tim Cutt dijo al embajador de EUA que su compañía entablaría "negociaciones para un acuerdo con la RBV mientras que los suministros de crudo a Chalmette continuaran", pero agregó que "las dos partes estaban separadas por

arbitrajes internacionales, se pueden encontrar muchos ejemplos de nacionalizaciones en las cuales no se había pagado indemnización alguna para el momento en que dieron inicio procesos de arbitraje derivados de las mismas. Es con estos casos en mente que Reinisch escribió que

> un número de tribunales de inversión ha abordado la cuestión de si el requerimiento de compensación exige que dicha compensación ya haya sido liquidada. En este contexto, los tribunales han consistentemente sostenido que una oferta de compensación u otra previsión de compensación, en particular en circunstancias en las cuales el monto exacto todavía es materia de controversia, es suficiente para satisfacer este requisito de apego a derecho. **Así, el solo hecho de que aún no se haya pagado ninguna compensación no hace que una expropiación sea contraria a derecho**.[97]

La presunción de que una expropiación puede ser contraria a derecho por no haberse todavía pagado compensación es aún menos apropiada en situaciones donde un estado ha mostrado la disposición de entablar negociaciones de buena fa para llegar a un acuerdo con las partes afectadas.[98] De hecho, incluso es posible señalar casos de medidas expropiatorias que han sido juzgadas como apegadas a derecho aún cuando no fueran acompañadas de oferta alguna de compensación para las partes afectadas (y mucho menos de pago, desde luego).[99]

---

miles de millones de dólares" (Cable 07CARACAS1281 (confidencial) fechado 26 de junio de 2007, "Exxonmobil And Conocophillips Exit Venezuela").

97 August Reinisch, "Legality of Expropriations", en A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection 171* (Oxford, Oxford University Press, 2008):198-199; énfasis nuestro.

98 "Si, a partir de los hechos en un caso en particular, un tribunal establece que un Estado ha hecho esfuerzos de buena fe para cumplir con su obligación de pagar compensación, no se le puede considerar como en violación del requerimiento de compensación" (Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*. Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008: 68).

99 "The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil), Final Award dated March 24, 1982", *21 International Legal Materials 976* (1982); "Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award dated April 12, 1977", *20 International Legal Materials 1* (1981).

No es difícil entender por qué los estados no están obligados a llegar a un acuerdo respecto a la compensación pagadera por una nacionalización con las partes afectadas por dicha medida, y mucho menos en el transcurso de un tiempo determinado (antes de que comience un arbitraje, por decir algo). Sencillamente, dicha obligación constituiría un poderoso mecanismo de presión mediante el cual las partes privadas podrían forzar a los estados a acceder a sus pretensiones económicas, sin importar qué tan exorbitantes pudieran ser éstas. En este sentido, conviene hacer notar que el tribunal XOM CCI escuchó evidencia de que la forma en que XOM había abordado la negociación de la compensación debida por sus intereses en Venezuela consistió simplemente en poner sobre la mesa "una demanda por US$5 mil millones, sobre una base de tómese-o-déjese".[100]

Ni COP ni XOM niegan haber participado en discusiones sobre compensación con el gobierno venezolano, pero ambas compañías insisten que Venezuela nunca les hizo una oferta de indemnización que cumpliera con los requisitos del TBI PB-V, el cual como ya se ha dicho dispone que la norma de compensación es "el valor de mercado de las inversiones afectadas". En público, ambas compañías han insistido siempre que, a manera de compensación, el gobierno venezolano solamente les ofreció el valor en libros de sus activos expropiados.[101] Sin embargo, hay abundante evidencia en el dominio público que pone la credibilidad de estas declaraciones en entredicho, por decir lo menos.

Primero que nada, cuando XOM presentó su petición ante la

---

100 *XOM CCI*: ¶3. Bernard Mommer testificó en Londres que la propuesta de XOM era un "paquete que consistía de US$800 millones en efectivo, entregas de petróleo crudo y la transferencia de la participación del 50% de una subsidiaria de PDVSA en una refinería en Chalmette, Louisiana. El valor total de este paquete ... era de aproximadamente US$5 mil millones" (*Proceso de Congelamiento en Londres*, "First Affidavit of Bernard Mommer, dated 11 February 2008": ¶12). Mommer recalcó que, a pesar de "una actitud abierta hacia el arreglo amigable" por parte del gobierno, esta cifra "estaba muy por encima de cualquier cifra razonable de finiquito" (*ibid.*). XOM ha recurrido al rechazo a sus ultimátums por parte del gobierno venezolano "para pintar esto como un simple caso de expropiación sin compensación de por medio, requiriendo que las Demandadas paguen lo que considera una compensación adecuada o sufran acusaciones de mala fe" (*XOM CCI*: ¶3).

101 Cable 07CARACAS504 (confidencial) fechado 8 de marzo de 2007, "ExxonMobil: Out by July 1": ¶3.

Corte Superior de Justicia en Londres para confirmar el congelamiento global de activos de PDVSA, recurrió insistentemente al argumento de que la disputa que había hecho imperativo dicho congelamiento había surgido a causa de una "expropiación sin compensación de por medio por parte del gobierno de Venezuela a través de un decreto de nacionalización".[102] Sin embargo, en su réplica ante la Corte, PDVSA explicó que el gobierno había ofrecido a XOM una suma sustancial en compensación por sus intereses.[103] Al desestimar la petición de XOM (en la totalidad de los puntos de derecho en disputa), el juez hizo la siguiente observación respecto a las acusaciones de la compañía: "Dudo ... que este caso pueda ser apropiadamente descrito como uno que involucre falta de compensación".[104] Obviamente, hacer una adjudicación en torno a este asunto no era algo que competía a este juez. Pero no hay que olvidar que, en el proceso de decidir si era necesario confirmar una orden restrictiva rara vez otorgada en ausencia de fraude manifiesto, este juez tuvo que considerar el argumento según el cual, dada la naturaleza supuestamente confiscatoria de la expropiación y la posición de XOM de que "los intereses comerciales de PDV[SA] y Venezuela ... eran indistinguibles", el caso ante él bien podría exhibir matices "similares a los que se presentan en casos de fraude".[105] Por lo tanto, es muy revelador que el juez Walker fallara en el sentido de que los argumentos de XOM carecían de mérito legal alguno.

Cuando hizo públicas sus razones para levantar la orden de congelamiento global, el juez Walker también presentó un resumen de la política petrolera de la administración del Presidente Chávez que es notable tanto por su concisión como por su tono: "se ha presentado un cambio de gobierno desde que el Acuerdo de Asociación se firmó. El nuevo gobierno está en profundo desacuerdo con la política previa. Ha denunciado a la política previa, y hablado de la necesidad de cambiar, en términos sumamente enérgicos. [Esto] ... no ha impedido la negociación de acuerdos mutuamente aceptables con la vasta mayoría

102 *Proceso de Congelamiento en Londres*, "Reasons for Judgment. Approved by the Court for Handing Down": ¶137.

103 *Proceso de Congelamiento en Londres*, "Full Transcripts – In Public": 232.

104 *Proceso de Congelamiento en Londres*, "Reasons for Judgment. Approved by the Court for Handing Down": ¶137.

105 *Ibid.*

de las petroleras extranjeras ".[106] Las acusaciones de COP y XOM de expropiación sin compensación de por medio (o no acorde con la norma de compensación del TBI PB-V) aparecen como aún más descabelladas a la luz de estos 'acuerdos mutuamente aceptables'. Por ejemplo, como consecuencia de la iniciativa de migración, las empresas Statoil y Total tuvieron que reducir su participación en el proyecto de mejoramiento Sincor (en 16,77 puntos porcentuales y 5,323 puntos porcentuales, respectivamente), para abrir espacio a fin de que CVP pudiera llevar su participación accionaria al 60 por ciento. Un cable confidencial originado en la embajada estadounidense en Caracas recuenta una reunión sostenida entre "el Agregado Petrolero ... [y] el presidente de Statoil Venezuela Thore Kristiansen … para discutir los términos de la migración de Sincor a una empresa mixta controlada por PDVSA".[107] Kristiansen "no especificó el monto de la compensación ... [pero] insinuó que estaba bien por encima del valor en libros, que había sido la oferta inicial de PDVSA". Asimismo, "afirmó [que] Statoil se habría rehusado a migrar ... si solamente hubiera recibido valor en libros". La compensación pagada a los socios extranjeros en Sincor ascendió a US$1,1 mil millones, una cifra que sirve para colocar los gigantescos reclamos de COP y XOM en perspectiva, toda vez que la planta de mejoramiento de Sincor era mucho más grande que cualquiera de las de los proyectos Petrozuata, Hamaca y Cerro Negro.

Adicionalmente, cuando "el presidente de Chevron Latin America Ali Moshiri ... se reunió con el embajador el 28 de junio [de 2007]", aclaró que "Chevron [había] recibido términos 'fantásticos' para la migración de la asociación Hamaca a una empresa mixta controlada por PDVSA ... [y] agregó [que] Chevron había conservado lo que tenía y 'podría haber conseguido más'".[108] Ante esta evidencia incontrovertible de que, cuando menos en algunos casos, la norma de compensación definitivamente no había sido el valor en libros de los activos, el embajador estadounidense Patrick Duddy solamente pudo concluir que Venezuela tenía que haber "ofrecido términos muy distintos a cuando menos algunas de las seis compañías que invirtieron en las asociaciones

106 *Ibid.*: 16-7.

107 Cable 07CARACAS1822 (confidencial/no extranjeros) fechado 14 de septiembre de 2007, "Statoil: a Good Deal": ¶2.

108 Cable 07CARACAS1314 (confidencial) fechado 2 de julio de 2007, "Chevron, Exxon, And CNPC Comment On Recent Events": ¶¶2,4.

estratégicas de la Faja", dado que no estaba preparado para cuestionar que "[t]anto ExxonMobil como ConocoPhillips afirmaron que [Venezuela] solamente los compensaría sobre la base del valor en libros de sus inversiones".[109]

Numerosas otras conversaciones entre funcionarios de compañías petroleras y personal de la embajada de EUA en Caracas (incluyendo al propio embajador Duddy) dan constancia de que las negociaciones de compensación no giraban exclusivamente en torno al valor en libros, sin embargo. De acuerdo con un cable confidencial fechado el 28 de abril de 2008, y en el cual se recuenta una conversación del embajador Duddy con funcionarios de COP respecto al asunto de la compensación, el presidente de Estrategia, Integración y Negocios de Especialidad de COP, Greg Goff, explicó que "la RBV ha aceptado el valor justo de mercado ... [como] norma de compensación", y había tomado distancia de la idea de utilizar el valor en libros para este propósito. Goff también señaló que COP había "propuesto una cifra para llegar a un acuerdo negociado y que la RBV parec[ía] estar abierta a ella".[110] Sin embargo, en 2008, la brecha de valor se ensanchó infranqueablemente a raíz de la posición de COP en el sentido de que "dado el reciente incremento en los precios del crudo, el valor justo de mercado de los activos se ha[bía] incrementado".[111]

Trato Justo y Equitativo (TJE): consideraciones generales

No constituye una exageración decir que el TJE, más que la expropiación, se ha convertido en el cuerpo y alma del arbitraje de inversión. Como señala Picherack, el TJE "ha sido invocado más a menudo que

109 Cable 07CARACAS1822 (confidencial/no extranjeros) fechado 14 de septiembre de 2007, "Statoil: a Good Deal": ¶¶1, 9.

110 Cable 08CARACAS487 (confidencial/no extranjeros), fechado 4 de abril del 2008, "ConocoPhillips Briefs Ambassador on Compensation": ¶5.

111 *Ibid.*: ¶4. El cable también indicaba que "Goff dijo que CP estaba buscando compensación en efectivo por sus reclamos así como un intercambio por activos de Citgo. Durante las últimas seis semanas, personal de CP ha estado haciendo labores de diligencia debida sobre activos de Citgo para determinar su valor. Goff dijo que CP tiene una clara preferencia por un intercambio de activos más que por una compensación en efectivo" (*ibid.*: ¶4).

cualquier otra norma de derecho internacional de inversión como base para otorgar daños contra Estados, y los tribunales están cada día más dispuestos a condenar a los Estados a pagar daños significativos por incumplimiento de los requerimientos de trato justo y equitativo aún cuando encuentren que no ha habido ninguna expropiación o discriminación en contra de la inversión de un inversionista extranjero".[112] Para un concepto del cual parece pender tanto (o quizás por esto mismo), el TJE ha demostrado ser sumamente maleable y elástico. Huelga decir que estos no son atributos deseables en un ambiente jurídico, y esto en buena medida explica por qué, al parecer de Picherack, "las decisiones y razonamientos de muchos tribunales recientes respecto al alcance y contenido de la norma [de TJE] son fragmentarias, inconsistentes y en conflicto".[113] Esto, a su vez, ha dado lugar a un ejercicio desenfrenado de la abogacía creativa, ya que muchos profesionales legales parecen partir del supuesto de que, "si se hace el argumento correcto, siempre será posible identificar uno o más aspectos, ya sea en lo individual o colectivo, que equivalgan a ... [una] violación del TJE".[114]

Éste no es lugar para discutir la voluminosa literatura del debate especializado acerca del tema del TJE en el arbitraje internacional de inversiones.[115] Para los propósitos de este trabajo, basta con decir que existe la percepción de que el sistema internacional de arbitraje –cuya razón de ser explícita, después de todo, es la protección a la *inversión*– está sesgado a favor de los inversionistas, como lo demuestra una serie de importantes decisiones en las cuales, en la opinión de muchos observadores, los tribunales han extraído "obligaciones a partir de una interpretación autónoma de la norma y luego proclam[ado] que dichos requerimientos son acordes con la norma mínima bajo el derecho internacional, sin justificación aparente para dichas conclusiones y a menudo con razonamientos ... francamente desconectados de la norma mínima".[116] Diversos actores estatales han expresado "considerable

112 J. Roman Picherack, "The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?", *The Journal of World Investment and Trade* 9.4 (2008): 255.

113 *Ibid.*: 256.

114 Rudolf Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties", *International Lawyer*, 39 (2005): 87-8.

115 Consúltese Picherack, *op. cit.* y Dolzer, *op. cit.*

116 Picherack, *op. cit.*: 287.

preocupación acerca de las amplias interpretaciones dadas a la norma [de TJE] en laudos arbitrales recientes", particularmente en lo que se refiere a la forma en que "algunos árbitros muy prominentes encuentran muy pocas dificultades en encontrar **nuevas** normas de derecho internacional **consuetudinario**" (sin evidenciar preocupación alguna ya sea acerca de la naturaleza oximorónica de esta empresa o de sus potencialmente graves ramificaciones políticas).[117]

La intensidad del desasosiego en filas estatales se puede calibrar no tanto a partir del retiro del CIADI de países como Ecuador, Bolivia y Venezuela (o por las amenazas de otros como Argentina y Nicaragua de hacer lo propio) sino de las acciones y declaraciones recientes de estados que se cuentan entre los principales promotores de las estructuras internacionales de resolución de disputas. Ya en 2001, los tres signatarios del TLCAN (con los EUA por delante) se habían sentido obligados a emitir una aclaración de que la norma de TJE del artículo 1105 del TLCAN "no suponía un trato adicional o más allá del que requiere el derecho consuetudinario internacional en términos de la norma mínima de trato a extranjeros".[118] En 2011, un comité sobre comercio internacional del Parlamento Europeo recomendó (citando el precedente del TLCAN) que la Unión Europea debía "incluir en todos sus acuerdos futuros una cláusula específica en la cual se plasmara el derecho de la U[nión] E[ropea] y [sus estados miembros] de regular", y también que "las normas de protección debían definirse estrictamente, para evitar las interpretaciones abusivas por parte de inversionistas internacionales. En particular ... el trato justo y equitativo debe definirse sobre las base del nivel de trato establecido en el derecho internacional consuetudinario".[119] Por su parte, Australia, que se encontró frente a un tribunal de arbitraje a causa de sus medidas de salud pública

117 *Ibid.*: 288.

118 *Ibid.*: 262-3. Esta movida se produjo en "respuesta a una percepción en y por parte de los Estados Unidos que una definición de 'trato justo y equitativo' no circunscrita por costumbre había dejado la puerta abierta a árbitros aventureros a ejercer una discrecionalidad sin restricciones respecto a la pertinencia de las políticas del Estado" (*ibid.*).

119 European Parliament, Committee on International Trade, *Report on the Future European International Investment Policy (2010/2203(INI)), dated March 22, 2011, Report No. A7-0070/2011,* "Explanatory Statement": 11-12 (disponible en http:// www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN).

que afectaban la venta de cigarrillos, ha dicho que ya no buscará "a instancias de empresas australianas, la inclusión de procedimientos de resolución de disputas inversionista-estado en sus acuerdos comerciales con países en desarrollo".[120] Y la prueba de fuego de si el TJE se ha convertido en el equivalente del monstruo de Frankenstein aún para países exportadores de capital puede no estar demasiado lejos: Alemania – signatario del primer TBI de la historia (1956, con Pakistán) y el país que ha firmado el mayor número de dichos tratados (más de 130 en el recuento más reciente) – recientemente fue demandada ante el CIADI por la compañía sueca Vattenfall por supuestas violaciones de la norma TJE en el TCE, atribuibles a la decisión parlamentaria, tomada tras el desastre de Fukushima, de eliminar gradualmente la generación de energía eléctrica por la vía nuclear.[121] Hasta ahora, y en marcado contraste con

> otros países industrializados como los Estados Unidos, Canadá y Australia [los cuales] han decidido cambiar su postura respecto a tratados internacionales de inversión (incluyendo en lo que se refiere a transparencia, definiciones y procedimientos de resolución de disputas), el gobierno federal alemán continúa insistiendo en el secretismo en relación a las negociaciones de tratados y procedimientos de resolución de disputas así como en definiciones y cláusulas de protección a la inversión de muy amplio alcance y formulación.[122]

Sin embargo, será muy interesante constatar si el reciente caso CIADI de Vattenfall ha minado la postura despreocupada del gobierno federal alemán respecto a asuntos relacionados con el TJE (entre otras cosas por el poderío del movimiento verde alemán,

---

120 Department of Foreign Affairs and Trade of Australia, *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our Way to More Jobs and Prosperity*, abril de 2011: 14 (disponible en http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf).

121 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12)*. Detalles disponibles en el sitio CIADI.

122 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Rhea Tamara Hoffmann, *The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II), Briefing Note June 2012*. Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2012: 12 (disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf).

quien seguramente verá cualquier cuestionamiento de la decisión de terminar con la energía nuclear en el país como una afrenta).[123] La novedosa y desagradable experiencia de haberse encontrado ya en dos ocasiones en el banquillo de los acusados podría llevar a que el gobierno alemán reconsiderara su iniciativa de largo plazo de renegociar todos sus TBIs más viejos, con miras a incorporar en ellos disposiciones que confieran a los inversionistas el derecho de demandar a actores estatales.[124]

El propósito de estas reflexiones es proporcionar al lector no especializado una idea de las muchas interpretaciones que se pueden dar a los breves pasajes en el TBI PB-V en los cuales hace su aparición el TJE. En dichos pasajes se menciona que "las Partes Contratantes acuerdan que el trato a las inversiones será considerado justo y equitativo ... si es acorde con el trato dado a las inversiones de sus propios nacionales, o a las inversiones de los nacionales de cualquier tercer Estado, cualquiera que sea más favorable para el nacional interesado, así como la norma mínima de trato a nacionales extranjeros bajo el derecho internacional".[125]

Ahora bien, no tiene sentido especular acerca de la gama de reclamos plausibles que se podrían interponer en conexión con cada una de las acciones en materia fiscal petrolera que el gobierno venezolano tomara entre 2004 y 2007, dependiendo de si dichas acciones se miran a través de la lupa de una interpretación amplia o bien, de una interpretación estrecha, de la norma de TJE. Para los propósitos de este análisis, dichas acciones se examinarán solamente desde el punto de vista de una norma de TJE **expansiva**. Esto es: una perspectiva de TJE de acuerdo a la cual ciertas manifestaciones de conducta gubernamental, aún cuando hayan sido acometidas con buena fe,

---

123 La primera ocasión también involucró a Vattenfall, la cual entabló un arbitraje sobre la decisión del Ministerio del Medio Ambiente de Hamburgo de imponer restricciones a una planta termoeléctrica alimentada con carbón y situada en las riberas del río Elba, y cuyo costo había sido de €2,6 mil millones (solicitud de arbitraje disponible en http://italaw.com/documents/Vattenfall_Request_for_Arbitration_001.pdf). Véase también Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration*. Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2009 (disponible en: www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf).

124 Bernasconi-Osterwalder, *op. cit.*: 3.

125 TBI PB-V, Protocolo, Ad Article 3(1).

pueden no obstante ser violatorias de la norma. Esta perspectiva es menos extrema que la posición fundamentalista –rechazada en los textos de autoridades en derecho y casi nunca expresada en público ni siquiera por inversionistas pero, en la práctica, a menudo sostenida tras puertas cerradas frente a tribunales de arbitraje– que ve una fuente de potencial responsabilidad en cualquier medida regulatoria o impositiva tomada por un estado, que pueda afectar a un inversionista extranjero.

Si las medidas del gobierno venezolano estuvieran siendo evaluadas sobre la base de la norma **mínima** de trato a extranjeros, todo lo que se necesitaría para dar el sello de aprobación a dichas medidas, en términos de TJE, sería que no involucraran mala fe, conducta dolosa grave, injusticia manifiesta, un ultraje o un incumplimiento deliberado de un deber. Satisfacer una norma de TJE más expansiva, sin embargo, plantea un requerimiento adicional; a saber, que las medidas no hayan frustrado ninguna expectativa legítima que los inversionistas puedan haber albergado cuando acometieron la inversión.

Está bien establecido que "la determinación de una violación de la obligación de 'trato justo y equitativo' por el Estado anfitrión debe hacerse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional hace extensiva al derecho que tienen las autoridades domésticas de regular asuntos al interior de sus fronteras".[126] Dicha deferencia es especialmente pronunciada en todo lo que se refiere a la imposición de gravámenes, dado que ésta es considerada como una prerrogativa soberana por excelencia y, por lo tanto, la visión a este respecto es que las limitantes a los derechos de cualquier estado de ejercer dichas prerrogativas deben a su vez estar estrictamente circunscritas.[127] Por ello, un rasgo común a muchos TBIs es la incorporación de una norma separada de trato en lo referente a materia fiscal, la cual a su vez suele

126 *Saluka Investments BV v. Czech Republic, Partial Award dated March 17, 2006, UNCITRAL, IIC 210* (2006): ¶¶304-305 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf).

127 Véase *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama* (*ICSID Case No. ARB/06/19*); disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0560.pdf. En este caso, el tribunal explicó que la razón para excluir medidas impositivas de la obligación de TJE del TBI "era fácil de comprender, dada la importancia de la política impositiva para la soberanía del Estado" (¶481).

traducirse en la exclusión de medidas de índole fiscal de la norma aplicable de trato justo y equitativo.[128]

El TBI PB-V contiene una disposición aparte (Artículo 4) que versa específicamente sobre asuntos fiscales y no menciona al TJE como tal, sino que simplemente impone un requerimiento de trato no discriminatorio con respecto a inversionistas locales y de terceros países.[129] Si se analizan los reclamos impositivos de COP y XOM a través del lente del Artículo 4, no puede caber duda que las medidas fiscales en cuestión se aplicaron por igual a todas las compañías productoras de petróleo en Venezuela (fueran éstas domésticas o internacionales, privadas o estatales), y ninguna de ellas (ni siquiera PDVSA) fue tratada de forma más favorable que los inversionistas holandeses en el sector (ya fueran éstos genuinos o enarbolados en una bandera de conveniencia). De hecho, el objetivo de todas estas medidas fiscales era crear un marco fiscal uniforme para las actividades de E&P de petróleo en Venezuela, aplicable sin importar quién fuera quien las estuviera llevando a cabo.

La redacción del artículo 4 del TBI PB-V no es tan clara como la de otros tratados que incorporan cláusulas sobre trato en materia fiscal.[130] Pero aún si dicho artículo admitiera la posibilidad de reclamos impositivos, y aún si la norma de TJE aplicable se interpretara de la manera más generosa para los inversionistas, las acusaciones de COP y XOM de violaciones sistemáticas y flagrantes de la norma de TJE aparecerían descabelladas al aplicárseles los raseros a los que los

---

128 Exclusiones de este estilo se pueden encontrar en, por citar algunos ejemplos, el TLCAN, el TCE, el TBI modelo de Estados Unidos de América (2004) y el TBI modelo de Canadá (2004).

129 "En relación a los impuestos, derechos, cargas y desgravámenes, o exenciones fiscales, cada Parte Contratante otorgará a los nacionales de la otra Parte Contratante respecto a sus inversiones en su territorio, un trato no menos favorable que el acordado a sus propios nacionales o a los de un tercer Estado, cualquiera que sea más favorable a los nacionales interesados. No obstante, a tal fin, no se tomará en cuenta ninguna ventaja fiscal especial otorgada por tal parte: a) bajo un convenio para evitar la doble tributación; o b) en virtud de su participación en una unión aduanera, unión económica o Institución similar, o c) sobre la base de la reciprocidad con un tercer Estado" (TBI PB-V, artículo 4, énfasis nuestro).

130 Por ejemplo, el artículo 16.1 del TBI modelo de Canadá (2004) especifica que, "[c]on excepción de lo dispuesto en este artículo, nada del contenido de este Acuerdo habrá de aplicarse a medidas impositivas" (disponible en http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf).

tribunales de arbitraje tienen que acudir para analizar reclamos por concepto de TJE.

Los tribunales de arbitraje parten del supuesto de que "bajo el derecho internacional, [un] estado puede imponer gravámenes a los extranjeros sin discriminación injusta siempre y cuando dichos gravámenes no sean confiscatorios".[131] Ninguna de las medidas fiscales que el gobierno venezolano tomó durante el período 2004–2007 derivó en que los proyectos de COP y XOM se tornaran "tan marginales y poco rentables como para privarlos de su calidad en tanto que inversiones".[132] Lejos de ello, de hecho. El comportamiento de los precios del petróleo a lo largo de estos años fue tal que, aún después de todas estas medidas, los proyectos generaron retornos a la inversión muy robustos para sus accionistas. Dichos retornos excedieron por un margen muy considerable los que las respectivas altas gerencias de COP y XOM habían anticipado cuando emprendieron las inversiones correspondientes, como lo demuestra hasta la más rápida hojeada de los documentos de financiamiento para estos proyectos.

En el caso de Cerro Negro, por ejemplo, el pronóstico de flujo de caja para el caso base de evaluación asumía que el precio del crudo mejorado producido por el proyecto habría de incrementarse de "US$10,76 en 2001 a US$15,97 en 2017, sobre la base de un incremento en los precios del crudo Maya de US$11,88 a US$17,63 sobre el mismo período".[133] De hecho, para 2007, el crudo mejorado del proyecto Cerro Negro se estaba vendiendo en el mercado, en promedio, en nada menos que: ¡53,04 US$/B![134] La rentabilidad en general de las operaciones de E&P en Venezuela aumentó muy significativamente a raíz de este favorable entorno de precios, pero la mejoría fue especialmente marcada en la Faja Petrolífera del Orinoco.

---

131 A. R. Albrecht, "The Taxation of Aliens under International Law", *29 British Yearbook of International Law 145* (1952): 173.

132 *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481 (UNCITRAL), Award dated February 3, 2006*, IIC 91 (2006): ¶174 (disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf).

133 *Cerro Negro Offering Memorandum*: C-40.

134 Datos obtenidos del repositorio de transacciones comerciales de Petróleos de Venezuela S.A. El precio promedio del crudo Maya en el mercado estadounidense en este mismo año fue de 59,75 US$/B (PEMEX, *Anuario Estadístico 2009*).

Al decir de un alto funcionario de Chevron (Ali Moshiri, de nuevo), en una conversación con el embajador Duddy: "el margen por barril de Chevron en Venezuela antes de los recientes cambios en políticas fiscales y estructuras accionarias era de US$24 por barril. **Aún tras los cambios, el margen de Chevron todavía es de US$13 por barril, más del doble del margen de sus operaciones en Argentina** … [L]os altos márgenes en Venezuela se explican porque no es necesario explorar para encontrar crudo en la Faja".[135] Y un antiguo alto funcionario del departamento de finanzas de PDVSA, quien dejara a la compañía a raíz del paro petrolero de 2002 (y ciertamente no era un admirador de la administración del Presidente Chávez) explicó a funcionarios de la embajada que

> [a] pesar de los aumentos de impuestos ... las asociaciones estratégicas ofrec[ían] aún un retorno a la inversión suficientemente lucrativo para las compañías petroleras internacionales, agregando que 'el análisis de sensibilidad de los proyectos Cerro Negro y Sincor para revisar el cambio en tasas internas de retorno (TIR) derivado de los aumentos en impuestos y regalía ... [indicaban que] los precios del crudo tendrían que caer por debajo de US$35 por barril para que las compañías obtuvieran menos de 15 por ciento de TIR, aún con una regalía de 30 por ciento y una tasa de impuesto sobre la renta de 50 por ciento.[136]

Hasta ahora, una caída de esta naturaleza en el precio del crudo no se ha materializado.

En ausencia de las medidas fiscales que tomó el gobierno de Venezuela, la rentabilidad de los diversos proyectos de asociación en los cuales participaban COP y XOM obviamente hubiera sido aún mejor de lo que fue. Sin embargo, como lo explicara el tribunal en el caso *Link-Trading v. Moldova*, el hecho de que los inversionistas puedan sufrir una merma en sus ganancias a causa de cambios en el entorno impositivo es algo que, por sí mismo, "no basta para constituir una expropiación. De otra forma, el concepto no tendría ninguna limitante, dado que la mayoría de las medidas impositivas tienen un

135 Cable 07CARACAS1977 (confidencial) fechado 9 de octubre de 2007, "Ambassador Meets With Chevron": ¶10.

136 Cable 06CARACAS1445 (confidencial) fechado 19 de mayo de 2006, "Temperature Rises for Strategic Associations": ¶6.

impacto en los costos de los causantes".[137] Y si eso es algo que vale para la recaudación de impuestos en general, es aún más cierto en lo que se refiere a impuestos sobre ganancias extraordinarias derivadas exclusivamente de un shock exógeno en el precio de una materia prima cotizada en el mercado internacional, como lo es el petróleo crudo. Como Sornarajah observa de forma pertinente, "[l]a recaudación de impuestos a las ganancias extraordinarias (o sea, **ganancias que no son atribuibles a ningún acto por parte del inversionista**) no puede ser una apropiación. Por lo tanto, el cobro de impuestos a la industria petrolera por ganancias extraordinarias debidas al aumento en precios no constituye una apropiación".[138]

Una buena indicación de que las medidas impositivas se cuecen aparte puede encontrarse en la conducta de los gobiernos en general. Aumentar impuestos durante un período de precios extraordinariamente altos no es algo inusual, ya sea en Venezuela o en cualquier otra parte. Vale recordar que, hasta 2004, cuando se restableció el pago de la tasa estatutaria de regalía para los proyectos de mejoramiento del Orinoco, dichos proyectos estaban generando la razón de participación fiscal más baja jamás registrada en la historia de la industria petrolera en Venezuela.[139] Y aún más revelador es el hecho de que tanto la mi-

---

137 *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova, Ad Hoc/UNCITRAL, Final Award dated April 18, 2002* (en adelante "*Link-Trading*"): ¶91 (disponible en http://italaw.com/documents/Link-Trading-Moldova.pdf).

138 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010): 405; énfasis nuestro.

139 El ingreso bruto para el segmento aguas arriba del proyecto Cerro Negro durante los tres primeros trimestres de 2004 (es decir, antes de la reinstauración de la tasa de regalía del 16 2/3 por ciento) fue de 24,80 US$/B por barril de crudo extra-pesado (según los estados financieros de la empresa). Los pagos de regalía fueron de 0,25 US$/B y no se incurrió ninguna obligación de ISLR (supuestamente porque no habría habido ingresos gravables). Este nivel de ingreso fiscal es comparable, tanto en términos absolutos como relativos (a precios debidamente deflactados) con el que generara exactamente ochenta años antes la concesión donde se produjeron los primeros barriles venezolanos para exportación, llamada General Asphalt. El ingreso bruto de General Asphalt en 1924 (a precios de 2004) fue de 11,32 US$/B y el ingreso fiscal fue de 0,35 US$/B (3,1 por ciento del ingreso bruto). Steve Coll erróneamente reportó que, aún cuando las obligaciones por concepto de regalía de Cerro Negro eran mínimas, el proyecto pagaba montos sustanciales de ISLR: "el complejo de ExxonMobil

gración como las medidas fiscales venezolanas fueron simplemente una manifestación local de una tendencia global mucho más amplia, en la cual los gobiernos de muchos países productores de petróleo ajustaron sus respectivos marcos impositivos e institucionales para hacer frente a un entorno de precios radicalmente distinto (la lista de dichos países incluye pero no se limita a Argelia, Bolivia, Brasil, China, Dinamarca, Ecuador, Israel, Kazajistán, Rusia, el Reino Unido y varias provincias canadienses).

La lógica común detrás de las acciones en el frente fiscal que tomaron todos estos gobiernos de muy distintos matices se articuló de la manera más elocuente en las palabras con las que el Canciller del Erario Público (ministro de hacienda del Reino Unido), George Osborne MP, explicara en 2011 a un comité parlamentario su decisión de incrementar del 20 al 30 por ciento la tasa del Cargo Suplementario aplicable a los ingresos gravables de la industria de E&P:

> Creo que es perfectamente legítimo que en este momento nuestra mirada se dirija al precio del petróleo … para decir que la industria está obteniendo ganancias que no habían pronosticado obtener ... [así] que es perfectamente razonable mirar hacia la industria de petróleo y gas en búsqueda de impuestos adicionales ... Dado el alto precio del crudo ... aún es muy rentable invertir y explotar estos recursos. Las ganancias por barril de petróleo van a ser más altas durante los siguientes cinco años de lo que fueron durante los cinco años previos ... Las compañías estaban recibiendo una ganancia de £12,02 por barril de petróleo a lo largo de los últimos cinco años. Se estima que recibirán £12,31 por ese barril de petróleo durante los siguientes cinco años. En este momento, están obteniendo £13,28 … Así que sus ganancias están subiendo aún con el impuesto adicional.

Como un resumen de los factores económicos que impulsaron al gobierno venezolano a buscar un rebalanceo de la distribución de

---

en Cerro Negro disfrutaba de una tasa de regalía de 1 por ciento durante los primeros años de producción del proyecto ... [una] tasa baja (distinta de los impuestos corporativos que el gobierno recaudaba, los cuales eran sustanciales)" (Steve Coll, *Private Empire. ExxonMobil and American Power*. London, Allen Lane, 2012:416). De hecho, Cerro Negro tampoco pagaba gran cosa por concepto de ISLR.

riesgos y ganancias entre sí mismo (en su calidad de dueño del recurso natural) y las compañías petroleras, estas líneas son difíciles de superar. Pero no se debe perder de vista que, a comparación del gobierno británico, el gobierno venezolano habría estado mucho más al pendiente de las implicaciones del cambio estructural en el mercado petrolero internacional por la sencilla razón de que, mientras que el bienestar económico de la Gran Bretaña no es función del ingreso petrolero fiscal de su gobierno, el de Venezuela sí que lo es.

Incidentalmente, durante esta misma comparecencia ante el Comité de la Tesorería, el señor Osborne dio pronta cuenta de la curiosa noción según la cual los soberanos tienen que consultar a, y recabar las opiniones de, las partes que habrán de ser afectadas por medidas impositivas, so pena que dichas medidas sean tildadas de arbitrarias: "No creo que sea posible consultar activamente con un sector económico respecto a un aumento de los impuestos ... Creo que hubiera sido muy, muy difícil de llevar a cabo y el Gobierno anterior ... tomó una línea similar y no consultó respecto a su muy similar aumento en el cargo suplementario ... [Y] pensé que se trataba de una cosa razonable que pedir a las compañías petroleras, dado el muy alto precio del petróleo".[140] Los sentimientos del Sr. Osborne a este respecto eran muy similares en términos de su inspiración a los del Presidente Chávez, aunque el primero de ellos se cuidó de mantener las florituras retóricas al mínimo.

No obstante todo lo anterior, en la prensa y otros medios de comunicación continuamente se escucha que las medidas fiscales fueron violatorias del TJE, argumento éste azuzado por una noción de cuño relativamente reciente: las expectativas legítimas. En 2006, Westcott escribió que "la primera ocasión en la cual una acción estatal que afectara las expectativas básicas del inversionista se consideró como parte del léxico del trato justo y equitativo fue hace seis años. Su prominencia en laudos arbitrales, especialmente desde 2004, convierte a esta noción en la faceta más importante de la norma de trato justo y equitativo en la

140 *Transcript, The Rt. Hon. George Osborne MP, Chancellor of the Exchequer, United Kingdom, before the Parliamentary Treasury Committee, (Oral Evidence taken before the Treasury Committee on Tuesday 29 March 2011 Examination of Witnesses, questions 417-529)*; disponible en http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/897/11032902p.htm.

actualidad".[141] Esta prominencia, a su vez, puede atribuirse a la manera en la cual ciertos tribunales, no obstante de declararse respetuosos de la idea de que la "obligación de TJE no puede servir el mismo propósito que cláusulas de estabilización específicamente otorgadas a inversionistas extranjeros"[142], han tratado de cuadrar este círculo a través de fallos –sumamente controvertidos– en los cuales se ha postulado que, en circunstancias en las cuales un TBI vincula "la cláusula [de TJE] con el objetivo fundamental de estabilidad jurídica"[143], cualquier cambio a la legislación y a los marcos institucionales y fiscales vigentes cuando el inversionista acometió la inversión puede ser violatorio de la norma de TJE, si el efecto que tuvo dicha acción estatal fue el de frustrar expectativas legítimas de los inversionistas.[144]

Los inversionistas internacionales fueron prontos a reconocer las ramificaciones potenciales de esta situación. En particular, se demostraron muy dispuestos a explotar "la creciente inclinación de los tribunales de interpretar la norma de trato justo y equitativo como una promesa de que los Estados no habrán de actuar de una manera que atente contra las expectativas legítimas del inversionista". Más que todo, acogieron con beneplácito la forma en que esto podía convertirse en una cabecera de puente a través de la cual "se podían importar al interior de la norma obligaciones adicionales que no necesariamente son requeridas en una evaluación objetiva de lo que puede ser justo y equitativo en una circunstancia particular".[145] Esto, a su vez, explica

141 Thomas J. Westcott, "Recent Practice on Fair and Equitable Treatment", *The Journal of World Investment and Trade*, 8.3 (2007): 414.

142 *EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award dated 8 October 2009* (en adelante "*EDF*"): ¶218 (disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf).

143 Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008: 122.

144 Por ejemplo, el tribunal en el caso *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (*LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004;* disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf) citó el preámbulo del TBI Ecuador-EUA para determinar que el TJE para las inversiones "es deseable para mantener un marco estable para la inversión y la máxima utilización efectiva de los recursos económicos" (¶183). Sobre esta base, el tribunal en *Occidental v. Ecuador* determinó que "[l]a estabilidad del marco legal y de negocios era un elemento esencial para efectos del trato justo y equitativo" bajo el TBI Ecuador-EUA (*ibid.*).

145 Picherack, *op. cit.*: 277.

por qué "las acusaciones de violaciones a la norma de trato justo y equitativo basadas en un afectación de las expectativas legítimas del inversionista son cada día más populares entre los demandantes".[146]

A pesar de los denodados esfuerzos tanto de inversionistas internacionales como de sus asesores legales, sin embargo, todavía existe hoy un consenso amplio entre las autoridades legales en el sentido de que, para citar al tribunal de arbitraje en el caso *Total v. Argentina*, "los signatarios de TBIs no renuncian por esa vía a sus poderes regulatorios ni limitan su prerrogativa de enmendar su legislación para adaptarla al cambio, a nuevas necesidades emergentes y a las solicitudes de sus pueblos en el ejercicio normal de sus prerrogativas y deberes".[147] Entre otras cosas, esto quiere decir que los árbitros son renuentes a aceptar la proposición de que, por sí mismos, los textos de leyes y reglamentos constituyen evidencia de primera mano de promesas e inducimientos sobre las que pueden descansar expectativas legítimas de inversionistas. Como dijera el tribunal en *Total v. Argentina* "las disposiciones legislativas, los reglamentos unilaterales de naturaleza normativa o administrativa, no específicamente dirigidos a ello, no pueden ser interpretados como compromisos específicos que estarían escudados de cambios subsecuentes a la legislación aplicable".[148]

Para los casos bajo consideración, esta máxima quiere decir que ni la colocación de los proyectos de mejoramiento en la sección no petrolera de la Ley de ISLR (1993), ni el convenio de reducción de regalía de mayo de 1998, constituyen en sí mismas memoriales que podrían haber engendrado expectativas legítimas de parte de COP y XOM, en el sentido de que el gobierno venezolano se abstendría ya fuera de retornar a los proyectos a la sección petrolera de la Ley de ISLR o de reinstaurar la tasa estatutaria de regalía, respectivamente. Como lo explicó en su momento el tribunal del caso *Total v. Argentina*, además del "régimen legal en vigor en el país anfitrión en el momento en el cual el país anfitrión de hecho suscribió un [TBI] con el país del

146 *Ibid.*: 272.

147 Como dicen Dolzer y Schreuer, "la norma de trato justo y equitativo aún así no debe entenderse como equivalente a una cláusula de estabilización" (*op. cit.*: 148).

148 *Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1), Decision on Liability dated 27 December 2010*: ¶309 (f); disponible en http://italaw.com/documents/TotalvArgentina_DecisionOnLiabilty.pdf.

inversionista extranjero", tiene que haber "[una] disposición específica en el [TBI] mismo o una 'promesa' del Estado anfitrión", para que una expectativa basada en la estabilidad de dicho régimen legal pueda ser considerada como legítima.[149]

Este punto puede ilustrarse aún mejor haciendo referencia a la controversia impositiva que se presentó en el caso de arbitraje *Link-Trading v. Moldova*, la cual exhibe algunos rasgos análogos a los casos CIADI de COP y XOM. En *Link Trading*, el tribunal rechazó la existencia de un presunto "derecho adquirido a la protección de cambios en impuestos y tarifas aduaneras", explicando que 'no había bases razonables para asumir que esta exención parcial no estaría sujeta a revisión legislativa y posible modificación cada año en el contexto del presupuesto anual", dado que la Ley sobre el Presupuesto del Estado (que el tribunal identificó como el "sustrato legislativo" de las exenciones) especificaba que los montos y límites de cualquier exención tarifaria o de IVA habrían de fijarse año con año.[150] En este sentido, hay que recordar que el sustrato legislativo del trato preferencial de ISLR para los proyectos de mejoramiento del Orinoco era la Ley de ISLR, la cual desde su nacimiento en 1943 ha estado sujeta a ser enmendada por el poder legislativo venezolano de cuando en cuando en ejercicio unilateral de sus facultades soberanas. Por lo que toca a la reducción en la tasa de regalía, su sustrato legislativo era la Ley de Hidrocarburos de 1943, la cual facultaba al ejecutivo para reducir la tasa aplicable en ciertas circunstancias, pero también le permitía reinstaurar la tasa estatutaria a su sola discreción, a la luz de cambios en dichas circunstancias.

Otra área donde tirios y troyanos del TJE profesan estar de acuerdo es en el hecho de que las expectativas legítimas "no pueden ser establecidas unilateralmente" por el inversionista, ni tampoco pueden ser "solamente las expectativas subjetivas del inversionista".[151] En otras palabras, los tribunales no deben fiarse de la palabra de los inversionistas, en términos de lo que supuestamente eran las expectativas de estos

149 *Ibid.*: ¶117.

150 *Link-Trading:* ¶83.

151 *EDF*: ¶219 y *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability dated October 3, 2006*: ¶130 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf).

últimos cuando emprendieron una inversión. Se requieren pruebas al respecto, y no solamente vagas referencias a promesas, representaciones o garantías. Las siguientes líneas son un buen ejemplo de este tipo de referencia:

> el Gobierno Venezolano dio repetidas garantías después de 2001 de que respetaría los contratos firmados durante la apertura petrolera. En particular, el Gobierno suscribió el 16 de enero de 2002 un Convenio de Procedimientos para el Pago de Regalía en el cual aceptaba que la tasa de regalía para el Proyecto Cerro Negro habría de permanecer a la tasa reducida de 1% y no excedería 16 2/3% a lo largo de la vida del proyecto Cerro Negro (en lugar del 30% dispuesto en la Ley de 2001).[152]

El documento citado arriba es solamente un instructivo para el cálculo de regalías, en el cual no se puede encontrar mención alguna de una aceptación por parte del gobierno respecto a la duración de la ventaja fiscal. Y por lo que toca a las repetidas promesas que miembros del gobierno supuestamente hicieron, idealmente éstas se tendrían que haber plasmado en un documento oficial para ser de asistencia a las demandantes porque, como observan Newcombe y Paradell, "para crear expectativas legítimas, la conducta estatal tiene que ser específica y no ambigua. **Los comentarios alentadores de funcionarios del gobierno no dan lugar por si mismos al surgimiento de expectativas legítimas.** Debe haber una 'afirmación categórica' o una promesa 'definitiva, no ambigua y reiterada'".[153]

Aquí, nuevamente, conviene hacer referencia a un cable firmado por el agregado petrolero en la embajada de EUA en Caracas donde se reportaba una conversación con un "ejecutivo de Exxon Mobil ...

---

152 *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*: ¶31. El documento citado es *Procedimientos para el Pago del Impuesto por Explotación (Regalía) del Crudo Extra Pesado Producido y el Azufre Extraído por Operadora Cerro Negro, S.A.* (reproducido en *XOM CCI*: ¶90).

153 Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Londres, Kluwer Law, 2009): 281. El profesor Newcombe creó y actualiza el excelente sitio *Investment Treaty Arbitration* (http://www.italaw.com), pero solía trabajar en los grupos dedicados al arbitraje internacional y el derecho público internacional en el despacho Freshfields Bruckhaus Deringer, asesores legales de COP en el caso COP CIADI. El sr. Paradell es abogado en esta misma firma.

el 17 de Mayo [de 2006]", en la cual el funcionario de esta empresa afirmaba que "su empresa no creía tener base legal alguna para oponerse a los aumentos de impuestos" derivados de "enmiendas a la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) por medio de los cuales se aumenta el impuesto sobre la renta para las asociaciones estratégicas de 34 a 50 por ciento, y se adopta un impuesto de extracción de 33,3 por ciento".[154] Al reportar esta conversación a sus superiores en Washington D.C., el embajador William Brownfield concluyó desconsoladamente: "parecería que las seis compañías petroleras internacionales que son socios en las asociaciones estratégicas cuentan con muy poco por la vía de remedios legales para oponerse a los aumentos de impuestos".[155]

Independientemente de lo anterior, las expectativas legítimas "deben examinarse en tanto que expectativas en el momento en que se hizo la inversión".[156] De aquí se deduce que "[l]os deberes del Estado anfitrión deben ser examinados a la luz del marco legal y de negocios presentado al inversionista en el momento en que éste decidió invertir" y también que "los árbitros no tienen mandato para evaluar leyes y reglamentos que antedatan a la decisión del extranjero de invertir".[157]

¿Qué quiere decir esto, en el contexto de los casos CIADI de COP y XOM? Como se ha señalado antes, estos procesos judiciales los iniciaron corporaciones holandesas, invocando la protección del TBI PB-V. Pero estos avatares holandeses de COP y XOM aparecieron en escena muy tardíamente (2005 y 2006), cuando "adquirieron" las inversiones al ser insertados en las cadenas accionarias de los proyectos involucrados en los arbitrajes. Por lo tanto, éste debe de ser el punto de partida para cualquier examen de las expectativas legítimas que estos inversionistas holandeses pudieran haber tenido (y pudieran haber visto presuntamente frustradas por acciones del gobierno

154 Cable 06CARACAS1445 (confidencial) fechado 19 de mayo de 2006, "Temperature Rises for Strategic Associations": ¶¶3, 5.

155 *Ibid.*: ¶1.

156 *EDF*: ¶219.

157 *BG Group pIc. v. The Republic of Argentina, Ad Hoc/UNCITRAL, Final Award dated December 24, 2007*: ¶298 (disponible en http://italaw.com/documents/BG-award_000.pdf) y *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Final Award dated November 15, 2004*: ¶93 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf).

venezolano). Huelga decir que, en ese momento en el tiempo, ningún inversionista medianamente informado podría haber entretenido ninguna expectativa respecto a la posible inmutabilidad del régimen fiscal en Venezuela (y menos aún respecto a un régimen fiscal basado en tasas de regalía y del impuesto sobre la renta que ya habían sido cambiadas), como lo demuestran las propias palabras de XOM ante el tribunal CCI:

> Mobil CN mandó una carta al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, al Ministerio de Energía y Petróleo de Venezuela, y al Procurador General de Venezuela, quejándose de un aviso del 8 de junio de 2005 proveniente de un funcionario en el Ministerio de Energía y Petróleo que se debía aplicar a la producción bajo el A[cuerdo de] A[sociación] una tasa de regalía del 30% de conformidad con la Ley de Hidrocarburos de 2001, así como de una declaración del 15 de junio de 2005 del Ministro de Energía y Petróleo en la cual se anunciaba una iniciativa de ley para aplicar la tasa de impuesto sobre la renta de 50% a las asociaciones operando en la Faja Petrolífera del Orinoco".[158]

Y cualesquiera expectativas que COP y XOM pudieran haber tenido en 1995 y 1997 (y habrá mucho que decir de interés sobre este crucial asunto en una sección subsecuente), sus retoños holandeses no podrían haber "heredado" estas expectativas a través de una transferencia de acciones entre empresas afiliadas. En términos de derecho corporativo, una transferencia de acciones entre afiliadas es el equivalente a la venta de dichas acciones a un tercero. Y si COP y XOM hubieran vendido sus respectivas participaciones en los proyectos de asociación a terceros (como XOM dijo que hubiera preferido hacer, tanto a la embajada de EUA en Caracas como al tribunal CCI)[159], los compradores de dichos intereses – asumiendo por un momento que fueran genuinos inversionistas holandeses – no habrían podido darse la vuelta para demandar a Venezuela bajo el TBI por medidas que frustraron presuntas expectativas legítimas que COP y/o XOM podrían haber albergado, ya sea cuando regresaron a Venezuela o en

158 *XOM CCI*: ¶147; cursivas en el original, énfasis nuestro.

159 Cable 07CARACAS504 (confidencial) fechado 8 de marzo de 2007, "ExxonMobil: Out by July 1?", ¶¶3-4.

cualquier otro momento antes de la fecha de esta hipotética operación de venta.

Promesas o compromisos específicos

La discusión de arriba deja en claro que, en ausencia de una cláusula de estabilización, un inversionista cualquiera no tiene una "expectativa legítima" de que la legislación del país receptor de su inversión permanecerá congelada en el tiempo. Esta conclusión lleva aparejada la pregunta de si los acuerdos relevantes para los casos de COP y XOM contenían cláusulas de estabilización legal de este estilo. La respuesta concisa a dicha interrogante es: "No".

De haber existido garantía gubernamental alguna respecto a la reducción de la tasa de regalía a 1 por ciento, por ejemplo, los socios partícipes en el proyecto Cerro Negro no habrían tenido por qué decirle a los potenciales tenedores de los bonos utilizados para financiar el proyecto que no podían contar con "**ninguna seguridad** de que la tasa final de regalía aplicable al Proyecto no diferiría de manera material de aquélla asumida en las Proyecciones para el Caso base Original, o que dicha diferencia no tendría un efecto material adverso sobre la capacidad de los Deudores de repagar la Deuda No Subordinada del Proyecto".[160] Desde luego, si los socios hubieran podido reconfortar a los compradores en este sentido, la tarea de vender los bonos habría sido mucho más fácil, y los bonos se hubieran podido colocar a un mejor precio. La Circular de Ofrecimiento de Bonos de Petrozuata es aún más franca en este sentido, cuando hace notar que si bien es cierto que "[e]n 1994, el Ministerio de Energía y Minas accedió en principio por vía de una carta a reducir la tasa de regalía ... a 1% por aproximadamente nueve años ... [e]l Ministerio podría **modificar unilateralmente** (incrementar o reducir) la tasa de regalía **en cualquier momento**".[161] Y por lo que toca a una presunta estabilización de otras

160 *Cerro Negro Offering Memorandum*: 37. El hecho de que XOM reconociera que no existían tales garantías es muy revelador porque hacer declaraciones inexactas en un documento de esta naturaleza es algo que acarrea el riesgo de serias consecuencias tanto civiles como criminales bajo la legislación de valores aplicable.

161 *Petrozuata Offering* Memorandum: 29

leyes venezolanas (como la Ley de ISLR), el tribunal XOM CCI concluyó que "no está en disputa que el AA se rige por la ley venezolana y que no hay cláusula de estabilización o congelación que pretenda estabilizar la ley venezolana como existía en 1997".[162]

Está claro, entonces, que estructurar un caso viable de TJE sobre la base de promesas específicas de parte del gobierno venezolano a COP y XOM luce como una misión imposible. De hecho, el siguiente pasaje parece describir la posición de estas dos compañías a la perfección (si bien se refiere a una disputa diferente en torno a impuestos mineros en otra jurisdicción):

> los inversionistas extranjeros están agudamente conscientes de que una modificación significativa en los niveles impositivos representa un riesgo serio ... En muchos casos, obtendrán las garantías apropiadas ... bajo la forma de, por ejemplo, acuerdos de estabilización que limiten o prohíban la posibilidad de aumentos de impuestos ... Un inversionista que no cuente con un acuerdo que limite o prohíba la posibilidad de aumentos de impuestos no deberá sorprenderse de ser el blanco de incrementos de impuestos en años subsecuentes.[163]

Y si hay una categoría de inversionistas para quienes, en lo particular, los cambios repentinos en el nivel de imposición no deberían resultar nada sorpresivos, ésta es la de los inversionistas en proyectos petroleros. Esto obedece no solamente al enorme peso específico que tiene el elemento rentístico en el precio internacional del petróleo crudo, sino también al comportamiento extraordinariamente volátil de éste último. Como señalan Click y Weiner,

> el riesgo político probablemente sea más importante en ... [la] industria [petrolera] que en cualquier otra ... Esto se debe en parte al gran componente rentístico en los precios de los recursos naturales, y en parte a la creencia de que los recursos naturales constituyen el patrimonio nacional del país ... Los precios volátiles pueden exacerbar el riesgo político durante

162 *XOM CCI*: ¶309.

163 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia, Ad Hoc/UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability dated April 28, 2011*: ¶¶302, 305 (disponible en http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf).

> los períodos de auge y mitigarlo durante los períodos de decadencia ... Los hallazgos empíricos confirman la visión de que el riesgo político depende de las condiciones de mercado: en la medida que los activos se vuelven más valiosos a raíz de las condiciones de mercado, una proporción más alta de su valor se destruye a través del riesgo político.[164]

Estos hallazgos empíricos ya estaban muy en evidencia en 1971, cuando Raymond Vernon publicara su famoso modelo sobre los "tratos sujetos a obsolescencia" (*obsolescing bargains*, en inglés).[165] Y, desde luego, compañías petroleras como COP y XOM siempre han insistido en que ellas cayeron víctimas de estos riesgos durante la década de los años novecientos setenta, cuando los países miembros de la Organización de los Países Exportadores de Petróleo ("OPEP"), Venezuela incluida, apretaron el control fiscal sobre sus respectivas industrias petroleras durante una coyuntura alcista de precios, para dar lugar a "la mayor transferencia no violenta de riqueza en toda la historia de la humanidad".[166] En vista de lo anterior, ¿se supone que debemos creer sin más que cada una de COP y XOM decidió ignorar olímpicamente el riesgo que representaban "los cambios en las leyes que concebiblemente o hasta probablemente podrían ser lesivos para su inversión", aún cuando está claro que cada una de estas compañías "podría (y en retrospectiva) debía haber buscado proteger sus expectativas legítimas mediante la introducción en el acuerdo de inversión de una cláusula de estabilización o alguna otra disposición que le protegiera contra cambios inesperados y no bienvenidos"?[167]

COP y XOM señalan que ellas sí tomaron las medidas prudentes del caso para salvaguardar sus inversiones, bajo la forma de promesas de estabilidad contra cambios inesperados y no bienvenidos (especial-

---

164 Reid W. Click y Robert J. Weiner, "Resource Nationalism Meets the Market: Political Risk and the Value of Petroleum Reserves", *Journal of International Business Studies*, 17 de diciembre de 2009: 784-5, 799

165 Raymond Vernon, *Sovereignty at Bay: the Multinational Spread of U.S. Enterprises* (Nueva York: Basic Books, 1971).

166 Steven Schneider, *The Oil Price* Revolution (Baltimore, Johns Hopkins, 1983): 1.

167 *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award dated 11 September 2007*: ¶336 (en adelante "*Parkerings*", disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf).

mente en todo lo referente a impuestos) que el gobierno venezolano les diera en respuesta a sus insistentes demandas.[168] Sin embargo, no hay nada en la evidencia documental citada hasta ahora que respalde la proposición de que el estado venezolano en algún momento hizo estas promesas (y las autorizaciones del Congreso a los proyectos, que habrán de examinarse en breve, la contradicen de manera fatal). Ahora bien, esto no quiere decir que los funcionarios de COP y XOM que negociaron las asociaciones con PDVSA no hicieron diligencias para conseguir protecciones fuertes contra medidas gubernamentales adversas para las inversiones de sus respectivas compañías. De hecho, estos funcionarios tuvieron éxito en este empeño, si bien no de la manera que muchos asumen. Y sucede que la clave para desenmarañar los casos CIADI radica justamente en comprender no solamente la naturaleza y razón de ser de los mecanismos de protección que COP y XOM lograron negociar para sus inversiones venezolanas, sino también la extrema reticencia de parte de estas compañías a entrar en una discusión seria acerca de estos mecanismos, en el contexto de las medidas que tomara el gobierno venezolano entre 2004 y 2007.

Nos encontramos así con el proverbial elefante en la habitación de los reclamos de COP y XOM: las salvaguardas que funcionarios de COP y XOM diligentemente negociaron y obtuvieron para proteger las inversiones de sus respectivas compañías en Venezuela en un momento en que no había ninguna compañía holandesa en escena y la Ley de Protección de Inversiones ni siquiera existía. Estas salvaguardas asumieron la forma de un mecanismo mediante el cual **PDVSA** habría de compensar a las compañías por acciones gubernamentales que afectaran de forma adversa la rentabilidad de los proyectos de mejoramiento, **pero solamente hasta cierto límite definido**. Y es la existencia de estas salvaguardas – que tanto COP como XOM claramente vieron como una mejor y más robusta alternativa al arbitraje CIADI durante

168 En palabras del presidente del consejo de XOM, "la disputa legal de ExxonMobil con Venezuela se trata de la falla por parte de ese país de cumplir sus términos y condiciones ... Éste es un asunto sobre el principio de santidad de contratos que proporciona las bases para que todas las partes conozcan sus derechos y responsabilidades" ("Exxon: Venezuela Row About Government Honoring Contract", *TDM News Digest*, número #06, semana 08, 21 de febrero de 2008 (http://money.cnn.com/news/newsfeeds/articles/djf500/200802180952DOWJONESDJONLINE000245_ FORTUNE5.htm).

la década de los años novecientos noventa – lo que explica por qué fue que dichas compañías decidieron ir adelante con enormes proyectos muy intensivos en capital en Venezuela, sin tomar la precaución elemental de estructurar sus inversiones a través de una jurisdicción con un TBI favorable. Desde luego, estas salvaguardas también explican por qué fue que estas compañías tuvieron que convertirse en entidades holandesas a toda prisa, trece años después de que se hubiera firmado el TBI PB-V, y en vísperas de su salida de Venezuela.

Las verdaderas garantías contra medidas gubernamentales adversas (y las no menos verdaderas limitaciones a la compensación)

Como se recordará, los proyectos que están en el centro de las disputas en los arbitrajes CIADI de COP y XOM deben su existencia al régimen de excepción definido en al artículo 5° de la Ley de Nacionalización de 1975, que estableció dos modalidades bajo las cuales, tras la promulgación de dicha ley, la participación del capital privado habría de permitirse en las actividades reservadas: (i) simples contratos de servicios que no afectaran "la esencia de las actividades reservadas" y (ii) acuerdos de asociación, permitidos solamente "en casos especiales y cuando así convenga al interés público", sujetos a la aprobación del congreso y válidos solamente si una compañía estatal detentaba una participación en dichas asociaciones tal que garantizara su control por parte del Estado.

La necesidad, aparentemente contra-intuitiva, de contemplar vehículos para la participación privada en el contexto de una ley que reservaba todas las actividades relacionadas con los hidrocarburos al Estado, se justificó como una póliza de seguros contra la posibilidad de que la industria petrolera nacionalizada se viera rebasada algún día por los desafíos económicos/tecnológicos que surgieran de una nueva faceta del desarrollo de los recursos de hidrocarburos de Venezuela. Para muchos miembros del Congreso Venezolano, esta explicación resultó muy poco satisfactoria así que, para apaciguarlos, se adoptaron revisiones al Artículo 5° pensadas para dejar claro el imperativo de "revestir tales casos excepcionales de la mayor seguridad jurídica y de extremo control", principios éstos que, a su vez, se plasmaron

en la disposición de que "dichos convenios de asociación **requerirán para su validez** la aprobación de las Cámaras en sesión conjunta, **dentro de las condiciones que éstas fijen**, una vez que el Ejecutivo Nacional les haya informado suficientemente de todo lo relativo a la negociación que se trata".[169] Cabe señalar, para evitar cualquier duda al respecto, que estos requerimientos (y condiciones asociadas) no eran meras formalidades, sino rasgos esenciales de una ley de orden público a través de la cual se expresaba la reserva al Estado del sector de hidrocarburos (o sea, la Ley de Nacionalización de 1975), la cual a su vez era la única fuente de todos los derechos que los participantes en los proyectos de asociación en Venezuela, como COP y XOM, pudieran haber disfrutado.

Los términos y condiciones básicos comprendidos en los documentos rectores clave de los proyectos de Asociación –a saber, las autorizaciones individuales del Congreso y los AAs– se basaron sobre un patrón establecido en los diversos reportes que la Comisión Bi-Cameral del Congreso había preparado y sometido a la consideración del pleno del Congreso (apoyándose en información que había provisto el ejecutivo) respecto a las circunstancias pertinentes de cada proyecto. La razón detrás de este seguimiento cercano de los precedentes establecidos en dichos reportes, en términos tanto de contenido como de lenguaje, se explicó claramente en, por ejemplo, la *Autorización del Congreso al Acuerdo de Asociación Petrozuata*: "esta autorización deberá usarse dentro del marco legal de las 'condiciones' expresadas t**axativamente**, en dicho Informe, las cuales garantizan plenamente el cumplimiento cabal de las condiciones de legalidad, legitimidad, oportunidad y conveniencia expresadas en el aparte único del artículo 5° de la [Ley de Nacionalización de 1975]".[170]

Entre las muchas condiciones "taxativas" en los reportes de la Comisión Bi-Cameral, había una que estipulaba que los AAs habrían de incluir disposiciones por las cuales, en caso de que el gobierno venezolano tomara medidas que afectaran de forma adversa la rentabilidad de los proyectos, las filiales de PDVSA con participación en los proyectos habrían de compensar a sus socios extranjeros. Esto

169 "Exposición de Motivos, Ley Orgánica que Reserva al Estado...": pp. 92-93

170 "Autorización del Convenio de Asociación entre las Empresas Maraven S.A. y Conoco, Inc." (en adelante "*Autorización del Congreso Petrozuata*"), *Gaceta Oficial No. 35.293*, publicada a 9 de septiembre de 1993, Preámbulo.

se expresó en los siguientes términos en la condición vigésima de la autorización del Congreso al proyecto Cerro Negro:

> El Convenio de Asociación incluirá previsiones que permitan la renegociación del Convenio en la forma que sea necesaria para compensar a cualquier Parte distinta de LAGOVEN [la filial de PDVSA que originalmente participó en el proyecto] en términos equitativos, por consecuencias económicamente adversas y significativas que surjan de la adopción de decisiones emanadas de autoridades gubernamentales, o cambios en la legislación, que causen un tratamiento discriminatorio a LA ASOCIACIÓN, cualquier entidad o LAS PARTES en su condición de participantes en la ASOCIACIÓN.[171]

Crucialmente, sin embargo, la compensación por la cual las filiales de PDVSA habrían de ser responsables no era ilimitada. Por el contrario, se consideraría que los socios extranjeros no habrían sufrido **ningún** daño económico cuando el precio del crudo en el mercado internacional rebasara cierto umbral:

> no se considerará que una Parte ha sufrido una consecuencia económicamente adversa y significativa como resultado de cualquiera de dichas decisiones o cambios en la legislación, en cualquier momento en que la Parte esté recibiendo ingresos de LA ASOCIACIÓN igual a un precio del petróleo crudo por encima de un precio máximo que será especificado en el Convenio de Asociación".[172]

---

171 "Acuerdo mediante el cual se aprueba el Marco de Condiciones que regirá el Convenio de Asociación para la explotación, transporte, mejoramiento y comercialización de crudos extrapesados a ser producidos en el área Cerro Negro de la Faja Petrolífera del Orinoco, a celebrarse entre Lagoven, S.A. Filial de Petróleos de Venezuela y las empresas Mobil Corporation y Veba Oel AG"; en adelante "*Autorización del Congreso Cerro Negro*"), *Gaceta Oficial No. 36.224*, publicada a 10 de junio de 1997, Condición Decimoctava.

172 *Ibid. Autorización del Congreso Petrozuata*, condición decimosexta: "En el Convenio de Asociación serán incluidas previsiones que permitan a Maraven compensar, en términos equitativos, a las otras partes, por las consecuencias económicas significativas y adversas derivadas directamente de la adopción de decisiones de autoridades administrativas nacionales, estatales o municipales o de cambios en la legislación que por su contenido y propósito, determinen un injusto trato discriminatorio a la Empresa o a dichas otras partes, siempre en-

Este precio máximo se definió como sigue en las circulares de oferta de los bonos utilizados para financiar el proyecto Cerro Negro:

> Se considerará que ha ocurrido un "Impacto Material Adverso" cuando el Flujo de Caja Neto de la Subsidiaria de Mobil en cualquier año fiscal se vea reducido en agregado por más del 5% en comparación de lo que el Flujo de Caja Neto de la Subsidiaria de Mobil hubiera sido en ausencia de la(s) Acción(es) Discriminatoria(s); en el entendido de que después del primer período de seis meses consecutivos durante los cuales **el precio promedio del crudo Brent (LAB** ["Libre a Bordo"] **mar del Norte) sea mayor a US$27 por barril (en dólares de 1996)** (el "Precio Base"), la Subsidiaria de Lagoven no tendrá que compensar a la Subsidiaria de Mobil por cualquier(cualesquiera) Acción(es) Discriminatoria(s) con respecto a cualquier día en el cual el precio del crudo Brent (LAB mar del Norte) exceda el Precio Base …[173]

Respecto a cómo habría de aplicarse este Precio Base, la mejor explicación se encuentra en la Sección 15.2(a) del AA:

> Limitación de la Obligación de Lagoven CN … [D]espués del primer período de seis (6) meses consecutivos durante los cuales el Precio del Crude Brent sobrepase el Precio Basel, Lagoven CN no tendrá la obligación de compensar a ninguna Parte Extranjera por Medidas Discriminatorias

---

tendidos en su Condición de tales y como partes en el Convenio de Asociación ...". Ver también "Acuerdo mediante el cual se aprueba el Marco de Condiciones del Convenio de Asociación para la producción, transporte y mejoramiento de crudos extrapesados a ser producidos en el área Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como la comercialización del crudo mejorado y otros productos que se generen durante el proceso de producción y mejoramiento de dichos crudos, a celebrarse entre Corpoven, S.A. Filial de Petróleos de Venezuela y las empresas Atlantic Richfield Co. (ARCO), Phillips Petroleum Company y Texaco, Inc."; en adelante "*Autorización del Congreso Hamaca*"), *Gaceta Oficial No. 36.209*, publicada a 20 de mayo de 1997, condición vigesimoprimera: "EI Convenio de Asociación incluirá disposiciones que permitan la compensación a los Participantes, a través de modificaciones a las disposiciones del Convenio de Asociación o a través del pago de daños, en el caso de que el Flujo de Caja Neto de un Participante proveniente de las actividades de la Asociación resulte sustancial y adversamente afectado como consecuencia directa, necesaria y demostrable de medidas discriminatorias e injustas ...".

173 *Cerro Negro Offering Memorandum*: 33–42.

> en relación a cualquier Año Fiscal en que el Promedio del Precio del Crudo Brent sobrepase el Precio Base y dicha Parte Extranjera reciba un Flujo de Caja Neto, después de tomar en cuenta el efecto de la Medida Discriminatoria, cónsono con un precio de referencia por la Producción producida por las Partes que por lo menos guarde una relación razonable, ajustada en cuanto a las diferencias de calidad y transporte, al Flujo de Caja Referencial para ese Año Fiscal.

En otras palabras, **una vez que el precio del crudo Brent hubiera excedido este Precio Base por un período consecutivo de seis meses, Lagoven no tendría que pagar <u>ninguna</u> compensación en cualquier año subsecuente en el cual el precio del crudo Brent (expresado en dólares de 1996) promediara más de 27 US$/B**. De esta forma, una vez ocurrido el evento desencadenante original, las partes extranjeras al AA no podrían exigir a Lagoven ninguna indemnización por flujos de caja atribuibles a precios altos de los cuales el gobierno se apropiara, **aún cuando** dicha apropiación se hiciera a través de medidas o acciones que de hecho pudieran calificar como Medidas Discriminatorias bajo los AAs.

Existían diferencias entre los mecanismos de compensación de los diversos AAs en disputa en los arbitrajes CIADI, pero todos eran similares en cuanto a su concepción general, y todos incluían la noción de responsabilidad limitada en escenarios de precios altos del petróleo. En el caso de Petrozuata, por ejemplo, la compensación habría de calcularse con (y habría de estar limitada por)

> referencia a un precio promedio para el Crudo Brent deflactado anualmente a 1994 en el mercado mundial. Si dicho precio del Crudo Brent fuera menor a $18 por barril, entonces la compensación sería por el 100% de los daños**. Si dicho precio del Crudo Brent fuera mayor a $25 por barril, entonces la compensación sería por el 0% de los daños.** Si dicho precio del Crudo Brent estuviera entre $18 y $25 por barril, el porcentaje de daños a ser compensados se determinaría de acuerdo con una fórmula especificada. Si los daños excediesen $75 millones en un año, el monto a ser compensado será la cifra mayor entre el 25% del daño económico real y la cifra resultante del cálculo mediante el precio del Crudo Brent.

Todos los montos en dólares están ajustados por inflación.[174]

En el caso de Hamaca, ninguna compensación sería pagadera a las partes extranjeras en tanto que hubieran recibido un flujo de caja neto en exceso de un Flujo de Caja Neto Referencial calculado a un precio para el crudo Brent de 27 US$/B en dólares de 1996, independientemente de cualesquiera medidas gubernamentales adversas (fueran éstas discriminatorias o no).[175]

La idea detrás de los mecanismos de compensación que estaban en el corazón de todos los proyectos de mejoramiento de crudo extrapesado es que el gobierno no trataría de cambiar las condiciones fiscales de los mismos, a sabiendas de que cualquier intento de hacer esto de su parte le costaría muy caro a la compañía petrolera estatal de Venezuela y sus afiliadas. Esta intención se aprecia claramente en la cláusula 15.1(c) del AA Cerro Negro, por ejemplo:

> [e]n caso de que la Medida Discriminatoria por la cual Lagoven CN está pagando una compensación a la Parte Extranjera, o en respuesta a la cual el Convenio ha sido modificado, se revierte o deja de surtir efectos, la obligación de Lagoven CN de pagar la compensación, o la modificación hecha al Convenio, igualmente dejará de surtir efecto; siempre y cuando la Parte Extranjera haya sido compensada por los daños sufridos anteriormente como resultado de dicha Medida Discriminatoria.[176]

Sin embargo, siempre y cuando los precios del crudo permanecieran por encima de ciertos niveles, de forma sostenida, los socios en los AAs no tenían problema con que esta espada de Damocles no pendiera sobre la cabeza del gobierno venezolano. Huelga decir que esta actitud no era un reflejo de gran generosidad de su parte, y para apreciar que su gesto era puramente cosmético (el proverbial "saludo a la bandera" venezolano), basta traer a colación las conclusiones plasmadas en una investigación académica contemporánea a la firma de los diversos AAs, que corrió a cargo de alguien que terminaría jugando un papel central en la saga de la migración.

---

174 *Petrozuata Offering Memorandum*: 72.

175 *Acuerdo de Asociación Hamaca*, Sección 14.2.

176 *Acuerdo de Asociación Cerro Negro*, cláusula 15.1 (c).

En su calidad de viceministro de Hidrocarburos entre 2005 y 2008, Bernard Mommer recibió el crédito por parte de "funcionarios de las compañías ... de haber orquestado la estrategia del Gobierno de Venezuela hacia ellas ... [tras] una carrera como académico en la cual estudió cómo maximizar la recaudación de rentas de parte del estado".[177] En 1999, Mommer publicó el siguiente pasaje acerca de las disposiciones de limitación de responsabilidad y compensación en los AAs, y su relación con el comportamiento de los precios del petróleo y las bonanzas petroleras:

> [e]l convenio de asociación Cerro Negro ... contiene además, una definición de lo que PDVSA y sus socios podrían considerar como ganancia excesiva, que entonces sí podría estar sujeta a algún impuesto especial. Se define allí como Precio Base del Crudo Brent ... de US$27, en dólares de 1996 ... A continuación se definen los siguientes supuestos: (1) el crudo Brent está por encima de ese nivel, desde luego ajustado por la inflación, ininterrumpidamente durante más de seis meses; (2) el crudo Brent sobrepasa este nivel, en el promedio, durante todo un año fiscal. Solamente si estos dos supuestos llegan a cumplirse, el gobierno puede gravar la asociación con algún impuesto adicional, recaudando parte de ese exceso sin pago de compensación por parte de Lagoven. **Ahora bien, hay que señalar que ese nivel de los precios se dio una sola vez a lo largo de los 140 años de historia del petróleo, entre 1980 y 1984, a raíz de la revolución iraní y la subsiguiente guerra con el Irak**.[178]

Mommer denunció estas disposiciones porque hacían de PDVSA un rehén, cuya función era inhibir el ejercicio legítimo de prerrogativas soberanas por parte del gobierno, lo cual a su vez representaba una traición de lo que había sido el principio rector de la política petrolera venezolana de largo plazo desde la década de los años novecientos cuarenta. Al parecer de Mommer, comenzando en 1943, el gobierno había "reclamado para sí el derecho legítimo de Venezuela, en su calidad de dueño del recurso natural, a todas las ganancias excesivas que pudieran generarse con su explotación ... [pero] cincuenta años

177 Cable 05CARACAS1721 (confidencial) fechado 7 de junio de 2005, "Oil Companies with Operating Service Agreements Face Additional Pressure": ¶3.

178 Bernard Mommer, "Venezuela, política y petróleos", *Cuadernos del CENDES*, 16, no. 42, (Septiembre-Diciembre 1999): ¶4.3.5.

más tarde una compañía petrolera del estado, Lagoven, acordó con sus socios extranjeros negar este derecho de la nación, o sea, negar la esencia misma de la nacionalización".[179] Además, Mommer objetó vehementemente al hecho de que la libertad de maniobra que estas disposiciones supuestamente daban al gobierno era en todo caso ilusoria, dada la extrema improbabilidad de que el precio del crudo pudiera exceder al Precio Base por el período requerido de tiempo (después de todo, esto solamente había sucedido "una sola vez a lo largo de los 140 años de historia del petróleo"). Y ello, a su vez, explica la chabacanería con la que COP y XOM declinaron estructurar sus inversiones en Venezuela a través de los Países Bajos: estas compañías veían a la protección que les otorgaba este mecanismo – que habría de ser administrado por PDVSA (la cual también sería garante de las obligaciones de sus filiales operativas) y apuntalado por el arbitraje comercial expedito en la CCI – como una alternativa muy superior al arbitraje en CIADI sobre la base de un tratado. En una nuez, los mecanismos de compensación en los AAs ofrecían una gran facilidad en su cálculo, ejecución y pago, y un umbral de precios sumamente favorable.

Con el beneficio de la visión retrospectiva, es obvio que la idea que tenían COP y XOM a mediados de la década de los años noventa acerca del probable comportamiento del mercado petrolero en el mediano y largo plazo resultó ser profundamente equivocada. COP y XOM, desde luego, no fueron las únicas en equivocarse. De hecho, no es una exageración decir que nadie vio venir la explosión de los precios del petróleo post-2000: ni COP, ni XOM, ni PDVSA, ni Mommer, ni siquiera Nostradamus. Pero esto no quiere decir que los términos contractuales que COP y XOM obtuvieron tras intensas negociaciones con PDVSA – términos que incluyen las fórmulas de compensación en respuesta a acciones gubernamentales adversas – puedan o deban desecharse sin más. De hecho, estas fórmulas deberían acarrear un enorme

179 Bernard Mommer, *The Political Role of National Oil Companies in Exporting Countries: The Venezuelan Case. Working Paper WPM-18* (Oxford, Oxford Institute for Energy Studies 1994): 26. En este pasaje, Mommer hace referencia a un AA abortado, conocido como Cristóbal Colón, que se refería a un proyecto de gas natural licuado (GNL) que involucraba a filiales de RD Shell, Exxon y Mitsubishi. El proyecto recibió la autorización del Congreso pero nunca se llevó adelante.

peso a la hora de determinar el valor justo de mercado de los proyectos de mejoramiento Petrozuata, Hamaca y Cerro Negro en vísperas de su nacionalización, ya que ningún comprador prospectivo diligente las hubiera ignorado al calcular el precio que hubiera estado dispuesto a pagar por la participación de COP y XOM en estos proyectos. Después de todo, sobra decir que, en las condiciones del mercado a partir del año 2000, cualquier comprador hipotético habría asignado un valor mucho más bajo a un proyecto cuyos ingresos estuvieran acotados por un techo de 27 US$/B (ajustados por inflación), que a un proyecto cuyos ingresos no estuvieran sujetos a esta limitante.[180] De hecho, ésta es una de las razones por las cuales Venezuela siempre ha insistido que las cifras de compensación que COP y XOM han proclamado a los cuatro vientos no son más que fantasías. Esta postura no tiene nada que ver con un presunto intento por parte de Venezuela de limitar la compensación al valor en libros de los activos (en contravención de las disposiciones relevantes en el TBI PB-V). Simplemente, refleja la universalmente aceptada proposición de que cualquier restricción o limitación que pese sobre un derecho contractual o de propiedad necesariamente ha de tomarse en cuenta para efectos de calcular cuánto es que vale ese derecho.[181]

La publicación fortuita de cables diplomáticos filtrados provenientes de la embajada de EUA en Venezuela muestra que COP y XOM (y el Departamento de Estado, de paso) estaban perfectamente conscientes de la carencia de cualquier fundamento fáctico para sus

---

180 Como observa Marboe, "muchos proyectos de inversión están basados sobre o conectados con un contrato con el Estado demandado, una entidad estatal o una empresa perteneciente al Estado. Las disposiciones de dicho contrato naturalmente tendrán un impacto decisivo sobre el valor de la inversión. Esto quiere decir que, para propósitos de valoración, las disposiciones contractuales se deben aplicar, aún cuando el incumplimiento del contrato mismo no caiga dentro del ámbito de jurisdicción del tribunal" (Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment*. Oxford, Oxford University Press, 2009:178-179).

181 "[E]s importante tener en mente ... los términos en los cuales se detentaba la inversión ... [ya que la vigencia del contrato] tenía un efecto sobre el valor del activo en manos de la Demandante" *Waguih Elie Georg Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award dated June 1, 2009*: ¶¶577-578 (disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf).

indefectibles acusaciones de que las ofertas de compensación de Venezuela reconocían solamente sobre el valor en libros de sus activos. Pero si lo que se busca son evidencias de abuso de proceso judicial por parte de estas dos compañías (e irresponsable azuzamiento por parte del gobierno de EUA), entonces el puesto de honor corresponde sin lugar a dudas a sus repetidas afirmaciones de que sus disputas legales con Venezuela obedecen al incumplimiento de obligaciones con carácter contractual por parte del gobierno. Para citar a Rex Tillerson, director general de XOM al momento en que esto se escribe, "[n]uestra situación en Venezuela es un puro y simple contrato. El contrato no fue respetado".[182]

Para apreciar el grado de desconexión de la realidad de esta afirmación, basta con formular solamente una pregunta: ¿por qué fue que los AAs tuvieron que incorporar mecanismos de compensación? La respuesta a esta interrogante – expresada en términos que no tienen ni rastro de ambigüedad – se puede encontrar entre algunas de las otras condiciones esenciales que el Congreso venezolano estipulara para cada uno de los proyectos de asociación (o sea, condiciones sin las cuales los proyectos ni siquiera podrían haber tenido una existencia legal).

Considérese, por ejemplo, la decimosexta condición de la autorización del Congreso de Petrozuata:

> En el Convenio de Asociación serán incluidas previsiones que permitan a Maraven compensar, en términos equitativos, a las otras partes, por las consecuencias económicas significativas y adversas derivadas directamente de la adopción de decisiones de autoridades administrativas nacionales, estatales o municipales o de cambios en la legislación que, por su contenido y propósito, determinen un injusto trato discriminatorio a la Empresa o a dichas otras partes, siempre entendidos en su Condición de tales y como partes en el Convenio de Asociación, **todo ello, sin menoscabo del derecho soberano a legislar, inherente a la existencia misma de los poderes legislativos nacionales, estadales y municipales.**

Por si esto fuera poco, la condición decimoctava no dejaba lugar a dudas que el "Convenio de Asociación a ser celebrado, la sociedad mercantil que se creará y las actividades de diversa naturaleza que de

182 Coll, *op. cit.:* 426.

tales actos derivarán" en ningún caso comprometerán "por sí solos la responsabilidad de la República de Venezuela, la cual sólo podría surgir en caso de que tal responsabilidad sea asumida mediante un acto expreso válido de sus autoridades".[183]

En el caso del proyecto Hamaca, la condición decimonovena de su correspondiente autorización del Congreso especificaba de forma similar que "[e]l Convenio de Asociación, la creación y operación de Entidades y otras actividades **no impondrán obligación alguna a la República de Venezuela o restringirán el ejercicio de sus derechos soberanos**".[184] La condición vigesimoprimera de la autorización establecía por añadidura que, si bien los participantes extranjeros en el proyecto tenían derecho a recibir compensación de parte de la filial de PDVSA asociada con ellos en el proyecto – siempre sujeta a las condiciones y limitaciones establecidas en el AA – en caso de que tuvieran lugar ciertas acciones gubernamentales u ocurrieran ciertos cambios especificados en las leyes venezolanas, "[e]n ningún caso, se entenderá que la aplicación de estos mecanismos limita, afecta o restringe de manera alguna la potestad de los Órganos del Poder Público de adoptar medidas conforme lo establezcan la Constitución y las Leyes aplicables".[185] El contenido de la condición decimoctava de la autorización del Congreso para Cerro Negro es muy similar: "[e]l Convenio de Asociación, y todas las actividades y operaciones conducidas conforme a él, **no impondrán ninguna obligación a la República de Venezuela ni restringirán sus potestades soberanas, el ejercicio de las cuales no dará derecho a reclamación alguna**, sin importar la naturaleza o características de la reclamación".[186]

En este punto, inevitablemente surge una pregunta adicional: ¿hay alguna forma en que un inversionista bien informado pudiera haber interpretado cualquiera de los pasajes citados arriba como una garantía

183 *Autorización del Congreso Petrozuata*, Condiciones decimosexta y decimoctava.

184 *Autorización del Congreso Hamaca*, condición decimonovena; énfasis nuestro.

185 *Autorización del Congreso Hamaca*, condición vigesimoprimera.

186 *Autorización del Congreso Cerro Negro*, condición decimoctava; énfasis nuestro. La condición decimonovena de la autorización aplicable a los proyectos Corocoro y La Ceiba estipula lo siguiente: "El Convenio, así como todas las actividades y operaciones que de aquél se deriven, en ningún caso comprometen la responsabilidad de la República de Venezuela ni menoscaban sus derechos soberanos" *(Autorización de Convenios de Ganancias Compartidas*).

de estabilidad fiscal por parte del gobierno venezolano, la cual habría podido dar lugar a expectativas legítimas de su parte en este sentido? Merece la pena dejar que sean representantes de las demandantes quienes den al lector una respuesta a dicha interrogante.

En el caso de COP, en una reunión sostenida en la embajada de EUA en Caracas el 5 de septiembre de 2008 ("tras una reunión el 4 de septiembre con el equipo negociador del gobierno venezolano"), el presidente de ConocoPhillips Latin America, Roy Lyons, explicó al personal diplomático que

> [l]os contratos originales para las Asociaciones Estratégicas Petrozuata y Hamaca incluían cláusulas que estipulaban que, **en caso de que la RBV cambiara los términos fiscales de los contratos, PDVSA cubriría las pérdidas del inversionista hasta cierto punto. El precio máximo plasmado en la cláusula es mucho más bajo que los precios mundiales en la actualidad**, lo cual sería algo que ConocoPhillips destacaría en su reclamo ante el tribunal CIADI. El núcleo de la estrategia legal de la RBV, según Lyons, es su creencia de que la jurisdicción del CIADI será rechazada. Lyons señaló, sin embargo, que ConocoPhillips había entablado sus reclamos contra el Gobierno de Venezuela y no contra PDVSA. La compañía ha consultado a dos grandes despachos internacionales de abogados, los cuales confirmaron su convicción de que había una probabilidad mayor al 95 por ciento de que ConocoPhillips prevalecería en lo tocante a este punto de vista legal.[187]

Esta última parte del pasaje muestra a COP especulando que las objeciones venezolanas en materia de jurisdicción se fundamentarían en la aseveración de que la disputa entre las partes respecto a la valoración de los activos era un asunto contractual, y que el reclamo debía ser desestimado porque el gobierno no era parte en los contratos de asociación.[188] Como respuesta implícita a esta objeción hipotética, COP parece estar ofreciendo el argumento de que lo que digan los contratos no es algo de particular importancia en el contexto del arbitraje CIA-

187 Cable 08CARACAS1246 (confidencial) fechado 5 de septiembre de 2008, "Venezuela: ConocoPhillips Negotiations Stall": ¶3.

188 Lo más probable es que cualquier objeción en materia de jurisdicción se habría centrado sobre la cuestión de abuso de tratado, como sucedió en el caso XOM CIADI (véase *XOM CIADI Decisión sobre Jurisdicción*).

DI porque, después de todo, la compañía presentó un reclamo por violación de tratado contra el gobierno, y no por incumplimiento de contrato contra PDVSA.

La confianza que tanto COP como sus asesores legales parecen haber depositado en este punto luce algo temeraria, sobre todo a la luz del contenido de otro cable diplomático en el cual se reporta que un ejecutivo de XOM dijo a funcionarios de la embajada de EUA "que su empresa no creía tener base legal alguna para oponerse a los aumentos de impuestos". En relación a esta afirmación, en otra parte del cable se relata cándidamente que el problema insuperable que enfrentaban las compañías en realidad se derivaba del hecho que

> [c]ada uno de los acuerdos estratégicos de asociación contiene un tipo de cláusula de indemnización que los protege de aumentos en los impuestos. Bajo estas cláusulas, PDVSA indemnizará a los socios si hay un aumento en los impuestos. Sin embargo, para poder recibir un pago, un cierto grado de daño económico tenía que ocurrir. Para determinar el nivel de daño, las cláusulas de indemnización contienen fórmulas que, desafortunadamente, asumen precios del petróleo bajos. **Dados los altos precios del petróleo en la actualidad, es altamente improbable que los aumentos [en los impuestos] crearán un daño lo suficientemente significativo como para rebasar el umbral más allá del cual PDVSA tiene que pagar a los socios**.[189]

Efectivamente, esta manifiesta improbabilidad de que las acciones del gobierno venezolano pudieran infringir las disposiciones contractuales que las compañías mismas habían trazado ya había demostrado ser una fuente innegable de frustración para ellas desde mucho antes de su decisión de salir de Venezuela. Por ejemplo, en una fecha tan temprana como el 12 de enero de 2005, el presidente de ExxonMobil de Venezuela, Mark Ward, informó a la embajada de EUA "que la compañía ha[bía] decidido ir adelante con una acción legal en respuesta a la decisión unilateral del Gobierno de Venezuela de aumentar los pagos de regalía de los proyectos de crudo extra-pesado", aparentemente sobre la base de "expresiones en la ley de inversiones de Venezuela que

189 Cable 08CARACAS1246 (confidencial) fechado 5 de septiembre de 2008, "Venezuela: ConocoPhillips Negotiations Stall": ¶3.

le darán una avenida para evitar las cortes venezolanas e ir a arbitraje internacional". Los funcionarios de la embajada vieron esta postura de línea dura de XOM como potencialmente fatal en términos de cualesquiera "intentos de expandir sus negocios con Venezuela" en el futuro, pero llegaron a la conclusión de que, al asumirla, la compañía "presuntamente estaba considerando riesgos potenciales en el resto del mundo".[190] A fin de cuentas, y no obstante la declarada preocupación de XOM respecto a estas ramificaciones globales, la compañía decidió no entablar un litigio respecto a la reinstauración de la tasa normal de regalía, con toda probabilidad debido a que le quedaba claro que el contenido del contrato de asociación Cerro Negro habría condenado esta tentativa al fracaso.[191]

Lo que es más, a pesar de una disposición en dicho AA que establecía claramente que "en caso de que una de las Partes Extranjeras determine que se ha producido una Medida Discriminatoria que **pueda** resultar en un Impacto Substancialmente Adverso, dicha Parte Extranjera **inmediatamente** notificará a Lagoven CN sobre la Medida Discriminatoria", XOM nunca envió notificación formal alguna a PDVSA de su objeción al cambio en la tasa de regalía (como tampoco lo hizo

190 Cable 05CARACAS163 (confidencial) fechado 19 de enero de 2005, "Exxonmobil Ready To Take On The Gov Over Royalty Issue": ¶¶2, 6.

191 Coll reportó equivocadamente que "Chávez se mantuvo a la deriva en 2006 y nunca forzó el asunto de la regalía" (*op. cit.*: 416). De hecho, después de que la tasa estatutaria de regalía se hubo reinstaurado para los proyectos de mejoramiento en octubre de 2004, XOM envió una carta de protesta al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Energía y Petróleo y a la Procuraduría General de Venezuela, en la cual afirmaba que "el Gobierno de Venezuela no está respetando sus compromisos contractuales bajo el Acuerdo de Regalía o las obligaciones asumidas por la república Bolivariana de Venezuela bajo [...} la Ley de Inversiones" (*XOM CCI*: ¶383).
También se debe apuntar que el *Acuerdo de Asociación Hamaca* especificaba que los incrementos en la tasa de regalía hasta el límite máximo aplicable a la industria petrolera en general **NO** serían considerados como medidas discriminatorias: "el aumento o disminución en la alícuota de impuesto de explotación aplicable al crudo producido por las Partes en su condición de participantes en la Asociación, no será considerado Acción Discriminatoria a los efectos de esta disposición, a menos que dichos cambios resulten en una alícuota de impuesto de explotación aplicable a las Partes en su condición de participantes en la Asociación, mayor que la alícuota máxima prevista en la ley para la industria de los hidrocarburos en general" (sección 14.1(b)(4).

respecto a ninguna de las medidas fiscales subsecuentes).[192] PDVSA solamente habría de recibir una notificación formal de XOM –en la forma de un repudio general a todas las medidas fiscales tomadas por Venezuela de octubre de 2004 en adelante– el 22 de junio de 2007, en vísperas de la salida de esta compañía de Venezuela. Eso sí, poco tiempo después (y presumiblemente para que nadie pudiera interpretar lo extemporáneo de su notificación como una refutación del dogma que XOM "toma muy en serio la santidad de los contratos"[193]), la compañía inició un arbitraje contra PDVSA ante la CCI por incumplimiento de contrato, alegando entre otras cosas, ¡que la compañía venezolana había faltado a sus obligaciones "al no dar fe de su conformidad, según lo dispuesto en la Sección 15.1(b) del AA, de que habían ocurrido Medidas Discriminatorias que habían causado un Impacto Material Adverso"![194]

En una sección anterior de este trabajo se planteó la pregunta de si era posible encontrar una garantía gubernamental en el conjunto de acuerdos que conformaban las bases legales de los proyectos de asociación de COP y XOM. El análisis de estos acuerdos muestra que, lejos de contener promesa o garantía alguna por parte de Venezuela para COP y XOM, los AAs estipulaban claramente que no imponían obligación alguna sobre la República, la cual en todo caso ni siquiera era parte en los contratos. Más aún, las autorizaciones del congreso para los proyectos expresamente reservaron el ejercicio de los poderes soberanos de la República, en términos de una claridad absolutamente meridiana. No obstante lo anterior, XOM argumentó ante el tribunal CCI que el propósito aparente de las disposiciones de limitación de compensación no era equilibrar la estipulación de que el AA no habría de imponer "ninguna obligación a la República de Venezuela ni ... [restringiría] sus potestades soberanas, el ejercicio de las cuales no dará derecho a reclamación alguna". Más bien, estas cláusulas supuestamente reflejaban el hecho de que "las Partes sabían que emprender un reclamo contra el gobierno sería un asunto difícil y prolongado y ... ellas, por lo tanto, dieron forma a las disposiciones de indemnización de manera que éstas tuvieran un funcionamiento efectivo independientemente de

192 *Acuerdo de Asociación Cerro Negro*, cláusula 15.1(a).

193 Cable 05CARACAS163 (confidencial) fechado 19 de enero de 2005, "Exxonmobil Ready To Take On The Gov Over Royalty Issue": ¶6.

194 *XOM CCI*: ¶779

cualquier reclamo que la Demandante pudiera tener contra la República de Venezuela".[195] En otras palabras, según la manera en que XOM lee las cláusulas en el AA de Cerro Negro citadas arriba, el ejercicio de los poderes soberanos de Venezuela **sí** podía dar lugar a reclamos contra la República (más allá de cualesquiera obligaciones en las que hubiera incurrido PDVSA a raíz de las cláusulas de indemnización), interpretación ésta supuestamente confirmada por el hecho de que el Artículo 15.1(a) del AA "contempla una acción contra la República de Venezuela que habría de ser conducida independientemente, pero en paralelo, con un arbitraje [CCI] contra PDVSA-CN".[196]

No parece aventurado sugerir que estos imaginativos esfuerzos de hermenéutica (leer "si" donde el texto dice "no", por ejemplo) probablemente serían despachados sumariamente en una corte cualquiera y, si no lo han sido en los tribunales de arbitraje, esto probablemente se debe a que es XOM quien está detrás de ellos y, más aún, al hecho de que su blanco es Venezuela. Sea como sea, para los propósitos de este trabajo, los argumentos de XOM son de cierta utilidad porque permiten encauzar la discusión por los derroteros de los arbitrajes CCI. Como ya se dijo antes, estos procedimientos CCI no se parecen casi en nada a un arbitraje comercial común y corriente, entre otras cosas porque no surgieron de desacuerdos comerciales entre socios de negocios sino que, más bien, se derivan de acciones tomadas por un gobierno que ni siquiera era parte de los contratos en disputa, en el ejercicio de prerrogativas soberanas absolutamente elementales, ya sea la regulación de la producción de un recurso natural cuya propiedad y dominio corresponde a la nación (como en el caso COP CCI) o bien la recaudación de impuestos a los ingresos obtenidos a partir de la explotación de dicho recurso natural (como en el caso XOM CCI).

Los casos CCI: COP

El arbitraje COP CCI constituye un caso atípico en el contexto de las disputas en tribunales internacionales en las cuales se enfrentan COP y XOM, de un lado, y PDVSA y Venezuela, del otro. Esto se

195 *XOM CCI*: ¶211.
196 *Ibid.*

debe tanto a su magnitud comparativamente modesta (el reclamo de COP en este caso ascendió a "solamente"165 MMUS$) como al hecho de que la solicitud de arbitraje se presentara tan sólo el 30 de diciembre de 2009, a más de dos años y medio de distancia de los eventos que dieran lugar al reclamo.[197] Además, el reclamo CCI de COP no parece haber sido una dúplica del reclamo de esta compañía ante el CIADI (como sí lo fue el reclamo CCI de XOM, como se explica más adelante). La impresión de que éste fue un caso más bien marginal se ve reforzada por el hecho de que, en contraste con lo que sucedió en el caso XOM CCI, la publicación del laudo arbitral fue acogida con total indiferencia tanto por COP, PDVSA y el gobierno venezolano, como por la industria petrolera y el mercado en general.

El caso COP CCI giró en torno a las restricciones de producción que el gobierno venezolano impuso a los proyectos Petrozuata y Hamaca entre noviembre de 2006 y mayo de 2007, en conexión con acciones tomadas para alinear la producción del país con los compromisos de cuota que el gobierno había asumido en el seno de la OPEP. Según COP, estas restricciones quebrantaron promesas que filiales de PDVSA habían dado a filiales de COP, las cuales se plasmaron en dos distintos instrumentos legales. En el caso del proyecto Hamaca, se trataba de la sección 13.1 del AA mismo, la cual al parecer de la filial de COP, obligaba a la filial de PDVSA que participaba en el proyecto a "(i) asegurar que las restricciones se instrumentaran de una forma proporcional y (ii) [a] mitigar los efectos derivados de restricciones OPEP".[198] En el caso de Petrozuata, se trataba de una carta confidencial adjunta al AA, que firmaron los directores generales de Maraven y Conoco el mismo día que firmaron el AA.[199] Bajo los términos de esta carta adjunta, Maraven

197 *COP CCI*: ¶¶101-102.

198 *Ibid.*: ¶145.

199 *Ibid.*: ¶113. Las disposiciones relevantes de esta carta adjunta secreta eran las siguientes: "En e! caso de que cualquier restricción en la producción sea impuesta a la industria petrolera venezolana durante la vigencia del Convenio de Asociación, el Accionista Privilegiado Clase A ... satisfacerá de su propia producción, cualquier requerimiento de disminución de la producción que pudiera aplicar a la Compañía en la medida necesaria para asegurar que se cumplan las siguientes premisas: (i) la Compañía estará en la capacidad de mantener la Planta de Mejoramiento ... trabajando hasta su Máxima Capacidad; (ii) cualquier producción que tenga la Compañía, adicional a la que sea necesaria para mantener la Planta de Mejoramiento a su Máxima Capacidad, será afectada

(y/o cualquier entidad sucesora) asumió "la obligación ... de absorber de su propia producción cualquier impacto que las restricciones de la OPEP pudieran haber tenido sobre el Proyecto Petrozuata".[200] Crucialmente, esta carta "nunca fue mostrada al Congreso [venezolano], en lo que se refiere a su forma, concepto o contenido, y ninguno de los arreglos contractuales mostrados al Congreso jamás mencionó – ya fuera directamente o mediante referencia a otros acuerdos – la obligación plasmada en la carta adjunta de Petrozuata", aún cuando "[l]as Condiciones aprobadas por el Congreso ... [tenían] un carácter exhaustivo ('taxativas') y ... [no podían] cubrir asuntos que no hubieran sido debidamente notificados al Congreso".[201]

El tribunal COP CCI rechazó todos los reclamos relacionados al proyecto Hamaca, y concluyó que las responsabilidades por parte de PDVSA efectivamente se reducían a "cualquier daño o pérdida resultante del incumplimiento por parte de Maraven de sus obligaciones bajo la Carta Adjunta de Petrozuata, en particular la obligación de absorber las restricciones de producción relevantes".[202] El monto del laudo resultante ascendió a 65 MMUS$.

A pesar de su relativa insignificancia monetaria, el caso COP CCI es muy revelador en términos de lo que fuera el proceso político venezolano durante la década de los años novecientos noventa. En primer lugar, el episodio de la carta adjunta ilustra los extremos a los cuales los gerentes de PDVSA estaban dispuestos a llegar en esos años con tal de hacer avanzar la agenda de la liberalización de la industria petrolera en Venezuela, aún cuando esto supusiera ignorar deliberadamente límites estatutarios muy claros. Un ejemplo todavía mejor de este fenómeno, desde luego, fue el papel destacado que la alta gerencia de PDVSA jugó en 2002 a la hora de promover no uno

---

(disminuida) en el mismo porcentaje en que se vea afectado el Accionista Privilegiado Clase A en su propia producción; y (iii) la producción total de crudos de la Compañía en ningún caso se verá disminuida por debajo de ciento veinte mil barriles diarios, siempre que la Planta de Mejoramiento este trabajando a su Máxima Capacidad. Queda igualmente entendido que cualquier mecanismo o tratamiento que aplicare de manera general a todas las asociaciones estratégicas para la producción de crudo extrapesado, y que sea más favorable que el establecido en este documento, prevalecerá sobre el mismo" (*ibid.*: ¶44).

200 *Ibid.*: ¶144.

201 *Ibid.*: ¶152.

202 *Ibid.*: ¶282.

sino dos intentos de desbancar al gobierno constitucional del país (una asonada militar durante el mes de abril, y una huelga de tres meses de duración, iniciada el mes de noviembre, que paralizó a la industria petrolera y gran parte de la actividad económica de Venezuela), eventos éstos que culminarían en la separación de sus puestos de decenas de miles de trabajadores petroleros.

En un plano simbólico, este arbitraje se puede ver como una consecuencia tanto como un reflejo de un objetivo de largo plazo muy caro a aquellos gerentes de PDVSA que concibieron e instrumentaron los proyectos de asociación; a saber, subvertir el sistema de cuotas de producción OPEP e inclusive poner en entredicho el derecho del gobierno venezolano de regular la producción de un recurso natural valioso, no renovable y sujeto al agotamiento, como es el petróleo. La ambición de estos gerentes cristalizó en el texto de la decimotercera condición de la *Autorización del Congreso al proyecto Hamaca*, la cual establece que "[e]n caso de que a la Asociación se Ie requiera reducir su producción como resultado de los compromisos internacionales de la República de Venezuela, tal disminución no excederá el porcentaje de reducción generalmente aplicable a la industria petrolera nacional como un todo ... calculado con base a la capacidad disponible de producción".[203] Lo que es más llamativo acerca de este pasaje no es tanto el requisito de proporcionalidad, como la extraordinaria idea de que las decisiones del gobierno venezolano en materia de posibles limitaciones a la producción de petróleo solamente serían válidas si hubiesen sido tomadas en el contexto de algún tipo de acuerdo internacional (fuera éste la OPEP o bien un acuerdo del tipo que muchos quisieran ver como sucesor de la OPEP: un acuerdo sobre productos básicos (*commodity agreement*) que involucre tanto a países consumidores como a países productores y para el cual el Foro Internacional de Energía probablemente está allanando el camino). Nuevamente, esta noción iba en sentido diametralmente opuesto a la dirección de la política venezolana de conservación petrolera de la Segunda Guerra Mundial en adelante, la cual se fundamentaba en el derecho absoluto del Estado de regular la explotación de los recursos naturales pertenecientes a la Nación, sin importar si el Estado desempeñara estas funciones por sí solo o en concierto con otros soberanos similarmente inclinados. Y

203 *Autorización del Congreso Hamaca*, Condición decimotercera.

es notable que este radical viraje se haya adoptado gracias a los buenos oficios de PDVSA, una entidad que supuestamente debía ser el vehículo clave a través del cual se re-afirmaría el control soberano de Venezuela sobre sus recursos naturales, en aras del bienestar general de su población. La Condición Decimotercera del convenio Hamaca era probablemente tan sólo la punta de una cuña que sus redactores esperaban acabaría siendo ancha y formidable, y cuyo objetivo último era escindir a la OPEP a través de la retirada *de facto* de Venezuela de esta organización.

Los casos CCI: XOM

Los AAs para los proyectos de mejoramiento de crudo de la Faja son ejemplos representativos del tipo de acuerdo de exploración y producción de petróleo que, durante las décadas de los años novecientos ochenta y noventa, se esperaba habrían de volverse ubicuos en el mundo. El rasgo más distintivo de estos acuerdos era que "en lugar de enfocarse sobre el poder legislativo del estado fundado sobre la soberanía", buscaban "establecer un mecanismo contractual por virtud del cual los efectos financieros del riesgo político habrían de recaer sobre la empresa del estado", para de esta forma desplazar el centro de gravedad de la relación entre inversionista y dueño del recurso natural, la cual habría de transformarse "de una promesa soberana de carácter estatal a un mecanismo de contratación comercial que contemplara implicaciones de daños por incumplimiento de obligación –un movimiento de una perspectiva predominantemente de derecho público a una basada sobre el derecho comercial privado".[204] De esta forma, una vez que una empresa petrolera estatal como PDVSA se hiciera partícipe de un acuerdo por virtud del cual su país de origen habría de recibir beneficios fiscales mínimos a cambio de la explotación de recursos de hidrocarburos bajo su jurisdicción, la resultante división asimétrica de las ganancias habría de ser resguardada, de allí en adelante, por la amenaza de que la compañía estatal tendría que desembolsar fuertes

204 Thomas W. Wälde y George Ndi, "Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation", *Texas International Law Journal*, 31 (2), 1996:218-19.

sumas de dinero en caso de que el gobierno cambiara de opinión acerca de la bondad de estos arreglos.

Los mecanismos de protección incorporados en los AAs, y sostenidos por el arbitraje CCI, demostraron ser tan inadecuados para hacer frente a las condiciones en el mercado petrolero tras el año 2000 como lo fuera la Línea Maginot para defender a Francia contra columnas acorazadas mecanizadas, y por una razón similar; a saber, que fueron concebidos en función de contingencias muy específicas, las cuales luego rehusaron tercamente a materializarse. Los AAs eran ejemplos señeros del tipo de contrato que se suponía se volvería de rigor en un entorno de mercado caracterizado por la abundancia de recursos, la producción sin restricciones y una carrera en espiral descendiente hacia participaciones fiscales mínimas, protagonizada por los dueños de recursos naturales. Michael Klein de la Royal Dutch/Shell esbozó este panorama de la siguiente manera:

> [c]on la declinación en términos reales de los precios del crudo, la pelea en torno a las rentas aguas arriba continúa intensificándose. Muchos países exportadores de petróleo dependen de forma crucial de los ingresos petroleros ... En la medida que crece la población y el precio del crudo declina, los países productores abren todos los segmentos del negocio de petróleo y gas a inversionistas extranjeros. Cambian los regímenes impositivos para atraer a los inversionistas. En particular, los países con campos marginales eliminan las regalías ... [P]ara el año 2040 ... los sistemas impositivos para operaciones petroleras aguas arriba convergen con los sistemas normales de impuestos corporativos sobre la renta, en la medida en que la renta económica de petróleo se desvanece.[205]

Irónicamente, cuando estas líneas se estaban publicando en 1999, el precio del petróleo se encontraba en plena recuperación después de haber tocado catastróficos mínimos cíclicos en 1998, impulsado de forma vertiginosa por una respuesta endeble a la demanda acelerada proveniente principalmente de China. Este comportamiento de los precios, que habría de desembocar en los máximos históricos regis-

205 Michael Klein: "Energy Taxation in the 21st Century", *Oxford Energy Forum*, Número 40, diciembre de 1999: 134. El número del 4 de marzo de 1999 de la revista *The Economist* predijo un precio a largo plazo para el crudo de 5-10 US$/B, y *Business Week* hizo lo propio en su número del 30 de marzo de 1999.

trados en 2008, reflejaba el hecho de que la cornucopia petrolera de Klein resultó ser una ilusión, como se puede apreciar claramente en la concisa evaluación que Thane Gustafson hiciera de las perspectivas petroleras globales al arranque del siglo XXI: "[e]n 1980, más de 360 mil millones de barriles de descubrimientos petroleros estaban a la espera de ser desarrollados en todo el mundo. Ahora, en el nuevo siglo, casi 90 por ciento de todos los recursos petroleros descubiertos se encuentran en desarrollo, y mucho de lo que queda consiste de prospectos difíciles o de inferior calidad".[206] Así, la invalidación, **por parte del mercado petrolero mismo**, de las premisas que impulsaban a la agenda de liberalización petrolera radical, efectivamente trajo consigo una revisión a gran escala de los regímenes fiscales petroleros por todas partes del mundo, pero en una dirección diametralmente opuesta a la que Klein había vaticinado. Este proceso de revisión dio comienzo con un evento poco cacareado pero trascendental: la "migración" de la concesión DUC de petróleo y gas, en Dinamarca (la cual se analiza en detalle más adelante).

Los altos precios del petróleo bien pueden haber rebasado a los mecanismos de protección de los AAs en términos del propósito original de éstos (o sea, disuadir al gobierno de ajustar al alza el régimen fiscal de los proyectos) pero, desde un principio, el arbitraje CCI –centrado en dichos mecanismos– fue una parte integral de la estrategia legal que XOM decidió proseguir contra Venezuela. Esto se debe a que un proceso CCI ofrecía a XOM un medio para "obtener una orden de congelamiento y embargos de alcance mundial no disponibles en el contexto de un proceso CIADI" (dado que este tipo de medidas no está permitido bajo la Convención CIADI), así como para "construir un argumento bajo el Acuerdo de Compra de Chalmette en respaldo de una futura apropiación de la participación accionaria del 50% de una subsidiaria de PDVSA en la refinería de Chalmette en Louisiana".[207]

---

206 Thane Gustafson, *Wheel of Fortune: The Battle for Oil and Power in Russia* (Cambridge, Mass. The Belknap Press of Harvard University Press, 2012:188).

207 *XOM CCI*: ¶787. Con respecto a este último punto, XOM explicó que "un fallo en el sentido de que PDVSA-CN incumplió el AA es una forma de resarcimiento disponible aquí ante la CCI, pero no en CIADI. Un fallo así permitiría a la Demandante adquirir la participación de PDV Chalmette en Chalmette Refining LLC conforme a la Sección 8.6 del Acuerdo Chalmette" (*ibid.*: ¶213).

En su reclamo ante la CCI, XOM alegó incumplimiento de la cláusula (garantizada por PDVSA) conforme a la cual PDVSA-CN se comprometió a pagar una indemnización a Mobil Cerro Negro en caso de que ocurrieran ciertas medidas gubernamentales adversas (a ser calculada mediante las cláusulas de limitación de responsabilidades que supuestamente son irrelevantes en los casos CIADI). XOM argumentó que su reclamo obedecía a que ni PDVSA CN ni PDVSA pagaron los daños y prejuicios que XOM había determinado unilateralmente se le adeudaban. Las medidas que, al parecer de XOM, le daban derecho a una indemnización eran las siguientes:

> (a) expropiación directa sin compensación de por medio de los intereses de Mobil CN en la sociedad mancomunada Cerro Negro y (b) medidas precedentes a dicha apropiación, incluyendo (i) repudio del Acuerdo de Reducción de Regalía e imposición del así llamado impuesto a la extracción; (ii) negativa a permitir la expansión del proyecto Cerro Negro bajo condiciones y términos previamente acordados; (iii) aumentos en el impuesto sobre la renta cobrados solamente a los participantes en proyectos de la Faja Petrolífera del Orinoco, los cuales eran inconsistentes con el Marco de Condiciones; y (iv) imposición de restricciones a la producción y exportaciones a la Empresa Mancomunada Cerro Negro.[208]

El reclamo XOM CCI entonces, se traslapaba con el reclamo de esta compañía en CIADI, y la forma en que los casos se embonaban claramente estaba pensada para que, si XOM no obtenía un resultado satisfactorio al final del más expedito proceso CCI, todavía le quedara el procedimiento CIADI como plan de contingencia.[209] El tribunal CCI concluyó que, si bien no había habido ningún incumplimiento de contrato por parte de PDVSA, algunos de los actos mencionados arriba – específicamente, la nacionalización misma y el cambio en la tasa de ISLR – eran eventos compensables (o sea, "Medidas Discriminatorias" conforme a la definición del AA Cerro Negro), por las cuales PDVSA tenía que responder bajo las disposiciones de

---

208 *Proceso de Congelamiento en Londres,* "First Affidavit of Jim R. Massey, dated January 21, 2008": ¶25.

209 "Las Medidas Discriminatorias bajo discusión en este arbitraje CCI se encuentran entre las que están en discusión en el proceso CIADI" *(XOM CCI*: ¶209).

indemnización del acuerdo.[210]

Como se dijo anteriormente, el tribunal otorgó a XOM un total de 907,58 MMUS$ (menos contra-reclamos por 164 MMUS$), cifra obtenida de aplicar las fórmulas contractuales acordadas que establecían límites a la compensación por medidas discriminatorias. XOM mantiene que este laudo representa "una responsabilidad contractual limitada de PDVSA por el acuerdo del proyecto de Cerro Negro", y que por lo mismo no tiene relación con "la demanda más amplia que se encuentra en marcha ante el Centro Internacional de Arreglo de Inversiones (Ciadi) del Banco Mundial".[211] Sin embargo, esta interpretación del resultado del arbitraje CCI no concuerda para nada con otras disposiciones clave del AA Cerro Negro. Según XOM, "el arbitraje CIADI cumple con el Artículo 15.1(a) AA que conmina a la Parte Demandante a entablar acciones legales para mitigar los daños sufridos a consecuencia de una Medida Discriminatoria".[212] Sin embargo, este mismo artículo también obliga a XOM ya sea a acreditar cualquier ingreso proveniente de un laudo obtenido en dichas acciones contra los daños pagaderos calculados bajo las fórmulas Cerro Negro o bien, en caso de que dichos daños ya hayan sido liquidados, a reembolsar la totalidad de dicho ingreso a PDVSA Cerro Negro (sucesora de Lagoven en el proyecto).[213] Siendo esto así, y dado que ha quedado como cosa

---

210 *Acuerdo de Asociación Cerro Negro*, cláusula I, definición de "Medida Discriminatoria". Entre los eventos que se considerarán como una "Medida Discriminatoria" bajo esta definición, y que podrían ser sujetos de indemnización, se encontraba "la expropiación o confiscación de activos del Proyecto o de la participación de una de las Partes Extranjeras en el Proyecto".

211 "ExxonMobil mantiene demanda contra Pdvsa en otro tribunal", *El Universal*, 3 de enero de 2012 (disponible en http://www.eluniversal.com/economia/120102/exxonmobil-mantiene-demanda-contra-pdvsa-en-otro-tribunal).

212 El artículo en cuestión dispone que "[e]n la medida en que se disponga de cualquier recurso legal para revertir u obtener una reparación de dicha Medida Discriminatoria, la Parte Extranjera iniciará y ejercerá acciones legales para mitigar cualquier daño sufrido como resultado de la Medida Discriminatoria" (*Acuerdo de Asociación Cerro Negro*, Artículo 15.1(a)).

213 "Cualesquiera beneficios netos recibidos por la Parte Extranjera como resultado del ejercicio de las acciones legales antes mencionadas (después de la deducción de los costos legales incurridos por la Parte Extranjera en relación con las mismas) serán (i) imputados a cualquier monto que finalmente se determine que Lagoven CN adeuda de acuerdo con esta Cláusula o (ii) rembolsado a Lagoven CN **si Lagoven CN ha hecho pagos previamente a la Parte Extranjera con**

juzgada que la nacionalización de la participación de XOM en Cerro Negro constituyó una medida discriminatoria y, más aún, en vista que los "daños pagaderos" ya han sido calculados (y liquidados) de conformidad con las fórmulas de compensación, cabría preguntarse si el tribunal XOM CCI ha vuelto nimios a los reclamos de XOM ante CIADI (aunque solamente aquéllos relacionados con el proyecto Cerro Negro, desde luego).[214]

La decisión XOM CCI también es muy importante para el arbitraje COP CIADI en términos de la determinación de la tasa de descuento a ser aplicada a flujos de caja futuros para efectos del cálculo del valor justo de mercado de activos nacionalizados. Las intervenciones de XOM tanto ante las cortes inglesas como ante el tribunal CCI resaltan cómo la manipulación de tasas de interés, si no se contrarresta, puede llevar a distorsiones en la compensación. En la Corte Superior de Londres, por ejemplo, XOM llegó a la cifra de daños por US$12 mil millones su reclamo, por la vía de estimar los flujos de caja para cada uno de los siguientes 27,5 años para luego sumar las cifras resultantes, sin aplicarles ningún tipo de descuento para expresarlas en términos de valor presente neto (en otras palabras, XOM utilizó una tasa de descuento de cero en este ejercicio, supuestamente porque las fórmulas en el AA no contemplaban la aplicación de descuento alguno).[215] En el caso CCI, XOM batió retirada de esta posición, pero la compañía aún así sostuvo una tasa de descuento extraordinariamente baja del 3,37 por ciento (o sea, menos que el interés que atraía un bono del Tesoro de EUA en ese momento). Es decir, XOM argumentaba que los flujos indemnizatorios de efectivo que PDVSA tendría que pagar tenían el mismo perfil de riesgo que, o eran tan seguros como, un bono del Tesoro de EUA.

El tribunal CCI no estuvo de acuerdo con la postura de XOM respecto a la tasa de descuento. En lugar de una tasa de 3,3 por ciento, el tribunal CCI seleccionó una tasa del 18 por ciento, cifra ésta que "si bien es menor que las tasas especificadas en la decisión *Phillips* [*v. Iran*] y el caso *Himpurna* [*California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*],

---

relación a la Medida Discriminatoria en cuestión" (*ibid.*; énfasis nuestro).

214 El laudo CCI no tiene ninguna incidencia sobre los reclamos CIADI derivados de la nacionalización del proyecto La Ceiba.

215 *Proceso de Congelamiento en Londres*, "First Affidavit of Hobert E. Plunkett, dated January 21, 2008": ¶¶7-18.

refleja[ba] apropiadamente los riesgos relacionados con el análisis de flujos de indemnización en el ... caso [de Mobil Cerro Negro]". A la vez que afirmó categóricamente que "**[l]a tasa 'libre de riesgo' propuesta por la Demandante no es aceptable**"[216], el tribunal dejó en claro que, si hubiera enfrentado la tarea de cuantificar flujos de caja no sujetos a un mecanismo de protección, la tasa de descuento a la que hubiera recurrido habría sido mayor aún: "[e]l Tribunal considera que existe una diferencia entre valorar flujos de efectivo a futuro bajo una fórmula de indemnización contra valorar los flujos de caja de un proyecto. Existe una distinción válida entre los dos ejercicios, entre otras cosas porque los flujos indemnizatorios pueden estar sujetos a menos riesgos que los flujos de caja del Proyecto".[217]

Algunos observadores supuestamente bien informados se manifestaron sorprendidos ante la postura que tomó el tribunal XOM CCI respecto al asunto de la tasa de descuento.[218] Esto es desconcertante, dado que la forma en que el tribunal procedió era acorde con la orientación de previos tribunales en lo tocante a la cuestión del

---

216 *XOM CCI*: ¶777. Para el caso *Phillips* ver n. 91. El caso *Himpurna* giró en torno a la terminación de un acuerdo a largo plazo para la compra de energía eléctrica en Indonesia. En el arbitraje, el experto de la parte demandante argumentó que se debía usar una tasa de descuento del 8,5 por ciento ("Himpurna California Energy Ltd. v. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara, Final Award dated May 4, 1999" (en adelante "*Himpurna*"), *XXV Yearbook Commercial Arbitration 11* (A. Jan van den Berg ed., Londres, Kluwer Law International, 2000): ¶598. El tribunal rechazó este argumento, sobre la base de que no daba un peso adecuado al riesgo país, y aplicó una tasa de descuento de 19 por ciento (*ibid.*: ¶¶348-378).

217 *XOM CCI*: ¶777.

218 Mark Kantor, "How Damages Were Calculated in Mobil Cerro Negro v PDVSA –A Short Note", *Transnational Dispute Management*, Vol. 9, número 3, abril de 2012. Kantor correctamente concluyó que "una tasa de descuento bastante superior a la tasa de descuento que Mobil probablemente solicitó explicaría la significativa disparidad entre la suma que buscaba Mobil y la suma que le otorgó el tribunal CCI"(*ibid.*: 3). Según Kantor, la cifra que el tribunal había seleccionado representaba "una tasa de descuento bastante alta para un campo petrolero que generaba ingresos en dólares y ya había dejado atrás hacía tiempo la fase de exploración y había estado produciendo por espacio de años" (*ibid.*). Sin embargo, Kantor reconoció que "una tasa de descuento de 18% parecería incluir el riesgo político venezolano ... [una] aproximación al asunto ... similar a la que se tomó en los arbitrajes Himpurna/Patuha con la compañía estatal de electricidad PLN, Pertamina, de hace ya algunos años"(*ibid.*: 4).

riesgo país[219], así como con la metodología que utilizan instituciones supra-nacionales para cuantificar los riesgos inherentes a proyectos internacionales de minería, en general, y proyectos de exploración y producción de petróleo y gas, en lo particular.[220] Más aún, la cifra a la cual llegó el Tribunal CCI es consistente con las tasas internas de

---

219 Véase por ejemplo *American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award dated February 21, 1997*: ¶¶7.14-7.15 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf): "A AMT le hubiera gustado adoptar un método para calcular la compensación incluyendo el pago de intereses que fuera practicado en las circunstancias normales prevalecientes en un país ideal donde el clima de inversiones es muy estable, como Suiza o la República Federal de Alemania. El Tribunal no encuentra posible acceder a esta forma de evaluar los daños con intereses en las circunstancias bajo consideración ... De preferencia, el Tribunal optará por el método que sea más plausible y realista en las circunstancias del caso, y rechazará cualquier otro método de evaluación que serviría para enriquecer a un inversionista que, para bien o para mal, ha elegido invertir en un país como Zaire, pero creyendo que al hacer esto, el inversionista está construyendo un castillo en España o un chalet suizo en Alemania sin ningún riesgo, político o incluso económico o financiero o cualquier riesgo de que se pueda tratar".

220 Un libro reciente sobre la recaudación de impuestos petroleros y mineros patrocinado por el Fondo Monetario Internacional ("FMI") incluye ésta detallada explicación de cómo es que se debe de estimar, para propósitos analíticos, la tasa mínima de retorno aplicable a un proyecto petrolero: "los estimados de costo de capital para compañías petroleras integradas y productores de petróleo en EUA en 2008 parecía estar en un rango de 8 a 9 por ciento en términos nominales. Un margen apropiado para [un] 'proyecto [específico]' estaría 3 ó 4 puntos porcentuales por encima, lo cual convenientemente llevaría la tasa de descuento a un 12,5 por ciento nominal ó 10 por ciento en términos reales (convenientemente porque la Securities and Exchange Commission requiere que todas las compañías petroleras cotizadas en bolsa descuenten, en las valuaciones contenidas en sus estados financieros, los flujos de efectivo futuros provenientes de reservas probadas a una tasa de descuento del 10 por ciento, para asegurar que las cifras de dichas compañías resulten comparables para los inversionistas en el mercado accionario]. ¿Cuál es entonces la tasa de descuento apropiada para una actividad fuera del país de origen del inversionista, que refleje el riesgo país? En términos de diferenciales sobre bonos denominados en dólares, el margen adicional estará entre casi nada [para países menos riesgosos] a diez por ciento [para los más riesgosos]" (Philip Daniel, Brenton Goldsworthy, Wojciech Maliszewski, Diego Mesa Puyo y Alistair Watson, "Evaluating Fiscal Regimes for Resource Projects. An Example from Oil Development", en *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*. Philip Daniel, Michael Keen y Charles McPherson, eds. Londres, Routledge/IMF, 2010: 205-206.

retorno mínimo que utilizan las compañías petroleras internacionales para sopesar sus opciones de inversión y adquisición de activos. Descubrir cuáles son estas tasas para los casos de compañías individuales siempre ha sido un asunto notoriamente difícil, porque los funcionarios de éstas cuidadosamente buscan evitar el tema en cualquier discusión pública al respecto. Es por ello que resulta especialmente valiosa la manera en que Sergey Bogdanichov (ex-director general de Rosneft) discutió sin tapujos la magnitud de la tasa de descuento que su compañía incorporaría en el análisis de proyectos localizados en países de alto riesgo (como Venezuela): "tenemos una regla estricta de no comprar activos con una tasa interna de retorno inferior al 20%. No hay muchos sitios prospectivos que satisfagan este requerimiento ... No tenemos ninguna intención de comprar activos que reduzcan estos indicadores. No necesitamos negocios que no llevan a nada más que a la cobertura en prensa".[221]

El umbral del que hablaba Bogdanichov está en línea con los retornos mínimos que el gobierno del Reino Unido cree que las compañías petroleras esperan obtener de sus actividades de exploración y producción de petróleo en dicho país, como se demuestra al examinar la forma en que funciona el régimen fiscal aplicable a dichas actividades. La piedra angular de este régimen fiscal es un impuesto llamado Petroleum Revenue Tax (PRT), que es un gravamen especial que busca captar las ganancias extraordinarias generadas en cada yacimiento individual, a una tasa de imposición relativamente alta (50 por ciento en la actualidad). El PRT incorpora una serie de exenciones y mecanismos que buscan asegurar que los proyectos que no generen ganancias extraordinarias estén a salvo de los efectos del impuesto. Entre dichos mecanismos hay uno conocido como "Salvaguarda" (*Safeguard*), concebido para "dar a las compañías cierto **grado de seguridad respecto al nivel mínimo de ganancias que pueden esperar disfrutar tras la aplicación del PRT** (pero antes de la aplicación del Impuesto Corporativo sobre la Renta), con miras a asegurar que los campos marginales sigan siendo rentables".[222] El mecanismo de Salvaguarda restringe "el monto de PRT pagadero por un participante

221 Gustafson, *op. cit.*: 355.

222 HM Revenue and Customs, *A Guide to UK and UK Continental Shelf Oil and Gas Taxation - January 2008*: ¶4.16 (disponible en http://www.hmrc.gov.uk/international/ns-fiscal3.htm).

en un período gravable si el efecto del PRT hubiera sido reducir la ganancia después de impuestos por debajo de "**un retorno mínimo a la inversión en el yacimiento**".[223] Dicho retorno mínimo, a su vez, se define como el "**15 por ciento del 'gasto acumulado de capital' del participante** en el yacimiento hasta el final del período gravable en cuestión", mientras que este 'gasto acumulado de capital' se define a su vez como "el monto acumulado de desembolsos permitidos que califique para ser suplementado".[224] Desde luego, si 15 por ciento es el retorno mínimo que necesitan generar proyectos de petróleo y gas en un país altamente desarrollado como el Reino Unido (que cuenta con mercados líquidos y profundos para servicios financieros, fuerza de trabajo, servicios de construcción, insumos especializados, etc.), los retornos que los inversionistas demandarán para llevar su capital a (por ejemplo) Venezuela tendrán que ser aún mayores, para reflejar adecuadamente el riesgo país. Las reglas para la aplicación del PRT también estipulan que "allá donde una participación en un yacimiento cambia de manos, el nuevo dueño hereda la posición del antiguo dueño, incluyendo cualquier exención no utilizada por concepto de gasto así como pérdidas deducibles, y también el 'gasto acumulado de capital' para efectos de la aplicación de la salvaguarda".[225] Con esta disposición, el gobierno del Reino Unido no hace más que reconocer abiertamente que los inversionistas esperan llegar a, o exceder, su tasa mínima de retorno en cualquier emprendimiento, ya sea que éste involucre un proyecto completamente nuevo o bien la adquisición de un proyecto existente (como hubiera sido el caso en una venta hipotética de la participación de XOM en Venezuela).

La falta de solidez de la forma en que XOM aborda el asunto de la tasa de descuento aplicable, para propósitos de valorar una participación nacionalizada, es puesta en evidencia de la manera más clara en la anteriormente mencionada decisión del caso *Himpurna* (significativamente, el presidente del tribunal que diera este fallo fue

223 *Ibid.*

224 *Ibid.*: ¶4.18. Si la ganancia ajustada es menor a 15 por ciento, entonces el PRT para el período en cuestión se reduce a cero. Si la ganancia ajustada excede el 15 por ciento del gasto de capital acumulado, entonces habrá de pagarse la cifra que resulte menor de 80 por ciento de dicho exceso ó del monto de PRT calculado conforme al procedimiento normal.

225 *Ibid.*: ¶4.3.

el Prof. Jan Paulsson, abogado principal conjunto en el arbitraje COP CIADI contra Venezuela):

> El hecho es que resulta más riesgoso emprender un negocio de 30 años de duración en Indonesia que en economías más maduras. Y no constituye una repuesta decir que el contrato ha asignado 99% del riesgo a la parte indonesia. Después de todo, hay documentos que por sus mismos términos asignan 100% del riesgo al deudor: los bonos. Y aunque estén denominados en dólares de EUA, y aunque estipulen obligaciones absolutas de pago, todavía hace una diferencia si el emisor es Suiza o Swazilandia .... Éste es el asunto fundamental del riesgo país, obvio hasta para el hombre de negocios menos sofisticado.[226]

Desde luego, no hay razón para pensar que COP y XOM puedan tener dificultad alguna en reconocer dicho asunto fundamental. Pero lo que compañías como éstas si parecen tener dificultad en reconocer es que a ellas mismas se les aplican también las reglas a las cuales ellas insisten deben ceñirse todos los demás. Irónicamente, su pretensión tácita de estar por encima de dichas reglas se hace manifiesta de la manera más chocante cuando se examina su propia conducta desde la perspectiva del principio legal que supuestamente desencadenó sus disputas con Venezuela: el principio de santidad de contrato (*pacta sunt servanda*).

¿De cuáles contratos exactamente están hablando COP y XOM?

Durante una visita a Venezuela que realizara a principios del 2005, el senador federal Norm Coleman (R-Minn.) le preguntó a Mark Ward, presidente de ExxonMobil de Venezuela, si era una buena idea disputar la reinstauración de la tasa estatutaria de regalía para los proyectos de Asociación, especialmente cuando "otras compañías internacionales afectadas por la decisión del Gobierno de Venezuela habían decidido no protestar". La respuesta de Ward fue que "la perspectiva de ExxonMobil respecto a la santidad de los contratos quizás es diferente a la de otras compañías. Para ExxonMobil, dijo, la santidad de contratos es de

226 *Himpurna*: ¶¶358-359, 364.

importancia primordial ... Los cambios contractuales unilaterales sin compensación de por medio, dijo, son sumamente inquietantes".[227] Sin embargo, la perspectiva de XOM respecto al principio de *pacta sunt servanda* – perspectiva que COP claramente comparte – parece ser que los pactos cuya inviolabilidad se debe defender a capa y espada son aquéllos en los que estas compañías quisieran haber concluido, más que los contratos y disposiciones que de hecho negociaron y firmaron (y de los cuales pueden haber llegado a arrepentirse).

El cuadro de las medidas fiscales y subsecuente migración que emerge de una revisión de la voluminosa pista de documentos producidos en cumplimiento de los procedimientos regulatorios contemplados en el artículo 5° de la Ley de Nacionalización de 1975, no concuerda para nada con el recuento que hacen COP y XOM de estas medidas.[228] De acuerdo a estas compañías, el gobierno venezolano y PDVSA trataron a los AAs como si éstos hubiesen sido "el proverbial 'retazo de papel' que pueden ignorar a su conveniencia ... quebrantando [en el proceso] todos los compromisos que habían hecho para inducir esa inversión".[229] De hecho, el expediente documental muestra que todos los proyectos del Orinoco recibieron la autorización del Congreso sujeta a la condición expresa y esencial de que el Eestado habría de reservarse todos sus poderes soberanos, incluyendo el poder de promulgar y cambiar leyes e impuestos. Precisamente **a causa** de esta amplia reserva de derechos soberanos, COP y XOM (y todas los demás participantes extranjeros en las asociaciones, si a esas vamos) negociaron con PDVSA para obtener protección para sus inversiones a través de mecanismos de compensación muy específicos, cuyas premisas también se incorporaron como condiciones esenciales de las mismas autorizaciones del Congreso para los proyectos. Pero estos mecanismos de compensación, a su vez, hacían referencia a una limitación de la responsabilidad de PDVSA y disponían que se consideraría que los inversionistas extranjeros no habían sufrido consecuencias económicas adversas cuando el precio del crudo excediera cierto umbral especificado en los propios AAs. Así, contrariamente a

227 Cable 05CARACAS1029 (confidencial) fechado 11 de april de 2005, "Senator Coleman Meets with Energy Companies in Venezuela": ¶11.

228 La narrativa de las compañías se repite inclusive en relatos que quieren suponerse críticos de la forma de proceder de las mismas en lo general (como Coll, *op. cit.*).

229 *XOM CCI*: ¶¶5,18.

lo que mantienen COP y XOM, los documentos indican que el gobierno no enfrentaba absolutamente ninguna restricción contractual en términos de tomar la serie de medidas fiscales que son gran parte de lo contencioso en los arbitrajes.

Por lo que se refiere a la nacionalización de los proyectos, ni siquiera XOM está preparado a cuestionar que ésta se deriva de un ejercicio legítimo de una prerrogativa soberana: "la disputa CIADI no tiene que ver con el derecho de Venezuela a expropiar los activos de nuestra filial venezolana, Mobil Cerro Negro".[230] Pero no se debe olvidar que el gobierno venezolano ni buscaba ni quería que todos los activos de COP y XOM en el país terminaran en sus manos, y que este desenlace fue una consecuencia de la negativa de esas compañías de reducir su participación accionaria en los proyectos en el contexto de la iniciativa de migración.[231] La intransigencia de estas empresas dejó al gobierno venezolano teniendo que afrontar una cuenta de indemnización mucho más grande de lo que de otra forma hubiera sido el caso, lo cual a su vez hace aún más objetable la posición de éstas en el sentido de que las fórmulas de limitación de responsabilidad deben hacerse a un lado para propósitos de calcular la compensación pagadera.

Esta posición equivale a afirmar que los tribunales de arbitraje que están oyendo los casos deben pasar por alto las autorizaciones del Congreso a los AAs, para conferir a COP y XOM derechos que éstas nunca tuvieron y que permitirían a estas compañías apoderarse de ganancias extraordinarias por las cuales nunca negociaron (y cuya apropiación por parte de los dueños de los recursos naturales es algo que la corriente principal de las ciencias económicas de Ricardo en adelante reconoce sin reservas). En suma, los arbitrajes CIADI constituyen un intento por parte de COP y XOM de conjurar del éter presuntos incumplimientos de tratado, para así evadir los resultados adversos generados por mecanismos contractuales que estas propias compañías diseñaron y negociaron.

La "perspectiva diferente" de las compañías respecto a la santidad

---

230 Declaración del portavoz de XOM David Eglinton citado por Curriden, *op. cit.*

231 "BP, Chevron, Total, ENI de Italia, Sinopec de China y Statoil todas negociaron compromisos ... [y] aceptaron nuevos términos como accionistas minoritarios, subordinados al régimen de Chávez. Solamente ConocoPhillips se unió a ExxonMobil en su negativa y partió" (Coll, *op. cit.*: 425).

de contratos también se pone de manifiesto cuando se considera su propia adhesión y respeto a los términos de acuerdos que **efectivamente firmaron**. Considérese el siguiente ejemplo (que ha tenido amplia difusión, en vista de que es un episodio clave en un capítulo del *best-seller* periodístico que Steve Coll escribiera acerca de los negocios de XOM en todo el mundo). Tras la nacionalización de los intereses de XOM en el proyecto Cerro Negro, XOM y PDVSA acordaron cooperar en la recompra de todos los bonos del proyecto que aún estaban en circulación, para liberar fondos pertenecientes a ambas compañías que se encontraban en cuentas controladas por el Fideicomisario de Valores de los bonos.[232] PDVSA fondeó la recompra en su totalidad, y XOM recibió las sumas correspondientes. Pero PDVSA, en cambio, no recibió nada porque, a sus espaldas, XOM había tramitado una solicitud *ex parte* de embargo judicial del dinero contenido en las cuentas de PDVSA CN en Nueva York. La notificación del embargo tuvo lugar el 28 de enero de 2007 a las 4:10 pm (45 minutos antes de que el Acuerdo de Terminación entre las partes se volviera efectivo), "a pesar de la representación explícita que los partícipes de Mobil en el Acuerdo de Terminación hicieran respecto a la no existencia de orden alguna que pudiera prevenir la consumación de las transacciones".[233] Poco tiempo después de este sorpresivo golpe de mano en Nueva York, XOM se movió para obtener una orden global de congelamiento de activos en la Corte Superior de Londres y embargos judiciales sobre activos de PDVSA en cortes de los Países Bajos, Curaçao y las Antillas Neerlandesas, todos ellos sobre una base *ex-parte*.[234] Los fondos embargados de PDVSA CN en Nueva York habrían de permanecer congelados hasta principios de 2012, cuando fueron liberados para liquidar (en parte) el laudo XOM CCI.

La noción de que todo se vale en la guerra y el amor y –a los ojos de ciertos petroleros, cuando menos– en la presunta defensa del valor para el accionista, es aún más evidente en el notorio caso de la evasión

232 Véase Coll, *op. cit.*: 429-434.

233 *Proceso de Embargo en Nueva York*, "Memorandum of Law of Defendant PDVSA Cerro Negro S.A. in Opposition to Motions to Confirm December 27, 2007 Order of Attachment and January 8, 2008 Order of Supplementary Attachment": 16-17.

234 La orden de congelamiento en Londres fue levantada, pero las demás solamente se levantaron con la conclusión del caso XOM CCI.

por parte de XOM del pago de regalías en ciertos prolíficos arrendamientos localizados costa afuera en aguas bajo la jurisdicción del estado de Alabama. A lo largo de un prolongado y retorcido proceso judicial, el estado de Alabama acusó a XOM de "haber tomado la decisión fraudulenta de tergiversar y suprimir de manera continua el hecho de que estaba liquidando menos regalías de las que debía, en la esperanza y expectativa de que este incumplimiento pasaría desapercibido y, por lo tanto, no rectificado, por el Estado".[235] A fin de cuentas, tras un par de iteraciones, la Corte Suprema de Alabama determinó que XOM no era responsable de fraude, sino solamente de incumplimiento de contrato derivado de su interpretación de ciertas cláusulas en los arrendamientos, notablemente aquéllas relacionadas con el neteo de costos deducibles permitidos.[236] La manera en que XOM interpretó estas disposiciones de neteo de costos (descrita aquí en palabras de la juez Tracy McCooey, quien estuviera a cargo de la controversia la segunda vez que ésta fue a juicio) debería resonar entre lectores que, para este momento, ya deben estar familiarizados con la peculiar perspectiva de XOM respecto a las cláusulas de limitación de responsabilidades en los AAs venezolanos:

Aunque Exxon sabía que no tenía un fundamento legítimo para decir

---

235 Este caso giró en torno a acusaciones de incumplimiento de contrato y fraude contra Exxon por parte del Departamento de Conservación y Recursos Naturales de Alabama, e involucraba la interpretación de disposiciones para el pago de regalía en tres bloques productores en Mobile Bay. El 19 de diciembre de 2000, un jurado encontró culpable de los cargos a Exxon y otorgó 87,7 MMUS$ a Alabama en compensación por las regalías evadidas y US$3,4 mil millones como daños punitivos. La Corte Suprema de Alabama anuló el veredicto por cuestiones técnicas (no admisibilidad como evidencia de una opinión legal privilegiada) y ordenó un nuevo juicio, en el cual un jurado otorgó 63,6 MMUS$ por incumplimiento de contrato y US$11,8 mil millones como daños punitivos. La Corte encargada del caso redujo los daños punitivos a US$3,5 mil millones. XOM apeló el veredicto en la Corte Suprema de Alabama, la cual en 2007 declaró improcedente tanto el veredicto de fraude como los consecuentes daños punitivos.

236 La corte concluyó que la interpretación de XOM de ciertos términos en el contrato de arrendamiento (todos relacionados con cuestiones de medición) era la correcta. Falló a favor de Alabama en todas las demás cuestiones de interpretación del contrato, incluyendo las de neteo de costos. Véase *Exxon Corp. v. Department of Conservation and Natural Resources, 859 So. 2d 1096 (Alabama 2002)*, "Supreme Court of Alabama Opinion" (disponible en http://www.alabamaappellatewatch.com/Exxon%20v.%20Alabama. pdf).

> que "perforar de hecho pozos en el área bajo arrendamiento" se podía "interpretar" en el sentido de perforar un pozo en cualquier lugar del área bajo arreglo de unificación, esto fue justamente los que hizo Exxon ... A pesar de que muchos ... gastos no eran ni siquiera discutiblemente "gastos directos incurridos al perforar de hecho pozos en el área bajo arrendamiento", Exxon sugirió que, dado que no estaban "expresamente excluidos", estos gastos podían de alguna manera ser incluidos en el costo de perforar un pozo en el área bajo arrendamiento[237] ... Tomó la posición de que un pozo perforado en otra área bajo arrendamiento era un pozo perforado en esta área bajo arrendamiento; y que construir algo más, en algún otro sitio, era parte de los gastos directos de perforar de hecho un pozo en esta área bajo arrendamiento. Exxon no informó al Estado de su posición. En lugar de ello, simplemente retuvo las regalías ... como si de hecho hubiera incurrido los gastos relevantes en perforar los pozos en el área bajo arrendamiento, y reportó al Estado sobre la base de la regalía reducida ... en las dos áreas bajo arrendamiento sin pozos perforados.[238]

Muy instructiva también para comprender la manera en que XOM aborda los procesos judiciales fue la evaluación que hiciera la juez McCooey del comportamiento de XOM durante los dos juicios (y numerosas audiencias asociadas):

> Esta Corte se siente obligada a marcar la naturaleza indignante del mal comportamiento de Exxon, que se desvía bruscamente del apego de buena fe a las reglas de descubrimiento judicial y a lo que la Corte considera como prácticas justas y razonables ... El expediente está muy claro. Y es atroz. Exxon hizo trucos con las solicitudes de descubrimiento del Estado, desafío los términos de la orden judicial de esta Corte, renegó silenciosamente de sus promesas a esta Corte, y retuvo la información requerida en su bolsillo hasta cuando le vino en gana ... usarla para atacar las bases del

237 En pocas palabras, toda suerte de costos que no tenían relación alguna con las actividades de perforación en el arrendamiento se contabilizaron como si se hubieran incurrido en el transcurso de dichas actividades.

238 *State of Alabama, Department of Conservation and Natural Resources and M. Barnett Lawley, et al., Plaintiffs v. Exxon Corporation, Defendant, Civil Action Case No. 99-2368*, Circuit Court of Montgomery Alabama, Fifteenth Judicial Circuit: 36 (disponible en http://www.cunninghambounds.com/pdf/04-03-29POSTJUDGMENTORDER.pdf).

> veredicto del jurado ... La Corte está convencida en este punto que Exxon no se sintió limitada, ya fuera por regla o por consciencia, para resistir los esfuerzos del Estado, asistidos por derecho, de investigar, divulgar y remediar su mala conducta ... Exxon ha demostrado ser incorregible en cuanto a su secretismo y sus engaños ...[239]

En vista de esta caracterización, es razonable asumir que la juez McCooey no se habría sorprendido con las tácticas judiciales a las que recurrió XOM para presionar a Venezuela a acceder a sus demandas de compensación, notablemente su búsqueda encubierta de órdenes globales de congelamiento y embargos en respaldo de extravagantes reclamaciones de daños.

No deja de ser irónico que los reclamos de daños que XOM presentó ante la Corte Superior en Londres hubieran sido calculados sin descontarlos a valor presente, dado que en 2005, XOM mismo había argumentado ante la Corte Suprema de Alabama que "el Estado ... [había] consistentemente manipulado e inflado ... [sus] cifras [de daños] en formas indefendibles", entre las cuales estaba la de "ignora[r] el valor en el tiempo de los flujos de caja a futuro [o sea, utilizando una tasa de descuento igual a cero] a despecho de ... [el] propósito ostensible de generar una comparación con un laudo punitivo que se tiene que evaluar en dólares del día de hoy".[240] ¿Y qué conclusiones han de extraerse de la gama de cálculos de daños que XOM presentara solamente en los procesos judiciales relacionados con el caso CCI ("los US$12 mil millones que calculara el Sr. Plunkett, los US $10 mil millones plasmados en el Resumen de la Posición de la Demandante en los Términos de Referencia, los US$7,6 mil millones que originalmente había calculado uno de los asesores externos de la Demandante, los US$6,45 a US$6,85 mil millones [reclamados en los alegatos finales

239 *Ibid.*: 48.

240 *ExxonMobil Corporation, Appellant vs. Alabama Department of Conservation and Natural Resources, et al., Appellee, Supreme Court of Alabama No. 1031167*, "Brief of Appellant ExxonMobil Corporation on Appeal from the 15th Judicial Circuit (Montgomery County) CV 99-2368": 129 (disponible en http://www.balch.com/files/Publication/f94cb9ae-d2a4-4fd5-99ec-13d7a316714c/Preview/Publication Attachment/36abf7be-103e-45a0-aa65-1575920a320b/HadenExxonv.Alabama%20BriefofAppellant (Exxon).pdf).

ante el tribunal CCI]”)?[241] En esta instancia, los propios abogados de XOM en el caso ante la Suprema Corte de Alabama proporcionan una orientación la mar de útil:

> el Estado [de Alabama] y sus abogados han abordado la cuestión del daño potencial de una manera totalmente carente de principios, manipulativa y leonina. Los diversos estimados de daño del Estado durante el primer juicio iban de $1,8 mil millones... a entre $650 millones y $3,75 mil millones ... y durante el segundo juicio iban de $255 millones a $930 millones ... La absurda amplitud de estos cálculos – aproximadamente $3,5 mil millones – basta por sí misma para confirmar que estas cifras son increíblemente especulativas, arrancadas del vacío y obviamente previstas para el solo propósito de exhibir cifras enormes ante el jurado en calidad de pasto para las arengas de los abogados.[242]

Es poco lo que se puede agregar a estos mordaces comentarios para calificar la conducta de XOM respecto a Venezuela, como no sea resaltar la amplitud aún más grande de los estimados de daños de la propia XOM (alrededor de US$6 mil millones, 80 por ciento más ancha a comparación de la que tanto indignó a XOM en Alabama), y la magnitud igualmente mayor de los reclamos de XOM, relativos a las “enormes cifras” que Alabama había calculado.

De todo lo anterior se deriva la conclusión de que no hay nada, ya sea en el campo de los hechos o en el del derecho, que pueda respaldar la acrítica y omnipresente aceptación, por parte tanto de actores gubernamentales como del público en general, de la premisa según la cual el motivo último de los arbitrajes que COP y XOM emprendieron contra Venezuela es la defensa del principio de santidad de los contratos. Nuevamente, estos arbitrajes se comprenden mejor como un intento de parte de estas multi-nacionales de extraer una inmensa bonanza como parte de su decisión de liquidar sus posiciones en un país cuyo desarrollo político veían con desagrado por una variedad de razones, a través del recurso de enlistar a tribunales de arbitraje para reescribir términos y condiciones que inicialmente se veían como excepcionalmente favorables para las compañías, pero que terminaron

241 *XOM CCI*: ¶3.
242 “Brief of Appellant ExxonMobil...”: 127.

pareciendo irrisorias a causa de un evento imprevisto: "la explosión en los precios del petróleo que comenzó en 2002 y que, con cierta intermitencia, continúa".[243] En efecto, las compañías quieren replantear, con el beneficio de la visión retrospectiva y sobre la totalidad de la duración en el tiempo de sus acuerdos originales, la cuestión de "cómo es que se han de distribuir los beneficios económicos de dicha explosión en los precios"[244], a pesar de que los documentos rectores de los acuerdos no dejan lugar a duda de que el gobierno venezolano tenía el derecho de apropiarse de todos los beneficios económicos allende cierto precio especificado.

Esta intentona indirecta de parte de COP y XOM para enlistar árbitros internacionales como redactores-en-retrospectiva, por más objetable que luzca en términos estrictamente jurídicos, parece hacer buen sentido económico (con todo y que no es ni barata ni tiene garantizado el éxito), dado que los costos involucrados son una fracción infinitesimal de las potenciales recompensas, mientras que los daños a los que puede dar lugar una demanda frívola o temeraria son desdeñables.[245] Lo que es más importante aún, los reclamos también están pensados para tener un efecto de demostración sobre otros países productores, en tanto que medios de transmisión de un mensaje de que sus respectivos gobiernos se la tienen que pensar muy bien antes de hacer cualquier cosa que pudiera molestar a estas compañías, afecte o no genuinos derechos adquiridos de éstas. Esta motivación se puede detectar claramente en el siguiente intercambio entre el embajador estadounidense a Kazajistán y un representante de XOM, durante una coyuntura particularmente tensa de las conversaciones en torno a una

---

243 *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Liability Dated 14 December 2012*: ¶6 (disponible en http://italaw.com/sites/default/files/ case-documents/italaw1094_0.pdf).

244 *Ibid.*

245 El arbitraje XOM CCI costó al demandante 25 MMUS$ (*XOM CCI*: ¶868), mientras que COP gastó 6 MMUS$ en su propio caso, mucho más corto y sencillo, ante la CCI (*COP CCI*: ¶318). Véase también Sarah Anderson, Manuel Pérez-Rocha, Rebecca Dreyfus, y J. Alejandro Artiga-Purcell, *Mining for Profits in International Tribunals: How Transnational Corporations Use Trade and Investment Treaties as Powerful Tools in Disputes Over Oil, Mining, and Gas (Updated November 2011)*, Washington D.C., Institute for Policy Studies, 2011 (disponible en http://www.ips-dc.org/files/3936/Mining_for_Profits_November_2011_FINAL-2.pdf).

posible re-estructuración del Contrato de Producción Compartida ("CPC") para el proyecto Kashagan:

> La directora de Relaciones Gubernamentales y Asuntos Públicos de ExxonMobil Kazakhstan, Patricia Graham ... dijo al Embajador el 11 de enero [de 2008] que ExxonMobil no cambiaría su posición. ExxonMobil es una operación de alcance global, dijo ella, y no puede darse el lujo de crear un precedente en Kazajistán que le afectará luego en otro lado. Ella dijo que había habido progreso en otros asuntos, pero no en la cuestión de establecer un valor justo de mercado para una participación accionaria mayor por parte de KMG [KazMunaiGas]. Graham indicó que ExxonMobil no tenía ideas nuevas que ofrecer y que esperaba "duras negociaciones".[246]

Pero si bien puede ser cierto, en términos económicos y a una escala micro (o sea, a nivel de compañías individuales), que estos arbitrajes muestran un balance relativamente favorable de riesgo/recompensa, desde un punto de vista político y a una escala macro, las cosas lucen considerablemente más problemáticas.

A manera de conclusión: el mensaje de los arbitrajes venezolanos

En 2006, poco antes de que la migración de las asociaciones diera comienzo en Venezuela e inaugurara así la actual era de mega-arbitrajes, Joshua Robbins loaba "la dramática proliferación de tratados bilaterales de inversión", la cual en su opinión había hecho mucho para atenuar "el conflicto entre países desarrollados exportadores de capital y países en vías de desarrollo e importadores de capital". Robbins atribuía este saludable efecto en parte al hecho de que los "tratados de inversión modernos típicamente confieren el poder a inversionistas extranjeros de hacer respetar sus propios derechos generados por el tratado por la vía de iniciar procesos de arbitraje internacional directamente contra el país anfitrión". Sin embargo, Robbins también reconocía que este

246 Cable 08ASTANA56 (confidencial) fechado 11 de enero de 2008, "High-level Kashagan Talks Scheduled In Astana for January 13": ¶5.

sistema "había dado lugar a un número creciente de reclamos bastante creativos por parte de inversionistas".[247]

Para cuando Robbins estaba escribiendo estas líneas, estos reclamos creativos –que involucraban una variedad de actividades económicas e industrias– ya estaban dando lugar a tensiones y anomalías que colocaban al sistema global para la protección de inversiones bajo cierta tensión.[248] Sin embargo, los niveles de tensión derivados de la creatividad jurídica en los casos de COP y XOM contra Venezuela –la cual se ha puesto en evidencia en este trabajo– son de escala muy distinta, debido a la magnitud misma de los reclamos. De hecho, en términos de la solidez y viabilidad misma del sistema de resolución de disputas, estos reclamos simplemente son demasiado grandes –por no hablar de enclenques– como para que las demandantes pudieran obtener un resultado que satisficiera aunque sea una mínima parte de sus pretensiones. En este momento, los estados todavía parecen estar reconciliados con la idea de que, por una variedad de razones de índole práctica y técnica, el sistema está sesgado objetivamente en contra de ellos.[249] Sin embargo, se ve difícil que muchos estados continúen tolerando esta situación en caso de registrarse laudos monetarios sin precedentes a favor de las demandantes en casos como éstos.

Las disputas legales y renegociaciones contractuales que han involucrado a países como Argelia, Kazajistán, Rusia y Venezuela son una consecuencia directa del comportamiento del mercado petrolero del año 2000 en adelante. La explosión en los precios del petróleo reveló la vacuidad de predicciones como la de Michael Klein, en el sentido de que una abundancia de suministros inevitablemente se materializaría tras la adopción a nivel global de políticas petroleras ultra-liberales. Los resultados asimétricos y calamitosos desde el punto de vista fiscal, incorporados en ciertos contratos, se volvieron sencillamente intolerables cuando los precios se fueron al alza. En el caso de Venezuela, por ejemplo, en vísperas de la reinstauración de la tasa de regalía estatutaria para los proyectos de mejoramiento del Orinoco (octubre de 2004), el ingreso fiscal devengado de estos proyectos era tan insignificante

247 Joshua Robbins, "The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties", *University of Miami International and Comparative Law Review*, 13 (403): 474.

248 George Kahale, III "Is Investor-State Arbitration Broken?...": 16-18.

249 Véase George Kahale, III, "A Problem in Investor/State Arbitration..."

–un gran total de US$0.25 por barril– que, aún cuando el precio del crudo en el mercado internacional ya había alcanzado niveles récord, el cese de operaciones en todos las plantas de mejoramiento en activo en ese momento no habría tenido ningún impacto discernible sobre las finanzas públicas venezolanas. De igual forma, en Kazajistán, como resultado del aumento incontrolable en los costos del proyecto Kashagan, la perspectiva del gobierno era la de recibir la catastrófica proporción de 2 por ciento del crudo producido a lo largo de cuando menos la primera década de operaciones comerciales (después de una demora en el comienzo de las mismas de cuando menos 8 años, de paso), de una producción total que se suponía alcanzaría 1,5 millones de barriles por día en el pico.[250]

A la luz de este tipo de situaciones, no resulta sorprendente que gobiernos como éstos hayan decidido hacer acopio de sus recursos limitados (en el plano financiero pero aún más en el plano gerencial) para re-estructurar el legado de proyectos existentes, ya que ningún proyecto nuevo podía ofrecer beneficios remotamente comparables a los que se podían obtener del rebalanceo de acuerdos escandalosamente disparejos, durante una coyuntura de precios extraordinariamente altos. En el caso específico de Venezuela, como ya se ha visto, la re-estructuración de los AA involucraba proyectos cuyas autorizaciones incluían condiciones que especificaban que el Estado se reservaba la totalidad de sus poderes soberanos. Pero re-estructuraciones igualmente obligatorias también han estado a la orden del día aún en los casos de muchos contratos, licencias o concesiones que no contemplaban salvaguardas explícitas de prerrogativas soberanas.

Considérese la siguiente declaración, que hiciera el detentador de una importante concesión sujeta a una iniciativa de "migración" notablemente similar, tanto en su concepción como en su ejecución, a la de Venezuela:

---

250 "En la renegociación, la subsidiaria de la compañía petrolera estatal en el proyecto duplicó su participación accionaria, se asignó al gobierno una nueva "participación prioritaria" en la producción de crudo antes del cálculo de costos, y se introdujeron nuevos mecanismos de control y programación de costos para ayudar a prevenir futuros incrementos en costos y demoras" (George Kahale, III, "The Uproar Surrounding Petroleum Contract Renegotiations", *Oxford Energy Forum*, agosto 2010, número 82: 5).

> [El concesionario] ha llegado a un acuerdo con el ... Gobierno. El acuerdo **modifica y aumenta los impuestos a los ingresos** bajo la ... concesión hasta su expiración en 2012 [y] el gobierno habrá de recibir un **20% de las ganancias** [hasta este momento, el gobierno no había tenido ningún derecho de participación en las ganancias]. Simultáneamente, la concesión habrá de extenderse hasta el 2042 ... [y el] Gobierno habrá de incorporarse [al consorcio que explota la concesión] con una **participación accionaria del 20%** a partir del 2012, y **por la cual no tendrá que hacer pago alguno**.
>
> [El Concesionario] ha encontrado muy objetable negociar acerca del acuerdo existente **bajo la presión de nueva legislación**, pero encontró prudente aceptar una solución integral que debe asegurar un desarrollo apropiado de los yacimientos de crudo y gas en cuestión, tanto desde el punto de vista económico como de la sociedad, inclusive a partir de 2012.[251]

Estas medidas, las cuales en su conjunto llevaron la participación fiscal sobre el ingreso bruto generado por la concesión de 41 por ciento (para el período 2000-2003) a 66 por ciento (para el período 2004-2011),[252] fueron adoptadas a menos de siete meses de que la legislatura solicitara al ejecutivo un informe donde se "esbozaran las posibilidades de ... asegurar que el Estado obtenga una proporción mayor del valor derivado de la presente y futura explotación de los recursos de petróleo y gas".[253]

A primera vista, esta cadena de eventos parecería ser un buen ejemplo del "efecto demostración" que las medidas fiscales instru-

---

251 Mærsk Oil, *Oil Activities in the North Sea - Taxation and Concession*; boletín de prensa fechado 30 de septiembre de 2003 (disponible en http://www.maerskoil.com/ Media/NewsAndPressReleases/Pages/ OilActivitiesintheNorthSea-TaxationandConcession.aspx)

252 Preben Joker Thorsen, "'Denmark: Changes in Tax Regime' Danish Underground Consortium (DUC). The North Sea Agreement 2003". Presentación al *23rd International Tax Conference,* 31 octubre–1 noviembre, 2012 Oslo, Noruega (disponible en http://www.npf.no/getfile.php/konferanser/ offentlig/ Denmark%20- %20changes%20in%20tax%20regime.pdf): 7.

253 Minister for Economic and Business Affairs, Denmark, *Report to the Danish Parliament on the North Sea October 2003*: 2 (disponible en http://www.ens.dk/en-US/OilAndGas/Licences/AgreementMoeller/ Documents/Report_parliament.pdf).

mentadas en Venezuela durante el período 2004-2008 han tenido alrededor del mundo. Las apariencias engañan, sin embargo. De hecho, la re-estructuración de esta concesión en particular tuvo lugar cuando la explosión de precios apenas estaba en sus comienzos (2003), mucho tiempo antes de que el gobierno venezolano reinstaurara la tasa estatutaria de regalía para los proyectos del Orinoco. Más aún, a cargo de dicha re-estructuración estuvo el gobierno de un país al cual de ordinario no se considera como uno de los portaestandartes del radicalismo. La concesión en cuestión era la que detentaba el Dansk Undergrunds Consortium (DUC), otorgada originalmente el 8 de julio de 1962 a A.P. Møller–Mærsk A/S para la exploración y producción de hidrocarburos a todo lo largo del territorio de Dinamarca.

Es un hecho altamente significativo que haya sido un gobierno de coalición de corte liberal-conservador quien desencadenara la ronda de re-estructuraciones derivadas del auge en los precios del petróleo después del año 2000, ya que esto deja en evidencia el grave defecto que aqueja a las demandas que las compañías petroleras internacionales han entablado contra Venezuela y otros estados. En una nuez, dichas demandas se basan sobre la negación a estos estados del ejercicio de prerrogativas soberanas de las cuales son celosos guardianes los propios gobiernos de los países de origen de compañías como COP, XOM, Total, RD/Shell, BP, Eni, y Mærsk. Considérese el siguiente ejemplo: en el Reino Unido, en 1993, las regalías se abolieron en definitiva y se otorgó una exención del pago de PRT a todos los yacimientos cuyo desarrollo se hiciera a partir de ese año, con lo cual dichos yacimientos pasaron a disfrutar de un régimen fiscal idéntico al de una panadería o un taller mecánico. Esta situación se mantuvo hasta el año 2002, cuando el gobierno británico decidió introducir un Cargo Suplementario de 10 por ciento, adicional a la tasa de Impuesto sobre la Renta Corporativo aplicable a las ganancias, acotadas estatutariamente (*ring-fenced*), provenientes de las actividades de exploración y producción de petróleo. En otras palabras, por un espacio de casi 10 años, el gobierno británico aceptó recibir nula compensación patrimonial a cambio de permitir la explotación de ciertos recursos que pertenecían a la Corona (es decir, que a pesar de que las empresas encargadas de dicha explotación recibían ingresos generados en parte de la liquidación de un patrimonio no renovable de la Corona, el único gravamen que dichas empresas tenían que pagar era el impuesto corporativo sobre

la renta, como cualquier negocio "ordinario"). Sin embargo, siempre quedó absolutamente claro que esta situación podía cambiar, dado que "ningún gobierno británico renunciaría a sus derechos soberanos en el área fiscal para hacer los ajustes que considerara necesarios".[254] Subsecuentemente, ajustes al alza en el régimen fiscal efectivamente tuvieron lugar: el Cargo Suplementario se aumentó al 20 por ciento en 2006 y de nuevo al 30 por ciento en 2011, y desde 2008, la tasa del impuesto sobre la renta para actividades de E&P de petróleo y gas se ha mantenido en 30 por ciento, aún cuando la tasa general de dicho impuesto se ha reducido progresivamente a 21 por ciento. Estos cambios se han adoptado a la sola discreción del gobierno británico y, huelga decirlo, sin ninguna consulta formal previa con las partes afectadas.[255]

Los sucesivos aumentos en el Cargo Suplementario escandalizaron a las compañías con actividades en el mar del Norte, entre otras cosas porque no tenían defensa legal alguna en contra de ellas.[256] Entre las agraviadas se encontraba Mærsk Oil, pero sus vigorosas protestas contra las medidas fueron inútiles, como también lo fueron las que hiciera en contra de la re-estructuración de la concesión DUC en Dinamarca (cuya designación oficial es Acuerdo del Mar del Norte de 2003).[257] En marcado contraste, Mærsk y su socia Anadarko pudieron desafiar un impuesto argelino a las ganancias extraordinarias (el *Taxe sur les*

---

254 Alexander Kemp, "A Tax Reprieve for the North Sea?", *FT Energy Economist*, septiembre 1988 (203): 24.

255 Véase H.M. Revenue and Customs, *Corporation Tax Rates* (disponible en http://www.hmrc.gov.uk/rates/corp.htm).

256 El tono de sus quejas y argumentos se retrata bien en la evidencia escrita compilada en conexión con las audiencias que sostuviera el House of Commons Scottish Affairs Committee *(Effects of Tax Increases on the Oil Industry. First Report of Session 2007–08 Report, Together with Formal Minutes, Oral and Written Evidence*, *HC 35, Incorporating HC 1326-i to iii, Session 2005–06;* disponible en http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmscotaf/35/35.pdf).

257 Véase "Letter to the Chairman from Mærsk Oil North Sea UK Limited", en *ibid.*: EV42. Mærsk alegó que el aumento en impuestos del que se estaba quejando "mermaría valor significativo a cualquier inversión reciente en petróleo y gas en el Reino Unido por parte de un comprador de activos. En el caso de Mærsk Oil esta merma sería de aproximadamente US$0,42 mil millones (GBP 0,25 mil millones) ó 15% del valor de una inversión montante en US$2,95 mil millones (GBP 1,75 mil millones)" (*ibid.*: EV43).

profits exceptionnels, "TPE"), promulgado en agosto de 2006. Su éxito es atribuible ante todo al hecho de que, gracias a la existencia de un TBI Argelia-Dinamarca, y a la cláusula de arbitraje en el CPC de estas empresas con Sonatrach (la petrolera estatal argelina), Mærsk y Anadarko pudieron entablar simultáneamente un par de demandas mil-millonarias en tribunales internacionales de arbitraje (la una por violación de tratado y la otra por incumplimiento de contrato, en una estrategia bifronte similar a la que persiguió XOM contra Venezuela y PDVSA), en lugar de tener que resolver la controversia en cortes argelinas.[258]

Los efectos económicos de la migración de la concesión DUC, por un lado, y del TPE, por el otro, no eran muy diferentes (aunque la carga del TPE era más pesada, lo cual no es extraño, dada la mayor productividad de los yacimientos de petróleo y gas argelinos). Esta similitud se extiende al plano político, desde luego, ya que a primera vista es difícil aprehender cómo es que una de estas dos medidas puede ser considerada como un ejercicio legítimo y no disputable de los poderes de orden público de un estado soberano, mientras que la otra presuntamente era un acto contrario al derecho internacional. Esta reflexión lleva aparejada una pregunta obvia: ¿si Sonatrach hubiera formado parte de la concesión DUC cuando ésta fue re-estructurada, habría podido iniciar un arbitraje contra el gobierno danés bajo los auspicios del TBI Argelia-Dinamarca? La respuesta a esta interrogante, sobre la base de los dos casos entablados por Vattenfall contra el gobierno alemán, parecería ser afirmativa. Pero, desde luego, los signatarios daneses de este TBI nunca se preocuparon en demasía respecto a una eventualidad de esta naturaleza, por la sencilla razón de que esperaban que todos los flujos de inversión que el tratado protegería habrían de ir en una sola dirección (amén de que una entidad estatal danesa no podría haber firmado un CPC en el cual diera garantías contra las medidas soberanas que pudiera tomar su gobierno). Este aspecto del TBI Argelia-Dinamarca es totalmente representativo de los TBIs en general, y es allí justamente donde radica el problema: la única cosa que siempre se supuso que los TBIs habían de tener de bilateral era el

258 *Mærsk Olie, Algeriet A/S v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No. ARB/09/14);* véase también cable 10ALGIERS104 (confidencial) fechado 4 de febrero de 2010, "Anadarko Vs. Sonatrach -- Update On Their International Arbitration Case".

nombre, porque el *ethos* de todo el andamiaje y estructuras del sistema internacional de resolución de disputas entre inversionistas y estados es limitar la capacidad de maniobra y toma de decisiones de los gobiernos, **pero solamente en ciertos países**. En una nuez, la proliferación de TBIs ha dado lugar a una situación en la cual el rasgo esencial de la soberanía estatal –ser la unidad superior de decisión y acción en un territorio dado, no sujeta a la voluntad de ninguna instancia superior ("el poder supremo de promulgar y derogar leyes ... es decir, de dar leyes a todos y cada uno y recibirlas de nadie", en la clásica expresión de Bodino)– continúa siendo aplicable para ciertos gobiernos, pero no para otros.[259]

El análisis de los TBIs desde un punto de vista jurídico ha provocado el derramamiento de ríos enteros de tinta, pero no viene demasiado al caso en esta sección, la cual –para parafrasear a Keynes– "concierne ... no tanto a la justicia del tratado ... como a su sensatez y sus consecuencias".[260] Y por lo que toca al estado tanto de la industria petrolera como del mercado en la actualidad, la principal consecuencia derivada de las dos décadas durante las cuales ha prevalecido una estructura de gobierno centrada en TBIs parecería ser una escasez global de oportunidades de inversión que involucren otra cosa que no sean prospectos inferiores o difíciles, y que claramente se pone de manifiesto por la vía de precios muy altos para el petróleo. Hasta cierto punto, ésta es una consecuencia del hecho de que un número creciente de países ha tenido que seguir enfocando su atención, recursos y esfuerzos a la re-estructuración y la renegociación (y su inevitable comparsa, la litigación), lo cual a su vez se ha traducido en una reducción en el número de proyectos en vías de tramitación y desarrollo en algunos de estos países, e inclusive ha llevado a la exclusión de algunas compañías de áreas altamente prospectivas. Hay otros lugares donde no ha ocurrido re-estructuración alguna (y ni siquiera es probable que ocurra) pero, aún en esas casos, los flujos de inversión también se han visto afectados, si bien por causa de las calamitosas consecuencias económicas y políticas derivadas del relajamiento de términos fiscales en países para

259 "*[J]ubendae ac tollendae leges summa potestate ... scilicet universis ac singulis civibus leges dare, a civibus accipere nunquam*".

260 John Maynard Keynes, *The Collected Writings of J.M. Keynes. Vol. 2: The Economic Consequences of the Peace* (Londres, The Royal Economic Society, 1971): 40.

quienes, como Silvan Robinson lo expresara tan bien, los costos de administración de la industria "incluyen el costo de mantener a todo el país andando".[261] Así, el hecho de que el año 2011 fuera el primero en la historia en el cual el precio promedio del crudo excedió los 100 US$/B es una prueba fehaciente de que, como Keynes advirtiera en vano, "[h]ay ... argumentos, que ni los más obtusos pueden ignorar, en contra de la política de diseminar y alentar la ruina económica de los ... países".[262]

¿Pero acaso esta advertencia se ha vuelto irrelevante a causa de la revolución en curso –totalmente inesperada, pero no por ello menos bienvenida– que representa la explosión de la producción de gas y crudo a partir de esquistos bituminosos en Norteamérica (una revolución que seguramente habrá de extenderse a otros países)? Después de todo, a pocos años de haber dado comienzo, esta revolución ya ha transformado radicalmente tanto al mercado de gas natural –el cual ha pasado de una situación de inminente carestía a una de excedentes de suministros– como al mercado petrolero –donde los flujos de crudo de importación se han contraído significativamente– de ese país. Sin embargo, los altísimos costos variables de producción de los hidrocarburos no convencionales hacen que su producción dependa no solamente de precios persistentemente altos, sino también de la prevalencia de cierta estabilidad en el mercado petrolero mundial (de lo contrario, la volatilidad extrema de precios puede causar estragos en los estados financieros de compañías con una fuerte exposición a las actividades de hidrocarburos no convencionales). Estas condiciones necesariamente continuarán generando rentas muy grandes en provincias petroleras convencionales donde los costos de producción sean moderados o bajos. Y cualquier intento de negar a los dueños de los recursos el derecho de recolectar dichas rentas hará más difícil –y no más fácil– que la producción de crudo y gas le siga el paso de una demanda mundial en crecimiento, de una forma que permita que los precios se mantengan en niveles tales como para que puedan emerger

261 M. Silvan Robinson, "Real Cost Base of Oil Isn't What You Think", *Petroleum Intelligence Weekly*, 3 de abril de 1989: 6.

262 Keynes, *op. cit.*: 187. En este pasaje, Keynes habla solamente de "grandes" países, como la Alemania Guillermina (de allí la elipsis), pero los eventos en Venezuela demuestran que arruinar a países más pequeños y menos ricos también es una pésima idea.

de la pobreza millones de consumidores en países en desarrollo (y otros millones de consumidores en países desarrollados puedan continuar disfrutando de los estándares de vida a los que se han acostumbrado). Simplemente, al igual que la imposición de gravámenes sin representación política es un sinónimo de tiranía, la pretensión de obtener acceso a recursos naturales sin pagar impuestos es una receta segura de parálisis política, litigios sin fin y obstáculos continuos en el camino de una inversión y producción oportunas. Más allá de su sed insaciable por gas natural y petróleo abundantes y baratos, y a despecho de la tendencia que tienen los ejecutivos petroleros de hablar de una sucesión infinita de prospectos atractivos de inversión (especialmente prospectos no convencionales, de un tiempo para acá), tanto las compañías petroleras como los gobiernos de los grandes países consumidores (pero especialmente estos últimos) necesitan hacerse a la idea de que los dueños de recursos naturales tienen que ser remunerados con un precio justo y que, además, no se les puede negar la prerrogativa soberana de imponer gravámenes a las ganancias extraordinarias. Después de todo, como bien dijera el Canciller del Erario Público George Osborne cuando los voceros parlamentarios de las compañías petroleras lo increparon a explicar tanto la justicia como la sabiduría de aumentar los impuestos a la producción de petróleo y gas en Gran Bretaña en 2011: "vale la pena tener en mente que este petróleo y gas no es de ellos. Es de nosotros, como nación".[263]

263 *Transcript, The Rt. Hon. George Osborne MP … Oral Evidence taken before the Treasury Committee on Tuesday 29 March 2011.*

CARTA DEL BUFETE CURTIS, MALLET-PREVOST, COLT & MOSLE LLP A LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Georges Kahale, III

8 de septiembre de 2013

Rt. Hon. Justice Sir Kenneth J. Keith, K.B.E.
Prof. Georges Abi-Saab Maître Yves Fortier, Q.C.

Re: *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf of Paria B.V. v.República Bolivariana de Venezuela,*
Caso CIADI N°ARB/07/30

Estimados Miembros del Tribunal:

Hemos revisado cuidadosamente la Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, de fecha 3 de septiembre de 2013 (la "Decisión"), y por supuesto estamos de acuerdo con ciertas determinaciones y conclusiones importantes que fueron hechas por los tres miembros del Tribunal en forma unánime. Por ejemplo, es difícil argumentar en contra de la conclusión unánime del Tribunal que no existe jurisdicción bajo el Artículo 22 de las Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, una conclusión que excluye la extraña reclamación por US$ 10 mil millones de la casa matriz, ConocoPhillips Company, por supuestas pérdidas de créditos fiscales en EE.UU., que indudablemente hubiera sido rechazada aún si hubiese existido jurisdicción. Asimismo, creemos que la conclusión unánime de los tres árbitros respecto a que todas las medidas fiscales tomadas por la República estaban cubiertas por el Artículo 4 del tratado bilateral de inversiones entre los Países Bajos y Venezuela (el "Tratado Holandés"), y por ende excluidas de este caso, se encuentra bien fundada. Notamos también que esas medidas no discriminatorias y razonables no hubiesen dado lugar

a reclamación alguna, incluso si el Artículo 4 no hubiese resultado aplicable, ya que formaban parte del ejercicio perfectamente legítimo de los poderes soberanos del Estado.

Sin embargo, lamentamos tener que informar al Tribunal que nos cuesta entender la parte de la Decisión en la que la unanimidad del Tribunal se quebró, en particular la determinación por dos de los tres miembros sobre la cuestión de la buena fe de las negociaciones sobre compensación por la nacionalización de 2007. El punto de vista de los dos árbitros sobre esta cuestión se basa principalmente sobre ciertos malentendidos que explicamos abajo y resulta insostenible desde un punto de vista fáctico y jurídico. De hecho, mientras todos sabían que el monto de compensación por la nacionalización de 2007 se encontraba en disputa, la buena fe de la República en las negociaciones sobre compensación no fue nunca ni siquiera cuestionada por las Demandantes.

Esperamos recibir la opinión del Profesor Abi-Saab, pero mientras tanto queremos solicitar una audiencia para abordar específicamente la cuestión de la negociación de buena fe y la relevancia de las fórmulas de compensación acordadas al inicio de los proyectos Petrozuata y Hamaca como condiciones fundamentales para su autorización. Dicha audiencia es esencial para la etapa de la cuantía y necesaria por razones de debido proceso. Una cuestión tan importante como ésta sobre la que este Tribunal no fue unánime no debería decidirse excepto sobre la base de un expediente completo respecto a los hechos y los principios jurídicos que sean claros para todos, lo que no ocurre en este momento.

Con respecto a la cuestión de la negociación de buena fe, señalamos lo siguiente para el expediente:

1. La decisión de la mayoría se basa enteramente en la afirmación de que la República no negoció una compensación de buena fe, lo que a su vez se basa en lo que la mayoría considera falta de evidencia sobre la posición de la República en las negociaciones sobre compensación. Al mismo tiempo, el Tribunal ha querido expresamente "destacar" al final de la Decisión que "en esta etapa, no arriba a conclusión alguna respecto de la importancia, en su caso, de las fórmulas de compensación incluidas en los Convenios de Asociación de Petrozuata y Hamaca a los efectos de la determinación del *quantum* de la

compensación en el caso que nos ocupa" (párrafo 402). No entendemos cómo es posible determinar que la República no negoció de buena fe cuando la relevancia de las fórmulas de compensación en el análisis del valor justo de mercado todavía ni siquiera ha sido decidida. Si esas fórmulas son de hecho relevantes, y la voluminosa evidencia que ni siquiera fue abordada en la Decisión demuestra que ciertamente lo son,[1] ¿entonces cómo puede sostenerse que la República actuó de mala fe por haber ofrecido un monto que, de acuerdo a las propias Demandantes, excede el monto resultante de dichas fórmulas? E incluso si finalmente se determinara que las fórmulas por algún motivo son irrelevantes pese a toda la prueba en contrario en este caso, ¿cómo puede traducirse eso en una determinación de mala fe? Con todo respeto, simplemente no hay forma de reconciliar la

---

1 *Ver* **Ap. R-92**, Autorización Petrozuata, Condición Décima Sexta ("En el Convenio de Asociación serán incluidas previsiones que permitan a Maraven compensar . . . a las otras partes . . . todo ello, sin menoscabo del derecho soberano a legislar, inherente a la existencia misma de los poderes legislativos nacionales, estatales y municipales.") y Condición Décima Octava ("En ningún caso comprometen por sí solos la responsabilidad de la República de Venezuela, la cual sólo podría surgir en caso de que tal responsabilidad sea asumida mediante un acto expreso válido de sus autoridades."); **Ap. C-67**, *Estrategia para Venezuela*, Equipo de Gestión Estratégica Conoco Venezuela, enero de 1994, p. 23 ("Conoco no debería sorprenderse, si Venezuela (como otros países) encuentra alguna manera de poner un tope a la rentabilidad del proyecto."); **Ap. R-101**, Carta de David Griffith, Conoco Inc., a Joffre Rodríguez, Maraven, de fecha 8 de febrero de 1994 (proponiendo una fórmula de compensación de "escala móvil"); **Ap. R-102**, Presentación de abril de 1994 al Comité de Dirección resulte mayor entre el 25% de los daños y perjuicios actuales y el monto resultante del cálculo basado en el precio del Petróleo Crudo Brent."); **Ap. R-93**, Autorización Hamaca, Condición Décima Novena ("El Convenio de Asociación . . . no impondrán obligación alguna a la República de Venezuela o restringirán el ejercicio de sus derechos soberanos") y Condición Vigésima Primera ("El Convenio de Asociación incluirá disposiciones que permitan la compensación a los Participantes . . . . En ningún caso, se entenderá que la aplicación de estos mecanismos limita, afecta o restringe de manera alguna la potestad de los Órganos del Poder Público de adoptar medidas conforme lo establezcan la Constitución y las Leyes aplicables."); **Ap. C-110**, Presentación de Phillips de mayo de 1996, p. 43 ("No hay cláusula de estabilidad"); **Ap. C-22**, Convenio de Asociación Hamaca, Artículo XIV (disposición sobre compensación); Esqueleto de Cierre de la Demandada, pp. 9-17, 28-31.

declaración enfática en el párrafo 402 de la Decisión que el Tribunal no ha determinado el impacto de las fórmulas de compensación con la determinación afirmativa de una negociación de mala fe.

2. Como el Tribunal observó, las partes sí celebraron un Acuerdo de Confidencialidad, pero lo que el Tribunal aparentemente no recordó fue que el acuerdo sólo cubría las discusiones posteriores a noviembre de 2007.[2] La Decisión indica que el Acuerdo de Confidencialidad no impidió a la Demandada discutir ciertas ofertas de ConocoPhillips para llegar a un arreglo hechas en junio y agosto de 2007 (párrafo 400). Eso es cierto, pero ello se explica por la fecha en que el compromiso de confidencialidad entró en vigencia. Con respecto a las discusiones anteriores a ese período, la República se encontraba en libertad de responder a las alegaciones de las Demandantes y de demostrar, tomando como base las propias ofertas de las Demandantes, que tan alejada de la realidad era su pretensión en este caso, pero ni la Demandada ni las Demandantes se encontraban en libertad de divulgar las negociaciones con fines a un arreglo que tuvieron lugar con posterioridad al 27 de noviembre de 2007.[3] Eso explica la falta de testimonios sobre el progreso de las negociaciones sobre compensación con posterioridad a esa fecha. La República no puede aceptar el concepto que la no violación de la confidencialidad pueda ser tomada como prueba de mala fe. Tampoco puede la falta de evidencia bajo dichas circunstancias transformarse en una presunción o inferencia de mala fe. Esta sería una decisión muy problemática y sin precedentes bajo cualquier sistema jurídico.

---

2 La cuestión de cuándo la confidencialidad empezó a resultar aplicable surgió en el argumento de cierre durante las preguntas del Tribunal. La Demandada explicó lo siguiente: "Lo que pasó, Juez, es que redactaron el memorando de entendimiento previamente al acuerdo de confidencialidad. Decidimos introducirlo porque han dicho algunas cosas intolerables sobre nuestras posiciones en la negociación, cosas que no eran ciertas. Y de hecho cuando quisieron el Acuerdo de Confidencialidad, dejamos claro que sólo se aplicaría a partir de noviembre y esto es anterior a ello." Transcripción de la Audiencia, pp. 3705-3706 (Cierre de la Demandada).

3 **Anexo 1** (adjunto a la presente), Intercambio de correos electrónicos en enero 2008, destacando que el Acuerdo de Confidencialidad sólo resultaría aplicable a las negociaciones posteriores al 27 de noviembre de 2007

3. Parece también haber cierta confusión sobre la distinción entre las discusiones sobre la migración y las discusiones relativas a la compensación posteriores a la salida de ConocoPhillips de los proyectos en junio de 2007. ConocoPhillips alega que la República ofreció términos irrazonables para la migración, pese a que otras compañías, incluidos sus socios en los proyectos Hamaca y Corocoro, Chevron y Eni, pudieron negociar términos satisfactorios y migraron exitosamente a la estructura de empresas mixtas, aceptando los términos que ConocoPhillips terminantemente rechazó. El punto aquí no es debatir la razonabilidad de las posiciones de las partes en las discusiones sobre la migración. ConocoPhillips era libre de no aceptar la migración, pero la República tampoco estaba obligada a acomodar la migración a las pretensiones de ConocoPhillips. El rechazo a las pretensiones de ConocoPhillips durante el proceso de migración no es lo mismo que una negociación de mala fe, así como el rechazo a las demandas exorbitantes de compensación de ConocoPhillips posteriores al proceso de migración no constituye mala fe.[4]

4. Con respecto a las negociaciones sobre compensación posteriores a la salida de ConocoPhillips de los proyectos, el expediente demuestra que hubo varias reuniones sobre compensación durante un largo período, como fue confirmado por el Sr. Goff en su testimonio.[5]

---

4 La mayoría sostiene que las tres cartas enviadas por las Demandantes el 12 de abril de 2007, describiendo las discusiones en reuniones en marzo de 2007 sobre la participación de ConocoPhillips en el proceso de migración y los escenarios de compensación dependiendo de si ConocoPhillips continuaba o se iba de los proyectos, no fueron contestadas por la Demandada (Decisión, ¶¶ 380, 391, 393). Sin embargo, el mismo día siguiente, el Dr. Mommer escribió una carta que fue entregada en mano en las oficinas de ConocoPhillips en Caracas, que dispone que ConocoPhillips "ha interpretado y distorsionado nuestras conversaciones de manera tal que pone en duda si desea continuar participando del proceso" y que ConocoPhillips "está más interesado en tratar de fabricar un caso procesal que en concluir de forma satisfactoria el proceso de migración." **Anexo 2** (adjunto a la presente), Carta de Bernard Mommer, Vice Ministro de Hidrocarburos, a Albert Roy Lyons, ConocoPhillips, de fecha 13 de abril de 2007.

5 Transcripción de la Audiencia, p. 684 ("P. Ahora bien, usted también participó activamente en las negociaciones sobre compensación. ¿Verdad? R. Bueno, yo firmé un acuerdo de confidencialidad sobre --. P. Sí,

La cuestión planteada por este testimonio es: ¿Qué estaba haciendo ConocoPhillips todo ese tiempo si realmente la posición de Venezuela era tan absurda como para constituir mala fe? La única conclusión lógica del hecho incontrovertido que ConocoPhillips se mantuvo en la mesa de negociaciones por tanto tiempo es que consideraba que la República estaba negociando de buena fe, como la República lo ha hecho con todas las otras compañías petroleras internacionales y otras compañías cuyas participaciones han sido nacionalizadas. Tanto el expediente de este caso como información públicamente disponible, incluidos los arreglos alcanzados com compañías después de la audiencia de junio de 2010, dejan claro este punto.[6]

5. En la medida en que el Tribunal considere necesario ver pruebas de las negociaciones posteriores al Acuerdo de Confidencialidad, puede referirse a los informes sobre las declaraciones hechas (pese al compromiso de confidencialidad de ConocoPhillips) por ambos, el Sr. Goff, el principal negociador de ConocoPhillips, y el Sr. Lyons,

---

no quiero que revele ningún detalle. Sólo quiero saber si usted participó en esas discusiones. R. Sí, yo participé en esas discusiones. P. ¿Y tuvieron lugar durante un período prolongado? R. Sí, se desarrollaron durante un largo período."). Era el Sr. Goff, no el Sr. Lyons, como el Tribunal parece haber entendido, el principal negociador de ConocoPhillips, aunque el CEO de ConocoPhillips, el Sr. Mulva, también se reunió en varias ocasiones con el Ministro Ramírez.

6 Memorial de Contestación, ¶¶ 112-117, 274, n. 211; Dúplica, ¶¶ 238-244, 374; Trascripción de la Audiencia, pp. 336-337 (Apertura de la Demandada). En un procedimiento ante la Corte Superior de Justicia (*High Court of Justice*) de Londres relacionado con uno de los otros proyectos de mejoramiento iniciado por una subsidiaria de ExxonMobil, la Corte sostuvo: "Ha habido un cambio de gobierno desde que el Convenio de Asociación fue concluido. El nuevo gobierno está completamente en desacuerdo con la política anterior. Ha condenado a la política anterior, y hablado de la necesidad de cambiar, en términos duros. [Esto] no ha impedido la negociación de arreglos mutuamente aceptables con una vasta mayoría de las participaciones de petróleo extranjeras," y concluye diciendo "dudo que esto pueda ser adecuadamente descripto como un caso que involucra una falta de compensación." **Anexo 3** (adjunto a la presente), *Mobil Cerro Negro Limited v. Petróleos de Venezuela S.A.*, High Court of Justice, 2008 EWHC 532, párrafos 55, 137.

publicados con posterioridad a la audiencia de junio de 2010. En un cable de abril de 2008, la Embajada de los EE.UU. en Caracas reportó una conversación con el Sr. Goff diciendo:

> Según Goff, CP [ConocoPhillips] tiene dos reclamaciones básicas: una reclamación de compensación por los bienes expropiados y una reclamación por la expropiación progresiva de los bienes subyacentes. Goff dijo que la RBV [República Bolivariana de Venezuela] ha aceptado que el valor justo de mercado es el estándar para la primera reclamación. Dijo que la RBV ha dejado de utilizar el valor en libros como estándar de compensación y ha acordado utilizar una metodología justa de mercado con tasas de descuento para computar la compensación por los bienes expropiados. Sin embargo, teniendo en cuenta la reciente alza de los precios del petróleo, el valor justo de mercado de los bienes ha aumentado. En cuanto a la reclamación basada en la expropiación progresiva de los bienes, Goff dijo que la reclamación era por sobre ["on top of"] el valor justo de mercado de los bienes. CP ha propuesto un número para un arreglo y la RBV parece estar abierta a ello. Goff añadió que CP también planea incrementar el número del arreglo para la segunda reclamación debido a los aumentos recientes del precio del petróleo.[7]

Este informe no sólo demuestra que la Demandada estaba negociando un valor justo de mercado, sino que también refleja la visión de ConocoPhillips de que tenía automáticamente derecho a recibir cualesquiera beneficios de los aumentos de precios post-nacionalización con base en la presunción que la nacionalización fue ilegal, no por causa de una negociación de mala fe sino por otras razones.[8] Otro

---

7 **Anexo 4** (adjunto a la presente), Cable de fecha 4 de abril de 2008, *ConocoPhillips Informa al Embajador acerca de las Negociaciones sobre Compensación*, párrafos 4-5.

8 Como este Tribunal ha decidido en forma unánime, esa presunción era incorrecta. Excepto por la cuestión de la negociación de mala fe, la cual es negada por la declaración del Sr. Goff a la Embajada de los EE.UU. así como por los otros puntos planteados en esta carta, este Tribunal ha decidido en forma unánime que la nacionalización fue legal. Eso necesariamente implica que ConocoPhillips no tenía fundamento alguno para insistir en una valuación en cualquier otra fecha que no fuese la fecha de la nacionalización. Sin embargo, ConocoPhillips insistió en

cable de la Embajada de EE.UU. de mayo de 2008 informa sobre conversaciones con Roy Lyons, quien aparentemente estaba dando sus impresiones a la Embajada sobre las discusiones con el Dr. Mommer y otros negociadores y expresando "optimismo que puede alcanzarse un acuerdo" basándose en "las declaraciones y acciones de los negociadores venezolanos."[9] No respaldamos todo lo informado por estos cables, pero la noción que la República no negoció de buena fe porque nunca discutió un valor justo de mercado es absolutamente falsa, como ambos ConocoPhillips y el Gobierno de EE.UU. perfectamente saben.

6. La realidad es que un arreglo no pudo alcanzarse en este caso no sólo porque ConocoPhillips se negaba a reconocer las fórmulas de compensación acordadas al inicio de los proyectos de mejoramiento, sino también porque ConocoPhillips tenía su propia visión de valor justo de mercado, que incluía, además de números constantemente revisados basándose en los aumentos de precios a corto plazo, una valuación basada en un régimen fiscal que no existía, sin tomar en consideración el impuesto de extracción o el impuesto sobre la renta del 50% que todas las otras compañías estaban pagando. La República obviamente no aceptó y no podía aceptar el principio que la valuación debería basarse en un régimen fiscal único para ConocoPhillips e inaplicable al resto de la industria petrolera. Hemos notado el comentario en el párrafo 393 de la Decisión que Venezuela no sabía en aquel momento que las medidas fiscales serían excluidas del caso. Eso puede ser cierto, pero ciertamente no es cierto que la República tuviera alguna duda sobre la legalidad de esas medidas fiscales, independientemente que el Tribunal decidiera que las reclamaciones basadas en las medidas fiscales fuesen o no excluidas bajo el Artículo 4 del Tratado Holandés. Como se demostró en la audiencia, las medidas fiscales fueron no discriminatorias y no violaban ningún compro-

---

su visión errónea que le valor justo de mercado implicaba que podía beneficiarse de cualquier aumento de precios postnacionalización. "Por sobre" ["*On top of*"] eso, infló su demanda dejando de lado el régimen fiscal que resultaba aplicable a todas las otras compañías. ¿Cómo eso puede ser una negociación de buena fe y la posición de la Demandada no serlo?

9 **Anexo 5** (adjunto a la presente), Cable de fecha 23 de mayo de 2008, *Actualización sobre las Negociaciones de ConocoPhillips*.

miso de estabilidad, un punto que el Tribunal también señaló en la Decisión (párrafos 350-351). Nadie puede seriamente argumentar que, más allá de lo que pensaba ConocoPhillips sobre las medidas fiscales, la República tenía alguna duda acerca de que éstas constituían un ejercicio perfectamente legítimo de su autoridad soberana. Tampoco puede existir ninguna duda sobre la razonabilidad de la posición de la República respecto a que cualquier cálculo de un valor justo de mercado, independientemente de la cuestión de las fórmulas de compensación, debería basarse en el régimen fiscal existente al tiempo de la nacionalización y que resultaba aplicable a todas las otras compañías operando en la industria petrolera en Venezuela.[10]

7. La mayoría pareciese estar influenciada por la falta de prueba sobre el rol exacto que las fórmulas de compensación jugaron en las discusiones sobre compensación. La República no puede entender ese punto por dos razones. En primer lugar, ConocoPhillips obviamente conocía la posición de la República sobre la relevancia de las fórmulas. Es más, las Demandantes mismas nunca disputaron esta punto. Durante la audiencia, los testigos y los abogados de ConocoPhillips trataron de ofrecer una excusa acerca de las disposiciones sobre compensación, argumentando, por ejemplo, que no podían ser el remedio apropiado para conductas tales como "prender fuego a la casa,"[11] pero ningún testigo ni ningún abogado nunca dijo que la República

---

10 Las Demandantes argumentaron que la República actuó de mala fe cuando adoptó las medidas fiscales. *Ver*

Memorial sobre el Fondo de las Demandantes, ¶ 338. Ese punto fue abordado extensamente por la Demandada en sus memoriales y en la audiencia. El Tribunal dispuso en el párrafo 358 de la Decisión que las Demandantes no respondieron a nuestra revisión de los casos, y agregaron: "La representación de la Demandada aludió a esa revisióny su interpretación de los casos. Asimismo, citando autoridades pertinentes, argumentó que se presume que los funcionarios del gobierno actuaban de buena fe. La Demandada retomó la cuestión de la buena fe en las últimas rondas, cuando de otro modo la cuestión sólo era objeto de atención limitada." Las "autoridades pertinentes" a las que nos referimos, y a las cuales las Demandantes no pudieron contestar, son igualmente aplicables a las acciones de aquellos negociando compensación en representación del Gobierno.

11 Transcripción de la Audiencia, pp. 30-31, 165-170 (Apertura de las Demandantes), 736-738 (McKee).

consideraba que esas disposiciones fuesen irrelevantes. En segundo lugar, a pesar de que tampoco existe ninguna duda que, como el Sr. Goff contó a la Embajada de EE.UU., la República estaba dispuesta a considerar el valor justo de mercado de las inversiones sin tomar en cuenta las fórmulas de compensación a los fines de intentar llegar a un acuerdo amistoso de buena fe, esto ciertamente no significa que las fórmulas eran irrelevantes o que la República hubiera aceptado este punto. Un vez más, sería un resultado extraño penalizar a la parte que estaba dispuesta a mostrar flexibilidad en discusiones confidenciales y de buena fe interpretando dicha flexibilidad como una renuncia a sus derechos jurídicos bajo los términos y condiciones básicos que gobiernan los proyectos en cuestión. Como hemos señalado en nuestra carta del 28 de febrero de 2012 al Tribunal, incluso la Embajada de EE.UU. tenía conocimiento sobre la importancia y el funcionamiento de las fórmulas de compensación. Un cable de la Embajada del 18 de mayo de 2006 informó sobre el mecanismo de compensación de la siguiente manera:

> Según una socia de un bufete venezolano, las asociaciones estratégicas no tienen una base jurídica para controvertir aumentos al impuesto a la renta o al nuevo impuesto de extracción. Un ejecutivo de ExxonMobil también dijo a Petatt [Agregado de Petróleo de la Embajada] el día 17 de mayo que su firma no creía que existiera fundamento jurídico para oponerse a los aumentos de impuestos. El abogado dijo, no obstante, que cada uno de los convenios de las asociaciones estratégicas tiene alguna forma de cláusula de indemnidad que los protege contra aumentos de impuestos. En virtud de dichas cláusulas, PDVSA deberá indemnizar a los socios si ocurriera un aumento de impuestos. Sin embargo, para recibir el pago, un determinado nivel de perjuicio económico deberá ocurrir. Para determinar el nivel del perjuicio, las cláusulas de indemnidad contienen fórmulas que, lamentablemente, asumen precios bajos del petróleo. Debido a los altos precios actuales del petróleo, resulta muy improbable que los aumentos generen un daño suficiente según el criterio de las fórmulas, para llegar al umbral por arriba del cual PDVSA deberá pagar a los socios.[12]

12 **Anexo D** (adjunto a la Carta de la Demandada de fecha 28 de febrero de 2012), Cable de fecha 18 de mayo de 2006, *Aumentos de Temperatu-*

Si la Embajada de EE.UU. entendió en 2006 la relevancia de las disposiciones sobre compensación, no puede existir ninguna duda que la República también la entendió, particularmente teniendo en cuenta que el Dr. Mommer escribió sobre esta materia desde los 1990s, como fue documentado en su declaración testimonial y según testificó en el caso.[13]

8. Aún sin entrar en detalle acerca de las discusiones que se encontraban cubiertas por el Acuerdo de Confidencialidad, la propia Decisión deja claro que ConocoPhillips estaba dispuesta a llegar a un arreglo por US$ 6,5 mil millones (aproximadamente un 20% del monto absurdo que las Demandantes reclamaron en este procedimiento), un punto que pudimos discutir porque ocurrió antes del Acuerdo de Confidencialidad, mientras que las propias Demandantes sostienen que se les ofreció US$ 2,3 mil millones, antes de considerar Corocoro (párrafo 389 de la Decisión). En forma apropiada, el expediente no contiene otras propuestas de la Demandada, pero incluso la propia caracterización de las Demandantes respecto a la propuesta de la Demandada excede ampliamente nuestros cálculos, que no han sido rebatidos, bajo las fórmulas de compensación. No podemos entender cómo una oferta que las propias Demandantes alegan que fue hecha y que en realidad excedía lo que se les estaría debiendo a las Demandantes bajo las disposiciones sobre compensación acordadas puede de alguna forma demostrar mala fe, a menos que las fórmulas

---

ra para Asociaciones Estratégicas, revelado el 30 de agosto de 2011, ¶ 5. El período relevante debería ser el período de las negociaciones y de la autorización de los proyectos en los 1990s, ya que fue entonces cuando los términos y condiciones de los proyectos, incluidos el monto de compensación a ser otorgado ante una expropiación y otros actos gubernamentales, fueron determinados. Sin embargo, el Tribunal notará que la descripción de las disposiciones sobre compensación en el cable de la Embajada de EE.UU. de 2006 coincide con el resto de la prueba en el expediente respecto a las disposiciones sobre compensación, incluidos los propios testimonios y documentos de ConocoPhillips y el testimonio del Dr. Mommer en la audiencia y su artículo sobre el tema en los 1990s. *Ver* Testimonio Directo del Dr. Mommer, **Apéndice 6**, Bernard Mommer, *Venezuela, Política y Petróleos* (Cuaderno del Cendes, Año 16, No 42, septiembre-diciembre 1999), p. 23.

13 Testimonio Suplementario de Mommer, párrafos 24-28.

sobre compensación fuesen irrelevantes, y el Tribunal ha destacado que no tomaba una decisión sobre ese punto. Además, aún si el Tribunal, contrariamente a toda la prueba en el expediente, considerase que las fórmulas sobre compensación fuesen irrelevantes en la determinación de la compensación, resulta simplemente incomprensible que se pueda considerar que una parte está actuando de mala fe al ofrecer más que lo que se requiere según los términos de las disposiciones que en el peor de los casos pueden razonablemente ser consideradas relevantes. Como el Tribunal sabe, creemos que no solamente un argumento razonable puede hacerse acerca de la relevancia de esas disposiciones, sino que el expediente de este caso es claro acerca de que éstas fueron la base misma bajo las cuales los proyectos Hamaca y Petrozuata fueron autorizados.[14]

9. También señalamos que el monto que las Demandantes dicen que les fue ofrecido ya en marzo de 2007 es en realidad mayor que el monto que nuestros expertos han calculado como el verdadero valor presente neto de las participaciones de las Demandantes (aproximadamente US$ 1,8 mil millones) incluso sin tomar en consideración el impacto de las disposiciones sobre compensación.[15] Las Demandantes no han objetado esta valuación, que es calculada a la fecha de la nacionalización, 26 de junio de 2007, con el régimen fiscal vigente en aquel momento; se negaron siquiera a presentar una valuación del 2007 en este caso y han insistido en dejar de lado el régimen fiscal existente. Entendemos que personas razonables pueden estar en desacuerdo respecto al monto exacto que nuestros expertos han calculado, pero uno no puede seriamente argumentar que alguna de las premisas en las que se basaron nuestros cálculos, incluyendo el escenario de precios, la tasa de descuento, las proyecciones sobre producción y costos, y el régimen fiscal, fue hecha de mala fe, y el Tribunal no ha dicho nada por el estilo. Es más, el Tribunal recordará que las Demandantes cuidadosamente evitaron cuestionar a nuestros expertos en la audiencia de 2010, no queriendo confrontar con ellos, incluso haciendo todo lo posible para dejar claro que no estaban haciendo preguntas de fondo sobre lo que obviamente

14 *Ver* n. 1, *supra*.

15 Segundo Informe Brailovsky/Wells, ¶ 194, Tabla 18.

eran las cuestiones claves respecto a la cuantía.[16] Con respecto a la parte técnica, las Demandantes incluso se negaron a contra- interrogar a un testigo clave pese a haber insistido a que viajase a La Haya y esperase sentado semanas para testificar.[17] Cuando se las cuestionó respecto a estas tácticas, las Demandantes vigorosamente defendieron su derecho de no hacer preguntas. Esto puede llegar a ser así, pero dado el profesionalismo demostrado en los informes económicos y técnicos presentados por la República y en la documentación que los respalda así como también en la falta de cuestionamientos sobre el fondo de los informes por parte de las Demandantes en la audiencia, no resulta ni siquiera plausible argumentar que nuestras valuaciones expertas son de mala fe. Sin embargo, reflejan un valor de mercado al 2007, incluso sin considerar las fórmulas sobre compensación, que es menor que aquel que las Demandantes dicen que les fue ofrecido por la República. No podemos entender como cualquier oferta en exceso de cálculos profesionales y de buena fe de nuestros expertos, realizada en un esfuerzo para llegar a un arreglo amistoso, puede de alguna manera considerarse de mala fe. Por el contrario, una oferta en exceso a una valuación profesional y de buena fe es por definición una oferta de buena fe.

10. La mayoría parece haberle dado cierto peso al hecho que las Demandantes en su Memorial dijeron que una oferta de US$ 2,3 mil millones no era más que el 5% del valor real de sus inversiones (párrafo 390 de la Decisión). Pero independientemente del hecho evidente que la declaración sobre el 5% de las Demandantes no tenía ningún sentido, el Profesor Abi-Saab correctamente señaló en la audiencia que lo que existía en este caso era simplemente un desacuerdo respecto al monto de la compensación.[18] Desacuerdos sobre el monto de compensación no transforman a una expropiación en ilegal y difícilmente constituyan prueba sobre la mala fe. Si los cálculos

16 Transcripción de la Audiencia, pp. 3093-3096 (Cierre de las Demandantes); Esqueleto de Cierre de la Demandada, pp. 34-35.

17 Transcripción de la Audiencia, pp. 2280-2286 (sobre la negativa de interrogar al Sr. Cardona). *Ver también* Esqueleto de Cierre de la Demandada, p. 25.

18 Transcripción de la Audiencia, pp. 3416-3418 (entre el árbitro Abi-Saab y los abogados de las Demandantes).

surrealistas de las Demandantes constituyen el estándar de buena fe, y si la suficiencia de las ofertas de la República debe ser juzgada contra las demandas de las Demandantes, entonces uno debe preguntarse por qué debemos en absoluto molestarnos en celebrar audiencias.[19] Uno sólo necesita referirse al argumento de cierre de los abogados de las Demandantes en julio de 2010 para mostrar lo absurdo de juzgar la buena fe a través de las demandas de las Demandantes. Después de estar de acuerdo con nosotros de que desacuerdos sobre la compensación no transforman a la nacionalización en ilegal, los abogados de las Demandantes, sin embargo, sostuvieron que "una oferta de un Valor Justo de Mercado hubiera sido en el orden de 7 a 10 veces el monto de la oferta de hecho realizada."[20] Diez veces US$ 2,3 mil millones, la oferta que las Demandantes dicen que se les hizo en marzo de 2007, resulta ser US$ 23 mil millones, que es más que el monto absurdo que las Demandantes están reclamando en este caso (excluyendo la reclamación sin sentido de ConocoPhillips Company por los créditos fiscales en EE.UU.) utilizando los aumentos de precios posteriores a 2007 y dejando de lado el régimen fiscal existente. Esto es aproximadamente cuatro veces el monto que ConocoPhillips propuso para llegar a un arreglo en agosto de 2007. La posición de las Demandantes que la República debía ofrecer una compensación por el monto surrealista de US$ 23 mil millones a fines de que la nacionalización no sea considerada ilegal es indefendible.[21]

---

19 Uno también se pregunta cómo una oferta por el monto que las Demandantes dicen que fue hecha por la República puede considerarse de mala fe y las reclamaciones de las Demandantes en este caso de US$ 31 mil millones no se consideren como tal. Tómese nota que la afirmación de las Demandantes que la oferta de US$ 2,3 mil millones no era más que el 5% del valor real de sus participaciones significa que ellos creían que el valor era US$ 46 mil millones, incluso más que su demanda indefendible en este caso. Tales alegaciones no pueden tomarse seriamente.

20 Transcripción de la Audiencia, p. 3514 (Cierre de las Demandantes).

21 El fondo de esta discusión fue resumida en el día final de los argumentos de cierre, en el que la Demandada señaló lo siguiente: "Ahora bien, ha habido mucha charla aquí acerca de la naturaleza de las discusiones sobre compensación, y ellos siguen diciendo que todo lo que ofrecimos es Valor en Libros y que nuestra oferta era muy baja, y no sé cómo uno puede tratar esto de otra forma que mirando lo que de hecho ocurrió. Veamos lo quesabemos que ocurrió. No podemos decirles todo porque

11. El Tribunal también recordará que la compensación que las Demandantes dicen que les fuera ofrecida por Venezuela en marzo de 2007 por sus participaciones en Petrozuata y Hamaca se encuentra en línea con las valuaciones de las propias Demandantes de octubre de 2006, que obran en el expediente:

---

existen acuerdos de confidencialidad, pero miremos lo quesabemos. Sabemos que el Dr. Mommer testificó sobre lo que ofrecimos y discutió una compensación de buena fe . .. [L]es hemos demostrado lo que de buena fe creemos que es el Valor de Mercado de esos bienes, y les hemos contado el impacto de las disposiciones sobre compensación. Y no les quiero decir qué ofertas hicimos pero ellos parecen pensar que cualquier cosa que remotamente se acerque a los que les hemos mostrado es verdaderamente [un] valor de buena fe es una oferta ridícula. Bueno, los casos simplemente no dicen eso. Los hechos no dicen eso. Nosotros, de buena fe, creemos que tenemos razón. Y creo que si miran el expediente de la forma en que se encuentra hoy –vamos a revisar algo de ello– a menos que dijesen que teníamos una obligación de valuar esas propiedades sin ningún cambio fiscal, los cuales pensamos que eran todos perfectamente legales, con su escenario de precios extraordinariamente altos, es como un argumento desencadenante. Ellos dicen que el valor es alto porque la fecha de valuación debe moverse. Pero si nosotros tenemos razón, la fecha de valuación no debe moverse, y de lo que estamos hablando cuando estábamos discutiendo una compensación era un valor a junio de 2007, no cuando el precio del petróleo [es] $144. Y, por cierto, el precio puede bajar a $40 mañana. Espero que no, pero es posible. También sabemos que su reclamación de $30 mil millones es totalmente absurda. Sabemos que ofrecieron llegar a un arreglo por alrededor de $6 – y $7 mil millones. Al menos esa es nuestra interpretación de buena fe de eso. Nunca han negado eso. El Juez Fortier preguntó ¿dónde se encuentra en el expediente? Se encuentra en la declaración del Dr. Mommer. Y son también apéndices a la declaración del Dr. Mommer. Tienen que hacer un poco de cuentas, y sí, pero no se encuentra tan alejado. Ese número es mucho más cercano a nuestros números que lo son los $30 mil millones. Entonces pregunto: ¿Quién está siendo irrazonable en este caso? También sabemos que hubo más de un año de negociaciones intensas. No llegaron a buen puerto. Pero me parece, según mi experiencia, que si me encuentro sentado con alguien por más de un año y están actuando de mala fe, haciendo ofertas ridículas, no vuelvo a la mesa todos los días, esperando que hagan una oferta seria. Eso no es lo que pasó. Simplemente no hay fundamento en el expediente de este caso para ver esto como una expropiación o confiscación ilegal." Transcripción de la Audiencia, pp. 3977-3979 (Cierre de la Demandada)

a. La oferta de Venezuela de marzo de 2007 de pagar US$ 1,1 mil millones por la participación de las Demandantes en Petrozuata es muy cercana a la valuación interna de ConocoPhillips de US$1,12 mil millones hecha solamente 6 meses antes.[22] Resulta imposible entender cómo una oferta por un monto que es prácticamente igual a la de la propia valuación de las Demandantes de su participación a fines de 2006 puede considerarse producto de una negociación de mala fe.

b. La oferta que las Demandantes dicen que les fuera hecha por la participación de ConocoPhillips en el proyecto Hamaca, US$ 1,2 mil millones, es más elevada que el valor reflejado en el Modelo Económico Hamaca de Petrolera Ameriven de fecha 30 de octubre de 2006, que fue la base de las cifras de producción y costos utilizadas por los expertos de las Demandantes. El modelo calculó un valor presente neto para todo el proyecto Hamaca, antes de considerar el repago de la deuda, de US$ 3,012 mil millones.[23] Tomando como base esta valuación, la participación del 40% de las Demandantes, después de tomar en cuenta su 40% de la deuda del proyecto de US$ 774 millones, al final del año 2006,[24] era aproximadamente US$ 895 millones. Una vez más, simplemente no hay forma de reconciliar estos hechos indiscutidos con la noción que la oferta de Venezuela de marzo de 2007 fue el producto de una negociación de mala fe.

---

22 Tercer Informe de Brailovsky/Wells, párrafos 67-68 (citando **Ap. C-474**, *ConocoPhillips Grupo RCAT, Desarrollando Reservas de Capacidad de Producción/ Pérdida del Área de Reserva COP* (*Building Production Capacity Reserves/Loss of Reserve Area COP*), octubre 2006, diapositiva 17). Aparentemente la valuación interna de ConocoPhillips se basaba sobre las cifras de producción y costos que ConocoPhillips estaba utilizando en aquel tiempo, las cuales se demostró en la audiencia eran excesivamente optimistas.

23 **Ap. LECG-129**, Modelo Económico Hamaca de Petrolera Ameriven, 30 de octubre de 2006, p. 551. Las cifras de costos y producción utilizadas en el modelo parecen estar basadas en el Plan de Negocios de Hamaca de 2006, que, tal como fue demostrado en la audiencia, eran también excesivamente optimistas.

24 *Id.*, p. 487.

12. El Tribunal parece tener la impresión equivocada que la República no estaba ofreciendo ninguna compensación por Corocoro. Eso es totalmente falso. Como el Dr. Mommer testificó, las partes estaban indudablemente enfocando sus discusiones en los dos proyectos de mejoramiento que tenían un mayor valor.[25] Como ha sido demostrado por los informes expertos de la Demandada, el valor de Corocoro era insignificante, un punto bien entendido por ambas partes.[26] El hecho que la negociación no haya avanzado sobre Corocoro no significa que la República haya negado el principio de compensación respecto a Corocoro.[27] Simplemente significa que las partes se concentraron en los proyectos grandes y no consideraron necesario emplear tiempo en el monto relativamente insignificante que se debería por Corocoro bajo cualquier estándar de compensación hasta que las cuestiones más importantes fuesen resueltas.

13. Con respecto a las disposiciones sobre compensación de los proyectos Hamaca y Petrozuata, hemos notado que la mayoría se ha enfocado exclusivamente acerca de si jugaron o no un papel en las negociaciones relativas a la compensación. Francamente no entendemos eso. El Tribunal no mencionó ninguna de las abundantes pruebas citadas en nuestros memoriales que demuestran que las disposiciones sobre compensación fueron la base para la autorización de los proyectos en primer lugar.[28] El Tribunal tampoco mencionó el informe de la Embajada de los EE.UU. en 2006 explicando claramente el funcionamiento de esas disposiciones, que señalamos al Tribunal en nuestras cartas posteriores a la audiencia.[29] Considerando la abundante cantidad de evidencia en el expediente respecto a las disposiciones sobre compensación, incluyendo los propios documentos

---

25 Transcripción de la Audiencia, pp. 1862-1863 (Mommer).

26 Segundo Informe Brailovsky/Wells, párrafo 193.

27 La carta de ConocoPhillips de abril de 2007 reconoce que, a pesar que ConocoPhillips todavía no había recibido una oferta por Corocoro, en la reunión del 29 de marzo de 2007 "fuimos informados en su momento que tal oferta llegaría. . ." **Ap. C-241**, Carta de Roy Lyons, ConocoPhillips, a Rafael Ramírez, Ministro del Poder Popular para la Energía y el Petróleo, y otros, de fecha 12 de abril de 2007. También dice que "cualquier componente de compensación en dinero

28 Ver n. 1, *supra*.

29 *Ver* párrafo 7, *supra*.

de las Demandantes del período de tiempo relevante (el período de la negociación y la autorización de los proyectos), y teniendo en cuenta el testimonio en la audiencia que confirmó que dichas disposiciones eran un "tope a la rentabilidad del proyecto,"[30] no entendemos cómo es posible penalizar a la Demandada por intentar de buena fe llegar a un arreglo al considerar una compensación en exceso de lo que de hecho se debía bajo las disposiciones sobre compensación. En efecto, el Tribunal está diciendo que si la República hubiese ofrecido solamente el monto requerido por las fórmulas de compensación y ni un centavo más, hubiese estado actuando de buena fe, pero como estaba de acuerdo en considerar más que dicho monto en un intento de buena fe de llegar a un arreglo amistoso, debe ser penalizada. Esa conclusión es insostenible.

14. Hemos notado que en un párrafo anterior de la Decisión del Tribunal, en el que los tres miembros del Tribunal estuvieron de acuerdo y con la que coincidimos plenamente, se sostuvo: "Lo hará teniendo en cuenta que los tribunales judiciales y arbitrales rara vez han resuelto que el principio de buena fe u otro estándar relacionado ha sido vulnerado. Se trata de un estándar elevado" (párrafo 275, énfasis añadido). Como fue establecido en un conocido caso: "La declaración de que existe mala fe no debe basarse en inferencias discutibles, sino en pruebas claras y convincentes que lleven a llegar a tal conclusión."[31] Una monografía sobre la buena fe en el derecho

---

30 Esqueleto de Cierre de la Demandada, p. 11.

31 **Anexo 6** (adjunto a la presente), *Cuestión de Tacna-Arica (Chile, Perú)*, Opinión y Laudo de fecha 4 de marzo de 1925, 2 R.I.A.A. 921 (2006), p. 930. *Ver también* **Anexo 7** (adjunto a la presente), *Bayindir Insaat Trizm Ticaret VE Sanayi A.Ş v. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo de fecha 27 de agosto de 2009, párrafo 143 (estableciendo que "el estándar para probar la mala fe es uno exigente, particularmente si la mala fe debe establecerse sobre la base de pruebas circunstanciales"); **Anexo 8** (adjunto a la presente), *Chemtura Corp. (anteriormente Crompton Corporation) v. Gobierno de Canadá*, Ad Hoc Arbitraje TLCAN bajo Reglas CNUDMI, Laudo de fecha 2 de agosto de 2010, ¶ 137 (estableciendo que "el estándar de prueba para alegaciones de mala fe y conducta insincera es uno exigente"). Este elevado umbral explica por qué las determinaciones de incumplimiento de la buena fe rara vez han ocurrido. Escribiendo sobre la Corte

internacional, refiriéndose al caso anteriormente citado, explica la difícil carga de la prueba que tendría un demandante para probar negociaciones de mala fe: "El Caso *Tacna-Arica* continua siendo un caso importante sobre la obligación *legal* de negociar de buena fe, aún si también prevé un ejemplo sobre qué difícil sería convencer a un Tribunal de la mala fe de un Estado en una serie de negociaciones largas y complejas. Nada menos que una negativa intencional demostrable de proceder con las negociaciones, o una falta injustificada de ni siquiera considerar propuestas razonables, probablemente será suficiente para la falta de negociar de buena fe."[32] Si ese es de hecho el estándar, no entendemos cómo el Tribunal pudo tomar el paso extraordinario de inferir mala fe basándose en la falta de prueba sobre negociaciones realizadas bajo la protección de un Acuerdo de Confidencialidad, y a todo evento no podemos entender cómo la predisposición de negociar una compensación en exceso a la requerida por las fórmulas a los fines de evitar un litigio y mantener buenas relaciones puede posiblemente ser confundida con la mala fe. A pesar que creemos que el expediente de este caso definitivamente niega esa conclusión, las Demandantes obviamente no pueden cumplir con su extraordinaria carga de la prueba respecto a esta cuestión. Es más, el hecho que un distinguido miembro del Tribunal haya disentido sobre este punto debería indicar por sí sólo que éste no es uno de esos casos que se presentan "rara vez" a los que el Tribunal se refirió anteriormente, los cuales se presentan rara vez porque involucran una conducta tan mala que cualquier persona razonable podría llegar a la conclusión de la mala fe.

15. Finalmente el razonamiento de la mayoría con respecto

Internacional de Justicia, un distinguido comentarista observó que "la Corte será reacia a acusar a un Estado en su determinación de mala fe." **Anexo 9** (adjunto a la presente), Hugh Thirlway, *La Ley y el Procedimiento de la Corte Internacional de Justicia 1960-1989: Tercera Parte* (*The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part Three*), BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 1 (1991), p. 18.

32 **Anexo 10** (adjunto a la presente), J. F. O'Connor, LA BUENA FE EN EL DERECHO INTERNACIONAL (GOOD FAITH IN INTERNATIONAL LAW) (Dartmouth Publishing Company 1991), pp. 100-101.

a la decisión en la *Fábrica de Chorzów* es difícil de comprender. La mayoría parece reconocer que el estándar de compensación de la *Fábrica de Chorzów* no resulta aplicable cuando la expropiación es legal excepto por el pago de una compensación (párrafos 340-343).[33] Luego determina que no existe allí una base para la ilegalidad más allá de la falta de compensación. Si la *Fábrica de Chorzów* debe aplicarse, la fecha de valuación no puede ser otra que la fecha de la expropiación.[34] Esta parte de la Decisión de hecho se refiere a un caso en el que uno de los dos árbitros que conforman la mayoría estaba actuando como Presidente del tribunal, *Santa Elena v. Costa Rica*,[35] distinguiendo este caso sobre la base de que involucró una expropiación legal. Pero en *Santa Elena*, la compensación no fue otorgada sino hasta veinte

33 En el Cierre, los abogados de las Demandantes estuvieron de acuerdo con este punto, pero luego continuaron y sostuvieron que "una oferta de un Valor Justo de Mercado hubiera sido en el orden de siete a 10 veces el monto de la oferta de hecho realizada." Transcripción de la Audiencia, p. 3514 (Cierre de las Demandantes).

34 Además, incluso si la expropiación hubiese sido ilegal por razones distintas a la falta de compensación, ello no significaría automáticamente que la fecha de valuación debería ser la fecha del laudo. Las propias Demandantes argumentarían que la fecha de valuación debería ser la fecha de la expropiación si fuese más elevada que aquella a la fecha del laudo y, pese a los incrementos en los precios del petróleo crudo desde 2007, otros factores, incluidos los aumentos de costos y la declinación de la producción, puede que compensen el alza del precio. El punto aquí no es discutir la cuantía, un ejercicio largo y altamente técnico, sino destacar las cuestiones de principio. Debe señalarse que, a todo evento, si la fecha del laudo significa la fecha del laudo final en este caso, resulta difícil entender cómo puede existir una valuación a esa fecha. Este no es un caso simple que involucra la valuación de un bien inmueble. A este Tribunal indudablemente le demandará muchos meses evaluar los informes expertos de las partes, los testigos sobre la cuantía y los argumentos posteriores a las últimas presentaciones sobre la cuantía. Tomando en cuenta la volatilidad de los precios del petróleo y otros factores, es prácticamente una certeza que cualquier decisión que se alcance cuando se alcance no estará basada en una valuación a la fecha del laudo.

35 **Ap. CL-38**, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo Final de fecha 17 de febrero de 2000, 14 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 169 (2000) ("*Santa Elena*").

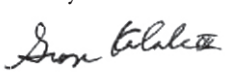
años después de la expropiación, y las ofertas de las partes demuestran que Costa Rica ofreció solamente un tercio del monto solicitado por el demandante. Conforme a las Demandantes en este caso, el monto ofrecido por la República ya en marzo de 2007 era de US$ 2,3 mil millones, que es más que la tercera parte del monto que las Demandantes solicitaron en agosto de 2007. No podemos entender cómo la expropiación en *Santa Elena* puede considerarse legal y la nacionalización aquí considerarse ilegal por la supuesta negociación de mala fe, especialmente cuando el Tribunal aquí ha unánimemente resuelto que, excepto por la cuestión de la compensación, en este caso la nacionalización fue legal en todos sus aspectos.[36]

---

36 En el párrafo 342 de la Decisión, la mayoría aquí establece que "en el caso *Santa Elena*, las presentaciones de valoración de las Partes y la evaluación del tribunal estaban exclusivamente relacionadas con la fecha de apropiación," pero el abogado de la demandada en *Santa Elena* escribió un artículo dejando claro que el demandante en aquel caso argumentó que la expropiación fue "ilegal por no haber otorgado hasta ese momento ninguna compensación a CDSE, y la consecuencia de tal expropiación ilegal bajo el derecho internacional era que CDSE tenía derecho al mayor valor entre (1) el valor de la Propiedad a la fecha de la expropiación, o (2) su valor posterior a la fecha de expropiación y directamente anterior a la fecha del Laudo." **Anexo 11** (adjunto a la presente), Charles N. Brower y Jarrold Wong, *Principios Generales de Valuación: El Caso de Santa Elena (General Valuation Principies: The Case of Santa Elena),* en DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y ARBITRAJE: CASOS MÁS IMPORTANTES DEL CIAD!, TLCAN, TRATADOS BILATERALES Y DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO (INTERNATIONAL TNVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW) 747 (T. Weiler, ed., Cameron May 2005), p. 761. De hecho, una revisión de la decisión de *Santa Elena* deja claro que las presentaciones de valuación no se relacionaban solamente con la fecha de la expropiación. Como el tribunal en *Santa Elena* sostuvo: "Sobre la cuestión de la valuación, como notamos anteriormente, las posiciones de las partes son totalmente divergentes. El Tribunal cree que es útil resumir la posición de las partes aquí: La Demandante sostiene que el valor justo de mercado de la Propiedad Santa Elena, basándose en su más alto y mejor uso en el mercado, es equivalente a su valor presente, no disminuido por cualquier acción expropiatoria del Gobierno y, en particular, por cualquier ley o regulación ambiental sancionada después de 1978. La Demandada sostiene

El Tribunal recordará que durante el último año hemos sugerido en varias oportunidades tener una audiencia corta para tratar cualquier tema de preocupación. Dada la división del Tribunal, resulta claro que el punto de las negociaciones de buena fe era un punto de preocupación que debió ser tratado. Esperamos la opinión del Profesor Abi-Saab, la que examinaremos cuidadosamente cuando la recibamos, pero ahora solicitamos formalmente que tan pronto como sea posible después de eso se convoque una audiencia limitada y enfocada a revisar lo anterior y la cuestión de la relevancia de las disposiciones sobre compensación, que el Tribunal dejó abierta en la Decisión. Creemos que de alguna manera con el paso del tiempo la memoria de lo que ocurrió en la audiencia del 2010 parece haberse desvanecido. También resulta claro que el Tribunal se encontraba un poco confundido respecto al compromiso de confidencialidad de las partes y al progreso de las negociaciones con posterioridad a la migración. Antes de proceder a la próxima etapa, que puede ser incluso más larga que la primera, creemos que merecemos una aclaración y una explicación respecto a los puntos planteados en esta carta, y creemos que también sería justo para el Tribunal tener la oportunidad de examinar estas cuestiones con la ventaja de conocer todos los hechos y de tener argumentos enfocados para que pueda encontrarse en una posición de abordar convincentemente estos puntos que claman una aclaración.[37]

Muy atentamente,



George Kahale, III

---

que la fecha relevante en la cual se debe valuar el valor justo de mercado de la Propiedad es la fecha del decreto de expropiación, es decir 5 de mayo de 1978. **Ap. CL-38**, Santa Elena, párrafo 75.

37 Estimamos que las Demandantes van a oponerse firmemente a nuestra solicitud, pero no esperamos realmente una respuesta de fondo sobre los puntos planteados anteriormente por el simple motivo que no hay una respuesta de fondo. Ello hablará por sí mismo con más fuerza que cualquier oposición *pro forma.*

ANEXO

ANEXO

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.

En el procedimiento de arbitraje entre

CONOCOPHILLIPS PETROZUATA B.V.
CONOCOPHILLIPS HAMACA B.V.
CONOCOPHILLIPS GULF OF PARIA B.V.
Y
CONOCOPHILLIPS COMPANY
LAS DEMANDANTES

C.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
LA DEMANDADA

CASO CIADI Nº ARB/07/30

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y FONDO

Miembros del Tribunal
Juez Kenneth Keith, Presidente
Sr. L. Yves Fortier, CC, QC
Profesor Georges Abi-Saab

Secretario del Tribunal
Sr. Gonzalo Flores

Fecha:3 de septiembre de 2013

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS ..... **II**

REPRESENTANTES DE LAS PARTES ..... **VI**

GLOSARIO DE ABREVIACIONES ..... **VII**

I. INTRODUCCIÓN **1**

II. LAS PARTES **3**

A. LAS DEMANDANTES 3

B. LA DEMANDADA 5

C. LAS PARTES 5

III. ANTECEDENTES PROCESALES **5**

IV. LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA CONTROVERSIA **21**

A. LA INDUSTRIA DE PETRÓLEO DE VENEZUELA Y EL MARCO JURÍDICO PRE EXISTENTE 21

B. LA APERTURA PETROLERA 24

C. EL PROYECTO PETROZUATA 25

(1) Descripción General del Proyecto Petrozuata 25

(2) Los Informes del Senado y la Comisión Bicameral 26

(3) La Autorización del Congreso 28

(4) Modificaciones Adicionales de la Ley de Impuesto sobre la Renta 30

(5) El Convenio de Asociación Petrozuata 30

(6) Financiamiento del Proyecto Petrozuata 33

(7) El Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco 34

(8) Implementación del Proyecto Petrozuata e Inicio de la Producción 35

(9) La Incorporación de CPZ en la Cadena de Propiedad 35

D. EL PROYECTO HAMACA 36

(1) Descripción General del Proyecto Hamaca 36

(2) Negociaciones Iniciales entre Phillips y PdVSA con Respecto al Proyecto Hamaca 36

(3) La Autorización por parte del Congreso de los Términos y Condiciones del Proyecto Hamaca 37

(4) El Convenio de Asociación Hamaca 39

(5) El Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco 41

(6) Financiamiento del Proyecto Hamaca 42
(7) Implementación del Proyecto Hamaca e Inicio de la Producción 42
(8) La Incorporación de la Demandante CPH en la Cadena de Propiedad..... 43
E. EL PROYECTO COROCORO..... 43
(1) Visión General del Proyecto Corocoro 43
(2) La Autorización del Congreso para la Exploración a Riesgo en Nuevas Áreas y los Convenios de Ganancias Compartidas..... 44
(3) Convenio de Regalías para las Nuevas Áreas..... 45
(4) El Convenio de Asociación del Proyecto Corocoro 46
(5) Declaración de Comerciabilidad con respecto a Proyecto Corocoro..... 47
(6) El Plan de Desarrollo de Corocoro 47
(7) La Inserción de la Demandante CGP en la Cadena de Propiedad 48
F. LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA CONTROVERSIA..... 48
(1) Elección del Presidente Chávez y Promulgación de la Ley de Inversiones y la Nueva Ley de Hidrocarburos 48
(a) Elección del Presidente Chávez 48
(b) Promulgación de la Ley de Inversiones 49
(c) Promulgación de la Nueva Ley de Hidrocarburos y Ejecución del Procedimiento para el Pago del Impuesto a la Explotación (Regalía) 49
(2) Medidas Adoptadas para Incrementar la Alícuota de Regalía Aplicable 50
(a) Modificación de los Convenios de Regalía de la Faja del Orinoco 50
(b) Imposición de una Alícuota de Regalía más elevada para Producción de entre 120.000 y 145.000 Barriles por Día 51
(c) Aumentos Adicionales en la Alícuota de Regalía Vigente — el Impuesto de Extracción..... 52
(3) Aumento en el Impuesto sobre la Renta para los Proyectos de Petróleo Ultra Pesado 52
(4) El Decreto de Nacionalización y la Apropiación de Venezuela de las participaciones de las Demandantes en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro 53
(a) Borradores de los Contratos para la Conversión de los Proyectos a Empresas Mixtas..... 53
(b) Las Demandantes Notifican a la Demandada de la Existencia de una Controversia en virtud de la Ley de Inversiones y el Tratado..... 53
(c) Promulgación del Decreto Ley 5.200..... 54

(d) Negociaciones concernientes a las participaciones de las Demandantes en el Proyecto 55

(e) PdVSA Asume el Control Operativo de los Proyectos 56

(f) Vencimiento del Plazo para Llegar a un Acuerdo en virtud del Decreto de Nacionalización 56

V. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES 57

A. EL PETITORIO DE LAS DEMANDANTES 57

B. PETICIONES DE LA DEMANDADA 59

VI. JURISDICCIÓN 60

A. INTRODUCCIÓN 60

B. ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE INVERSIONES 62

(1) El punto de partida 64

(2) El derecho aplicable 65

(3) El texto del Artículo 22 67

C. EL ARTÍCULO 9 DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE VENEZUELA Y LOS PAÍSES BAJOS 78

(1) "Sociedades de Conveniencia" 80

(2) Inversión indirecta 88

(3) *Ratione Temporis* 89

D. CONCLUSIÓN 90

VII. CUESTIONES DE FONDO 91

A. LAS RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL TRATADO VENEZUELA-PAÍSES BAJOS 91

(1) Introducción 91

(2) La relación entre los Artículos 3 y 4 93

(3) El efecto del Artículo 4 94

(4) El sentido corriente y el fin del Artículo 3 y el Artículo 4 96

(5) Las excepciones al Artículo 3 y al Artículo 4 98

(6) Interpretación efectiva 99

(7) El contexto más amplio 100

(8) Conclusión respecto del alcance del Artículo 3 y del Artículo 4 102

(9) ¿Recaen las medidas adoptadas por Venezuela respecto de impuestos y regalías dentro del Artículo 4 del TBI? 104

(a) Las disposiciones pertinentes de la legislación venezolana y los convenios relacionados 105

(b) La presentación del caso de las Demandantes con respecto a las medidas pertinentes 107

(c) La conclusión del Tribunal de que las medidas pertinentes recaen dentro del Artículo 4..... 110

B. RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO EXPROPIAR EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 6 DEL TRATADO VENEZUELA-PAÍSES BAJOS 111

(a) Las presentaciones de las Partes..... 123

(b) La evaluación por parte del Tribunal de las pruebas relacionadas con las negociaciones 131

VIII. COSTAS..... 140

IX. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL 140

REPRESENTANTES DE LAS PARTES

REPRESENTANTES DE LAS DEMANDANTES

Sr. Jan Paulsson
Bahrain World Trade Centre
East Tower, 37th Floor
PO Box 20184
Manama
Bahrain
y
Sr. Nigel Blackaby
Sr. D. Brian King
Sr. Alexander A. Yanos
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
601 Lexington Avenue, 31st Floor
New York, NY 10022
Estados Unidos de America
y
Sra. Lucy F. Reed
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
11th Floor Two Exchange Square
Hong Kong
y
Profesor James Crawford, SC
Whewell Professor of International Law
Matrix Chambers
Griffin Building, Gray's Inn
Londres WC1R 5LN
Reino Unido

REPRESENTANTES DE LA DEMANDADA

Dr. Manuel Enrique Galindo
Procurador General (E) de la República
Procuradoría General de la República
Paseo Los Ilustres c/c Av. Lazo Martí
Ed. Sede Procuraduría General de la República
Piso 8
Urb. Santa Mónica
Caracas 1040
Venezuela
y
Sr. George Kahale, III
Sra. Miriam K. Harwood
Sr. Mark H. O'Donoghue
Sr. Benard V. Preziosi, Jr.
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
101 Park Avenue
Nueva York, NY 10178
Estados Unidos de América
y
Sra. Gabriela Alvarez-Avila
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, S.C.
Rubén Darío 281, Pisos 8 y 9
Col. Bosque de Chapultepec
11580 México, D.F.
México

GLOSARIO DE ABREVIACIONES

Alegatos de Cierre	La audiencia en la que las Partes presentaron sus alegatos de cierre celebrada los días 21 y 23 de julio de 2010
Audiencia	Audiencia sobre jurisdicción y fondo celebrada entre los días 31 de mayo y 12 de junio de 2010
Autorización del Congreso para Nuevas Áreas	Acuerdo de Autorización de Convenios de Asociación para la Exploración de Nuevas Áreas y Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas, Gaceta Oficial Nº 35.754 publicada el día 17 de julio de 1995
Autorización Hamaca	Acuerdo Mediante el Cual se Aprueba el Marco de Condiciones del Convenio de Asociación para la Producción, Transporte y Mejoramiento de Crudos Extrapesados a Ser Producidos en el Área de Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como la Comercialización del Crudo Mejorado y Otros Productos que se Generen Durante el Proceso de Producción y Mejoramiento de Dichos Crudos a Celebrarse entre Corpoven, S.A., Filial de Petróleos de Venezuela, y las Empresas Atlantic Richfield Co. (ARCO), Phillips Petroleum Company y Texaco, Inc., Gaceta Oficial Nº 36.209 publicada el día 20 de mayo de 1997
Autorización Petrozuata	Autorización del Convenio de Asociación entre las Empresas Maraven, S.A. y Conoco, Inc., Gaceta Oficial Nº 35.393 publicada el día 9 de septiembre de 1993
BPD	Barriles por día
CGP	ConocoPhillips Gulf of Paria B.V.
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Contrato de Compraventa	Contrato de Compraventa del Petróleo Crudo Extra Pesado Mejorado (F.O.B.) entre Petrolera Zuata, Petrozuata C.A., en calidad de Vendedora, y Conoco Inc, en calidad de Compradora, de fecha 27 de junio de 1997
Convenio de Asociación del Proyecto	Convenio de Asociación entre Corporación

Corocoro	Venezolana del Petróleo, S.A. y Conoco Venezuela B.V. de fecha 10 de julio de 1996
Convenio de Asociación Hamaca	Convenio de Asociación entre Corpoguanipa, S.A., ARCO Orinoco Development Inc., Phillips Petroleum Company Venezuela Limited y Texaco Orinoco Resources Company de fecha 9 de julio de 1997
Convenio de Asociación Petrozuata	Convenio de Asociación entre Maraven , S.A. y Conoco Orinoco Inc., modificado el día 18 de junio de 1997
Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco	Convenio de Regalía de las Asociaciones Estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A. de fecha 29 de mayo de 1998
Convenio de Regalía para Nuevas Áreas	Convenio de Regalía de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A. de fecha 5 de diciembre de 1995
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CPH	ConocoPhillips Hamaca B.V.
CPZ	ConocoPhillips Petrozuata B.V.
Decreto de 1999	Decreto Nº 356, Gaceta Oficial Nº 5.390 (Extraordinaria) publicada el día 22 de octubre de 1999
Decreto-Ley Nº 5.200	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, Decreto Nº 5.200, Gaceta Oficial Nº 38.632 publicada el día 26 de febrero de 2007
Demandantes	En forma colectiva, ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. y

	ConocoPhillips Company
Dúplica de la Demandada	Dúplica de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 1 de febrero de 2010
Ex. C-	Anexo Documental de las Demandantes
Informe Bicameral	Informe Aprobado por la Comisión Bicameral para el Estudio de las Asociaciones Estratégicas de PdVSA sobre los Proyectos Maraven-Conoco y Maraven-Total-Itochu-Maruveni para la Explotación y Mejoramiento de Petróleos Extrapesados de la Faja Petrolífera del Orinoco, de fecha 12 de agosto de 1993
Informe Bicameral Hamaca	Informe de la Comisión Bicameral de Energía y Minas del Congreso de la República de Venezuela sobre el Convenio de Asociación entre las Empresas Corpoven, S.A., Atlantic Richfield Company, Phillips Petroleum y Texaco, Inc. para la Exploración, Explotación, Producción, Mezcla, Industrialización, Transporte, Refinación, Mejoramiento y Comercialización de Crudos Extrapesados del Área Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco, mayo de 1997
Informe del Senado	Comisión Permanente del Senado de Medio Ambiente y Ordenación del Uso del Territorio, Asociación entre las Empresas Maraven y Conoco para la Explotación y Mejoramiento de Crudo Extrapesado de la Faja del Orinoco, abril de 1993
Ley Habilitante	Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, Gaceta Oficial Nº 38.617 publicado el día 1 de febrero de 2007
Ley de Inversiones	Ley Venezolana de Promoción y Protección de Inversiones, Decreto Nº 356, Gaceta Oficial Nº 5.390 (Extraordinaria) publicada el día 22 de octubre de 1999
Ley de Nacionalización	Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 1.769 publicada el día 29 de agosto de 1975 (en vigor

	desde el 1 de enero de 1976)
Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración	Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, Gaceta Oficial Nº 38.785 publicada el día 8 de octubre de 2007
Memorial de Contestación de la Demandada	Memorial de Contestación de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 27 de julio de 2009
Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción	Memorial de la República Bolivariana de Venezuela sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 1 de diciembre de 2008
Memorial de las Demandantes	Memorial de las Demandantes de fecha 15 de septiembre de 2008
Ministerio	Ministerio de Energía o Minas o Ministerio de Energía y Petróleo o Ministerio Popular de Energía y Petróleo
Nueva Ley de Hidrocarburos	Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Nº 1.510, Gaceta Oficial Nº 37.323 publicada el día 13 de noviembre de 2001
PdVSA	Petróleos de Venezuela, S.A.
Petrozuata C.A.	Petrolera Zuata, Petrozuata C.A.
Procedimiento para el Pago del Impuesto a la Extracción (Regalías)	Procedimiento para el Pago del Impuesto a la Extracción (Regalías) respecto del Crudo Extra Pesado Producido y el Azufre Extraído por [Petrolera Zuata, Petrozuata C.A.], entre [Petrolera Zuata, Petrozuata C.A.] y el Ministerio de Energía y Minas, 14 de enero de 2002
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Reglas de Iniciación	Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI
Réplica de las Demandantes	Memorial de Réplica de las Demandantes de fecha 2 de noviembre de 2009

Solicitud de Arbitraje	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de fecha 2 de noviembre de 2007
TBI o Tratado	Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos suscripto el día 22 de octubre de 1991
Tr. [Día]: página: línea	Transcripción de la Audiencia

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente caso versa sobre una controversia presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o el "Centro") sobre la base de las siguientes fuentes: a) la Ley Venezolana sobre la Promoción y Protección de Inversiones (Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones) publicada el día 22 de octubre de 1999 (la "Ley de Inversiones")[1]; y b) el Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos suscripto el día 22 de octubre de 1991 (el "TBI" o el "Tratado")[2], al igual que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965 (el "Convenio del CIADI").

2. La controversia involucra los derechos de las Demandantes respecto de dos proyectos de petróleo crudo extra pesado ubicados en la región venezolana denominada Faja Petrolífera del Orinoco — el "Proyecto Petrozuata" y el "Proyecto Hamaca", y respecto de un proyecto costa afuera (*offshore*) destinado a la extracción de petróleo crudo liviano a medio — el "Proyecto Corocoro".

3. El Proyecto Petrozuata fue dirigido a través de la Asociación Petrozuata, a la que se otorgaron los derechos de participar enla exploración, desarrollo, producción, explotación, transporte y mejora de petróleo crudo extra pesado, y la comercialización de los petróleos crudos y productos resultantes, en el Área de Zuata de la Faja Petrolífera del Orinoco[3].

4. El Proyecto Hamaca fue dirigido a través de la Asociación Hamaca, titular de los derechos para participar en la exploración, desarrollo, producción, explotación, mezcla, industrialización, transporte, refinación, y puesta en valor y comercialización de petróleo crudo

---

[1] Ex. C-1 y Ex. R-12, *Decreto Nº 356, Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones* (la "Ley de Inversiones") Gaceta Oficial Nº 5.390 (Extraordinaria) publicada el día 22 de octubre de 1999.

[2] Ex. C-2 y Ex. R- 13, Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos suscripto el día 22 de octubre de 1991, en vigor desde el 1 de Noviembre de 1993, 1788 U.N.T.S. 45 (el "Tratado" o el "TBI").

[3] Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de fecha 2 de noviembre de 2007 ("RFA") ¶ 41(a).

extra pesado, y el transporte y uso o eliminación de derivados, en el área de Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco[4].

5. El Proyecto Corocoro era una de las ocho uniones transitorias de empresas (*joint ventures*) destinadas a la exploración y producción de petróleo crudo convencional en virtud del Sistema de Participación en las Ganancias[5]. El Proyecto Corocoro fue llevado a cabo a través del Consorcio de Desarrollo Corocoro, que tenía los derechos para explorar, descubrir, evaluar, desarrollar y explotar las reservas de hidrocarburos comerciales dentro del Golfo de Paria Oeste, incluido el manejo de cualquier producción de dichas reservas y el transporte de la producción[6].

6. Los hechos principales en los que las Demandantes fundan sus reclamaciones de compensación en virtud de la Ley de Inversiones y el Tratado incluyen los siguientes[7]:

a. Venezuela a través de varias acciones aumentó la alícuota de regalía aplicable a la producción de petróleo ultra pesado de las Asociaciones de Petrozuata y Hamaca de uno por ciento a 33,33 por ciento.

b. Venezuela modificó la ley tributaria de modo que el impuesto sobre los ingresos derivados de la producción de petróleo ultra pesado fue incrementado del 34 por ciento al 50 por ciento.

c. Venezuela, mediante un Decreto Ley, (i) ordenó que PdVSA asumiera el control operacional de los proyectos petroleros, incluidos los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, y (ii) dispuso la cancelación de los derechos de exploración, producción y comercialización de las Asociaciones y el Proyecto Corocoro, y la transferencia de estos derechos a empresas mixtas controladas por PdVSA en términos a ser acordados a más tardar el 26 de junio de 2007. La compensación

---

4 RFA ¶ 41(b).

5 Memorial de Contestación de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 27 de julio de 2009 ("Memorial de Contestación de la Demandada") ¶ 15.

6 RFA ¶ 40(c).

7 *Véase* RFA ¶¶ 9-13.

dispuesta por el Decreto Ley fue una participación minoritaria en las Empresas Mixtas.

d. El 1 de mayo de 2007, una subsidiaria de PdVSA tomó el control de las operaciones de los Proyectos.

e. El 26 de junio de 2007, venció el plazo de cuatro meses para llegar a un acuerdo establecido en el Decreto Ley y Venezuela nacionalizó las participaciones de ConocoPhillips en los Proyectos.

El contexto fáctico y los detalles de estas medidas se tratan en mayor profundidad en la Sección IV.F *infra*.

II. LAS PARTES

A. LAS DEMANDANTES

7. Las Demandantes son ConocoPhillips Petrozuata B.V. ("CPZ"), ConocoPhillips Hamaca B.V. (CPH), ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. ("CGP"), y ConocoPhillips Company (conjuntamente, "ConocoPhillips" o las "Demandantes").

a. CPZ es una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con la legislación del Reino de los Países Bajos ("los Países Bajos[8]"). Su domicilio social es:

Zurich Tower (15º Piso)
Muzenstraat 89
2511 WB La Haya
Países Bajos

CPZ era titular, a través de Petrolera Zuata, Petrozuata C.A., de una participación equivalente al 50,1 por ciento en la Asociación Petrozuata[9].

[8] RFA ¶¶ 1, 18.

[9] RFA ¶ 41(a).

b. CPH es una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con la legislación de los Países Bajos[10]. Su domicilio social es:

Zurich Tower (15º Piso)
Muzenstraat 89
2511 WB La Haya
Países Bajos

CPH era titular, a través de Hamaca Holding LLC, sociedad constituida de conformidad con la legislación del Estado de Delaware, y Phillips Petroleum Company Venezuela Ltd, sociedad constituida de conformidad con la legislación del Estado de Bermuda, de una participación equivalente al 40 por ciento en la Asociación Hamaca[11].

c. CGP es una sociedad de responsabilidad limitada constituida de conformidad con la legislación de los Países Bajos[12]. Su domicilio social es:

Zurich Tower (15º Piso)
Muzenstraat 89
2511 WB La Haya
Países Bajos

CGP era titular, a través de Conoco Venezuela C.A., de una participación equivalente al 32,2075 por ciento en el Consorcio de Desarrollo de Corocoro[13].

d. ConocoPhillips Company es una sociedad constituida de conformidad con la legislación del Estado de Delaware con su sede principal ubicada en[14]:

600 North Dairy Ashford
Houston, TX 77079
Estados Unidos de América

---

10 RFA ¶¶ 1, 19.

11 RFA ¶ 41(b); Memorial de Réplica de las Demandantes de fecha 2 de noviembre de 2009 ("Réplica de las Demandantes") ¶ 17i.

12 RFA ¶¶ 1, 20.

13 RFA ¶ 41(c).

14 RFA ¶¶ 1, 21.

ConocoPhillips Company era titular de derechos en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, a través de sus subsidiarias CPZ, CPH y CGP[15].

B. LA DEMANDADA

8. La Demandada es la República Bolivariana de Venezuela (la "Demandada" o "Venezuela").

C. LAS PARTES

9. En adelante, las Demandantes y la Demandada se denominarán conjuntamente las "Partes". Los respectivos representantes de las Partes y sus direcciones de contacto se enumeran *supra*.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

10. El día 2 de noviembre de 2007, las Demandantes presentaron ante el Centro una Solicitud de Arbitraje contra Venezuela de conformidad con el Artículo 36 del Convenio del CIADI.

11. El procedimiento fue iniciado con base en: (a) la Ley Venezolana sobre la Promoción y Protección de Inversiones (Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones) publicada el día 22 de octubre de 1999; y (b) el Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos suscripto el día 22 de octubre de 1991.

12. El día 13 de diciembre de 2007, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje conforme al Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y a las Reglas 6(1)(a) y 7(a) de las Reglas de Iniciación. De conformidad con la Regla 7(d) de las Reglas de Iniciación, la Secretaria General invitó a las partes a que procedieran, en cuanto fuera posible, a constituir el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 37 a 40 del Convenio del CIADI.

13. Mediante una carta de fecha 12 de febrero de 2008, las Demandantes solicitaron que—ante la ausencia de un acuerdo acerca del procedimiento aplicable a la constitución del tribunal

[15] Memorial de las Demandantes de fecha 15 de septiembre de 2008 ("Memorial de las Demandantes") ¶ 274.

— el tribunal fuera constituido de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. Mediante otra carta dirigida a la Demandada, las Demandantes designaron como árbitro al Sr. L. Yves Fortier, CC, QC, nacional de Canadá, y propusieron el nombramiento del Sr. Emmanuel Gaillard, nacional de Francia, como presidente del Tribunal.

14. Mediante una carta de fecha 20 de febrero de 2008, el Centro notificó a las Partes de que el Sr. Fortier había aceptado su nombramiento como árbitro y suministró una copia de la declaración emitida por el Sr. Fortier conforme a la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

15. Mediante una carta de fecha 11 de marzo de 2008, la Demandada aceptó que el tribunal estuviera compuesto de tres árbitros, los primeros dos de los cuales serían nombrados por las partes mientras que el presidente sería nombrado por acuerdo de las partes, previa consulta con los dos árbitros de parte. La Demandada destacó que no coincidía con el propuesto nombramiento del Sr. Gaillard como presidente del tribunal y solicitó tiempo adicional para designar a su árbitro de parte.

16. Mediante una carta de fecha 13 de marzo de 2008, las Demandantes se opusieron a la solicitud de prórroga por parte de la Demandada del plazo a efectos del nombramiento de su árbitro de parte. Asimismo, las Demandantes señalaron que no prestaban su consentimiento respecto del procedimiento propuesto por la Demandada a efectos del nombramiento del presidente del tribunal y solicitaron que, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI, el Presidente del Consejo Administrativo nombrara a un árbitro en nombre de la Demandada al igual que un presidente del tribunal.

17. Mediante una carta de fecha 14 de marzo de 2008, el Centro informó a las Partes de que, conforme al Artículo 38 del Convenio del CIADI, serían consultadas a la brevedad acerca del nombramiento de los árbitros restantes. El Centro también confirmó que, hasta tanto se completara el proceso de nombramiento en virtud del Artículo 38, los árbitros faltantes podrían ser nombrados de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio.

18. El día 31 de marzo de 2008, la Demandada designó como árbitro a Sir Ian Brownlie, CBE, QC, nacional del Reino Unido. Mediante una carta de fecha 3 de abril de 2008, el CIADI

informó a las Partes de que Sir Ian Brownlie había aceptado su nombramiento como árbitro y suministró una copia de la declaración de Sir Ian Brownlie al igual que su declaración adjunta en virtud de la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

19. Mediante una carta de fecha 15 de abril de 2008, la Demandada afirmó que tenía la esperanza de que las Partes llegaran a un acuerdo respecto de un designado como presidente del tribunal y sugirió que el CIADI se abstuviera de proponer un candidato durante un período de tiempo razonable. El día 16 de abril de 2008, las Demandantes se opusieron a toda demora adicional en el nombramiento de un presidente del tribunal e instaron al Presidente del Consejo Administrativo a proceder con dicho nombramiento. El día 2 de mayo de 2008, cada una de las Partes informó al Centro de que no se había llegado a un acuerdo a efectos del nombramiento de un árbitro presidente.

20. Mediante una carta de fecha 8 de mayo de 2008, el Centro informó a las Partes de que se solicitaría que la Corte Permanente de Arbitraje le suministrara al Presidente del Consejo Administrativo una recomendación respecto del nombramiento del árbitro presidente.

21. El día 29 de mayo de 2008, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje invitó a las Partes a manifestar sus opiniones en cuanto al perfil de un árbitro presidente adecuado. Cada una de las Partes presentó sus observaciones el día 5 de junio de 2008.

22. Mediante una carta de fecha 13 de junio de 2008, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje informó a las Partes de su intención de recomendarle al Presidente del Consejo Administrativo que se nombrara al Juez Kenneth Keith, nacional de Nueva Zelanda, como árbitro presidente, y las invitó a realizar comentarios acerca de esta propuesta.

23. El día 1 de julio de 2008, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje le recomendó al Presidente del Consejo Administrativo que nombrara al Juez Keith como presidente. El día 11 de julio de 2008, el Centro informó a las Partes de que el Presidente del Consejo Administrativo había nombrado al Juez Keith presidente del tribunal. Mediante una carta de fecha 18 de julio de 2008, el Juez Keith aceptó su nombramiento como árbitro presidente.

24. Mediante carta de fecha 23 de julio de 2008, el Centro informó a las Partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se consideraba que el Tribunal había sido constituido y el procedimiento había comenzado en dicha fecha. El Sr. Gonzalo Flores, CIADI, fue designado para desempeñarse como Secretario del Tribunal.

25. El día 10 de septiembre de 2008, la Sra. Katia Yannaca-Small, CIADI, fue nombrada Secretaria del Tribunal.

26. La Primera Sesión del Tribunal se celebró en el Palacio de la Paz en La Haya el día 13 de septiembre de 2008. Las siguientes personas estuvieron presentes en la primera sesión:

Miembros del Tribunal

Juez Kenneth Keith, *Presidente*
Sr. L. Yves Fortier, CC, QC, *Árbitro*
Sir Ian Brownlie, CBE, QC, *Árbitro*

Secretariado del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

En representación de las Demandantes

Prof. James Crawford, SC, *Matrix Chambers*
Sr. Jan Paulsson, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Lucy F. Reed, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Alexander A. Yanos, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Jason Doughty, *ConocoPhillips*

En representación de la Demandada

Sr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Mark O' Donoghue, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Miriam Harwood, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Gabriela Álvarez Ávila, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Hildegard Rondón de Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*
Sr. Armando Giraud, *República Bolivariana de Venezuela*
Sra. Moreeliec Peña, *República Bolivariana de Venezuela*

27. Durante la Primera Sesión, el Tribunal determinó varias cuestiones procesales, y, con el acuerdo de las Partes, estableció el siguiente calendario a efectos de la presentación de escritos: a) el Memorial de las Demandantes habría de presentarse a más tardar el día 15 de septiembre de 2008; b) el Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada habría de presentarse a más tardar el día 1 de diciembre de 2008; c) los Comentarios sobre Bifurcación de las Demandantes habrían de presentarse a más tardar el día 8 de diciembre de 2008; y d) la Respuesta de la Demandada a los Comentarios sobre Bifurcación de las Demandantes habría de presentarse a más tardar el día 22 de diciembre de 2008. Asimismo, se acordó que la Resolución Procesal sobre Bifurcación del Tribunal se emitiría hacia mediados de enero de 2009.

28. Las Demandantes presentaron su Memorial conjuntamente con su material adjunto el día 15 de septiembre de 2008, de confomrindad con el calendario establecido.

29. El día 1 de diciembre de 2008, la Demandada presentó su Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, en el cual la Demandada solicitó que el Tribunal suspendiera el procedimiento y determinara la competencia del Tribunal como cuestión preliminar.

30. Las Demandantes presentaron sus observaciones respecto de la solicitud de bifurcación de la Demandada el día 8 de diciembre de 2008.

31. La Demandada presentó su respuesta a los comentarios de las Demandantes sobre la solicitud de bifurcación de la Demandada el día 22 de diciembre de 2008.

32. El día 23 de enero de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal Nº 1 que rechazaba la solicitud de bifurcación del procedimiento por parte de la Demandada. Asimismo, el

Tribunal solicitó que las Partes se consultaran a fin de definir el calendario para la presentación de escritos adicionales e informaran al Tribunal acerca de sus propuestas.

33. Mediante una carta de fecha 26 de enero de 2009, la Demandada solicitó que el Tribunal reconsiderara la decisión adoptada en la Resolución Procesal Nº 1 de no proceder a la bifurcación de la fase jurisdiccional del arbitraje de la fase de fondo y cuantificación de los daños, y solicitó una audiencia relativa a la cuestión de la bifurcación.

34. El día 29 de enero de 2009, las Demandantes se opusieron a las solicitudes realizadas por las Demandadas en su carta de fecha 26 de enero de 2009 y alegaron que la decisión adoptada por el Tribunal en el marco de la Resolución Procesal Nº 1 debía mantenerse.

35. Mediante una carta de fecha 29 de enero de 2009, la Demandada presentó observaciones adicionales respecto de su solicitud de reconsideración de la Resolución Procesal Nº 1.

36. El día 9 de febrero de 2009, el Centro informó a las Partes de que el Tribunal había confirmado su decisión adoptada en el contexto de la Resolución Procesal Nº 1 y no advertía razón alguna por la cual celebrar una audiencia en la materia. El Tribunal también solicitó que las Partes se consutaran a fin de definir el calendario a efectos de la presentación de escritos adicionales.

37. El día 19 de febrero de 2009, la Demandada propuso un calendario de presentación de escritos ante el Tribunal. Las Demandantes presentaron una contra-propuesta el día 20 de febrero de 2009.

38. El día 26 de febrero de 2009, el Tribunal informó a las Partes que había establecido el siguiente calendario: a) el Memorial de Contestación de la Demandada habría de presentarse a más tardar el 24 de julio de 2009; b) la Réplica de las Demandantes habría de presentarse a más tardar el 23 de octubre de 2009; y la Dúplica de la Demandada habría de presentarse a más tardar el 22 de enero de 2010. Asimismo, el Tribunal confirmó que las fechas de la audiencia se determinarían en una etapa posterior.

39. Luego de haber considerado las observaciones de las Partes, el Tribunal, mediante una carta de fecha 7 de mayo de 2009, propuso celebrar una audiencia de dos semanas en La Haya

entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010. Estas fechas fueron confirmadas posteriormente por el Tribunal.

40. El día 7 de julio de 2009, el Tribunal aceptó la solicitud de las Partes de fecha 6 de julio de 2009 de modificar el calendario de presentación de escritos.

41. La Demandada presentó su Memorial de Contestación el día 27 de julio de 2009.

42. El día 24 de agosto de 2009, las Demandantes presentaron su Primera Solicitud de Producción de Documentos. El día 28 de agosto de 2009, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar sus comentarios respecto de la Primera Solicitud de Producción de Documentos de las Demandantes. El día 14 de septiembre de 2009, la Demandada presentó sus Objeciones y Respuestas a la Primera Solicitud de Producción de Documentos de las Demandantes.

43. Las Demandantes presentaron su Réplica sobre el fondo el día 2 de noviembre de 2009.

44. Mediante una carta de fecha 4 de enero de 2010, el Centro informó a las Partes acerca del fallecimiento de Sir Ian Brownlie. De conformidad con la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se suspendió el procedimiento y la Demandada fue invitada a llenar la vacante en virtud de la Regla 11(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

45. Mediante una carta de fecha 29 de enero de 2010, la Demandada designó como árbitro al Profesor Georges Abi-Saab, nacional de Egipto. El día 1 de febrero de 2010, el Centro informó a las Partes de que el Profesor Abi-Saab había aceptado su nombramiento y suministró una copia de su declaración en virtud de la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El Centro también confirmó que, de conformidad con la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el procedimiento se había ranudado a partir de ese día.

46. Una consecuencia del reemplazo de un árbitro en esa etapa de los procedimientos fue que las deliberaciones de los miembros del Tribunal, con posterioridad a las audiencias programadas para los meses de mayo a julio de 2010, no pudieron comenzar hasta principios de 2011.

47. La Demandada presentó su Dúplica el día 1 de febrero de 2010.

48. Mediante una carta de fecha 24 de febrero de 2010, la Demandada informó al Tribunal que las Partes habían acordado celebrar una conferencia previa a la audiencia en aras de analizar los procedimientos aplicables a la audiencia.

49. El día 11 de marzo de 2010, tuvo lugar una teleconferencia previa a la audiencia.

50. El día 19 de marzo de 2010, las Demandantes presentaron su Segunda Solicitud de Producción de Documentos.

51. El día 23 de marzo de 2010, el Tribunal emitió la Resolución Procesal Nº 2, que establecía un orden del día provisional destinado a la audiencia que tendría lugar entre el 31 de mayo y el 12 de junio de 2010. La Resolución Procesal Nº 2 también preveía que se programaría una audiencia para la presentación de los alegatos de cierre, en La Haya, los días 21 y 23 de julio de 2010. Asimismo, la Resolución Procesal Nº 2 establecía un procedimiento y un calendario a efectos de la presentación de nuevos testimonios y documentos que habrían de utilizarse durante la audiencia.

52. La Demandada presentó sus Objeciones y Respuestas a la Segunda Solicitud de Producción de Documentos de las Demandantes el día 26 de marzo de 2010. El día 31 de marzo de 2010, las Demandantes presentaron una contestación a las Objeciones y Respuestas de la Demandada a su solicitud de producción de documentos de fecha 26 de marzo de 2010.

53. El día 31 de marzo de 2010, las Demandantes realizaron una Presentación de Anexos Documentales a través de la cual introdujeron documentos adicionales. Mediante un correo electrónico de fecha 1 de abril de 2010, la Demandada solicitó que el Tribunal se pronunciara acerca de la admisibilidad de la Presentación de Anexos Documentales de las Demandantes. En la misma fecha, las Demandantes respondieron al correo electrónico de la Demandada.

54. Mediante una carta de fecha 12 de abril de 2010, el Tribunal rechazó la Segunda Solicitud de Producción de Documentos de las Demandantes y también convocó a una teleconferencia que se llevaría a cabo el día 15 de abril de 2010 a fin de analizar la Presentación de Anexos Documentales de las Demandantes de fecha 31 de marzo de 2010.

55. El día 14 de abril de 2010, la Demandada realizó su Presentación de Anexos Documentales Adicionales que consistía en anexos documentales que podrían utilizarse en ocasión de la próxima audiencia.

56. El día 15 de abril de 2010, se llevó a cabo una teleconferencia. Luego de la teleconferencia, el Tribunal estableció plazos para que la Demandada respondiera a la Presentación de Anexos Documentales de las Demandantes de fecha 31 de marzo de 2010, al igual que a la Presentación de Anexos Documentales Adicionales de las Demandantes cuyo plazo finalizaba ese día.

57. De conformidad con la Resolución Procesal Nº 2, el día 15 de abril de 2010, las Demandantes presentaron testimonios complementarios y realizaron otra Presentación de Anexos Documentales.

58. El día 30 de abril de 2010, la Demandada realizó una Presentación Parcial de Anexos Documentales Adicionales.

59. El día 17 de mayo de 2010, la Demandada realizó una Presentación de Testimonios y Documentos Adicionales en Respuesta a los Testimonios y Documentos Complementarios Presentados por las Demandantes el día 15 de abril de 2010.

60. El día 26 de mayo de 2010, las Demandantes realizaron una actualización de los Informes de Valuación preparados por sus peritos respecto de las Inversiones de las Demandantes en Venezuela, al igual que una Nueva Presentación de Autoridades Legales.

61. El día 28 de mayo de 2010, las Partes presentaron sus Esquemas de Apertura, de acuerdo con lo previsto en la Resolución Procesal No. 2.

62. La audiencia sobre jurisdicción y fondo se celebró en La Haya entre los días 31 de mayo y 12 de junio de 2010. Las siguientes personas estuvieron presentes durante la audiencia:

Miembros del Tribunal

Juez Kenneth Keith, *Presidente*
Sr. L. Yves Fortier, CC, QC, *Árbitro*
Prof. Georges Abi-Saab, *Árbitro*

Secretariado del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

En representación de las Demandantes

Prof. James Crawford, SC *Matrix Chambers*
Sr. Jan Paulsson, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Noah Rubins, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Lucy F. Reed, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. D. Brian King, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Alexander A. Yanos, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Giorgio Mandelli, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Jessica Bannon Vanto, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Lucy Martinez, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Phillip Riblett, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Ruth Teitelbaum, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Daniel Chertudi, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Claude Stansbury, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Janet Kelly, *ConocoPhillips*
Sr. Clyde Lea, *ConocoPhillips*
Sr. Jason Doughty, *ConocoPhillips*
Sr. Fernando Ávila, *ConocoPhillips*
Sra. Laura Robertson, *ConocoPhillips*
Sra. Angela McGinnis, *ConocoPhillips*

En representación de la Demandada

Sr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Benard V. Preziosi Jr., *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Miriam Harwood, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Gabriela Álvarez-Ávila, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Fernando Tupa, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Kabir Duggal, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Bernardo M. Cremades Román, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Cristina Ferraro, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Lilliana Dealbert, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Dr. Gustavo Álvarez, *República Bolivariana de Venezuela*
Dr. Bernard Mommer, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Hildegard Rondón de Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Beatrice Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*
Dr. Joaquín Parra, *República Bolivariana de Venezuela*
Dr. Armando Giraud, *República Bolivariana de Venezuela*
Sra. Moreeliec Peña, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Natalia Linares, *República Bolivariana de Venezuela*

63. El día 12 de junio de 2010, el Tribunal emitió la Resolución Procesal Nº 3, que requería que cada una de las Partes presentara un esquema de las cuestiones que habrían de abordarse durante la audiencia que tendría lugar los días 21 y 23 de julio de 2010 hasta el día 16 de julio de 2010. La Resolución Procesal Nº 3 también preveía que:

> El Tribunal ordenará un laudo definitivo en esta etapa, sólo en el supuesto de que todas las reclamaciones fueran desestimadas. Si no todas las reclamaciones fueran desestimadas, el Tribunal, de ser posible, planea decidir las siguientes cuestiones en esta etapa:
>
> i) La totalidad de las cuestiones jurisdiccionales;
>
> ii) La totalidad de las cuestiones relativas a las cuestiones de fondo de cualquiera de las reclamaciones no desestimadas por falta de jurisdicción;
>
> iii) La fecha de valuación;
>
> iv) La relevancia de las disposiciones de compensación en los Proyectos Petrozuata y Hamaca;
>
> v) La tasa de descuento;
>
> vi) Cualquier parte del perfil de producción sobre la cual el Tribunal sienta que ha entendido lo suficiente.

64. Los días 16 de junio y 12 de julio de 2010, la Demandada presentó autoridades legales adicionales. El día 16 de julio de 2010, las Demandantes presentaron anexos documentales adicionales.

65. Las Partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia el día 16 de julio de 2010.

66. La audiencia sobre los alegatos de cierre se celebró en La Haya los días 21 y 23 de julio de 2010. Las siguientes personas estuvieron presentes durante la audiencia:

Miembros del Tribunal

Juez Kenneth Keith, *Presidente*
Sr. L. Yves Fortier, CC, QC, *Árbitro*
Prof. Georges Abi-Saab, *Árbitro*

Secretariado del CIADI

Sra. Katia Yannaca-Small, *Secretaria del Tribunal*

En representación de las Demandantes

Prof. James Crawford, SC, *Matrix Chambers*
Sr. Jan Paulsson, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Lucy F. Reed, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. D. Brian King, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Alexander A.Yanos, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Giorgio Mandelli, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Jessica Bannon Vanto, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Lucy Martinez, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Phillip Riblett, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Ruth Teitelbaum, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sr. Daniel Chertudi, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*
Sra. Janet Kelly, *ConocoPhillips*
Sr. Clyde Lea, *ConocoPhillips*
Sr. Jason Doughty, *ConocoPhillips*
Sr. Fernando Ávila, *ConocoPhillips*
Sra. Laura Robertson, *ConocoPhillips*
Sra. Angela McGinnis, *ConocoPhillips*
Sr. Jared Richards, *ConocoPhillips*

En representación de la Demandada

Sr. George Kahale, III, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Benard V. Preziosi Jr., *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Miriam Harwood, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Gabriela Álvarez-Ávila,, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Eloy Barbará de Parres, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Fernando Tupa, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Kabir Duggal, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Gloria Díaz-Bujan, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sra. Katiria Calderón, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Sr. Christopher Grech, *Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*
Dr. Bernard Mommer, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Hildegard Rondon de Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Beatrice Sansó, *República Bolivariana de Venezuela*
Dr. Joaquín Parra, *República Bolivariana de Venezuela*
Dr. Armando Giraud, *República Bolivariana de Venezuela*
Sra. Moreeliec Peña, *República Bolivariana de Venezuela*
Dra. Natalia Linares, *República Bolivariana de Venezuela*

67. El día 9 de septiembre de 2010, la Sra. Janet Whittaker asumió el rol de Secretaria del Tribunal, luego de la partida de la Sra. Yannaca-Small del Secretariado del CIADI.

68. El día 4 de octubre de 2011, el Sr. Fortier escribió a la Secretaria General del CIADI para informarles que el estudio del cual era socio, Norton Rose OR LLP, había anunciado su fusión con el estudio Macleod Dixon LLP, a hacerse efectiva a partir del día 1 de enero de 2012. El Sr. Fortier declaró que había llegado a su conocimiento, como consecuencia de un procedimiento de comprobación de conflictos, que Macleod Dixon LLP había prestado y continuaba prestando servicios jurídicos a la Compañía ConocoPhillips, y que la misma también estaba actuando de manera adversa a los intereses de la Demandada en otras cuestiones, incluido otro arbitraje ante el CIADI. Ese mismo día, el Centro le comunicó a las Partes la información proporcionada por el Sr. Fortier.

69. Mediante una carta de fecha 5 de octubre de 2011, la Demandada propuso la recusación del Sr. Fortier de conformidad con el Artículo 57 del Convenio del CIADI.

70. El día 6 de octubre de 2011, el Centro informó a las Partes que el procedimiento se suspendia de conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

71. El día 12 de octubre de 2011, el Presidente del Tribunal, habiendo consultado con el Profesor Abi-Saab, fijó un cronograma para que las Partes presentaran observaciones y el Sr. Fortier brindara explicaciones según lo dispuesto por la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

72. El día 13 de octubre de 2011, la Demandada realizó otra presentación y suministró detalles respecto de las autoridades jurídicas sobre las que se fundaba en respaldo a su propuesta de recusación.

73. El día 14 de octubre de 2011, el Juez Keith y el Profesor Abi-Saab les solicitaron a las Partes presentar cualquier observación que desearan realizar, dentro del marco del cronograma de presentaciones existente.

74. El día 18 de octubre de 2011, el Sr. Fortier informó al Juez Keith, al Profesor Abi-Saab y a las Partes su decisión de abandonar el estudio Norton Rose OR LLP efectivo a partir del día

31 de diciembre de 2011. El Sr. Fortier confirmó que, a partir de esa fecha, su relación con el estudio estaría completamente terminada.

75. Mediante una carta de fecha 19 de octubre de 2011, las Demandantes afirmaron que, a la luz de la carta del Sr. Fortier de fecha 18 de octubre de 2011, no quedaba fundamento alguno para la propuesta de la Demandada de recusar al Sr. Fortier e invitaba a la Demandada a confirmarlo.

76. El día 19 de octubre de 2011, la Demandada declaró que estaba considerando la cuestión y solicitaba respuestas a las preguntas planteadas en su presentación de fecha 13 de octubre de 2011.

77. Mediante una carta de fecha 24 de octubre de 2011, la Demandada declaró que mantenía su propuesta de recusación al Sr. Fortier como árbitro.

78. Las Demandantes presentaron su Réplica a la Propuesta de Recusación de la Demandada el día 25 de octubre de 2011.

79. El día 27 de octubre de 2011, en vista de la correspondencia de las Partes de fecha 26 de octubre de 2011, se les solicitó a las Partes realizar sus presentaciones dentro del cronograma establecido por el Juez Keith y el Profesor Abi-Saab el día 12 de octubre 2011.

80. El 28 de octubre de 2011, el Sr. Fortier solicitó una prórroga de la fecha para la presentación de sus explicaciones. El día 31 de octubre de 2011, el Juez Keith y el Profesor Abi-Saab concedieron la prórroga solicitada.

81. Mediante una carta de fecha 17 de noviembre de 2011, el Sr. Fortier presentó sus explicaciones adicionales con relación a la propuesta de recusación de la Demandada.

82. El día 1 de diciembre de 2011, la Demandada presentó sus observaciones finales en respuesta a la réplica de las Demandantes de 25 de octubre de 2011 y las explicaciones del Sr. Fortier de 17 de noviembre de 2011.

83. Las Demandantes presentaron Observaciones Adicionales respecto de la Propuesta de Recusación de la Demandada el día 2 de diciembre de 2011.

84. En su decisión de fecha 27 de febrero de 2012, el Juez Keith y el Profesor Abi-Saab rechazaron la propuesta de recusación del Sr. Fortier de la Demandada. Mediante una carta de idéntica fecha, el Centro informó a las Partes que el procedimiento ya no se encontraba suspendido y que se había reanudado.

85. La solicitud de recusación y el proceso que llevó a la determinación de la misma tuvo como consecuencia una demora mayor en la deliberación de los miembros del Tribunal.

86. El día 28 de febrero de 2012, la Demandada presentó pruebas acerca de acontecimientos recientes que incidían en cuestiones del caso relacionadas con el *quantum*. Ese mismo día, las Demandantes le solicitaron al Tribunal que declarara inadmisible la presentación de la Demandada o, de lo contrario, solicitaban la oportunidad de responder. Posteriormente ese día, la Demandada realizó observaciones respecto de la solicitud de las Demandantes para declarar inadmisible la presentación de la Demandada. Mediante una carta de fecha 2 de marzo de 2012, el Tribunal admitió la presentación de la Demandada e invitó a las Demandantes a presentar observaciones respecto de los acontecimientos recientes que abordaba la presentación de la Demandada. El día 16 de marzo de 2012, las Demandantes presentaron observaciones acerca de la presentación de la Demandada. El día 18 de marzo de 2012, la Demandada presentó observaciones adicionales en su presentación. El día 19 de marzo de 2012, las Demandantes realizaron objeciones a las observaciones más recientes de la Demandada y solicitaron una oportunidad para responder. Mediante una carta de fecha 20 de marzo de 2012, el Tribunal invitó a las Demandantes a proporcionar cualquier otro comentario que pudieran tener. El día 27 de marzo de 2012, las Demandantes presentaron sus observaciones complementarias. El día 28 de marzo de 2012, la Demandada indicó que estaría lista para celebrar una audiencia relativa a la cuantificación de daños en el supuesto de que el Tribunal tuviera preguntas respecto de los materiales presentados.

87. Mediante una carta de fecha 25 de mayo de 2012, las Demandantes pidieron permiso al Tribunal para presentar nueva información. Mediante una carta de fecha 8 de junio de 2012, la Demandada presentó sus observaciones a la solicitud de las Demandantes. El 4 de julio de 2012, el Tribunal concedió la petición de las Demandantes para presentar nueva información y fijó un cronograma para que las Demandantes presentaran una respuesta a dicha evidencia. Las

Demandantes presentaron su nueva evidencia el 11 de julio de 2012. El día 25 de julio de 2012, la Demandada proporcionó sus observaciones en respuesta a las mismas. Los días 3 de agosto y el 5 de agosto de 2012, las Demandantes y la Demandada, respectivamente, presentaron observaciones adicionales. Mediante una carta de fecha 7 de agosto de 2012, el Tribunal indicó que en ese momento no solicitaría información adicional aunque recurriría a las Partes si surgiera la necesidad.

88. El día 22 de octubre de 2012, el Tribunal informó a las Partes de que había avanzado significativamente en sus deliberaciones y preveía emitir sus conlcusiones a comienzos del año 2013.

89. El 21 de noviembre de 2012, el Sr. Gonzalo Flores fue re-designado Secretario del Tribunal, luego de la partida de la Sra. Janet Whittaker del Secretariado del CIADI.

90. Mediante carta de 27 de diciembre de 2012, la Demandada presentó al Tribunal una decisión sobre responsabilidad emitida el 14 de diciembre de 2012 en el caso CIADI No. ARB/08/5 (*Burlington Resources, Inc. c. República de Ecuador*). Las Demandantes presentaron sus observaciones a la carta de la Demandada el 3 de enero de 2013. Mediante carta de 4 de enero de 2013, la Demandada respondió a la carta de las Demandantes de 3 de enero de 2013.

91. Mediante carta de 11 de febrero de 2013, la Demandada presentó al Tribunal una decision sobre jurisdicción emitida el 8 de febrero de 2013 en el caso CIADI No. ARB/10/5 (*Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*). Las Demandantes presentaron sus observaciones a la carta de la Demandada el 18 de febrero de 2013 y, ese mismo día, las Demandantes presentaron una breve contestación.

92. Mediante cartas de 26 de marzo y 26 de julio de 2013, el Tribunal informó sobre el progreso realizado con respecto a sus deliberaciones, informando a las Partes sobre el procedimiento médico al que el Profesor Abi-Saab se había sometido y del impacto de este procedimiento en el trabajo del Tribunal.

IV. LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA CONTROVERSIA

93. Esta síntesis proporciona una reseña general de los hechos relevantes a aquellos aspectos de la controversia entre las Partes que son considerados en esta Decisión[16]. Los hechos relevantes a las demás cuestiones a ser sometidas a la consideración del Tribunal serán abordados en el contexto de las conclusiones futuras del Tribunal.

94. Además, esta síntesis no está dirigida a abordar la totalidad de las cuestiones fácticas de posible relevancia. Específicamente, no cubre de manera exhaustiva la totalidad de las cuestiones fácticas que surgen de la declaración que los testigos prestaron en la audiencia. El Tribunal puede abordar hechos adicionales de esas declaraciones testimoniales o de otra manera en el curso de su análisis de las afirmaciones de las Partes.

A. LA INDUSTRIA DE PETRÓLEO DE VENEZUELA Y EL MARCO JURÍDICO PRE EXISTENTE

95. Una de las reservas de petróleo más grandes del mundo se encuentra en Venezuela, en la Faja del Orinoco, dentro del Área Oriental de Venezuela, al norte del Río Orinoco[17]. Los depósitos son de petróleo ultra pesado, que "es una sustancia similar al alquitrán que actúa como un líquido denso subterráneo, pero que se solidifica una vez que se lleva a la superficie, y contiene grandes cantidades de azufre y otras impurezas[18]". [Traducción del Tribunal]

96. La industria de petróleo de Venezuela constituye un sector estratégico de vital importancia para la economía nacional[19]. El Artículo 302 de la Constitución Venezolana le otorga un reconocimiento especial a la industria de petróleo[20]:

---

16 El Tribunal observa que determinados materiales han sido presentados tanto por las Demandantes como por la Demandada. En estas instancias, no se le debería asignar significancia alguna a la citación del Tribunal de los anexos de una u otra Parte.

17 Réplica de las Demandantes ¶ 17a.

18 Memorial de las Demandantes ¶ 6.

19 Memorial de la República Bolivariana de Venezuela sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 1 de diciembre de 2008 ("Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción") ¶ 12.

20 Ex. R-16, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Nº 36.860, publicado el 30 de diciembre de 1999, Art. 302.

> El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.

97. En 1943, Venezuela promulgó su primera ley de hidrocarburos (la "Ley de Hidrocarburos de 1943"), que reformó las regulaciones de la industria y los acuerdos contractuales entre el Estado y las compañías petroleras[21]. La Ley de Hidrocarburos de 1943 instituyó un Impuesto de Producción, que fue fijado en 16⅔ por ciento, sujeto a la posible reducción de la alícuota en determinadas circunstancias[22].

98. En 1971, el gobierno adoptó la Ley de Reversión, que dispuso que la totalidad de los activos de petróleo de Venezuela volverían al Estado al finalizar sus períodos de concesión[23].

99. En 1975, el gobierno venezolano promulgó la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (la "Ley de Nacionalización"), que nacionalizó su sector de hidrocarburos[24]. Conforme al Artículo 1 de la Ley de Nacionalización, que reemplazó la Ley de Reversión de 1971, el Estado se reservó para sí[25]:

> [T]odo lo relativo a la explotación del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al

---

21 Memorial de las Demandantes ¶ 23 citando la Ley de Hidrocarburos de 1943 y su modificación en 1955 (Ley de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 471, publicado el 13 de octubre de 1955) y en 1967 (*véase* Ex. C-50, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 1.149, publicado el 15 de septiembre de 1967). *Véase asimismo* Réplica de las Demandantes ¶ 17b.

22 Ex. C-50, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 1.149, publicado el 15 de septiembre de 1967, Art. 41.

23 Memorial de las Demandantes ¶ 29.

24 Réplica de las Demandantes ¶ 17c.

25 Ex. C-6 y Ex. R-19, Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 1.769, publicado el 29 de agosto de 1975 (entrada en vigor el 1 de enero de 1976) (la "Ley de Nacionalización"). *Véase asimismo* Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción ¶ 13; Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 16–17 (declarando asimismo que la Ley de Nacionalización de 1975 implementó el Artículo 97 de la Constitución Venezolana de 1961, que establece que: "[E]l Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control. La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado").

> comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas, y a las obras que su manejo requiera, en los términos señalados por esta ley.

El Artículo 5 dispuso una excepción en "casos especiales", de la siguiente manera[26]:

> El Estado ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1º de la presente Ley directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.
>
> En casos especiales y cuando así convenga al interés público el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada. Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras [del Congreso] en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadoras por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.

100. La Ley de Nacionalización de 1975 ordenó asimismo la creación de una nueva compañía nacional de petróleo— Petróleos de Venezuela, S.A. ("PdVSA") — cuyo objeto era coordinar, supervisar y controlar todas las actividades relacionadas con el petróleo en Venezuela, y cuyo único accionista era y sigue siendo el Estado[27]. PdVSA adquirió una serie de subsidiarias operativas, incluidas Lagoven, S.A. ("Lagoven"), Maraven, S.A. ("Maraven") y Corpoven, S.A. ("Corpoven[28]"). A partir del año 1978 Corpoven fue responsable de la región de Machete y posteriormente, de la región de Hamaca; Maraven, de la región de Zuata; y Lagoven, de la región de Cerro Negro[29].

---

26 Ex. C-6, Ley de Nacionalización, Art. 5. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 32; Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción ¶¶ 14–15; y Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 18.

27 Ex. C-6 y Ex. R-19, Ley de Nacionalización, Art. 6. *Véase asimismo* Réplica de las Demandantes ¶ 17c.

28 Memorial de las Demandantes ¶ 31.

29 Memorial de las Demandantes ¶ 35. Desde el 1 de enero de 1998, PdVSA se fusionó con Lagoven y Maraven constituyendo Corpoven, que fue re denominada PdVSA Petróleo y Gas, S.A. Posteriormente fue re denominada PdVSA Petróleo, S.A. *Véase* Memorial de las Demandantes ¶ 78, nota al pie 121.

101. Después de la promulgación de la Ley de Nacionalización de 1975, PdVSA y sus subsidiarias desarrollaron actividades en la industria de petróleo de Venezuela mayormente por su propia cuenta, sin la participación accionaria de partes privadas, durante alrededor de los siguientes 15 años[30].

B. LA APERTURA PETROLERA

102. Debido, entre otros factores, a la ausencia de la tecnología requerida para la explotación de petróleo pesado y extra pesado y los elevados costos de inversión, Venezuela no podía comercializar en forma adecuada sus grandes reservas de petróleo en la Faja Petrolífera del Orinoco[31], ni explorar la posibilidad de producir petróleo en nuevas áreas. A fin de mejorar la producción de petróleo de Venezuela, se consideró necesario: a) fomentar la inversión privada en el sector petrolero; b) rejuvenecer los yacimientos existentes; c) desarrollar los recursos de petróleo crudo extra pesado de Venezuela; y d) explorar nuevos yacimientos de crudo liviano y mediano[32].

103. La Apertura Petrolera estaba destinada a perseguir estos objetivos permitiendo que los inversores extranjeros invirtieran en la industria petrolera venezolana[33]. La excepción para las asociaciones en "casos especiales" contenida en el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización de 1975, preveía una apertura a las compañías extranjeras de modo tal que reingresaran a la industria[34].

---

30 Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción ¶ 16.

31 Memorial de las Demandantes ¶¶ 37–38; Réplica de las Demandantes, ¶ 17d. *Véase asimismo* Ex. C-66, Presentación de PdVSA por Carlos Jordá, *The Outlook for Heavy Crude Oil Business Opportunities*, febrero de 1998.

32 Memorial de las Demandantes ¶ 39 (que hace referencia al Ex. C-59, Bernard Mommer, *The Political Role of National Oil Companies in Exporting Countries: The Venezuelan Case*, Oxford Institute for Energy Studies, septiembre de 1994 en 18–23). *Véase asimismo* Réplica de las Demandantes, ¶ 17d, nota al pie 6 ("La Apertura también intenta obtener el desarrollo de "Nuevas Áreas", incluidas las reservas costa afuera").

33 Memorial de las Demandantes ¶¶ 39–43; *Véase asimismo* Réplica de las Demandantes ¶ 17g.

34 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 19.

104. En este sentido, en aras de facilitar la inversión en la industria petrolera venezolana y tornarla más competitiva a nivel internacional, se realizaron diversas reformas económicas[35]. Como se establece *infra,* entre estas reformas se encontraban: 1) la reducción de la alícuota del impuesto sobre la renta de modo tal que los participantes en proyectos integrados verticalmente en materia de petróleo pesado y extra pesado estuvieran sujetos a la alícuota general del impuesto a las sociedades en lugar de la alícuota aplicable a otras actividades petroleras; y 2) la reducción temporal de la alícuota de regalías aplicable a dichos proyectos[36].

105. Con respecto a la alícuota del impuesto sobre la renta, en el año 1991, el Congreso venezolano promulgó modificaciones a la ley del impuesto sobre la renta, reduciendo la alícuota aplicable a los proyectos integrados verticalmente en materia de petróleo pesado y extra pesado en la Faja del Orinoco. En consecuencia, los proyectos que involucraban tanto la extracción como la refinación del petróleo estarían sujetos a la alícuota del impuesto a las sociedades (entonces del 30 por ciento) en lugar de la alícuota aplicable a los proyectos *upstream* que comprendían la extracción de petróleo crudo liviano y mediano (67,7 por ciento)[37].

C. EL PROYECTO PETROZUATA

(1) Descripción General del Proyecto Petrozuata

106. El Proyecto Petrozuata consistía en un proyecto integrado verticalmente en la Faja del Orinoco que comprendía la extracción, el transporte y la refinación del petróleo crudo extra pesado, al igual que la comercialización del petróleo crudo mejorado (denominado "sincrudo")[38]. ConocoPhillips era titular de un derecho equivalente al 50,1 por ciento en el Proyecto Petrozuata, mientras que una sociedad relacionada de PdVSA era titular del 49,9% restante. El Proyecto Petrozuata estaba diseñado para extraer aproximadamente 120.000 barriles por día ("BPD") de crudo extra pesado y mejorarlo para convertirlo en 104.000 BPD de

---

35 *Véase* Ex. C-66, (que menciona los "Incentivos Fiscales" entre los cambios introducidos). *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 46.

36 Réplica de las Demandantes ¶ 17g.

37 Memorial de las Demandantes ¶ 48 (que hace referencia al Ex. C-38, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4.300, publicada el día 13 de agosto de 1991, Arts. 7 y 30).

38 *Véase en general* Esquema de Cierre de las Demandantes, Anexo, "Descripción General de los Proyectos".

sincrudo. El plazo del Proyecto era de 35 años. El sincrudo de Petrozuata fue vendido a ConocoPhillips en virtud de un contrato de compraventa a efectos de su posterior refinación en su refinería de Lake Charles, que ConocoPhillips había reconfigurado a fin de procesar el sincrudo de Petrozuata[39]. Para más detalles acerca del Proyecto Petrozuata, véase *infra*.

(2) Los Informes del Senado y la Comisión Bicameral

107. En el mes de septiembre de 1990, Conoco le envió una carta a PdVSA en la que manifestaba su interés en realizar estudios de viabilidad respecto de los proyectos petroleros[40]. A comienzos del año 1991, se estableció una Unidad de Asociaciones Estratégicas en aras de supervisar la comercialización de la Faja del Orinoco[41]. Luego de diversas reuniones en 1991 entre los representantes de Conoco y la Unidad de Asociaciones Estratégicas[42], el día 17 de noviembre de 1991, Conoco y PdVSA suscribieron cartas de intención en las que expresaban su interés en evaluar la viabilidad del desarrollo de un proyecto de petróleo extra pesado en la Faja Petrolífera del Orinoco mediante la Tecnología de Coquización Retardada de Conoco[43]. Las cartas de intención preveían tres fases de desarrollo del proyecto, todas las cuales comprendían la distribución de los costos.

108. Un Comité Directivo Conjunto compuesto por representantes de Conoco y Maraven negoció y celebró un Acuerdo para un Estudio Conjunto con respecto al proyecto propuesto[44]. En el mes de agosto de 1992, Conoco y Maraven emitieron un informe acerca del "Estudio de Factibilidad del Petróleo Pesado de Venezuela"[45].

---

39 Las Demandantes afirman que Conoco invirtió cientos de millones de dólares en la modificación de la refinería de Lake Charles de modo tal que pudiera procesar el sincrudo de Petrozuata. *Véase* Memorial de las Demandantes ¶ 8.

40 Ex. C-68, Carta de Curt D. Baker dirigida a Antonio T. Cassella, 28 de septiembre de 1990.

41 Memorial de las Demandantes ¶ 47.

42 Memorial de las Demandantes ¶¶ 49–50, 52–53.

43 Ex. C-71, Carta de Intención entre PdVSA y Conoco Inc., 17 de noviembre de 1991; Ex. C-72, Carta de Intención entre PdVSA y Conoco Inc., 17 de noviembre de 1991.

44 Memorial de las Demandantes ¶ 55. Ex. C-74, Acuerdo para un Estudio Conjunto entre Conoco Inc. y Maraven, S.A., 1 de enero de 1992.

45 Cl. Ex. C-73, Conoco Inc. y Maraven, S.A. Estudio de Viabilidad del Petróleo Pesado de Venezuela, Informe Definitivo, Tomo 1, agosto de 1992.

109. En el mes de abril de 1993, la Comisión Permanente del Senado de Venezuela de Medio Ambiente y Ordenación del Uso del Territorio emitió un informe con respecto al Proyecto Petrozuata propuesto ("Informe del Senado")[46]. El Informe del Senado fue presentado ante el Congreso venezolano en el mes de mayo de 1993[47]. El Informe del Senado establecía que PdVSA había "decidido promover la creación de … 'Asociaciones Estratégicas' entre las empresas filiales operadoras y algunas empresas extranjeras. … Realizar esta decisión permitirá a PdVSA complementar su esfuerzo con recursos tecnológicos y financieros de terceros y reactivar con menor grado de riesgo la estrategia de desarrollo de la Faja del Orinoco …"[48]. El Informe del Senado también proponía que "el otorgamiento de ciertos incentivos fiscales por un período determinado … podría hacer los proyectos económicamente viables mejorando su competitividad en comparación con otras opciones que las empresas pudieran tener a nivel mundial"[49]. El Informe del Senado afirmaba que el Proyecto Petrozuata "configura un caso especial y de conveniencia al interés público" en virtud del Artículo 5 de la Ley de Nacionalización de 1975[50].

110. En el mes de agosto de 1993, la Comisión Bicameral de Energía y Minas del Senado de Venezuela — una comisión permanente del Congreso — emitió un informe (el "Informe Bicameral")[51]. La Comisión Bicameral recomendó que el Proyecto Petrozuata (denominado en el Informe Bicameral "Proyecto Maraven-Conoco") fuera aprobado por el Congreso de conformidad con el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización de 1975[52].

---

46 Ex. C-54, Comisión Permanente del Senado de Medio Ambiente y Ordenación del Uso del Territorio, Asociación entre las Empresas Maraven y Conoco para la Explotación y Mejoramiento de Crudo Extrapesado de la Faja del Orinoco, abril de 1993 ("Informe del Senado").

47 Memorial de las Demandantes ¶ 61.

48 Ex. C-54, Informe del Senado en pág. 3.

49 Ex. C-54, Informe del Senado en pág. 17.

50 Ex. C-54, Informe del Senado en pág. 34.

51 Ex. C-8, Informe Aprobado por la Comisión Bicameral para el Estudio de las Asociaciones Estratégicas de PdVSA sobre los Proyectos Maraven-Conoco y Maraven-Total-Itochu-Maruveni para la Explotación y Mejoramiento de Petróleos Extrapesados de la Faja Petrolífera del Orinoco, de fecha 12 de agosto de 1993 ("Informe Bicameral").

52 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección II.

111. El Informe Bicameral presentaba una descripción del marco jurídico que regía el Proyecto Petrozuata al igual que sus aspectos técnicos, además de un resumen de los aspectos básicos del posible convenio de asociación, que incluía[53]: 1) "un mecanismo de protección de los accionistas extranjeros en el caso de que se tomen acciones discriminatorias a través de leyes o acciones administrativas por parte de autoridades nacionales, estatales, o municipales que establezcan un trato discriminatorio desfavorable ... que se traduzcan en un daño económico significativo"[54]; y 2) un plazo máximo de hasta 35 años a partir de la primera carga comercial[55]. Asimismo, el Informe Bicameral recomendaba que Maraven fuera titular de un derecho minoritario en el proyecto[56].

112. El Informe Bicameral recomendaba que las asociaciones estratégicas objeto de análisis estuvieran exentas de la alícuota del impuesto sobre la renta aplicable a la explotación de hidrocarburos (67,7 por ciento)[57], de modo tal que la alícuota más reducida del impuesto sobre la renta establecida en 1991 (posteriormente modificada) fuera aplicable[58]. El Informe Bicameral también declaraba que "las Asociaciones tramitarán, a través de los canales institucionales respectivos, posibles incentivos para los primeros años en el segmento de regalía"[59].

(3) La Autorización del Congreso

113. El día 10 de agosto de 1993, el Congreso de Venezuela, luego de haber revisado el Informe Bicameral[60], autorizó la asociación estratégica entre Conoco y Maraven. La autorización del Congreso ("Autorización Petrozuata") confirmaba que "esta autorización

---

53 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección VII.

54 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección VII, subsección D.

55 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección VII, subsección F.

56 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección VI.

57 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección II, subsección F, y Sección VIII.

58 *Véase supra* ¶ 105.

59 Ex. C-8, Informe Bicameral en Sección VIII. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 66b.

60 Ex. C-10 y C-10A, Autorización del Convenio de Asociación entre las Empresas Maraven, S.A. y Conoco, Inc., Gaceta Oficial Nº 35.293, publicada el día 9 de septiembre de 1993 ("Autorización Petrozuata"), Encabezamiento.

deberá usarse dentro del marco legal de las 'condiciones' expresadas taxativamente dentro de[l] Informe [Bicameral]"[61].

114. La Autorización Petrozuata establecía los términos y condiciones aplicables al convenio de asociación propuesto entre Maraven y Conoco[62]. La Autorización Petrozuata aprobaba hasta 35 años de producción comercial a efectos del Proyecto Petrozuata[63], y disponía que estaría sujeta al derecho tributario de Venezuela, las disposiciones en materia de regalías de la Ley de Hidrocarburos de 1943 y el resto de la legislación venezolana[64].

115. Asimismo, la Condición Décimo Sexta establecía[65]:

> En el Convenio de Asociación serán incluidas previsiones que permitan a Maraven compensar, en términos equitativos, a las otras partes, por las consecuencias económicas significativas y adversas derivadas directamente de la adopción de decisiones de autoridades administrativas nacionales, estatales o municipales o de cambios en la legislación que, por su contenido y propósito, determinen un injusto trato discriminatorio a la Empresa o a dichas otras partes, siempre entendidos en su condición de tales y como partes en el Convenio de Asociación, todo ello, sin menoscabo del derecho soberano a legislar, inherente a la existencia misma de los poderes legislativos nacionales, estatales y municipales.

116. La Condición Décimo Octava preveía[66]:

> El Convenio de Asociación a ser celebrado, la sociedad mercantil que se creará y las actividades de diversa naturaleza que de tales actos derivarán, en especial las mercantiles, son operaciones y negocios que sólo competen y obligan a Maraven y a Petróleos de Venezuela, S.A. (PdVSA), en la medida de las garantías que llegare a otorgar conforme a la Condición Décima Séptima; en ningún caso comprometen por sí solos la responsabilidad de la República de Venezuela, la cual sólo podría surgir en caso de que tal responsabilidad sea asumida mediante un acto expreso válido de sus autoridades.

---

61 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Encabezamiento.

62 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Encabezamiento. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶¶ 68–69; Memorial de Contestación de la Demandada. ¶¶ 23–25.

63 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Condición Tercera.

64 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Condición Vigésimo Quinta.

65 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Condición Décimo Sexta. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 25; Réplica de las Demandantes, ¶ 18a.

66 Ex. C-10 y C-10A, Autorización Petrozuata, Condición Décimo Octava.

(4) Modificaciones Adicionales de la Ley de Impuesto sobre la Renta

117. El día 11 de agosto de 1993, el Congreso venezolano sancionó una ley habilitante que autorizaba al Presidente a modificar la ley de impuesto sobre la renta a fin de establecer que las asociaciones estratégicas fueran ”excluidas del régimen aplicable a los contribuyentes que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y actividades conexas y en su lugar [fueran] incluidas dentro del régimen ordinario establecido en la ley [de impuesto sobre la renta] para las compañías anónimas y los contribuyentes asimilados a éstas”[67].

118. El día 26 de agosto de 1993, el entonces Presidente Velasquez dictó un Decreto-Ley en aras de prever, de manera similar a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991, que las entidades involucradas en “proyectos integrados verticalmente en materia de explotación, refinación, industrialización, emulsificación, transporte y comercialización de petróleos crudos extrapesados” estarían sujetas a la alícuota general del impuesto a las sociedades[68]. En el año 1994, la alícuota general del impuesto a las sociedades se fijó en 34 por ciento[69].

(5) El Convenio de Asociación Petrozuata

119. La emisión por parte del Congreso de la Autorización Petrozuata fue seguida por negociaciones entre Conoco y Maraven en cuanto a los posibles términos y condiciones del Convenio de Asociación[70]. El día 31 de mayo de 1995, Conoco y Maraven suscribieron un Principio de Convenio que confirmaba la concurrencia de las partes con relación a los términos

---

67 Ex. C-79, Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera, Gaceta Oficial Nº 35.280, publicada el día 23 de agosto de 1993, Art. 1(3).

68 Ex. C-11 y Ex. C-11A, Decreto-Ley No. 3.113, Mediante el cual Se Dicta la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta, Decreto Nº 3.113, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4.628, publicada el día 9 de septiembre de 1993, Art. 9. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 71.

69 Ex. C-39, Decreto de Reforma de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, Decreto Nº 188, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 4.727, publicada el día 27 de mayo de 1994.

70 *Véase, por ej.*, Memorial de las Demandantes ¶¶ 72-74; Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 28-40.

y condiciones que regirían la unión transitoria de empresas (*joint venture*) y manifestaba la intención de las partes de concluir un Convenio de Asociación dentro del plazo de un año[71].

120. El día 10 de noviembre de 1995, Maraven y una subsidiaria de Conoco, Conoco Orinoco, Inc., concluyeron un Convenio de Asociación a fin de desarrollar parte de la región de Zuata de la Faja Petrolífera del Orinoco mediante una sociedad denominada Petrozuata (el "Convenio de Asociación Petrozuata")[72].

121. El propósito de la Asociación era el siguiente:

> [P]roducir, transportar y mejorar el Petróleo Extra Pesado extraído del Área Asignada, y comercializar y vender el Petróleo Crudo Mejorado y otros subproductos de conformidad con el Convenio de Compra y Venta con Conoco Inc[73] .

122. El día 27 de junio de 1997, se suscribió un Contrato de Compraventa que preveía que Conoco compraría la totalidad del petróleo crudo mejorado producido por el Proyecto Petrozuata a efectos de su posterior refinado en su refinería de Lake Charles[74]. Las prestamistas del Proyecto obtuvieron un derecho de garantía sobre el producido recibido por el Proyecto en virtud del Contrato de Compraventa[75].

123. El Convenio de Asociación Petrozuata tenía un plazo de duración de 35 años a partir de la fecha de la primera producción comercial. El convenio regía la relación entre Maraven y Conoco y establecía la estructura societaria de la Asociación Petrozuata[76]. Una unión transitoria de empresas (*joint venture*) integrada por Conoco y Maraven, Petrolera Zuata,

---

71 Ex. C-83, Principio de Convenio entre Maraven, S.A. y Conoco Inc., 31 de mayo de 1995.

72 Ex. C-21, *Convenio de Asociación entre Maraven S.A. y Conoco Orinoco Inc.*, modificado el día 18 de junio de 1997 ("Convenio de Asociación Petrozuata").

73 Ex. C-21, Convenio de Asociación Petrozuata, Considerando VII y Sección 9.01. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 76.

74 Ex. C-16, Contrato de Compraventa de Petróleo Crudo Extra Pesado Mejorado (F.O.B.) entre Petrolera Zuata, Petrozuata C.A., en calidad de Vendedora, y Conoco Inc., en calidad de Compradora, de fecha 27 de junio de 1997 ("Contrato de Compraventa"). *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶¶ 76, 128.

75 Ex. C-16, Contrato de Compraventa, Sección I.C.1. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 128.

76 Memorial de las Demandantes ¶ 76.

Petrozuata C.A. ("Petrozuata, C.A.") era la operadora del proyecto. Conoco era titular de una participación del 50,1 por ciento en Petrozuata, C.A. a través de Conoco Orinoco Inc., mientras que Maraven tenía una participación minoritaria equivalente al 49,9 por ciento[77].

124. La Sección 9.07 del Convenio de Asociación Petrozuata establecía que Maraven compensaría a Conoco de acuerdo con un procedimiento determinado y una fórmula de escala móvil (tomando el precio del petróleo crudo Brent como referencia), en el caso en que determinadas medidas adoptadas por "las autoridades nacionales, estatales, municipales, administrativas o legislativas"[78], constituyentes de "Acciones Discriminatorias", causaran un "Daño Económico Significativo" a Conoco[79]. Tanto las "Acciones Discriminatorias" como el "Daño Económico Significativo" se definieron en la Sección 1.01 del Convenio de Asociación Petrozuata[80].

125. El Apéndice I del Convenio de Asociación Petrozuata establecía el "Plan de Negocios e Inversiones Inicial" del Proyecto[81]. Este plan preveía lo siguiente[82]:

> Basado en la carta del Ministro de Energía y Minas, el plan considera una reducción del porcentaje de impuesto al 1% durante el período de financiamiento con terceros.

En principio, la carta en cuestión había aceptado una alícuota de regalía equivalente al uno por ciento respecto de los primeros nueve años de las asociaciones de petróleo crudo[83]. Se preveía que, luego de los nueve años iniciales, la alícuota de regalía volvería a ser del 16⅔ por ciento[84].

---

77 Memorial de las Demandantes ¶ 78b.

78 Ex. C-21, Convenio de Asociación Petrozuata, Artículo 1.01, Definiciones, "Acciones Discriminatorias". *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 41-42.

79 *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 41, 42, 44, 46-48.

80 Ex. C-21, Convenio de Asociación Petrozuata, Sección 1.01, Definiciones, "Acciones Discriminatorias" y "Daño Económico Significativo". *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 41-45; Réplica de las Demandantes, ¶ 18b.

81 Ex. C-21, Convenio de Asociación Petrozuata, Apéndice I (que establece que el Plan Inicial de Inversiones y Negocios era aplicable desde 1996 hasta 2005).

82 *Ibídem*

83 Ex. C-12 y Ex. C-12A, Carta de Aquiles Fernández, Ministro de Energía y Minas, dirigida a Aliro Rojas de Maraven, S.A., de fecha 3 de octubre de 1994.

126. El Apéndice I también establecía que:

> La Compañía pagara la tasa regular aplicada a las corporaciones en Venezuela de 34%.

127. De conformidad con la Sección 13.16, las controversias que hubieran de surgir con relación al Convenio de Asociación Petrozuata se someterían a un Arbitraje de la CCI[85].

128. La Junta Directiva de la entonces sociedad controlante de Conoco, E.I. du Pont de Nemours and Company, emitió su aprobación del Proyecto Petrozuata el día 29 de mayo de 1996[86].

(6) Financiamiento del Proyecto Petrozuata

129. Las partes del Convenio de Asociación Petrozuata se propusieron obtener el financiamiento del proyecto, a través de una emisión de bonos y una línea de crédito de un banco comercial[87].

130. La Circular de Oferta relativa al financiamiento del Proyecto Petrozuata contenía, entre otras cosas, una descripción del proyecto y ciertos términos y condiciones del Convenio de Asociación Petrozuata, al igual que una evaluación de los factores de riesgo vinculados al proyecto[88].

131. Con respecto a las regalías, la Circular de Oferta hacía referencia a la carta de fecha 3 de octubre de 1994 mediante la cual el Ministro de Energía y Minas "en principio aceptaba en una carta a reducir la alícuota de regalía aplicable a las asociaciones estratégicas de Maraven a1 1% durante aproximadamente nueve años" [Traducción del Tribunal][89]. Asimismo, la Circular de

---

84 *Véase* Réplica de las Demandantes ¶ 17g y h.

85 Ex. C-21, Convenio de Asociación Petrozuata, Artículo 13.16. El Artículo 13.15 del Convenio de Asociación Petrozuata confirmaba que el convenio se regiría por el derecho venezolano.

86 Ex. C-87, E.I. du Pont de Nemours and Company, Resolución de la Junta Directiva de fecha 19 de junio de 1996.

87 *Véase* Memorial de las Demandantes ¶ 125; Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 56.

88 Ex. C-75, Circular de Oferta Confidencial, Petrolera Zuata, Petrozuata C.A. de fecha 17 de junio de 1997. *Véase asimismo* Réplica de las Demandantes ¶ 18d.

89 Ex. C-75, pág. 29.

Oferta disponía que: "El Ministerio podría modificar (aumentar o reducir) la regalía en forma unilateral en cualquier momento" [Traducción del Tribunal][90].

132. El financiamiento del Proyecto Petrozuata concluyó el día 27 de junio de 1997. La deuda acumulada del proyecto, que fue incurrida por la unión transitoria de empresas (*joint venture*), Petrozuata C.A., ascendía a USD 1.450 millones[91].

(7) El Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco

133. El día 29 de mayo de 1998, se suscribió un convenio de regalía entre el Ministerio y PdVSA aplicable a las asociaciones estratégicas de la Faja del Orinoco que se dedicaban a la explotación de petróleo crudo extra pesado ("Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco")[92].

134. La Cláusula Cuarta del convenio establecía una reducción de la regalía durante nueve años respecto de los proyectos pertinentes en materia de petróleo extra pesado en los siguientes términos[93]:

> Con fundamento en el Parágrafo Único del artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos, el cual faculta al Ejecutivo Nacional para efectuar ajustes a la REGALÍA, cuando se demuestre, a su entera satisfacción, en cualquier momento, que no es posible alcanzar los márgenes mínimos de rentabilidad para la explotación comercial de hidrocarburos, el MINISTERIO concede una rebaja de la REGALÍA, a favor de cada ASOCIACIÓN. A tal fin se establece la metodología contenida en la cláusula QUINTA de este CONVENIO para llevar a cabo dicha rebaja de la REGALÍA.

135. La Cláusula Quinta preveía que durante la etapa de producción temprana o de desarrollo del proyecto, la alícuota de regalía aplicable ascendería al 16⅔ por ciento. Asimismo, establecía mediante una fórmula que se aplicaría una alícuota de regalía equivalente al uno por ciento hasta que el ingreso bruto acumulado de un proyecto fuera tres veces mayor que la

---

90 *Íbidem. Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 127; Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 58.

91 Memorial de las Demandantes ¶ 125.

92 Ex. C-13, *Convenio de Regalía de las Asociaciones Estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A.*, de fecha 29 de mayo de 1998 ("Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco"), Cláusula Primera. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 136.

93 Ex. C-13, Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco, Cláusula Cuarta.

inversión total realizada. Sin embargo, esta reducción podría aplicarse durante un plazo máximo de nueve años a partir de la fecha de inicio de la producción comercial[94].

136. La Asociación Petrozuata adhirió el Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco el día 8 de octubre de 1998[95].

(8) Implementación del Proyecto Petrozuata e Inicio de la Producción

137. El mejorador de Petrozuata fue construido y se puso en funcionamiento en abril de 2001. Petrozuata inició la producción total de sincrudo y realizó sus primeras ventas comerciales el día 12 de abril de 2001, y, de ese modo, comenzó la vida productiva de 35 años del Convenio de Asociación, cuyo plazo se extendería hasta el día 11 de abril de 2036[96]. Asimismo, esto marcó el inicio de la reducción de la regalía del Proyecto durante nueve años[97].

(9) La Incorporación de CPZ en la Cadena de Propiedad

138. ConocoPhillips decidió reestructurar su inversión en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, en aras de garantizar que sus inversiones se encontraran dentro del ámbito de aplicación del Tratado[98]. En este sentido, en 2005, la Demandante CPZ fue incorporada en la cadena de propiedad de la Asociación Petrozuata[99].

139. El día 26 de julio de 2005, CPZ fue constituida en los Países Bajos con Conoco Orinoco Inc. como única accionista[100]. El día 27 de julio de 2005, Conoco Orinoco Inc. transfirió su

---

94 Ex. C-13, Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco, Cláusula Quinta. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶¶ 137-38.

95 Ex. C-14 y Ex. C-14A, Carta de María Lizardo Gramcko, Presidente, Petrolera Zuata, Petrozuata, C.A. dirigida a Edwin Arrieta, Ministro de Energía y Minas, de fecha 8 de octubre de 1998.

96 Memorial de las Demandantes ¶ 169.

97 Memorial de las Demandantes ¶ 169; Esquema de Cierre de las Demandantes, Anexo, "Descripción General de los Proyectos".

98 Réplica de las Demandantes ¶ 17s.

99 *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 216.

100 Ex. C-37, ConocoPhillips Petrozuata B.V. Instrumento Constitutivo y Estatuto, de fecha 26 de julio de 2005. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 216, nota al pie 350.

derecho de participación en Conoven Holding Ltd. — propietaria indirecta de un interés equivalente al 50,1 por ciento en la Asociación Petrozuata — a CPZ[101].

140. El día 11 de agosto de 2005, Conoven Holding Ltd. transfirió su derecho de participación en Conoco Venezuela Holding, C.A. — entidad venezolana que era entonces propietaria directa del 50,1 por ciento de la Asociación Petrozuata— a CPZ[102].

D. EL PROYECTO HAMACA

(1) Descripción General del Proyecto Hamaca

141. El Proyecto Hamaca también era un proyecto integrado verticalmente en materia de petróleo extra pesado ubicado en la Faja del Orinoco. El nivel de diseño de Hamaca consistía en la extracción de 190.000 BPD de petróleo crudo y la producción de 180.000 BPD de sincrudo. El plazo del proyecto era de 32 años. ConocoPhillips era titular de un derecho equivalente al 40 por ciento en el Proyecto Hamaca mientras que las otras dos participantes eran una subsidiaria de PdVSA y Chevron, cada una de las cuales era titular de un derecho equivalente al 30 por ciento[103]. Para más detalles acerca del Proyecto Hamaca, véase *infra*.

(2) Negociaciones Iniciales entre Phillips y PdVSA con Respecto al Proyecto Hamaca

142. En el mes de junio de 1995, Phillips informó a PdVSA acerca de su posible interés en la oportunidad de invertir en la Faja Petrolífera del Orinoco[104]. Luego de negociaciones entre Phillips y Corpoven, incluyendo las relacionadas con las alícuotas aplicables en materia del impuesto sobre la renta y regalías, en el mes de octubre de 1996, Phillips confirmó su interés en

---

101 Ex. C-218, Acto de la Junta Directiva de Conoco Orinoco Inc. adjunto a una Resolución de la Junta, 27 de julio de 2005; Ex. C-219, Resolución de los Accionistas de Conoco Orinoco Inc., 27 de julio de 2005. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 216, nota al pie 350.

102 *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 11 (que muestra la cadena corporativa de propiedad relativa al Proyecto Petrozuata al día 26 de junio de 2007).

103 *Véase en general* Esquema de Cierre de las Demandantes, Anexo, "Descripción General de los Proyectos". *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 13 (que muestra la cadena corporativa de propiedad relativa al Proyecto Hamaca al día 26 de junio de 2007).

104 Memorial de las Demandantes ¶ 103.

un proyecto de petróleo extra pesado en la región de Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco — el Proyecto Hamaca[105].

143. En el mes de diciembre de 1996, Corpoven, Phillips, ARCO y Texaco concluyeron un Acuerdo para un Estudio Conjunto y un Convenio para el Desarrollo del Proyecto Hamaca, que avanzaría en cuatro etapas[106].

(3) La Autorización por parte del Congreso de los Términos y Condiciones del Proyecto Hamaca

144. El día 24 de abril de 1997, luego de la revisión y aprobación por parte de la Comisión Bicameral de Energía y Minas del Congreso del borrador de condiciones presentado por el Ministerio de conformidad con el Artículo 5 de la Ley de Nacionalización[107], el Congreso de Venezuela aprobó el marco de condiciones de la asociación estratégica Hamaca ("Autorización Hamaca")[108].

145. La Autorización Hamaca aprobó la ejecución del Convenio de Asociación a efectos del Proyecto Hamaca, que comprendería la producción, el transporte y el mejoramiento del petróleo extra pesado producido en el área de Hamaca, al igual que la comercialización del crudo mejorado y otros productos[109].

---

105 Memorial de las Demandantes ¶¶ 104–10.

106 Memorial de las Demandantes ¶ 113–115. Véase Ex. C-127, Proyecto Hamaca de Mejoramiento Acuerdo de Estudio Conjunto Corpoven-Arco-Phillips-Texaco de fecha 4 de diciembre de 1996; Ex. C-128, Convenio para el Desarrollo del Proyecto Hamaca entre Corpoven, S.A., ARCO International Oil and Gas Company, Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, y Texaco Overseas Holdings Inc. de fecha 4 de diciembre de 1996.

107 Memorial de las Demandantes ¶¶ 112, 115.

108 Memorial de las Demandantes ¶ 116. *Véase* Ex. C-132, Acuerdo Mediante el Cual se Aprueba el Marco de Condiciones del Convenio de Asociación para la Producción, Transporte y Mejoramiento de Crudos Extrapesados a Ser Producidos en el Área Hamaca de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como la Comercialización del Crudo Mejorado y Otros Productos que se Generen Durante el Proceso de Producción y Mejoramiento de Dichos Crudos, a Celebrarse entre Corpoven, S.A. Filial de Petróleos de Venezuela y las Empresas Atlantic Richfield Co. (ARCO), Phillips Petroleum Company y Texaco, Inc., Gaceta Oficial Nº 36.209, publicada el día 20 de mayo de 1997 ("Autorización Hamaca").

109 Ex. C-132, Autorización Hamaca, Art. 1.

146. Los términos y condiciones de la Autorización Hamaca eran similares a los de la Autorización Petrozuata[110]. Estas condiciones incluían un plazo de 35 años a partir del primer envío comercial de crudo mejorado o de 40 años a partir de la fecha de celebración del Convenio de Asociación, lo que sucediera primero[111]. Las condiciones también preveían que el Convenio de Asociación se regiría por el derecho venezolano y que las controversias que surgieran en virtud del convenio se resolverían mediante un arbitraje de la CCI[112].

147. La Condición Décimo Quinta establecía que[113]:

> … [D]e conformidad con lo previsto en el parágrafo único del Artículo 9no de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente, las Partes y cada una de las Entidades pagarán impuesto bajo el régimen ordinario establecido para compañías y entes asimilados a ellas [a saber, la alícuota habitual del impuesto a las sociedades equivalente al 34 por ciento], por cualquier ingreso obtenido en relación con las actividades de la Asociación.

148. La Condición Décimo Sexta preveía que[114]:

> El Ejecutivo Nacional podrá acordar un mecanismo para ajustar la aplicación a las Partes del impuesto de explotación establecido en el Artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos [de 1943].

149. La Condición Décimo Novena disponía que[115]:

> … El Convenio de Asociación, la creación y operación de Entidades y otras actividades no impondrán obligación alguna a la República de Venezuela o restringirán el ejercicio de sus derechos soberanos, cuyo ejercicio no dará lugar a ningún reclamo, independientemente de la naturaleza o característica del mismo, por parte de otros Estados o gobiernos extranjeros.

---

110 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 64.

111 Ex. C-132, Autorización Hamaca, Art. 2, Condición Décimo Segunda (que establece que el plazo estaba sujeto a posibles cambios en el supuesto de cortes en la producción conforme a la Condición Décimo Tercera).

112 Ex. C-132, Autorización Hamaca, Art. 2, Condición Vigésimo Segunda.

113 Memorial de las Demandantes ¶ 116.

114 Memorial de las Demandantes ¶¶ 116-17 (que también hacen referencia a negociaciones posteriores entre Phillips y Corpoven con respecto a la alícuota de regalía aplicable).

115 Ex. C-132, Autorización Hamaca, Art. 2, Condición Décimo Novena. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 64; Réplica de las Demandantes ¶ 18e.

150. De manera similar a la Autorización Petrozuata, la Condición Vigésimo Primera preveía la posibilidad de compensación en el supuesto de que el flujo de fondos neto de un participante se viera "sustancial y adversamente afectado como consecuencia directa, necesaria y demostrable de medidas discriminatorias e injustas…"[116].

151. Un informe final de la Comisión Bicameral ("Informe Bicameral Hamaca") aprobó el borrador de Convenio de Asociación Hamaca por cumplir con el marco de condiciones establecido en la Autorización Hamaca[117].

(4) El Convenio de Asociación Hamaca

152. El Informe Bicameral Hamaca fue presentado ante el Congreso de Venezuela el día 29 de mayo de 1997[118], y, el día 11 de junio de 1997, el Convenio de Asociación Hamaca fue autorizado por el Congreso[119].

153. El día 9 de julio de 1997, Phillips Petroleum Company Venezuela Limited suscribió el Convenio de Asociación Hamaca, conjuntamente con las sociedades relacionadas ARCO y Texaco, y Corpoguanipa, S.A. (en nombre y representación de Corpoven)[120]. En definitiva, la

---

116 Ex. C-132, Autorización Hamaca, Art. 2, Condición Vigésimo Primera. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 65; Réplica de las Demandantes ¶ 18e.

117 Ex. C-126, Informe de la Comisión Bicameral de Energía y Minas del Congreso de la República sobre el Convenio de Asociación entre las Empresas Corpoven S.A., Atlantic Richfield Company, Phillips Petroleum y Texaco, Inc. para la Exploración, Explotación, Producción, Mezcla, Industrialización, Transporte, Refinación, Mejoramiento y Comercialización de Crudos Extrapesados del Área Hamaca de la Faja Petrolifera del Orinoco, mayo de 1997 en pág. 6. Memorial de las Demandantes ¶ 118.

118 Memorial de las Demandantes ¶ 121.

119 Ex. C-26 y Ex. C-26A, Acuerdo del Congreso de la República de Venezuela Mediante el cual se Autoriza la Celebración del Convenio de Asociación y sus Anexos para la Exploración, Desarrollo, Explotación, Mezcla, Industrialización, Transporte, Refinación y Mejoramiento, así como la Comercialización del Crudo y Otros Productos a Ser Generados durante el Proceso de Producción y Mejoramiento de Dichos Crudos Extrapesados en el Área Determinada por el Ministerio de Energía y Minas, entre las Filiales de Corpoven, S.A., Filial de Petróleos de Venezuela, S.A., Atlantic Richfield Company, Phillips Petroleum Company y Texaco Inc., en los Términos y Condiciones que han sido Presentados por el Ejecutivo Nacional, Gaceta Oficial Nº 36.235, publicada el día 26 de junio de 1997;. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 121.

120 Ex. C-22, Convenio de Asociación entre Corpoguanipa, S.A., ARCO Orinoco Development Inc., Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, Texaco Orinoco Resources Company de fecha 9 de julio de 1997 ("Convenio de Asociación Hamaca").

sociedad afiliada a Phillips era titular de un derecho de participación equivalente al 40 por ciento en el Proyecto Hamaca, mientras que tanto Corpoguanipa, S.A. como Texaco (en la actualidad, Chevron) eran titulares de un derecho equivalente al 30 por ciento[121].

154. El Proyecto Hamaca estaba estructurado como una unión transitoria de empresas (*joint venture*) no incorporada. El propósito del proyecto consistía en producir y mejorar petróleo crudo extra pesado, al igual que comercializar un nuevo petróleo crudo sintético y los subproductos del proceso de mejoramiento[122]. El Proyecto extraería petróleo crudo extra pesado de plataformas de pozos horizontales, luego de lo cual el petróleo crudo extra pesado sería mezclado con un diluyente y transportado por un oleoducto hasta una planta de mejoramiento ubicada en el Complejo Industria José. El crudo sería procesado hasta convertirse en sincrudo ("Sincrudo Hamaca") y vendido en el mercado abierto[123].

155. El Convenio de Asociación Hamaca hacía referencia expresa al marco de condiciones aprobado en la Autorización Hamaca[124]. En forma similar al Convenio de Asociación Petrozuata, el Convenio de Asociación Hamaca contenía disposiciones a efectos del otorgamiento de compensación a las partes afectadas por medidas gubernamentales que constituían "Acciones Discriminatorias"[125]. La fórmula de compensación estaba ligada al precio del petróleo crudo Brent[126]. La definición de "Acción Discriminatoria" establecía que[127]:

> … el aumento o disminución en la alícuota de impuesto de explotación aplicable al crudo producido por las Partes ... no será considerado Acción Discriminatoria a los efectos de estadisposición, a menos que dichos cambios resulten en una alícuota de impuesto de explotación aplicable a las Partes en su condicion de participantes en la

---

121 Réplica de las Demandantes ¶ 17i.

122 Memorial de las Demandantes ¶ 123.

123 *Ibídem.*

124 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca en pág. 2. *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 66.

125 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca, Art. XIV (Consecuencias de Determinadas Acciones Gubernamentales). *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 67-75; Réplica de las Demandantes, ¶ 18f.

126 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca, Art. 14.2 (Principios de Compensación). *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 67-75.

127 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca, Art. 14.1(b) (Acción Discriminatoria).

Asociación, mayor que la alícuota máxima prevista en la ley para la industria de hidrocarburos en general

156. Conforme al Artículo XVII, el Convenio de Asociación Hamaca se regía por el derecho venezolano y las controversias que surgieran en virtud del convenio habrían de resolverse mediante un arbitraje de la CCI.

157. El "Plan General de Negocios" contenido en el Anexo B del Convenio de Asociación Hamaca establecía "Premisas/Expectativas Fiscales", incluso que "dicho impuesto [la alícuota de regalía] se reducirá al 1% de la producción de Crudo Extra Pesado hasta que se produzca la recuperación de la inversión en el Proyecto, y luego se incrementará a la alícuota prevaleciente para dicho impuesto, la cual es actualmente 16⅔%"[128]. El Plan General de Negocios también disponía que el Proyecto facultaba a las partes para gozar de "la alícuota del impuesto sobre la renta generalmente aplicada a las companias, actualmente 34% …"[129].

(5) El Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco

158. Como se analizara *supra*[130], el Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco fue suscripto el día 29 de mayo de 1998. Phillips adhirió formalmente el Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco el día 29 de octubre de 1998[131].

---

128 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca, Anexo B, Sección IV.E (Parámetros Económicos Preliminares, Supuestos/Expectativas Fiscales) en pág. B-15. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 123.

129 Ex. C-22, Convenio de Asociación Hamaca, Sección IV.E (Parámetros Económicos Preliminares, Supuestos/Expectativas Fiscales) en pág. B-15. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 123.

130 *Véase supra* ¶ 133.

131 Ex. C-15 y Ex. C-15A, Carta de Carlos Bustamante, Gerente de Nuevos Negocios y Relaciones Gubernamentales, Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, dirigida a Edwin Arrieta, Ministro de Energía y Minas, de fecha 29 de octubre de 1998. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 139.

(6) Financiamiento del Proyecto Hamaca

159. El día 22 de junio de 2001 concluyó el financiamiento del Proyecto Hamaca. El proyecto incurrió en aproximadamente USD 1.100 millones en concepto de endeudamiento financiero[132].

160. El Memorando de Información Preliminar Confidencial Hamaca ofrecía una descripción del Proyecto Hamaca, incluidos los riesgos vinculados. La sección del Memorando relativa a las "Proyecciones Financieras" hacía referencia a la regalía reducida equivalente al 1 por ciento durante los nueve años posteriores al primer envío comercial (o hasta que el Proyecto hubiera recuperado por triplicado los costos del proyecto, lo que sucediera primero) luego de lo cual la alícuota de regalía de 16,67 por ciento entraría en vigor, y al hecho de que la alícuota de impuesto sobre la renta aplicable era la alícuota general del impuesto a las sociedades equivalente al 34 por ciento[133].

(7) Implementación del Proyecto Hamaca e Inicio de la Producción

161. Luego de la construcción de los aspectos esenciales del Proyecto, incluidas las instalaciones de perforación y transporte y el mejorador, el establecimiento de los arreglos contractuales necesarios dentro del Complejo Industrial José, y las actividades previas a la comercialización[134], el Proyecto Hamaca inició el desarrollo y la producción de petróleo crudo extra pesado en el mes de octubre de 2001[135]. El mejorador comenzó con la producción comercial de petróleo crudo mejorado en el mes de octubre de 2004[136].

162. De conformidad con el Convenio de Asociación Hamaca, el plazo del Proyecto se extendería por 40 años a partir de la suscripción del Convenio de Asociación el día 9 de julio de 1997 o a partir de la fecha del primer envío comercial, lo que sucediera primero. Por

---

132 Memorial de las Demandantes ¶ 173.

133 Memorial de las Demandantes ¶ 174; Ex. C-101, Memorando de Información Preliminar Confidencial Hamaca, Tomo I, Morgan Stanley Dean Witter, agosto de 2000 en XIII.

134 Memorial de las Demandantes ¶ 175.

135 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 77.

136 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 77; Memorial de las Demandantes ¶ 176.

consiguiente, se programó que el término de la Asociación Hamaca finalizara el día 8 de julio de 2037[137].

(8) La Incorporación de la Demandante CPH en la Cadena de Propiedad

163. En el año 2006, ConocoPhillips reestructuró su inversión en la Asociación Hamaca[138].

164. El día 17 de julio de 2006, la Demandante CPH fue constituida en los Países Bajos con Phillips Petroleum International Investment Company como única accionista[139].

165. El día 22 de septiembre de 2006, Phillips Petroleum International Investment Company transfirió a CPH su derecho de participación en Hamaca Holding LLC — sociedad constituida de conformidad con la legislación del estado de Delaware que era titular indirecta del derecho de participación del 40 por ciento de ConocoPhillips en la Asociación Hamaca[140].

E. EL PROYECTO COROCORO

(1) Visión General del Proyecto Corocoro

166. Un aspecto adicional de la Apertura Petrolera fue la decisión de Venezuela de abrir nuevas áreas de exploración para petróleo crudo liviano y mediano ("Nuevas Áreas[141]").

167. El Proyecto Corocoro consistió en un proyecto *offshore* destinado a la extracción de petróleo crudo liviano a mediano, sobre la base de un convenio de participación en las ganancias. ConocoPhillips era titular de una participación equivalente al 32,2075 por ciento en el proyecto. Los otros participantes eran titulares de una participación de la siguiente manera: CVP, una subsidiaria de PdVSA (35 por ciento); Eni (25,8 por ciento); y otro inversor (7 por

---

137 Memorial de las Demandantes ¶ 177.

138 Memorial de las Demandantes ¶ 225, nota al pie 364.

139 Ex. C-37, ConocoPhillips Hamaca B.V. Acta de Costitución y Estatutos, de fecha 17 de julio de 2006. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 225, nota al pie 364.

140 Ex. C-229, Resolución de los Accionistas de Phillips Petroleum International Investment Company, 22 de septiembre de 2006. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes, ¶ 225, nota al pie 364; Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 13 (que demuestra la cadena corporativa de propiedad relativa al Proyecto Hamaca al día 26 de junio de 2007).

141 Memorial de las Demandantes ¶ 82.

ciento[142]). La producción en el Proyecto Corocoro no se llevó a cabo antes del traspaso de la operatividad del Proyecto de ConocoPhillips a PdVSA el día 1 de mayo de 2007[143]. A continuación se enumeran más detalles del Proyecto Corocoro.

(2) La Autorización del Congreso para la Exploración a Riesgo en Nuevas Áreas y los Convenios de Ganancias Compartidas

168. El día 4 de julio de 1995, el Congreso de Venezuela aprobó un marco de condiciones para la celebración de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas ("Autorización del Congreso para Nuevas Áreas[144]"). La Autorización del Congreso para Nuevas Áreas le permitió a una sociedad controlada por PdVSA ejecutar los procesos de licitación que resultaban necesarios para seleccionar las compañías privadas de inversión con las cuales celebraría los Convenios de Asociación[145].

169. Las condiciones de la Autorización del Congreso para Nuevas Áreas preveían inversores privados que fueran titulares de acciones en los proyectos[146], y permitían a la sociedad controlada por PdVSA adquirir una participación de hasta un 35 por ciento en el caso de un descubrimiento comercial[147]. La Autorización disponía períodos de hasta 20 años para las operaciones comerciales desde la aprobación del Plan de Desarrollo, pero no de más de 39 años desde la celebración del convenio pertinente[148]. De manera similar, las Autorizaciones de Petrozuata y Hamaca, la Autorización del Congreso para Nuevas Áreas disponía que un

---

142 *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 14 (mostrando la cadena de propiedad corporativa relativa al Consorcio de Desarrollo de Corocoro al 26 de junio de 2007).

143 *Véase en general* Esquema de Cierre de las Demandantes, Anexo, "Un Resumen de los Proyectos"; Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 84.

144 Ex. C-18, Acuerdo Mediante el cual se Autoriza la Celebración de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas, Gaceta Oficial Nº 35,754, publicado el 17 de julio de 1995 ("Autorización del Congreso para Nuevas Áreas"), Art. 1. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 85; Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 80.

145 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2.

146 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Quinta.

147 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Séptima.

148 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Décimo Primera.

Convenio de Asociación estaría regido por la legislación de Venezuela y que las controversias serían dirimidas entre las partes mediante un arbitraje de la CCI[149].

170. La Condición 19 establecía que[150]:

> El Convenio… en ningún caso compromete[ra] la responsabilidad de la República de Venezuela ni ni menoscaba[ra] sus derechos soberanos, cuyo ejercicio, en ningún caso podrá dar lugar a reclamaciones de otros Estados ni de potencias extranjeras.

171. Adicionalmente, la Condición Vigésimo Primera disponía que[151]:

> El Ejecutivo Nacional podrá establecer un régimen que permita ajustes el impuesto establecido en el Artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos [de 1943] cuando se le demuestre, en cualquier momento,que no es posible alcanzar los márgenes mínimos de rentabilidad para la explotación comercial de una o más Áreas de Desarrollo durante la ejecución del Convenio.

172. A diferencia de los proyectos de petróleo pesado y extra pesado integrados verticalmente, no había una alícuota de impuesto a las ganancias aplicable de forma especial a los proyectos de Nuevas Áreas. En consecuencia, estos proyectos estarían sujetos a una alícuota de impuesto a las ganancias equivalente al 67,7 por ciento aplicable a las actividades petroleras *upstream*[152].

(3) Convenio de Regalías para las Nuevas Áreas

173. El día 5 de diciembre de 1995, el Ministerio y CVP (la sociedad controlada por PdVSA designada para implementar el sistema de ganancias compartidas), celebró un Convenio de Regalía para las Nuevas Áreas[153]. Conforme a la fórmula en el convenio de regalías, la alícuota

---

149 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Décimo Séptima.

150 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Décimo Novena. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 81-82; Réplica de las Demandantes ¶ 18h.

151 Ex. C-18, Autorización del Congreso para Nuevas Áreas, Art. 2, Condición Vigésimo Primera. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 84.

152 Memorial de las Demandantes ¶ 88.

153 Ex. C-20, Convenio de Regalía de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A., de fecha 5 de Diciembre de 1995 ("Convenio de Regalía para las Nuevas Áreas"). *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶¶ 93-94.

de regalías sería ajustada trimestralmente y oscilaría entre un uno por ciento a un máximo de 16⅔ por ciento. El convenio disponía asimismo que: "[s]in embargo, de conformidad con la ley, en ningún caso la tasa de impuesto de explotación (regalía) superaría el 16⅔%[154]".

(4) El Convenio de Asociación del Proyecto Corocoro

174. En el año 1996, Conoco presentó con éxito una oferta en una de las Nuevas Áreas—un proyecto *offshore* de crudo mediano en el Golfo de Paria Oeste[155]. Posteriormente, Conoco adquirió una porción de un área en el Golfo de Paria Este que se pretendía unificar con el área del Golfo de Paria Oeste, para participar en la operación de perforación que se conoció como el Proyecto Corocoro[156].

175. El día 19 de junio de 1996, el Congreso de Venezuela aprobó los Convenios de Asociación que regían las Nuevas Áreas[157].

176. El día 10 de julio de 1996, Conoco Venezuela B.V. celebró un Convenio de Asociación con CVP ("Convenio de Asociación para el Proyecto Corocoro"), que disponía un plazo de 39 años y que preveía que Conoco fuera el operador del proyecto[158].

177. Entre sus términos, el Artículo 25 del Convenio disponía que[159]:

> Este Convenio… en ningún caso impondrá obligaciones a la República de Venezuela ni limitará el ejercicio de sus derechos soberanos.

---

154 Ex. C-20, Convenio de Regalía para las Nuevas Áreas en la Cláusula Cuarta.

155 Memorial de las Demandantes ¶ 97 (estableciendo que la oferta de Conoco fue por el 50 por ciento de Participación en las Ganancias ("PEG") (la participación en las ganancias del gobierno antes de la aplicación de impuestos) más USD 21.197.844); Réplica de las Demandantes ¶ 17j.

156 Memorial de las Demandantes ¶ 97.

157 Ex. C-17 y Ex. C-17A, Acuerdo Mediante el cual Se Autoriza que Se Celebren los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas en Ocho de las Áreas Determinadas por el Ministerio de Energía y Minas, Gaceta Oficial Nº 35.988, publicada el 26 de junio de 1996.

158 Ex. C-23, Convenio de Asociación entre Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y Conoco Venezuela B.V., de fecha 10 de julio de 1996 ("Convenio de Asociación para el Proyecto Corocoro") en Sección I, Definiciones, Sección XII y Sección XXI.

159 Ex. C-23, Convenio de Asociación para el Proyecto Corocoro, Artículo 25.6. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 83; Réplica de las Demandantes ¶ 18i.

(5) Declaración de Comerciabilidad con respecto a Proyecto Corocoro

178. El día 29 de abril de 2002, Conoco adhirió el Convenio de Regalía para las Nuevas Áreas[160]. En el mes de octubre de 2002, ConocoPhillips[161], con sus socios ENI y OPIC, realizaron una declaración oficial de comerciabilidad[162].

(6) El Plan de Desarrollo de Corocoro

179. El Plan de Desarrollo presentado por ConocoPhillips y sus socios el día 1 de noviembre de 2002 fue aprobado por CVP y los demás miembros del Comité de Control el día 8 de abril de 2003[163].

180. El día 10 de abril de 2003, CVP adquirió una participación equivalente al 35 por ciento en el Proyecto Corocoro, reduciendo la participación de los demás inversores[164]. (ConocoPhillips finalmente mantuvo la titularidad de una participación equivalente al 32,2075 por ciento en el Proyecto Corocoro[165].) El día 16 de mayo de 2003, los socios en el Proyecto Corocoro celebraron un Convenio de Consorcio[166].

181. El día 3 de marzo de 2005 se emitió una Adenda del Plan de Desarrollo, aprobada por todos los socios del Proyecto[167]. Las Demandantes afirman que durante el desarrollo del

---

160 Memorial de las Demandantes ¶ 181; Ex. C-20 y Ex. C20A, Carta de Roger Ramshaw al Ministerio de Energía y Minas de fecha 29 de abril de 2002.

161 *Véase* Memorial de las Demandantes ¶ 183, nota al pie 295 (confirmando que Conoco y Phillips se fusionaron el 30 de agosto de 2002).

162 Ex. C-183, Carta de John Hennon *y otros* a Jorge Carnevali *y otros*, 28 de octubre de 2002. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 183.

163 Memorial de las Demandantes ¶ 186; Ex. C-185, Acta del Comité de Control Área del Golfo de Paria Oeste, 8 de abril de 2003.

164 Memorial de las Demandantes ¶ 187.

165 Réplica de las Demandantes ¶ 17j.

166 Ex. C-24 y Ex. C-24A, Convenio del Consorcio de fecha 16 de mayo de 2003. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 187.

167 Ex. C-181, Adenda del Plan de Desarrollo de Petróleo de Corocoro (Revisión 3, Adenda Definitiva),3 de marzo de 2005, en pág. 7. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 212.

Proyecto Corocoro, se gastaron USD 650 millones en la construcción e implementación de la infraestructura necesaria[168].

182. El Proyecto Corocoro no había comenzado la producción antes de que ConocoPhillips traspasara las operaciones del Proyecto a PdVSA el día 1 de mayo de 2007[169].

(7) La Inserción de la Demandante CGP en la Cadena de Propiedad

183. La Demandante, CGP, fue constituida en los Países Bajos el día 26 de julio de 2005[170]. El día 11 de agosto de 2005, ConocoPhillips Gulf of Paria Ltd. transfirió su participación en Conoco Venezuela C.A. — la entidad venezolana que era titular de una participación directa de ConocoPhillips en el Proyecto Corocoro — a CGP, por consiguiente insertando a CGP en la cadena de propiedad[171].

F. LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA CONTROVERSIA

184. El contexto fáctico y los detalles de las principales medidas adoptadas por Venezuela sobre las cuales las Demandantes fundan sus reclamaciones de compensación en virtud de la Ley de Inversiones y el Tratado se esgrimen a continuación.

(1) Elección del Presidente Chávez y Promulgación de la Ley de Inversiones y la Nueva Ley de Hidrocarburos

(a) Elección del Presidente Chávez

185. El Sr. Hugo Chávez Frías fue elegido Presidente de Venezuela el día 6 de diciembre de 1998 y asumió la presidencia en el mes de febrero de 1999.

---

168 Memorial de las Demandantes ¶ 213.

169 *Véase supra* ¶ 167.

170 Ex. C-37, Acta de Constitución y Estatutos de ConocoPhillips Golfo de Paria B.V. de fecha 26 de julio de 2005. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 216, nota al pie 350.

171 Memorial de las Demandantes ¶ 216, nota al pie 350.

(b) Promulgación de la Ley de Inversiones

186. El día 22 de octubre de 1999, el Presidente Chávez promulgó la Ley de Inversiones. El Artículo 1º de la Ley de Inversiones establece que su objeto es[172]:

> [P]roveer tanto a las inversiones como a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y predecible, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas.

La Ley de Inversiones incluye las obligaciones de tratar a las inversiones de manera justa y equitativa y de no expropiar a las inversiones sin una indemnización pronta, justa y adecuada[173].

187. El Artículo 22 de la Ley de Inversiones dispone lo siguiente[174]:

> Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si este así lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

(c) Promulgación de la Nueva Ley de Hidrocarburos y Ejecución del Procedimiento para el Pago del Impuesto a la Explotación (Regalía)

188. El día 13 de noviembre de 2001, ejerciendo las facultades que le habían sido delegadas para legislar cambios en las leyes de hidrocarburos vigentes, el Presidente Chávez dictó una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos ("Nueva Ley de Hidrocarburos[175]"). En virtud de la Nueva Ley de Hidrocarburos, a las compañías privadas sólo se les permitía participar en

---

172 Ex. C-1, Ley de Inversiones, Art. 1. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 156.

173 Ex. C-1 y Ex. R-12, Ley de Inversiones, Arts. 6 y 11. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 156.

174 Ex. C-1, Ley de Inversiones, Art. 22. *Véase infra* ¶ 225 para la traducción al idioma inglés de esta disposición por la Demandada.

175 Ex. C-41, Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Nº 1.510, Gaceta Oficial Nº 37.323, publicada el 13 de noviembre de 2001 ("Nueva Ley de Hidrocarburos"). *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶¶ 159-60.

proyectos petroleros a través de sociedades mixtas en las cuales el Estado tenía una participación mayoritaria[176]. La Nueva Ley de Hidrocarburos fijó asimismo la alícuota de regalía en 30 por ciento.

189. En el mes de enero de 2002, el Ministerio celebró un convenio con la Asociación Petrozuata reafirmando que la regalía del uno por ciento se mantendría aplicable a su producción de conformidad con el Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco ("Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía[177])"). El Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía) estipuló además que en lo sucesivo la alícuota de regalía sería de 16⅔ por ciento[178].

(2) Medidas Adoptadas para Incrementar la Alícuota de Regalía Aplicable

(a) Modificación de los Convenios de Regalía de la Faja del Orinoco

190. El Ministro Ramírez, en una carta a PdVSA de fecha 8 de octubre de 2004, hizo referencia al aumento en los precios de petróleo crudo de Brent que había tenido lugar e indicó que este cambio en las circunstancias económicas significaban que la alícuota de regalía reducida del uno por ciento no podía ser justificada[179]. El día 10 de octubre de 2004, el Presidente Chávez anunció que el gobierno aumentaría la alícuota de regalía aplicable a los proyectos de petróleo extra pesado de la Faja del Orinoco de uno por ciento a 16⅔ por ciento[180].

191. ConocoPhillips se opuso al incremento en la alícuota de regalía incluyendo mediante una carta al Ministerio de fecha 22 de noviembre de 2004, declarando que el aumento en la alícuota

---

176 Ex. C – 41, Nueva Ley de Hidrocarburos en pág. 5 y Art. 22.

177 Ex. C-174, Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotacion (Regalía) del Crudo Extra Pesado Producido y del Azufre Extraído por [Petrolera Zuata, Petrozuata C.A.], entre [Petrolera Zuata, Petrozuata C.A.] y el Ministerio de Energía y Minas, 14 de enero de 2002 ("Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía)"), Sección 5.7.4. *Véase* Memorial de las Demandantes ¶¶ 164-65.

178 Ex. C-174, Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía) en la Sección 5.7.4.2.

179 Ex. R-110, Carta de Rafael Ramírez, Ministro de Energía y Minas a Alí Rodríguez, Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., de fecha 8 de octubre de 2004. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 90.

180 Memorial de las Demandantes ¶¶ 193-97; Réplica de las Demandantes ¶ 17p.

de regalía en la producción comercial de las Asociaciones Petrozuata y Hamaca violaba el Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco en tanto no se habían dado las condiciones con base en las cuales se podría imponer una alícuota aumentada[181]. ConocoPhillips reservó sus derechos legales con respecto al aumento de la alícuota de regalía.

192. De acuerdo a las Demandantes, el Proyecto Corocoro se paralizó aparentemente debido a su oposición al aumento en la alícuota de regalía[182]. En los meses subsiguientes, tuvieron lugar una serie de reuniones entre ConocoPhillips y oficiales del gobierno, incluidos el Presidente Chávez, el Ministro Ramírez y el Viceministro Mommer[183]. El día 14 de enero de 2005, en una carta al Ministro Ramírez, ConocoPhillips retiró su objeción a la alícuota de regalía aumentada[184]. El día 3 de marzo de 2005, se aprobó la Adenda del Plan de Desarrollo de Corocoro y se retomaron los avances del Proyecto[185].

(b) Imposición de una Alícuota de Regalía más elevada para Producción de entre 120.000 y 145.000 Barriles por Día

193. El Viceministro Mommer le informó a ConocoPhillips el día 26 de abril de 2005 que, a partir del 1 de mayo de 2005, estaría permitida la producción superior a 120.000 BPD y hasta 145.000 BPD, pero se aplicaría una alícuota de regalía del 30 por ciento a la producción de entre 120.000 BPD y 145.000 BPD[186].

---

181 Ex. C-28 y Ex. C-28A, Carta de Gregory Goff de ConocoPhillips al Dr. Rafael Ramírez, Ministro de Energía y Minas, de fecha 22 de noviembre de 2004. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 198.

182 Memorial de las Demandantes p. 99, encabezamiento (b) y ¶¶ 203-04; 208; Réplica de las Demandantes ¶ 17r.

183 Memorial de las Demandantes ¶¶ 205-08.

184 Ex. C-29, Carta de William B. Berry, Gerente Ejecutivo de Exploración y Producción, ConocoPhillips, al Dr. Rafael Ramírez, Ministro de Energía y Minas, de fecha 14 de enero de 2005. *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 93.

185 Memorial de las Demandantes ¶ 208; Réplica de las Demandantes ¶ 17r.

186 Ex. C-213, Carta de Bernard Mommer a William Berry, 26 de abril de 2005. *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 215.

(c) Aumentos Adicionales en la Alícuota de Regalía Vigente — el Impuesto de Extracción

194. El día 16 de mayo de 2006, la Asamblea Nacional de Venezuela aprobó e implementó un nuevo "Impuesto de Extracción" de un tercio del valor de la totalidad de hidrocarburos extraídos "de cualquier depósito"[187]. El contribuyente tenía derecho a deducir el monto abonado como regalía del monto adeudado con base en el Impuesto de Extracción[188].

195. La introducción del Impuesto de Extracción aumentó la alícuota de regalía vigente aplicable a cada uno de los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro de 16⅔ por ciento a 33⅓ por ciento[189]. El día 29 de noviembre de 2006, ConocoPhillips envió una carta al Viceministro Mommer oponiéndose a la aplicación del Impuesto de Extracción y reservándose sus derechos con respecto a la medida[190].

(3) Aumento en el Impuesto sobre la Renta para los Proyectos de Petróleo Ultra Pesado

196. El día 29 de agosto de 2006, la Asamblea Nacional aprobó un aumento en el impuesto sobre la renta para los proyectos de petróleo ultra pesado de 34 por ciento a 50 por ciento[191]. El impuesto a la renta incrementado entró en vigor el 1 de enero de 2007[192].

197. En su carta de fecha 29 de noviembre de 2006 al Viceministro Mommer, ConocoPhillips se opuso asimismo a la aplicación del aumento en el impuesto a la renta[193].

---

187 Ex. C-42. Ley de Reforma Parcial del Decreto No. 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, Gaceta Oficial Nº 38.443, publicada el 24 de mayo de 2006 en Art. 5.4.

188 Memorial de las Demandantes ¶ 221; Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 95.

189 Réplica de las Demandantes ¶ 17t; Memorial de las Demandantes ¶ 221.

190 Ex. C-30 y Ex C-30A, Carta de A. Roy Lyons al Dr. Bernard Mommer, de fecha 29 de noviembre de 2006. *Véanse asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 225; Réplica de las Demandantes ¶ 17t.

191 Ex. C-43, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, Gaceta Oficial Nº 38.529, publicada el 25 de septiembre de 2006.

192 Memorial de las Demandantes ¶ 224; Réplica de las Demandantes ¶ 17u.

193 Ex. C-30 y Ex .C-30A, Carta de A. Roy Lyons al Dr. Bernard Mommer, de fecha 29 de noviembre de 2006. *Véanse asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 225; Réplica de las Demandantes ¶ 17u.

(4) El Decreto de Nacionalización y la Apropiación de Venezuela de las participaciones de las Demandantes en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro

(a) Borradores de los Contratos para la Conversión de los Proyectos a Empresas Mixtas

198. En el mes de agosto de 2006, se enviaron a ConocoPhillips las "Hojas de Términos no Vinculantes para la Migración de las Asociaciones"[194].

199. El día 8 de enero de 2007, el Presidente Chávez anunció un nuevo programa de nacionalización conforme al cual la totalidad de los proyectos petroleros en Venezuela[195], incluidos los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, estarían sujetos al régimen jurídico de la Nueva Ley de Hidrocarburos[196].

200. Posteriormente, en el mes de enero, ConocoPhillips recibió borradores de contratos para la conversión a empresas mixtas de la Asociación Hamaca, la Asociación Petrozuata y el Proyecto Corocoro[197].

(b) Las Demandantes Notifican a la Demandada de la Existencia de una Controversia en virtud de la Ley de Inversiones y el Tratado

201. El día 31 de enero de 2007, ConocoPhillips le transmitió al gobierno de Venezuela una carta notificándole a la Demandada la existencia de una controversia surgida en virtud de la Ley

---

194 Ex. C-231, Hoja de Términos no Vinculante para la Migración de las Asociaciones de Petrozuata, agosto de 2006 y Ex. C-232, Ameriven Hoja de Términos no Vinculante para la Migración de la Asociación, agosto de 2006.

195 Ex. R-39, Hugo Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Discurso posterior a la Inducción de Nuevos Miembros del Gabinete, 8 de enero de 2007.

196 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 107.

197 Memorial de las Demandantes ¶¶ 230-31. *Véanse* Ex. C-31, Proyecto de Contrato para la Conversión a Empresa Mixta entre Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., Phillips Petroleum Company Venezuela Limited and Texaco Orinoco Resources Company, de fecha 17 de enero de 2007; Ex. C-32, Proyecto de Contrato para la Conversión a Empresa Mixta entre Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y Conoco Orinoco, Inc., de fecha 22 de enero de 2007; Ex. C-236, Proyecto de Contrato para la Conversión a Empresa Mixta entre Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., [ConocoPhillips], [ENI], y [OPIC], recibido el 22 de enero de 2007.

de Inversiones y el Tratado[198]. En esa carta, las Demandantes prestaron su consentimiento al arbitraje del CIADI[199].

(c) Promulgación del Decreto Ley 5.200

202. El día 1 de febrero de 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela sancionó la *Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan* (la "Ley de Aprobación[200]"). La Ley de Aprobación le otorgó al Presidente Chávez la facultad de promulgar o modificar la legislación que rige las asociaciones estratégicas de la Faja del Orinoco y las Nuevas Áreas[201].

203. El día 26 de febrero de 2007, se dictó el Decreto Ley 5.200 sobre la "Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas[202]". El Decreto Ley 5.200 ordenaba que las asociaciones de la Faja del Orinoco y las asociaciones bajo el esquema de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas se transformaran en sociedades mixtas, de las cuales PdVSA (o una sociedad controlada por PdVSA) sería titular de al menos el 60 por ciento de las acciones[203].

---

198 Ex. C-36, Carta de A. Roy Lyons, Presidente, ConocoPhillips Latin America, a Rafael Ramírez Carreño, Ministro del Poder Popular para Energía y Petróleo, Nicolás Maduro, Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, y Gladys Gutiérrez, Distinguida Procuradora General de la República, de fecha 31 de enero de 2007 en pág. 4.

199 Memorial de las Demandantes ¶ 232; Réplica de las Demandantes ¶ 17v.

200 Ex. C-33 y Ex. C-33A, Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, Gaceta Oficial Nº 38.617, publicada el 1 de febrero de 2007 ("Ley Habilitante"). *Véase asimismo* Memorial de las Demandantes ¶ 233.

201 Ex. C-33 y Ex. C-33A, Ley Habilitante en Art. 1(11).

202 Ex. C-5, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, Decreto Nº 5.200, Gaceta Oficial Nº 38.632, publicada el 26 de febrero de 2007 ("Decreto de Nacionalización"). *Véase asimismo* Memorial de Contestación de la Demandada¶¶ 109-11.

203 Ex. C-5, Decreto de Nacionalización en Arts. 1 y 2. *Véanse asimismo* Memorial de las Demandantes ¶¶ 234-35; Réplica de las Demandantes ¶ 17w.

204. El Decreto Ley 5.200 exigía la creación de una "Comisión de Transición" para cada asociación, a la cual se le exigía que el control de las actividades de la asociación fuera transferido a más tardar el 30 de abril de 2007[204]. Adicionalmente, el Artículo 4 le otorgaba a los inversionistas extranjeros como ConocoPhillips cuatro meses — hasta el 26 de junio de 2007 — "para acordar los términos y condiciones de su posible participación en las nuevas Empresas Mixtas[205]". Ante la ausencia de dicho acuerdo, al vencimiento del plazo de cuatro meses, "la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A. o cualquiera de sus compañías controladas que haya sido designada a tal efecto, asumirá directamente las actividades desarrolladas por las asociaciones[206]…".

(d) Negociaciones concernientes a las participaciones de las Demandantes en el Proyecto

205. Tanto antes como después de la promulgación del Decreto Ley 5.200, se celebraron reuniones entre los representantes de ConocoPhillips y de Venezuela para tratar la transferencia de los Proyectos de Petrozuata, Hamaca y Corocoro al régimen de empresas mixtas[207].

206. Entre las cuestiones tratadas en las reuniones y en las comunicaciones relacionadas estuvo la cuestión de la indemnización por los derechos de ConocoPhillips en los Proyectos. De acuerdo a las Demandantes, cualquier oferta de indemnización de Venezuela se fundaba en la renuncia a sus derechos de pretender una compensación a través de otros medios jurídicos, lo que no estaban dispuestos a hacer[208]. No se presentó ninguna oferta de indemnización en relación con el Proyecto Corocoro[209].

---

204 Ex. C-5, Decreto de Nacionalización en Art. 3.

205 Ex. C-5, Decreto de Nacionalización en Art. 4.

206 Ex. C-5, Decreto de Nacionalización en Art. 5.

207 Memorial de las Demandantes ¶¶ 238-39; Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 112.

208 Memorial de las Demandantes ¶¶ 238-39; Réplica de las Demandantes ¶ 17x.

209 Memorial de las Demandantes ¶ 240.

(e) PdVSA Asume el Control Operativo de los Proyectos

207. El día 1 de mayo de 2007, una sociedad controlada por PdVSA asumió el control material de las operaciones de los Proyectos de Petrozuata, Hamaca y Corocoro[210].

(f) Vencimiento del Plazo para Llegar a un Acuerdo en virtud del Decreto de Nacionalización

208. Al vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el Decreto Ley 5.200, no se había llegado a ningún acuerdo respecto de la participación de las Demandantes en las nuevas empresas mixtas. En consecuencia, tal como se preveía en el Artículo 4 del Decreto Ley 5.200, el día 26 de junio de 2007, Venezuela asumió las participaciones de ConocoPhillips en los Proyectos de Petrozuata, Hamaca y Corocoro[211]. No se había dispuesto indemnización alguna por la apropiación[212].

209. El día 8 de octubre de 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela ratificó la Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas ("Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración[213]").

210. El Artículo 1 de la Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración disponía que los convenios de asociación de la Faja Petrolera del Orinoco y los convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas se extinguirían "a partir de la fecha de publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela[214]". El Artículo 2 de la Ley transfería las participaciones de las asociaciones de la Faja Petrolera del Orinoco incluidas Petrozuata y Hamaca, y de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, a las empresas mixtas.

---

210 Memorial de las Demandantes ¶ 241.

211 Memorial de las Demandantes ¶¶ 246-48; Réplica de las Demandantes ¶ 17x.

212 Memorial de las Demandantes ¶ 247; Réplica de las Demandantes ¶ 17x.

213 Ex. C-35, Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas ("Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración"), Gaceta Oficial Nº 38.785, publicada el 8 de octubre de 2007.

214 Ex. C-35, Ley sobre los Efectos del Proceso de Migración en Art. 1.

211. El día 29 de julio de 2007, el Presidente Chávez pronunció un discurso en el cual abordó las diversas medidas en el contexto de la "recuperación progresiva de la soberanía petrolera[215]". El día 8 de febrero de 2008, el Ministro Ramírez, declaró que "[c]omenzando en el año 1999, el gobierno Bolivariano del Presidente Hugo Chávez inició una política para la recuperación Absoluta de la Soberanía Petrolera y administración del recurso principal de [Venezuela[216]]".

V. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

A. EL PETITORIO DE LAS DEMANDANTES

212. En su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes solicitaron que el Tribunal[217]:

(a) DECLARE que Venezuela ha violado:

(i) El Artículo 11 de la Ley de Inversiones y el Artículo 6 del Tratado al expropiar en forma ilícita y/o al adoptar medidas equivalentes a la expropiación con respecto a las inversiones de ConocoPhillips en Venezuela;
y

(ii) Los Artículos 1 y 6 de la Ley de Inversiones Extranjeras y el Artículo 3 del Tratado al no otorgarles a las inversiones de ConocoPhillips en Venezuela un trato justo y equitativo, y plena seguridad y protección, y al adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que menoscabaron el uso y goce de sus inversiones en Venezuela;

(b) ORDENE a Venezuela el pago de daños y perjuicios a ConocoPhillips por sus violaciones de la Ley de Inversiones Extranjeras y del Tratado en una suma a ser determinada en una etapa posterior en estos procedimientos, incluido mediante el pago de intereses compuestos a la tasa y durante el período de composición que el Tribunal considere justo y procedente;

(c) OTORGUE cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere procedente; y

---

215 Ex. C-4, Transcripción de *Aló Presidente 288: Desde la Faja Petrolífera del Orinoco*, Hugo Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela 29 de julio de 2007 en 6-10.

216 Ex. C-44, Declaraciones del Ministro Ramírez en Cadena Nacional: Mensaje al Pueblo Venezolano, en Cadena Nacional, del Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo y Presidente de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), Rafael Ramírez, con Motivo al Arbitraje Internacional entre ExxonMobil-PDVSA, 8 de febrero de 2008 en pág. 1.

217 RFA ¶ 130.

(d) ORDENARLE a Venezuela abonar las costas y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y de expertos, los honorarios y gastos de expertos designados por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal y otros costos del CIADI.

213. En su Memorial, las Demandantes reiteraron que[218]:

> Las violaciones constantes e intencionales de Venezuela de sus obligaciones para con ConocoPhillips han dado lugar a las reclamaciones que se afirman en la presente. Venezuela ha violado sus obligaciones para con ConocoPhillips Company en virtud de la Ley de Inversiones Extranjeras. Venezuela ha violado asimismo sus obligaciones para con las subsidiarias holandesas de ConocoPhillips Company– CPZ, CPH y CGP – en virtud del Tratado Bilateral de Inversión entre los Países Bajos y Venezuela.

214. Con respecto a su solicitud de daños y perjuicios, las Demandantes declararon que[219]:

> […] ConocoPhillips le solicita respetuosamente a este Tribunal que vindique sus derechos y le otorgue una reparación por un monto cuantificado provisoriamente en USD 30.305.400.000.

215. Más específicamente, en su Memorial y Réplica, las Demandantes reclamaron la siguiente indemnización[220]:

(a) Daños y Perjuicios por los ingresos perdidos para las Demandantes como resultado de los pagos fiscales en exceso que se requirieron de los Proyectos Petrozuata y Hamaca con anterioridad al 26 de junio de 2007, por un monto a ser determinado a la fecha del Laudo del Tribunal.

(b) Daños y Perjuicios por los ingresos perdidos que las Demandantes habrían percibido por sus participaciones en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro en el período entre el 26 de junio de 2007 y la fecha del Laudo del Tribunal, por un monto a ser determinado a la fecha del Laudo del Tribunal.

(c) Daños y Perjuicios por la pérdida total para las Demandantes de sus participaciones en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, por un monto igual al valor justo en el mercado de dichas participaciones, a ser determinados a la fecha del Laudo del Tribunal.

---

218 Memorial de las Demandantes ¶ 18.

219 Memorial de las Demandantes ¶ 19.

220 Memorial de las Demandantes ¶ 478; Réplica de las Demandantes ¶ 619 (reclamando asimismo en (h) los costos del arbitraje erogados por las Demandantes, “por un monto a ser cuantificado por las Demandantes después de la audiencia en junio de 2010”.).

(d) Daños y Perjuicios que reflejen las pérdidas adicionales que las Demandantes van a sufrir como resultado de la obligación por concepto de impuesto sobre la renta federal y estatal en los Estados Unidos de ConocoPhillips Company sobre el Laudo del Tribunal, por un monto a ser determinado a la fecha del Laudo del Tribunal.

(e) Intereses causados antes del laudo sobre lo mencionado en (a) y (b) que antecede, desde la fecha de cada pérdida de ingresos que se hubiera ocasionado para las Demandantes si las acciones ilegales por parte de Venezuela no se hubieran llevado a cabo, a tasas que reflejen el costo histórico del patrimonio de cada Proyecto (según sea relevante), en la fecha del Laudo del Tribunal, compuesto anualmente, o a cualquier otra tasa y período de composición que el Tribunal determine que asegure una reparación en su totalidad.

(f) Intereses posteriores al laudo sobre lo mencionado en (a), (b), (c) y (e) que antecede, a una tasa igual al costo del patrimonio de cada Proyecto (según sea relevante) en la fecha del Laudo del Tribunal, compuestos anualmente, o a la otra tasa y período para composición de intereses que el Tribunal determine que asegure una reparación en su totalidad.

(g) Una declaración de que el Laudo del Tribunal se hace neto de todos los impuestos en Venezuela y que Venezuela no puede imponer cualquier impuesto a los Demandantes que surjan del Laudo del Tribunal.

(h) Todos los costos del arbitraje, incluyendo costos legales y de Expertos, erogados por las Demandantes.

B. PETICIONES DE LA DEMANDADA

216. En su Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, la Demandada afirma que[221]:

> Con respecto a las cuestiones de jurisdicción, los reclamos establecidos en la Solicitud deben desecharse en su totalidad, puesto que: (i) el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituye un fundamento para determinar el "consentimiento" de la República para arbitrar esta controversia; (ii) ConocoPhillips no califica como un "inversionista internacional"' según dicho término se define en el Reglamento de la Ley de Inversiones, y por lo tanto no estaría legitimado para presentar reclamos con base en la Ley de Inversiones en relación con los Proyectos, incluso si el Artículo 22 si constituyera un consentimiento a la jurisdicción; (iii) las Demandantes CPZ, CPH y CGP son meras sociedades de conveniencia creadas con el fin de obtener acceso a la jurisdicción del CIADI en este caso, abusando de la forma societaria, y por lo tanto, debe rechazarse la jurisdicción con base en el Tratado Holandés; y (iv) las participaciones de las Demandantes CPH y CGP son, en cualquier caso, inversiones indirectas que no están protegidas bajo el Tratado Holandés.

[221] Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción ¶ 183.

217. La Demandada, en su Memorial de Contestación reiteró que "[p]or las razones expuestas con anterioridad y en el Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, las reclamaciones deben ser rechazadas en su totalidad por falta de jurisdicción[222]". La Demandada declaró además que[223]:

> En el caso de que el Tribunal admita jurisdicción respecto a cualquiera de las reclamaciones, dichas reclamaciones deben ser rechazadas por las razones de fondo anteriormente expuestas. En el caso de que las reclamaciones no sean rechazadas en su totalidad por falta de jurisdicción o en cuanto al fondo, la cuantía total de la compensación con respecto a los tres Proyectos no debe exceder de USD 583 millones con intereses simples. Además, las Demandantes deben ser condenadas a rembolsar a la Demandada todos los costos y gastos razonables, incluyendo los honorarios de sus abogados, relacionados con este Arbitraje.

218. En su Dúplica, la Demandada reiteró las peticiones de su Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción y de su Memorial de Contestación de que las reclamaciones de las Demandantes fueran rechazadas en su totalidad por falta de jurisdicción o en cuanto al fondo. Además, la Demandada declaró que, en el caso de que las reclamaciones no sean rechazadas en su totalidad, la cuantía total de la compensación con respecto a los tres Proyectos no debe exceder de USD 570,5 millones con intereses simples[224].

VI. JURISDICCIÓN

A. INTRODUCCIÓN

219. El preámbulo del Convenio del CIADI declara que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje. En virtud del Artículo 25 del Convenio, la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante y que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito a someter al Centro.

---

222 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 351.

223 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 351.

224 Memorial de Dúplica de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 1 de febrero de 2010 ("Dúplica de la Demandada") ¶ 577.

220. Al adoptar el Convenio, los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en su informe de fecha 18 de mayo de 1965 afirmaron que "[e]l consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro[225]". Ellos dicen, y las decisiones subsiguientes lo han confirmado, que ese consentimiento de las dos partes no es necesario que se haga constar en un mismo instrumento: en particular, "un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivos de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta[226]".

221. Las Demandantes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro en relación con sus reclamaciones, las cuales son el objeto de este procedimiento, en su carta de fecha 31 de enero de 2007 notificando al Ministro de Energía y Petróleo, al Ministro de Asuntos Exteriores y a la Procuradora General de Venezuela de la existencia de una diferencia surgida en relación con las medidas adoptadas por Venezuela[227].

222. Las Demandantes afirman que Venezuela prestó su consentimiento a la jurisdicción del Centro en virtud de:

a. el Artículo 22 de la Ley de Inversiones[228]; y

b. el Artículo 9 del TBI Venezuela-Países Bajos-[229].

223. En su Memorial, las Demandantes invocan [230]:

- la Ley de Inversiones como fundamento para la jurisdicción sobre las reclamaciones realizadas por ConocoPhillips Company, un nacional de un

---

225 Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio"), ¶ 23.

226 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ¶ 24.

227 Ex. C-36 *supra* nota al pie 198.

228 Ex. C-1 y Ex. R-12, Ley de Inversiones, Art. 22.

229 Ex. R-13, Tratado, Art. 9.

230 Memorial de las Demandantes ¶¶ 261–88.

Estado Parte del Convenio (los Estados Unidos de América), y Venezuela, también un Estado Parte del Convenio; y

- al TBI como fundamento de jurisdicción sobre las reclamos realizadas por las tres Demandantes holandesas.

224. La Demandada objeta tanto a la Ley de Inversión como al TBI como fundamentos para la jurisdicción.

B. ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE INVERSIONES

225. El Artículo 22 de la Ley de Inversiones dispone lo siguiente:

> Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (ONGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.

Las traducciones al idioma inglés proporcionadas por las Partes son diferentes en detalles. La traducción de Venezuela es la siguiente[231]:

> *Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI–MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect*.

La traducción de las Demandantes a tal efecto[232]:

> *Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect a treaty or agreement for the promotion and protection of investments with Venezuela, or any disputes to which apply the provisions of the Convention*

[231] Ex. R-12, Ley de Inversiones, Art. 22.

[232] Ex. C-1, Ley de Inversiones, Art. 22. *Véase supra* nota al pie 174.

Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration under the terms provided for in the respective treaty or agreement, should it so provide, without prejudice to the possibility of using, when applicable, the systems of litigation provided for in the Venezuelan laws in force.

Aunque existen pequeñas diferencias entre esas traducciones las Partes no las consideran significativas[233]. Tampoco lo hace el Tribunal.

226. Las Demandantes sostienen que Venezuela prestó su consentimiento a la jurisdicción a través del Artículo 22; Venezuela rechaza esa interpretación. Venezuela afirma asimismo que, independientemente de la cuestión del consentimiento, no existe jurisdicción sobre las reclamaciones de ConocoPhillips Company porque éste no califica como un "inversionista internacional" bajo la Ley de Inversiones y por lo tanto no se encuentra dentro del ámbito del Artículo 22[234]. Las Demandantes rechazan esa afirmación.

227. Las Partes están de acuerdo, tal y como lo refleja el bien establecido principio descrito en el Artículo 41(1) del Convenio del CIADI, de que "el Tribunal resolverá sobre su propia competencia".

228. Sin embargo, las Partes disienten respecto de las siguientes cuestiones relacionadas con la interpretación del Artículo 22 de la Ley de Inversiones:

a. el punto de partida: ¿debe el Artículo 22 establecer el consentimiento de Venezuela en forma clara e inequívoca, o debe esta disposición ser interpretada de manera objetiva y de buena fe?

b. el derecho aplicable: ¿debe interpretarse el Artículo 22 de conformidad con el derecho venezolano o el derecho internacional o sobre otro fundamento? En el supuesto de que el derecho internacional resulte de aplicación, ¿es el derecho relacionado con la interpretación de los tratados el que debe aplicarse u otra área del derecho internacional?

---

[233] *Véase, por ejemplo,* Tr. Día 1:92-93.

[234] Memorial de la Demandada sobre Excepciones a la Jurisdicción ¶ 126.

c. el texto del Artículo 22: a la luz de las respuestas a las dos preguntas precedentes, ¿cuál es el sentido del texto?

229. Con relación a la tercera cuestión, las Partes abordaron: las palabras y la estructura del Artículo 22, su sentido claro y corriente, su objeto y fin, su contexto, tanto inmediato como a lo largo de un período más extenso, incluida la actitud de la Demandada en relación con el arbitraje internacional y con el arbitraje en general; las opiniones de los comentaristas, incluidos aquellos de quienes se dice estuvieron involucrados en la redacción de la Ley de Inversiones; y el debate de aquellas cuestiones en decisiones de tribunales en otro casos CIADI en los que sostuvieron que el Artículo 22 no incorporaba un consentimiento unilateral por parte de Venezuela al arbitraje del CIADI[235].

230. El Tribunal en este momento abordará esas cuestiones y, a la luz de sus conclusiones al respecto, en particular la tercera cuestión, a la cual las Partes le prestaron la mayor atención, determinará si la Demandada, al promulgar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones, ha prestado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

(1) El punto de partida

231. La Demandada afirma que para satisfacer el requisito del consentimiento en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, la manifestación del consentimiento debe ser "clara e inequívoca" y no meramente discutible a través de lenguaje ambiguo[236]. En respaldo de esa proposición, cita decisiones del CIADI y comentarios del CIADI incluida una declaración de los autores de las Cláusulas Modelo del CIADI que toman nota del consentimiento: "[e]l requisito básico que toda cláusula de consentimiento debe cumplir es que debe demostrar de manera inequívoca el sometimiento a la jurisdicción del Centro de una diferencia particular o de una

---

235 *Mobil Corporation y otros. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 10 de junio de 2012 ("*Mobil*"). *Véase asimismo Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 30 de diciembre de 2010 ("*Cemex*") y *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de febrero de 2013 ("*Tidewater*").

236 Memorial de la Demandada sobre Excepciones a la Jurisdicción ¶ 80.

clase de diferencias[237]". Asimismo hace referencia a una declaración de la Corte Internacional de Justicia al efecto de que el consentimiento a la jurisdicción de esa Corte debe ser "voluntario e incuestionable[238]", y a comentaristas instando a la Corte ser cautelosa al asumir jurisdicción[239].

232. Las Demandantes rechazan el punto de partida de la Demandada: "la única cuestión que puede presentarse ante este Tribunal es si, en virtud del derecho internacional, el lenguaje incluido por Venezuela en el Artículo 22 puede ser interpretado de manera razonable y de buena fe como un consentimiento al arbitraje de ciertos reclamos con el significado que se le asigna en el Artículo 25 de la Convención del CIADI[240]". En respaldo a esa afirmación las Demandantes también citan decisiones del CIADI.

(2) El derecho aplicable

233. La Demandada afirma que la Ley de Inversiones, como parte del derecho venezolano, debe interpretarse a la luz de los principios del derecho de Venezuela[241]. Es un criterio firme del derecho venezolano que el consentimiento a arbitraje debe ser claro e inequívoco[242]. Como aparecerá, también sostiene que el lenguaje claro del Artículo 22 en ningún caso proporciona el consentimiento.

---

237 Ex. R-61, Cláusulas Modelo que Toman Nota del Consentimiento a la Jurisdicción del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 I.L.M. 1159, 1162 (1968).

238 *Caso del Canal de Corfú (Objeción Preliminar)*, Sentencia, 25 de marzo de 1948, Informes de la C.I.J. de 1948, pág. 15 en p. 27.

239 Ex. R-58, Malcolm Shaw, "International Law", (Cambridge University Press, 5th ed. 2003), 974 ("El consentimiento debe estar claramente presente, en el supuesto de que se infiera, y no ser meramente una creación técnica. La Corte ha enfatizado que dicho consentimiento debe ser 'voluntario e incuestionable'); y Ex. R-59, Sir Hersch Lauterpacht, THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT (Frederick A. Praeger, 1958), 91 (afirmando que la Corte "reiteradamente ha puesto énfasis en la necesidad de una precaución extrema al asumir la jurisdicción, que debe ser probada por completo… No debería realizarse nada que cree la impresión de que la Corte, en un exceso de fervor, haya asumido la jurisdicción cuando no se le haya conferido".).

240 Réplica de las Demandantes ¶ 217.

241 Memorial de la Demandada sobre Excepciones a la Jurisdicción ¶ 87.

242 Memorial de la Demandada sobre Excepciones a la Jurisdicción ¶ 88.

234. Las Demandantes aseveran que la cuestión de si la Demandada prestó su consentimiento al arbitraje del CIADI en virtud del Artículo 22 es una cuestión de derecho internacional: "[a]l hacer referencia al consentimiento en el marco de la Convención del CIADI, la ley venezolana incorpora un *renvoi* al derecho internacional en relación con dicha cuestión[243]". La cuestión de si Venezuela consintió el arbitraje del CIADI en virtud de la legislación nacional, continúan las Demandantes, es un asunto que debe ser determinado en virtud del significado que se le asigna en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y, por lo tanto, conforme al derecho internacional y no a la ley venezolana[244]. En respaldo de sus afirmaciones, cada Parte ha remitido al Tribunal a decisiones de los Tribunales CIADI.

235. Un Tribunal CIADI analizó la gama de decisiones del CIADI acerca de la cuestión del derecho aplicable cuando se afirma que el consentimiento se prestó en virtud del derecho nacional. Proporcionó esta síntesis:

> De este examen de la jurisprudencia del CIADI se desprende que en cuatro casos no se abordó la cuestión. En el caso *SPP c. Egipto*, el tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación de leyes", "teniendo en cuenta normas pertinentes de interpretación de tratados y principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales". En el caso *CSOB c. República Eslovaca* el tribunal se pronunció basándose exclusivamente en estos últimos principios. En *Zhinvali c. Georgia* optó por el derecho interno, "con sujeción al dictado final del derecho internacional"[245].

236. El Tribunal comentó que, en esos casos, el (supuesto) consentimiento de los Estados al arbitraje "no estaba contenido en un tratado que hubiera de interpretarse de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados… sino en una oferta unilateral formulada por ese Estado en una u otra forma[246]". "[L]a Corte Internacional de Justicia", continuó, "tuvo ante sí ese mismo problema al interpretar declaraciones unilaterales aceptando su jurisdicción conforme al Artículo 36(2) de su Estatuto. Esos instrumentos internacionales, de

---

243 Réplica de las Demandantes ¶ 225.

244 Réplica de las Demandantes ¶ 230.

245 *Cemex* ¶ 76.

246 *Cemex* ¶ 77.

acuerdo a la Corte, "deben interpretarse en relación con el derecho internacional"[247]. Ese Tribunal dijo que compartía este análisis[248]:

> Los actos unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI son ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano a inversionistas extranjeros conforme al Convenio del CIADI. Esas ofertas pueden incorporarse o no a la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse de acuerdo con el Convenio del CIADI y los principios de derecho internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados.

237. Ese Tribunal consideró posteriormente "las normas de interpretación" fijadas por la Corte Internacional de Justicia al interpretar declaraciones unilaterales aceptando la jurisdicción obligatoria de la Corte de acuerdo con el Artículo 36(2) de su Estatuto[249]. Concluyó en estos términos[250]:

> [L]a Corte Internacional de Justicia interpreta 'los términos pertinentes de una declaración, incluida una reserva que contengan, en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate'. La Corte lo hace comenzando con el texto y, si el texto no es claro, teniendo debidamente en cuenta el contexto y examinando la 'prueba referente a la circunstancia de su preparación y a los fines que se pretendía alcanzar'. Por lo tanto la intención del Estado declarante debe prevalecer.

(3) El texto del Artículo 22

238. La labor del Tribunal en este caso es determinar si al promulgar el Artículo 22 Venezuela ha prestado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. ¿Ha realizado una oferta permanente a los inversionistas extranjeros en virtud del Convenio del CIADI? Sólo cuando se haya dado respuesta a ese interrogante puede surgir la necesidad de determinar la medida del consentimiento.

239. En consecuencia, el Tribunal en este momento aborda la pregunta que se acaba de plantear en referencia a los términos y la estructura del Artículo 22, su sentido corriente, su

---

247 *Cemex* ¶ 78.

248 *Cemex* ¶ 79.

249 *Cemex* ¶¶ 83–87.

250 *Cemex* ¶ 87.

objeto y fin y su contexto, tanto inmediato como a largo plazo conjuntamente con las demás cuestiones mencionadas en el párrafo 237 *supra*.

240. Las Demandantes hacen sus afirmaciones con relación a los términos, la estructura y el sentido corriente del Artículo 22 al poner énfasis en dos versiones diferentes del artículo. En la primera, abordan las siguientes partes de la disposición:

> … las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del… Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece…

241. Con relación a ese texto, la primera afirmación de las Demandantes fue que la referencia expresa al Convenio del CIADI en el Artículo 22 es significativa. En virtud del principio de interpretación efectiva, "un principio fundamental de interpretación", un texto legal debería interpretarse de modo tal que una razón y un significado puedan atribuírsele a cada palabra del texto[251]. En segundo lugar, las Demandantes ponen énfasis en el lenguaje obligatorio de la disposición: determinadas categorías de controversias "serán sometidas al arbitraje internacional". Ese lenguaje obligatorio, dicen, deben contrastarse con los términos permisivos de la disposición al final del Artículo 22 relativa a litigios en tribunales de Venezuela y del Artículo 23 respecto de los tribunales nacionales de Venezuela y los tribunales arbitrales[252]. El tercer argumento está relacionado con la parte final de la disposición según se cita *supra* — el arbitraje será llevado a cabo "en virtud de los términos y condiciones estipulados en el tratado o acuerdo respectivo, si así lo dispone[253]". No hay duda, de acuerdo a las Demandantes, de que el Convenio del CIADI prevé el arbitraje, así como las reglas para conducir el arbitraje. En respuesta al argumento de la Demandada de que "si así lo dispone" significa "si el tratado o acuerdo respectivo establece, por sus términos y condiciones, que la controversia será sometida a arbitraje internacional", las Demandantes sostienen que la esencia de dicha interpretación sería

---

251 Réplica de las Demandantes ¶ 251.

252 Réplica de las Demandantes ¶¶ 252–53.

253 Réplica de las Demandantes ¶ 255.

que el Artículo 22 carece de sentido de principio a fin[254]. Ese argumento regresa al argumento de efectividad.

242. La Demandada, en respuesta al primer punto de las Demandantes acerca del principio de interpretación efectiva, afirma que ese principio no permite que se quiten palabras de la ley que están presentes o se agreguen palabras que no están presentes. La lectura de las Demandantes le denegarían efecto a las palabras "si así lo dispone". En la opinión de la Demandada, esas palabras, para pasar a la segunda y tercera afirmaciones realizadas por las Demandantes, establecen una condición que debe cumplirse y que no se ha cumplido: el Artículo 25 del Convenio del CIADI exige que las Partes de la diferencia presten consentimiento a la jurisdicción del Centro y Venezuela no ha prestado ese consentimiento. Además, afirma la Demandada, el Artículo 22 tiene un propósito útil al enfatizar que Venezuela pretendía cumplir todos y cada uno de sus compromisos internacionales existentes que había aceptado con relación al arbitraje internacional. Esta afirmación era importante en el contexto de "la hostilidad tradicional venezolana hacia el arbitraje internacional"[255].

243. Antes de considerar esas cuestiones contextuales a las que las Partes le prestaron considerable atención y las opiniones de los comentaristas sobre la Ley de Inversiones, incluidos aquellos que se dice han estado involucrados en la redacción de la Ley, el Tribunal plantea la segunda manera en que las Demandantes presentan al Artículo 22 en respaldo a su argumento de que, mediante esa disposición, Venezuela ha prestado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI:

> … las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del… Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional.

244. La afirmación de las Demandantes de que el Artículo 22 debería leerse en esta forma abreviada se funda en gran parte en el uso de las palabras "tratado o acuerdo" tanto al comienzo del Artículo como hacia el final de este, en contraste con la palabra "Convenio" que se utiliza dos veces con relación a textos identificados, siendo uno de ellos el Convenio del CIADI. La

---

254 Réplica de las Demandantes ¶ 258 (citando el Dictamen Jurídico de Enrique Urdaneta Fontiveros de fecha 28 de noviembre de 2008, ¶ 14).

255 Dúplica de la Demandada ¶ 36.

afirmación es que las palabras "tratado o acuerdo" son utilizadas como categorías abstractas, a ser diferenciadas de los dos Convenios especificados, y, en el contexto del Artículo 22, no incluye esos dos Convenios. En consecuencia, las Demandantes prosiguen, en los términos de la versión del Artículo 22 planteada *supra*, las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio del CIADI "serán sometidas al arbitraje internacional". No hay necesidad de continuar leyendo. En efecto, sería un sinsentido si [a] las palabras "si así lo dispone" "se les atribuye el significado de modificación del Convenio CIADI". Sería tonto preguntar si el Convenio CIADI dispone un arbitraje. De eso se trata el Convenio del CIADI"[256].

245. Resulta conveniente considerar en esta fase el argumento de las Demandantes fundado en el texto abreviado (como se plantea en el párrafo 243) — un argumento, que no se planteó en los dos casos anteriores respecto del Artículo 22 y que fue desarrollado principalmente en las audiencias orales.

246. Es cierto que el argumento consigue algo de respaldo de los términos literales del Artículo 22 y su posible distinción entre tratados y acuerdos por una parte y los dos Convenios especificados por la otra. Sin embargo, enfrenta lo que, en la opinión del Tribunal, constituye un obstáculo infranqueable cuando se consideran las disposiciones de esos dos Convenios. El Convenio OMGI establece procedimientos para el arreglo de cuatro tipos de diferencias[257]:

a. toda cuestión de interpretación o de aplicación de las disposiciones del Convenio que surja entre un miembro del Organismo y el Organismo o entre sus miembros se presentará a la Junta para que ésta adopte una decisión, con derecho a apelación al Consejo del Organismo por parte de cualquier miembro. (Artículo 56);

b. toda diferencia que se produzca en razón de un contrato de garantía o de reaseguro entre el Organismo y la otra Parte se someterá a arbitraje para laudo

---

256 *Véase* Tr. Día 1:98–100.

257 Ex. R- 62, Convenio que Establece la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión, 11 de octubre de 1985, 24 I.L.M. 1605 (1985).

final de conformidad con las reglas que se estipulen en el contrato de garantía o de reaseguro (Artículo 58);

c. las diferencias relativas a reclamaciones del Organismo actuando en subrogación de un inversionista se arreglarán de conformidad con i) el procedimiento estipulado en el Anexo II del Convenio, o ii) un acuerdo a celebrarse entre el Organismo y el miembro interesado acerca de uno o más métodos alternativos para el arreglo de tales diferencias. El Anexo II dispone la negociación, y, si fracasa, el sometimiento a arbitraje por cualquiera de las partes, o la conciliación si las partes están de acuerdo; la conciliación y los procesos de arbitraje están regulados en detalle, por referencia a las disposiciones paralelas en el Convenio del CIADI (Artículo 57(b)); y

d. toda diferencia además de aquellas enumeradas en los puntos (a), (b) y (c) *supra* entre el Organismo y un miembro o un país que haya dejado de ser miembro (o una dependencia de éste) se arreglará de conformidad con el procedimiento estipulado en el Anexo II (Artículo 57(a)).

247. El detalle de esos procesos, incluido el uso del arbitraje en algunos casos pero no en otros, indica claramente que "las controversias respecto de las cuales son aplicables las disposiciones del Convenio [del OMGI]… serán sometidas al arbitraje internacional" sólo "en los términos del respectivo tratado o acuerdo, [en este caso el Convenio del OMGI[258]]". Esa frase final, omitida en la versión abreviada de las Demandantes, no puede ser ignorada al considerar la referencia a ese Convenio en el Artículo 22. Esas palabras no se pueden quitar del texto.

248. Lo mismo aplica cuando se consideran las disposiciones para el arreglo de diferencias incluidas en el Convenio del CIADI. El primer punto es que las diferencias relativas a inversiones a las cuales se aplican las disposiciones del Convenio pueden ser sometidas a conciliación en razón del Capítulo III del Convenio en lugar de a arbitraje en razón del Capítulo IV. En segundo lugar, "[t]oda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la

[258] Ex. C-1 y Ex. R-12, Ley de Inversiones, Art. 22 (énfasis agregado).

interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo".[259] Al igual que con las disposiciones del Convenio del OMGI, esas disposiciones dejan en claro que no es suficiente, como lo plantea la versión abreviada del Artículo 22, decir que "las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del [Convenio CIADI] serán sometidas al arbitraje internacional. El sometimiento debe ser 'en los términos del respectivo tratado o acuerdo [en este caso el Convenio del CIADI, Capítulo IV]'".

249. Por lo tanto, el argumento de las Demandantes fundado en la versión abreviada del Artículo 22 debe fracasar.

250. En consecuencia el Tribunal regresa a la versión más completa del Artículo 22 planteada en el párrafo 225 *supra* al cual las Partes le asignan mayor importancia. Como se indicara anteriormente, al abordar el sentido del texto, las Partes le prestaron considerable atención al contexto, especialmente a la actitud de Venezuela hacia el arbitraje internacional en los últimos 100 años o más, y más recientemente.

251. El contexto más inmediato de las partes del Artículo 22 que se están considerando son la última frase de dicha disposición y los Artículos 23 y 1. La última frase hace reserva de los derechos existentes del inversionista o del Estado de iniciar procesos en virtud de la Ley Venezolana. De modo similar, el Artículo 23 reconoce el derecho del inversionista de someter una controversia que surja con relación a la aplicación de la Ley, una vez agotados los recursos administrativos, a los tribunales nacionales o los tribunales de arbitraje de Venezuela, es decir, de iniciar un proceso en forma unilateral. Según la Demandada, el claro otorgamiento o reconocimiento de dichas facultades unilaterales de iniciar procesos en virtud del derecho nacional establece un agudo contraste con las disposiciones del Artículo 22 relativas al arbitraje internacional. Con respecto al Artículo 23, las Demandantes comentan que este utiliza el término permisivo <u>podrán</u> por oposición al término obligatorio <u>serán</u> empleado en el Artículo 22[260]. La Demandada responde que esa es una interpretación engañosa del Artículo 23, que

[259] Convenio del CIADI, Art. 64.

[260] Réplica de las Demandantes ¶ 252.

prevé el arbitraje nacional y no internacional, a opción del inversionista; el permisivo "podrán" se convierte en obligatorio una vez que el inversionista ejerce la opción[261].

252. Son las Demandantes las que destacan el Artículo 1 de la Ley de Inversiones:

> Este Decreto-Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional[262].

Según alegan, el Artículo 22 debe interpretarse con el objeto de alcanzar las metas de promover y proteger la inversión extranjera expresadas en el Artículo 1[263]. La Demandada argumenta que es la última frase del Artículo 1, con su énfasis en la promoción del objetivo de desarrollo nacional, la que expresa el propósito de la Ley de Inversiones. Asimismo, tal disposición intencional no posee en sí misma efecto sustantivo[264].

253. Los alegatos de las Partes acerca del contexto externo, más allá de los términos de la propia Ley de Inversiones, abordaron actitudes venezolanas tradicionales y más recientes hacia el arbitraje, tanto nacional como internacional, al igual que los antecedentes particulares a la promulgación de la Ley de Inversiones. Con respecto a esta última cuestión, prestaron mucha atención a las opiniones de varios comentaristas, incluidos algunos que, según las Demandantes, habían sido los redactores de la Ley o habían participado en su redacción. Este material no le ha resultado útil al Tribunal, ya que no conduce a un resultado claro[265]. Lo que es fundamental para el Tribunal es la redacción del Artículo 22 interpretado en su contexto inmediato de

---

261 Dúplica de la Demandada ¶ 31, nota al pie 71.

262 Réplica de las Demandantes ¶ 267.

263 Réplica de las Demandantes ¶¶ 267–68.

264 *Véase* Tr. Día 2:395.

265 Con respecto a la historia de la redacción de la Ley de Inversiones, y, en particular, a la falta de claridad que Venezuela, al adoptar el Artículo 22, tuvo la intención de darle a su consentimiento al arbitraje CIADI ante la ausencia de un tratado bilateral de inversión, *etc*., *véase Mobil*, ¶ 131 ("El Tribunal no puede extraer de esa evolución general favorable a los TBI la conclusión de que ,al adoptar el Artículo 22, haya tenido la intención de dar por anticipado su consentimiento respecto del arbitraje del CIADI a falta de tales TBI").

conformidad con los principios de interpretación aceptados que parecen ser los mismos tanto en el derecho internacional como en el derecho venezolano[266].

254. En ese contexto, el Tribunal regresa a los términos del Artículo 22 a fin de determinar su significado. Comienza por la diferencia entre las Partes acerca de la cuestión que consiste en determinar si el consentimiento de Venezuela debe establecerse en forma clara o inequívoca o si la disposición debe interpretarse objetivamente y de buena fe. Puesto que los Estados se encuentran sujetos a procedimientos vinculantes de resolución de controversias por terceros sólo si prestan su consentimiento respecto de ellos, y, dada la importancia de la autoridad mencionada anteriormente, en particular, tal como se encuentra en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y, especialmente, en el marco del CIADI, el Tribunal considera que su enfoque debería ser cuidadoso. En los términos de la Corte Internacional de Justicia al momento de considerar la primera objeción planteada en cuanto a su jurisdicción, el consentimiento debe ser "voluntario e indiscutible" [267], y en los términos de ambos tribunales CIADI, "claro e inequívoco" [268]. El consentimiento necesario no debe presumirse, sino que debe demostrarse claramente. Como se advertirá, puede que la diferencia acerca de esta cuestión no sea significativa.

255. Ese también parece ser el caso de las posiciones inicialmente diferentes de las Partes en cuanto al derecho aplicable. Hacia el final, coincidían ampliamente en que el significado del Artículo 22 debía determinarse considerando sus términos en su contexto y a la luz de su propósito[269]. El Tribunal opina lo mismo. No debe advertirse ninguna diferencia significativa

---

266 *Véase, por ej.*, Dúplica de la Demandada ¶ 25 (que declara que la Ley de Inversiones "no se pare[ce] a ninguno de los demás consentimientos al arbitraje contenidos en los demás tratados suscritos por Venezuela o en las Cláusulas Modelo del CIADI que contienen un consentimiento al arbitraje").

267 *Véase supra* nota al pie 238.

268 *Véase, por ej.*, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI Nº ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 8 de febrero de 2005, ¶ 198 ("Es un principio bien establecido, tanto en el derecho nacional como internacional, que [todo acuerdo tendiente a someter una controversia a arbitraje] debería ser claro e inequívoco" [Traducción del Tribunal].). *Véase, asimismo, Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI Nº ARB/04/14, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2008, ¶ 167.

269 *Véase, por ej.*, Réplica de las Demandantes ¶¶ 246–47; Dúplica de la Demandada ¶ 23, nota al pie 55; Tr. Día 14:3761 (Representación de las Demandantes); Tr. Día 14:3891-92 (Representación de la Demandada).

entre el derecho venezolano conforme al Artículo 4 del Código Civil y las decisiones de la Corte Suprema de Venezuela, el derecho reflejado en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las declaraciones que han de encontrarse en las decisiones pertinentes de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales. Todos requieren que se preste especial atención tanto al texto como a las demás cuestiones. Sin embargo, la siguiente pregunta sigue sin respuesta: ¿en el Artículo 22 de la Ley, prestó Venezuela su consentimiento al arbitraje internacional en virtud del CIADI?

256. En lo que respecta al texto, como se recordará, la Demandada le asignó particular importancia a la frase "en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece". En su opinión, las últimas cuatro palabras imponen una condición. El tratado — en el marco del presente caso el Convenio del CIADI — según la Demandada, no "establece" en sí mismo el arbitraje internacional. Por el contrario, en su Artículo 25, el Convenio del CIADI requiere expresamente que el Estado preste su consentimiento a la jurisdicción. Dicha condición no se ha cumplido. Según las Demandantes, tal alegación fue respondida por el hecho de que el CIADI efectivamente prevé el arbitraje internacional: regula todos los elementos necesarios.

257. El Tribunal considera que esas cuatro palabras — si así éste [el tratado o acuerdo] lo establece [lo estableciera] — presentan la cuestión fundamental que ha de determinarse. En efecto, estas palabras imponen una condición - como de hecho lo aceptó el experto en derecho venezolano de las Demandantes. Según el Tribunal, dicha condición no se ha cumplido. No basta, como las Demandantes alegan, que el Convenio del CIADI prevea el arbitraje internacional. Dicho tratado debe manifestar en sí mismo el consentimiento de Venezuela al arbitraje. No obstante, el tratado no hace eso, como su Artículo 25 y su preámbulo dejan en claro. El sentido corriente de los términos del Artículo 22, y, en particular, de la condición, lleva al Tribunal a concluir que Venezuela, por ese medio, no presta su consentimiento al arbitraje internacional en virtud del Convenio del CIADI. Otras consideraciones brindan sustento a dicha conclusión.

258. Si la posición de las Demandantes fuera correcta, podría concluirse que, en el supuesto de que Venezuela, en un futuro tratado de inversión, aceptara la posibilidad del arbitraje internacional pero no prestara su consentimiento respecto de ello en dicho tratado, la Ley de

Inversiones, por medio del Artículo 22, prevería tal consentimiento sin perjuicio de la elección deliberada de los Estados parte en el tratado y la ausencia de reciprocidad que esta interpretación presentaría. Eso no puede ser correcto. Otra dificultad que podría surgir de la interpretación del Artículo 22 por parte de las Demandantes consiste en que aparentemente el consentimiento del inversionista tampoco sería necesario: el Estado tendría el derecho unilateral de iniciar el proceso contra el inversionista y la diferencia relativa a inversiones "será[ ] sometida a arbitraje internacional", sin perjuicio de los términos claros del Artículo 25 del Convenio del CIADI[270]. Si esa no es una consecuencia directa de la interpretación "obligatoria", entonces el Artículo 22 le brinda una opción al inversionista.

259. Como se recordará, las Demandantes invocan el principio de interpretación efectiva de los tratados: debe atribuirse una razón y un sentido a cada palabra del texto. En su opinión, la interpretación de la Demandada privaría de todo efecto a la referencia al CIADI del Artículo 22. Por el contrario, la Demandada alega que la interpretación propuesta por las Demandantes privaría de todo efecto a la expresión "si así este lo establece", también incluida en el Artículo 22. El principio de interpretación efectiva no permite que un tribunal judicial o arbitral rescriba la disposición que está interpretando, en particular, escribiendo palabras fuera del texto. La Demandada también argumenta que, en su interpretación del Artículo 22, la alusión al CIADI, conjuntamente con la referencia a los demás tratados y acuerdos, efectivamente tiene un propósito útil: esta alusión dejaba en claro que Venezuela pretendía cumplir todos y cada uno de los compromisos internacionales existentes que había aceptado en relación con el arbitraje internacional, incluidos aquellos asumidos en los TBIs en particular en los que evidentemente ya había aceptado que los inversionistas podían optar por iniciar procedimientos de arbitraje internacional contra ella. Declara que esta afirmación era importante en el contexto de la hostilidad tradicional venezolana hacia el arbitraje internacional[271]. La Demandada señala que otras disposiciones de la Ley de Inversiones, relativas a sectores de la actividad económica reservados por ley al Estado o a los inversionistas venezolanos, al igual que el derecho y la política que regulaban el ingreso y la permanencia de extranjeros y la legislación en materia

[270] Dúplica de la Demandada ¶ 32.

[271] Dúplica de la Demandada ¶ 36.

laboral[272], no son necesarias como cuestión de derecho venezolano: no hacen más que replicar disposiciones de la constitución y otras leyes, y aparecen en una ley general que ofrece un sentido más amplio del derecho aplicable a las inversiones realizadas por inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros. El perito de las Demandantes coincidía[273]. Existe otra consideración, citando la decisión adoptada en el marco del caso CIADI *Biwater Gauff*, según la cual una disposición como el Artículo 22 puede tener algún impacto al abrir el camino para que el Estado concluya tipos específicos de acuerdos de resolución de controversias sin que surjan cuestiones internas tales como la doctrina *ultra vires*, y, como tal, brinda una sensación de certeza a los inversionistas[274].

260. Según el Tribunal, dado su amplio alcance y su naturaleza general, el Decreto de 1999 no es el tipo de ley a la que a todas sus disposiciones se les asignen necesariamente efectos jurídicos independientes. En ese aspecto, difiere de instrumentos legales de propósito único como las declaraciones que aceptan la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en virtud del Artículo 36(2) de su Estatuto. En este sentido, con relación a la cuestión de la interpretación efectiva, el Tribunal coincide con las alegaciones realizadas por la Demandada.

261. Como el Tribunal ya ha indicado, el sentido corriente de los términos del Artículo 22 le conduce firmemente a la conclusión de que Venezuela no ha prestado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI mediante la promulgación de la citada disposición. El contexto inmediato provisto por la restricción impuesta al Artículo 22, por otras disposiciones de la Ley de Inversiones, en particular, el Artículo 23, apunta en la misma dirección. El contexto más amplio, conjuntamente con los comentarios, no afecta a dicha conclusión, como tampoco lo hacen las alegaciones basadas en el principio de interpretación efectiva. De todas maneras, ese principio brinda sustento a la conclusión.

---

272 *Véase* Ex. C-1 y Ex. R-12, Ley de Inversiones, Arts. 7 y 14.

273 Tr. Día 9:2307–8.

274 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI Nº ARB/05/22, Laudo de fecha 24 de julio de 2008, ¶ 331.

262. En este sentido, el Tribunal concluye que no goza de competencia en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversiones. Por consiguiente, no debe considerar la alegación de la Demandada según la cual el Tribunal carece de competencia respecto de las reclamaciones de ConocoPhillips Company en función de que ConocoPhillips Company no es un "inversionista internacional" en los términos del Artículo 22 de la Ley.

263. Otra consecuencia de la decisión según la cual Venezuela no presta su consentimiento al arbitraje internacional por medio del Artículo 22 es que el Tribunal carece de competencia respecto de la reclamacion planteada por ConocoPhillips Company sobre la base de su pérdida de créditos fiscales futuros. Cabe recordar que sólo ConocoPhillips Company efectuó dicha reclamación, y no las compañías holandesas, y que ConocoPhillips Company no puede plantear reclamación alguna en virtud del TBI holandés. En cualquier caso, una vez que el presente Tribunal haya emitido su Laudo, ConocoPhillips Company tendrá la libertad de considerar toda medida que Venezuela pudiera adoptar con respecto a cualquier elemento del Laudo que influya en los créditos fiscales de los EE. UU. de ConocoPhillips Company y luego decidir si dichas medidas dan lugar a alguna reclamación ante un foro conveniente.

C. EL ARTÍCULO 9 DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE VENEZUELA Y LOS PAÍSES BAJOS

264. Los párrafos (1), (3), (4) y (5) del Artículo 9 establecen lo siguiente:

> 1. Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión, a fin de ser resueltas mediante el arbitraje o la conciliación bajo la Convención para el Arreglo de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados abierta para la suscripción en Washington el 18 de marzo de 1965.
>
> …
>
> 3. El laudo arbitral se limitará a determinar si existe un incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el presente Convenio, si tal incumplimiento de obligaciones ha causado daños al nacional interesado y, en tal caso, el monto de la compensación.
>
> 4. Cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo

1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este Artículo.

5. El laudo arbitral estará basado en:

- las leyes de la Parte Contratante respectiva;
- las disposiciones del presente Convenio o demás Convenios pertinentes entre las Partes Contratantes;
- las disposiciones de convenios especiales relacionados con la inversión;
- los principios generales del derecho internacional; y
- las normas jurídicas que pudieren ser convenidas por las partes de la controversia.

265. Las tres demandantes holandesas alegan que Venezuela ha prestado su consentimiento respecto del arbitraje ante el CIADI en virtud del Artículo 9(1) con relación a sus reclamaciones:

1) CPZ, CPH y CGP son nacionales holandesas en los términos de la definición de "nacionales" contenida en el Artículo 1(b) del TBI:

[e]l término "nacionales" comprenderá en relación a cualquiera de las Partes Contratantes ... ii) personas jurídicas constituidas bajo las leyes de dicha Parte Contratante.

2) La controversia involucra inversiones autorizadas de las tres compañías en Venezuela en los términos de los Artículos 1(a) y 9(1). Las "inversiones" comprenden "derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas".

3) Aquí nos encontramos ante una controversia relativa a una inversión en los términos del Artículo 9(1). Las reclamaciones planteadas en el marco del presente arbitraje comprenden la obligación de Venezuela en virtud del Tratado y del derecho internacional con relación a las inversiones de CPZ, CPH y CGP en el sector de hidrocarburos venezolano[275].

266. La Demandada alega que ninguna de las tres compañías puede tener acceso al CIADI en virtud del Tratado holandés por dos razones:

1) las demandantes son "sociedades de conveniencia" creadas en anticipación al litigio contra la Demandada al mero efecto de tener acceso al CIADI; y

2) las inversiones invocadas por CPH y CGP son inversiones indirectas y recaen fuera del ámbito de la definición de inversión, que no se extiende a las

[275] *Véase* Memorial de las Demandantes ¶¶ 284–88.

inversiones en Venezuela sujetas a la propiedad o al control indirecto de nacionales holandeses a través de uno o más intermediarios[276].

267. La Demandada también alega que, aún en el supuesto de que tales argumentos no prosperaran, varias de las reclamaciones fracasarían, puesto que, al momento de la adopción de la medida en particular que constituía el fundamento de la reclamación, las demandantes holandesas no existían o no habían sido incorporadas a la cadena corporativa de propiedad[277]. Como se advertirá, los hechos relativos a este argumento y el argumento acerca de las "sociedades de conveniencia" se superponen.

(1) "Sociedades de Conveniencia"

268. La Demandada cita diversas decisiones CIADI en sustento de su argumento según el cual, sin perjuicio de que los demandantes en el marco de tales casos cumplían técnicamente con los requisitos de nacionalidad de los tratados pertinentes, los tribunales rechazaron las reclamaciones o consideraron la posibilidad de hacerlo. En los términos de la Demandada, el fundamento de dichos rechazos era el abuso de la forma corporativa y la descarada búsqueda de aplicación de un tratado o foro ("*treaty or forum shopping*"), lo que no debería admitirse. En función de los hechos, afirma que ConocoPhillips no perseguía ningún propósito comercial válido a efectos de esta reestructuración corporativa y el Tribunal debería concluir que no goza de competencia en virtud del TBI.

269. Las Demandantes proveen dos respuestas. La primera se relaciona con los hechos, incluido el momento de la reestructuración de su realización de las inversiones en Venezuela, que, según declaran, ocurrió antes de que surgiera la controversia. Efectuaron dichas inversiones con anterioridad a la introducción de los cambios en la ley tributaria y antes de la confiscación de las inversiones. En segundo lugar, alegan que no existe principio de derecho alguno que impida que una sociedad altere su forma creando subsidiarias o reincorporando el beneficio proveniente de la protección de la legislación de otro país[278].

---

276 *Véase* Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción ¶¶ 136–181.

277 *Véase* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 124–45.

278 Memorial de Réplica de las Demandantes ¶¶ 294–97.

270. Esa última alegación de las Demandantes encuentra sustento, en su opinión, en la parte pertinente de la definición de "nacionales" — son "personas jurídicas constituidas bajo las leyes de dicha Parte Contratante [los Países Bajos]". Al momento de determinar el alcance personal del TBI, las Partes no incluyeron ningún elemento de control adicional, conforme al inciso (iii) de la definición de nacionales correspondiente a personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de un tercer Estado, criterio que se desarrolla en el Protocolo del Tratado, aunque sólo con respecto a esa parte específica de la definición de nacional[279].

271. Cuatro de los casos citados por las Partes comparten dos características significativas. La primera es que la definición de "inversores", "personas jurídicas" y "sociedades", o su parte pertinente, persigue fundamentalmente el mismo propósito que la definición de nacionales contenida en el Artículo 1(b)(ii) del TBI[280]:

a. el término "inversor" comprende toda entidad establecida en el territorio de Ucrania de conformidad con sus leyes y regulaciones[281].

b. el término "nacionales" comprende a las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de dicha Parte Contratante…[282].

c. el término "inversor" comprende "personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de Israel que tengan su asiento permanente en el terriorio del Estado de Israel" [Traducción del Tribunal][283].

d. definición aplicable en este caso, emergente del caso *Mobil*.

---

279 *Véase* Ex. C-2, Tratado, Art. 1(b)(ii).

280 *Véase supra* ¶ 265.

281 *Tokios Tokelės c. Ucrania*, Caso CIADI Nº ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 29 de abril de 2004 (que considera el tratado bilateral de inversión entre Lituania y Ucrania).

282 *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI Nº ARB/02/3, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 21 de octubre de 2005 (que considera el tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y Bolivia).

283 *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI Nº ARB/06/5, Laudo de fecha 15 de abril de 2009 (que considera el tratado bilateral de inversión entre la República Checa e Israel).

272. La segunda característica significativa es que, en esos casos, los tribunales que se pronunciaron respecto de las objeciones a la jurisdicción no desestimaron las mismas en virtud del cumplimiento de tales requisitos formales — los cuales se cumplían, y, como la Demandada acepta, también se cumplen aquí[284]. Los tribunales pasaron a considerar si la objeción a la jurisdicción debía admitirse de manera más amplia e independiente. En el tercer caso, el tribunal efectivamente admitió la objeción. En otro caso, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") c. República Bolivariana de Venezuela*[285], que se centró en la definición de "nacional de otro Estado Contratante" contenida en el Artículo 25(2)(b) del propio Convenio del CIADI, en forma similar, el tribunal no se limitó a la definición de control extranjero incluida por las partes en su contrato de concesión — la expresión utilizada en el Artículo 25(2)(b). Si bien aceptó que no podía descartar el criterio que las partes habían establecido, sí limitó dicha proposición en el supuesto de que el criterio resultara "inaceptable"[286]. Luego consideró cuestiones de hecho similares a las consideradas en los otros cuatro casos mencionados y que se retoman más adelante en la presente Decisión.

273. La razón principal que los tribunales han planteado para no considerar suficiente el cumplimiento de los requisitos formales o técnicos consiste en evitar el uso indebido de la facultad conferida por la ley. El tribunal del caso *Mobil* observó que "en todos los sistemas jurídicos, bien sean nacionales o internacionales, se establecen conceptos tendientes a evitar el uso impropio del derecho"[287]. Se refería a los principios de buena fe, *détournement de pouvoir* y abuso de derechos. En sustento de dicha proposición, hizo alusión a las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del

---

284 Dúplica de la Demandada ¶ 104.

285 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2001.

286 *Aucoven*, ¶ 120.

287 *Mobil*, ¶ 169.

Comercio, otros tribunales internacionales y otros tribunales CIADI[288]. Una decisión relacionó esos principios amplios con el propio proceso ante el CIADI[289]:

> Aquí, el Tribunal se ocupa del *principio internacional de buena fe aplicado al mecanismo de arbitraje internacional del CIADI*. El Tribunal tiene que impedir un abuso del sistema de protección de las inversiones internacionales bajo el Convenio del CIADI, para garantizar que sólo están protegidas las inversiones que se realizan en cumplimiento con el principio internacional de buena fe y no tratan de abusar del sistema. [Traduccion del Tribunal]

274. Puede observarse que, además de los casos CIADI, las autoridades citadas involucran reclamaciones según las cuales los Estados han abusado de sus facultades o actuado de mala fe. En el contexto actual, se invoca la doctrina con relación a las acciones de un órgano corporativo, y no de un Estado, pero se trata de un órgano corporativo que pretende hacer uso de un procedimiento de naturaleza internacional destinado a resolver una controversia con un Estado, establecido por Estados que redactaron, concluyeron y aceptaron el Convenio. El Convenio tiene por objeto establecer un "Centro… [para] facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio"[290]. Existe jurisdicción sólo si cada una de las partes en la controversia han prestado su consentimiento y, a lo largo del proceso, cada una de ellas recibe un trato equitativo, como de hecho lo requieren los principios de debido proceso y justicia natural. Según la opinión de este Tribunal, en el contexto actual dicha igualdad de posiciones es un factor adicional en sustento del creciente cuerpo de decisiones que imponen ciertos límites a la elección de forma corporativa por parte del inversionista, incluso si cumple con la definición técnica pertinente contenida en el texto del tratado.

275. Determinar si tales límites han sido quebrantados requiere un análisis exhaustivo de todas las circunstancias del caso, circunstancias a las que las partes en el presente arbitraje han

---

288 *Véase Mobil*, ¶¶ 169–76. *Véase, asimismo, Caso Relativo a Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Djibouti* c. *Francia)*, Fallo de fecha 4 junio de 2008, ¶¶ 145–48.

289 *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI Nº ARB/06/5, Laudo de fecha 15 de abril de 2009, ¶ 113 (énfasis en el original). *Véase, asimismo, Tokios Tokelės c. Ucrania*, Caso CIADI Nº ARB/02/18, Opinión Disidente de Prosper Weil de fecha 29 de abril de 2004, ¶ 25.

290 Convenio CIADI, Art. 1(2).

prestado especial atención. El Tribunal ahora procede a dicho análisis. Lo hará teniendo en cuenta que los tribunales judiciales y arbitrales rara vez han resuelto que el principio de buena fe u otro estándar relacionado ha sido vulnerado. Se trata de un estándar elevado.

276. Los hechos relativos a la constitución de las sociedades holandesas y su incorporación a la cadena de propiedad de los proyectos aparecen anteriormente en la presente Decisión. En resumen:

a. Los tres proyectos comenzaron en la década de 1990. Los proyectos Petrozuata y Hamaca fueron establecidos mediante sociedades estadounidenses en los años 1995 y 1997, y, si bien el proyecto Corocoro fue asumido inicialmente en 1996 a través de una sociedad holandesa (Conoco Venezuela BV), tales derechos de participación fueron transferidos tres años más tarde a una sociedad venezolana (Conoco Venezuela CA).

b. Las sociedades holandesas fueron constituidas y obtuvieron derechos de participación en los proyectos de la siguiente manera:

- CPZ fue constituida el día 26 de julio de 2005 y el derecho de participación pertinente le fue transferido el día 27 de julio de 2005[291];
- CGP fue constituida el día 26 de julio de 2005 y el derecho de participación pertinente le fue transferido el día 11 de agosto de 2005[292]; y
- CPH fue constituida el día 17 de julio de 2006 y el derecho de participación pertinente le fue transferido el día 22 de septiembre de 2006[293].

c. El expediente incluye notificaciones cursadas al Registro Mercantil de Venezuela con respecto a CPZ el día 3 de noviembre de 2005[294] y el día 9 de enero de

---

291 Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 40. El día 11 de agosto de 2005, una subsidiaria de CPZ, a través de la cual CPZ era propietaria de su derecho de participación en Petrozuata, transfirió su derecho respecto de Conoco Venezuela Holding C.A. a CPZ. El efecto consistió en desplazar a Conoco Venezuela Holding, C.A. de la cadena de propiedad. Posteriormente, CPZ se convirtió en propietaria indirecta de una participación equivalente al 50,1 por ciento en Petrozuata a través de Conoco Venezuela Holding, C.A., una sociedad venezolana. *Ver supra* ¶¶ 138-140.

292 Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 44. *Ver supra* ¶ 184.

293 Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 47. *Ver supra* ¶¶ 163-165.

2007[295], y a PdVSA el día 25 de septiembre de 2006[296]; y con respecto a CGP el día 11 de enero de 2007[297].

277. Dichas medidas y el momento de su adopción deben relacionarse con los elementos de las reclamaciones y otros sucesos importantes del siguiente modo:

a. 10 de octubre de 2004: el aumento de la alícuota de regalías anunciado en la televisión venezolana fue rechazado mediante una carta de ConocoPhillips el día 22 de noviembre de 2004, luego de lo cual la queja fue retirada el día 14 de enero de 2005.

b. 12 de abril de 2005: el Ministerio de Energía y Minas declaró la ilegalidad de los Convenios de Servicios Operativos y el inicio de la "migración" de tales convenios a una nueva forma de sociedades mixtas en virtud de la Ley de Hidrocarburos de 2001.

c. 26 de abril de 2005: el Vice Ministro Mommer informó a ConocoPhillips que se iban a aplicar alícuotas de regalías aumentadas equivalentes al 30 por ciento a la producción de entre 120.000 y 145.000 barriles por día.

d. Junio de 2005: el Ministro Ramírez anunció que la ley de impuesto sobre la renta sería modificada.

e. 16 de mayo de 2006: se promulgó un impuesto a la extracción equivalente al 33⅓ por ciento.

---

294 Ex. C-220, Certificado del Registro Mercantil de fecha 3 de noviembre de 2005 adjunto a la Resolución de los Accionistas de Conoco Venezuela Holding, C.A de fecha 11 de agosto de 2005.

295 Ex. C-221, Carta de María Alejandra Pino dirigida a Marcela Miranda Montealegre de fecha 9 de enero de 2007.

296 Ex. C-353, Carta de J.A. Carrig y otros dirigida a Armando Giraud Torres de fecha 25 de septiembre de 2006.

297 Ex. C-222, Carta de María Alejandra Pino dirigida al Director de Industrialización y Tecnología de Hidrocarburos de fecha 10 de enero de 2007.

f. 29 de agosto de 2006: se modificó la ley tributaria incrementando la alícuota del impuesto sobre la renta aplicable a las compañías productoras de petróleo extra pesado del 34 por ciento al 50 por ciento.

g. 1 de enero de 2007: entró en vigor la ley que aumentó la alícuota del impuesto sobre la renta aplicable a las compañías de petróleo extra pesado al 50 por ciento.

h. 8 de enero de 2007: el Presidente Chávez anunció la nacionalización de todos los proyectos que operaban fuera del marco de la Ley de Hidrocarburos de 2001.

i. 31 de enero de 2007: ConocoPhillips le envió una carta al Gobierno venezolano notificándolo de una controversia y haciendo referencia a los sucesos descriptos en los puntos (e), (f), (g) y (h) *supra*[298].

j. 26 de febrero de 2007: se promulgó el Decreto Ley 5.200 que exigía la transformación de todas las asociaciones petroleras en sociedades mixtas.

k. Febrero a junio de 2007: se llevaron a cabo negociaciones con respecto a los derechos de participación de ConocoPhillips en los proyectos.

l. 1 de mayo de 2007: PdVSA asumió el control físico de los proyectos.

m. 26 de junio de 2007: venció el plazo de cuatro meses para llegar a un acuerdo en virtud del punto (j) *supra* y Venezuela se hizo cargo de los derechos de participación de ConocoPhillips en los proyectos.

278. Sobre la base de esta cronología y teniendo en cuenta las cuestiones ponderadas por otros tribunales que consideraban objeciones a la jurisdicción planteadas en función del "abuso de los tratados", el presente Tribunal realiza una serie de observaciones. La primera consiste en que las transferencias de propiedad de 2005 y 2006 no intentaron transferir ningún derecho o reclamación en virtud del CIADI o de un TBI de un propietario a otro. En efecto, al momento de las transferencias, ConocoPhillips había desistido de su única reclamación de

[298] *Véase* Ex. C-36,*supra* nota al pie 198. *Véase, asimismo,* Ex. C-30 y Ex. C-30A, Carta de A. Roy Lyons, Presidente, ConocoPhillips Latin America, dirigida al Dr. Bernard Mommer, Vice Ministro de Hidrocarburos de fecha 29 de noviembre de 2006.

incumplimiento y lo había hecho en los términos más claros. No fue hasta el mes de mayo de 2006 cuando se adoptó la primera de las medidas, que posteriormente serían objeto de las cartas de ConocoPhillips notificando al gobierno venezolano de una controversia. Luego, el Tribunal considera la importancia de la fecha de dicha medida y de la fecha 29 de agosto de 2006 a efectos de la reclamación de CPH.

279. Pasando a una segunda cuestión, sucede que el único propósito comercial de la reestructuración, reconocido por el principal testigo de las Demandantes en la materia, consistía en poder tener acceso al procedimiento ante el CIADI[299]. Pero frente a ello, como ya se ha destacado, no se había planteado reclamación alguna al momento de la reestructuración, y, con sujeción a la restricción impuesta con respecto a las reclamaciones por parte de CPH acerca de las dos medidas adoptadas en 2006, no había ninguna reclamacion planeada al momento de las reestructuraciones.

280. Un factor importante indica que ConocoPhillips tenía la intención de continuar llevando adelante los proyectos y que el procedimiento en virtud del TBI no estaba en vista en ese momento. Dicho factor, de mucho peso para el Tribunal, es la inversión continua de ConocoPhillips en los proyectos. Conforme a sus pruebas, que no fueron refutadas, ConocoPhillips invirtió aproximadamente USD 434 millones en los tres proyectos una vez adoptada la decisión de reestructuración a mediados de 2005[300]. La inversión total de ConocoPhillips luego de la promulgación de la Ley de Inversiones ascendía a USD 53.000 millones[301]. El Tribunal opina que esta participación considerable y continua en el desarrollo y el funcionamiento de los proyectos es prueba concluyente en contra de cualquier conclusión en favor de la existencia de abuso de tratado.

281. En conecuencia, el Tribunal rechaza la objeción a la jurisdicción.

---

299 Tr. Día 3:593:6-10 (Goff).

300 Tr. Día 14:3782:9-14 (Representación de las Demandantes).

301 Tr. Día 14:3783:1-2 (Representación de las Demandantes).

(2) Inversión indirecta

282. La Demandada alega que, dado que dos de las sociedades holandesas — CPH y CGP — son titulares exclusivamente de inversiones indirectas a través de subsidiarias, sus reclamaciones en virtud del Tratado deben ser desestimadas. La Demandada señala que diversos tratados bilaterales de inversión concluidos tanto por Venezuela como por los Países Bajos comprenden expresamente inversiones tanto directas como indirectas, lenguaje no empleado en el TBI Venezuela-Países Bajos. Interpretar que la presente redacción no expresa del TBI comprende las inversiones indirectas tornaría innecesaria la ciudadosa elaboración e ignoraría el límite emergente del sentido corriente de los términos del Tratado, considerado a la luz de su objeto y fin[302].

283. Las Demandantes invocan el "lenguaje simple del Artículo 1 del Tratado [que] contiene la definición más amplia posible de inversión: todo tipo de inversión"[303]. En sustento de sus alegaciones, tanto la Demandada como las Demandantes hacen referencia a las decisiones adoptadas por otros tribunales CIADI, además de otras prácticas en virtud de los tratados.

284. Con respecto a las prácticas en virtud de los tratados, el Tribunal resalta que esto demuestra que no hay una única manera de redactar definiciones. Puede que distintas formulaciones tengan precisamente el mismo efecto. Las prácticas de redacción varían. Mientras que, como la Demandada destaca, algunos de los tratados bilaterales de inversión holandeses emplean una fórmula diferente, su tratado bilateral de inversión modelo, al igual que muchos otros, utilizan exactamente la redacción que se encuentra en el tratado con Venezuela. El único caso que constituye un ejemplo directo — *Fedax* — también brinda sustento al "sentido corriente" propoesto por las Demandantes[304].

---

302 Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada ¶¶ 172–181.

303 Memorial de Réplica de las Demandantes ¶ 361.

304 *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/96/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción de fecha 11 de julio de 1997.

285. Según el Tribunal, los términos de la definición son indudablemente claros. Está escrita en términos amplios, como la Demandada efectivamente acepta[305]. En palabras de Vattel, no hay necesidad de interpretar lo que no necesita interpretación[306].

286. En consecuencia, esta objeción a la jurisdicción con respecto a las reclamaciones de CPH y CGP fracasa.

(3) *Ratione Temporis*

287. La Demandada alega que el Tribunal carece de competencia respecto de las reclamaciones efectuadas por CPH con relación al impuesto a la extracción que fue promulgado en mayo de 2006 y a la modificación de la Ley del Impuesto Sobre la Renta promulgada en agosto de 2006 antes de que la sociedad fuera incorporada en septiembre a la cadena corporativa relativa al proyecto Hamaca. Ni las Demandantes, ni CPH en particular, impugnan el principio según el cual las sociedades holandesas no poseen reclamaciones respecto de las medidas adoptadas por Venezuela antes de que ellas hubieran adquirido el derecho de participación pertinente.

288. La ley que aumentaba el impuesto a la extracción al 33⅓ por ciento entró en vigor el día 24 de mayo de 2006, y, en este sentido, CPH no puede realizar reclamación alguna respecto de ella.

289. Si bien el aumento del impuesto sobre la renta fue promulgado antes de que CPH fuera incorporada a la cadena de propiedad en el mes siguiente, septiembre de 2006, el incremento no entró en vigor hasta el día 1 de enero de 2007[307]. ¿Cuál fecha es la decisiva? ¿La fecha de promulgación de la ley que prevé el aumento o la fecha en que entró en vigor en el marco de la ley? En principio, el Tribunal considera que el incumplimiento de una obligación no ocurre hasta tanto la ley en cuestión es efectivamente aplicada en violación de dicha obligación y eso

---

305 Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada ¶¶ 174, 180.

306 Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle* (1758), ¶ 263.

307 Tr. Día 13:3580:21-3581:3 (Representación de la Demandada); Memorial de las Demandantes ¶ 224.

no puede suceder antes de que la ley en cuestión entre en vigor[308]. En este contexto específico, la fecha pertinente era el 1 de enero de 2007, algunos meses después de que CPH adquiriera su derecho de participación. En consecuencia, la objeción de la Demandada a la competencia del Tribunal respecto de la reclamación de CPH basada en el aumento del impuesto sobre la renta debe rechazarse.

D. CONCLUSIÓN

290. Por las razones expuestas, el Tribunal resuelve que:

a. No goza de competencia en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversiones y que, en consecuencia, las reclamaciones efectuadas por ConocoPhillips Company son desestimadas; y

b. Posee competencia en virtud del Artículo 9 del Tratado Bilateral de Inversión respecto de:

i. las reclamaciones planteadas por ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV con relación a los siguientes factores: 1) el aumento de la alícuota del impuesto sobre la renta que entró en vigor el día 1 de enero de 2007, y 2) la expropiación o migración; y

ii. las reclamaciones planteadas por ConocoPhillips Petrozuata BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV con relación al incremento del impuesto a la extracción en vigor a partir del día 24 de mayo de 2006.

El Tribunal recuerda que una consecuencia de la decisión adoptada *supra* relativa al Artículo 22 de la Ley de Inversiones es que no goza de competencia respecto de la reclamación efectuada por ConocoPhillips Company en función de su pérdida de créditos fiscales futuros[309].

---

308 *Véase* Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *Introduction, Text and Commentaries*, James Crawford, Cambridge University Press, en pág. 130 (Comentario del Proyecto de Art. 12).

309 *Véase supra* ¶ 263.

VII. CUESTIONES DE FONDO

A. LAS RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL TRATADO VENEZUELA-PAÍSES BAJOS

(1) Introducción

291. Las Demandantes basan sus reclamaciones de incumplimiento por parte de la Demandada de su obligación de otorgar trato justo y equitativo a sus inversiones en los requisitos incluidos a tal efecto en la Ley de Inversiones y el Tratado. Dado que el Tribunal ha resuelto que no posee competencia respecto de las reclamaciones efectuadas en virtud de la Ley de Inversiones, la presente sección de la Decisión aborda exclusivamente las obligaciones frente a las sociedades holandesas que surjan en virtud del Tratado.

292. El artículo 3 del Tratado impone a cada una de las Partes Contratantes la obligación de garantizar el trato justo y equitativo de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante en los siguientes términos[310]:

> 1) Cada Parte Contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales.
>
> 2) Más particularmente, cada Parte Contratante otorgará a tales inversiones plena seguridad física y protección, la cual no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones de nacionales de cualquier tercer Estado, lo que sea más favorable al nacional interesado.
>
> 3) Si una Parte Contratante ha otorgado ventajas especiales a los nacionales de cualquier tercer Estado en virtud de convenios que establecen uniones aduaneras, uniones económicas, uniones monetarias o instituciones similares, o en virtud de convenios internos que conducen a tales uniones o instituciones, dicha Parte Contratante no estará obligada a otorgar tales ventajas a los nacionales de la otra Parte Contratante.
>
> 4) Cada Parte Contratante cumplirá cualesquiera obligaciones que pudiera haber asumido respecto al trato de las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante. Si las disposiciones de las leyes de cualquiera de las Partes Contratantes, o las obligaciones bajo el derecho internacional, vigente en la

[310] Ex. C-2, Ex. R-13, Tratado, Art. 3.

> actualidad o establecidas en lo sucesivo entre las Partes Contratantes, además del presente Convenio, dispusieren una reglamentación, de carácter general o específica, que acuerde a las inversiones pertenecientes a los nacionales de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto por el presente Convenio en la medida en que sea más favorable.

En un Protocolo del Tratado suscripto el mismo día que el Tratado como "parte integral" del mismo, las Partes Contratantes aceptaron lo siguiente[311]:

> 2) Artículo 3(1):
>
> Las Partes Contratantes convienen en que el trato de inversiones será considerado como justo y equitativo, en la forma prevista en el Artículo 3, Párrafo 1, si se conforma al trato otorgado a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones pertenecientes a nacionales de cualquier tercer Estado, así como a la norma mínima para el trato de nacionales extranjeros bajo el derecho internacional, lo que sea más favorable al nacional interesado.

293. Dicha especificación detallada del estándar de trato justo y equitativo constituye una desviación del modelo de TBI de los Países Bajos, modelo seguido en muchos otros tratados holandeses. Una segunda desviación radica en el uso del término "arbitrarias" en lugar de "inadmisibles" en la segunda parte del Artículo 3(1): la obligación de no obstaculizar mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación... de las inversiones por los nacionales de la otra Parte. Existe una tercera desviación, a saber, la especificación del derecho aplicable incluida en el Artículo 9(5) sobre el derecho aplicable que comienza con el derecho de la Parte Contratante en cuestión, lo que constituye un agregado respecto del modelo. No parece revestir particular importancia en el presente caso, pero debe relacionarse con la posición general de Venezuela en la negociación del TBI, que se analiza en el próximo párrafo.

294. El hecho que ambas Partes Contratantes informaran a sus legislaturas, al momento de solicitar la aprobación de la ratificación del Tratado, deja en claro que estos cambios se introdujeron a pedido de los negociadores venezolanos y a fin de responder a sus inquietudes. La carta del Ministro de Relaciones Exteriores de los Países Bajos dirigida al Parlamento holandés explicaba que[312]:

---

311 *Ibídem.*Protocolo, Sección 2 (Artículo 3(1)).

312 Ex. R-151, Nota dirigida al Parlamento holandés adjunta al TBI Venezuela-Países Bajos de fecha 3 de junio de 1992.

> La delegación venezolana tuvo problemas con la formulación [habitual] del [artículo general relativo al trato de los inversionistas]. Puesto que el cumplimiento de obligaciones en virtud de este artículo también puede ser objeto de desacuerdos entre un inversionista y un país receptor que pueden someterse a arbitraje internacional, la delegación venezolana temía que bajo la redacción de ese artículo el ámbito de aplicación de la disposición de arbitraje internacional no fuera lo suficientemente acotado y en consecuencia se abriera la posibilidad de un uso inapropiado de la misma. En aras de apaciguar estas objeciones, el término 'arbitrarias' ha sustituido a la palabra 'inadmisibles'. Asimismo, se ha incluido un texto-protocolo (sección 2) en el cual el trato básico se define en mayor profundidad como aquel que contiene ya sea el trato nacional, o el trato de la nación más favorecida, dependiendo de cuál de los dos tratos es más favorable para el inversionista. Además de eso, el trato debe cumplir con el estándar mínimo del Derecho internacional para el trato de extranjeros [Traducción del Tribunal].

La carta luego explica que el párrafo relativo al derecho aplicable fue agregado en respuesta a las "objeciones fundamentales" [Traducción del Tribunal] al arbitraje internacional presentadas inicialmente por Venezuela, sobre la base de la doctrina Calvo. El texto acordado "puede considerarse algo así como una innovacion" [Traducción del Tribunal][313]. La Exposición de Motivos presentada ante el Congreso venezolano persigue el mismo propósito:

> Tratamiento no inferior al mínimo exigido por el Derecho Internacional para el trato de nacionales extranjeros. Esto es, por definición, una obligación preexistente de las partes, independientemente del Convenio. Su inclusión expresa en el Protocolo que forma parte integrante del Convenio tiene, sin embargo, gran importancia porque precisa expresiones tales como 'trato justo y equitativo' y limita así la discrecionalidad de eventuales árbitros al examinar la conducta de cualquiera de las partes. [314]

(2) La relación entre los Artículos 3 y 4

295. Las reclamaciones fundadas en el Artículo 3 en primer lugar se iniciaron desde lo que las Demandantes consideraron como garantías de estabilidad fiscal brindadas por la Demandada con respecto a sus inversiones en los tres proyectos. Posteriormente, como se verá, las presentaciones pusieron énfasis en lo que las Demandantes consideraron como incumplimientos por parte de la Demandada de sus expectativas razonables y legítimas en base a los marcos

---

313 *Ibídem.*

314 Ex. R-152 y Ex. R-229, Exposición de Motivos del Tratado holandés presentada ante el Congreso de la República de Venezuela de fecha 19 de noviembre de 1991.

regulatorios, incumplimientos causados por diversos aumentos en el impuesto sobre la renta y regalías o sobre el impuesto de extracción.

296. La Demandada cuestiona los fundamentos fácticos y jurídicos de las aserciones que esgrimieron las Demandantes en virtud del Artículo 3. La Demandada declara asimismo que, como una cuestión de interpretación del TBI, los diversos cambios en las alícuotas tributarias y de regalías que introdujo no recaen dentro del alcance del Artículo 3; en cambio deben ser evaluados por referencia al Artículo 4. Por una cuestión de conveniencia y lógica esa afirmación se considera en primer lugar.

(3) El efecto del Artículo 4

297. La Demandada asevera que la obligación de trato "justo y equitativo" impuesta por el Artículo 3 del Tratado holandés no se aplica a las medidas tributarias y fiscales. El Artículo 4, dice, plantea un estándar de tratamiento específico con respecto a las medidas tributarias y fiscales[315].

El Artículo 4 establece lo siguiente:

> En relación a los impuestos, derechos, cargas y desgravámenes, o exenciones fiscales, cada Parte Contratante otorgará a los nacionales de la otra Parte Contratante respecto a sus inversiones en su territorio, un trato no menos favorable que el acordado a sus propios nacionales o a los de un tercer Estado, cualquiera que sea más favorable a los nacionales interesados. No obstante, a tal fin, no se tomará en cuenta ninguna ventaja fiscal especial otorgada por tal parte:
>
> a) bajo un convenio para evitar la doble tributación; o
>
> b) en virtud de su participación en una unión aduanara, unión económica, o institución similar; o
>
> c) sobre la base de la reciprocidad con un Tercer Estado.

En esos términos expresos, continúa el argumento de la Demandada, "los inversionistas extranjeros en Venezuela tienen derecho a ser tratados de la misma manera que los nacionales venezolanos y los nacionales de terceros Estados[316]". [Traducción del Tribunal] En tanto y en

[315] Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 217.

[316] Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 218.

cuanto sus medidas tributarias y fiscales fueron aplicadas a las compañías holandesas de manera no discriminatoria, lo que no se encuentra controvertido en el caso que nos ocupa, no hay violación alguna de sus obligaciones en virtud del Tratado con relación a esas medidas[317].

298. Las Demandantes contestan que la Demandada no está liberada de responsabilidad en virtud del Artículo 4 del Tratado. No se trata, afirman, de una disposición fiscal del tipo "*carve-out*". La Demandada, prosiguen, malinterpreta el lenguaje claro del Artículo 4 para sugerir que las Demandantes holandesas no pueden hacer una reclamación por tratamiento justo y equitativo en relación con cualquier medida impositiva y fiscal conforme al Tratado. De acuerdo a las Demandantes, el Artículo 4 simplemente establece que un inversionista extranjero no podrá presentar demanda por discriminación, ya sea conforme al tratamiento nacional o la norma de tratamiento de la nación más favorecida (NMF) debido a disposiciones más favorables en tratados fiscales o uniones económicas que ya sea los Países Bajos o Venezuela hayan celebrado con Estados terceros[318].

299. La Demandada afirma además que las medidas impositivas y fiscales de tratamiento especial en el Tratado Holandés son coherentes con la abrumadora autoridad tratada en su Memorial de Contestación, reconociendo que los impuestos constituyen un derecho soberano por excelencia. No es inusual, de acuerdo a la Demandada, que los tratados de inversión excluyan cuestiones impositivas de la norma de trato justo y equitativo. Cita a una serie de ejemplos y fallos de tribunales que aplican disposiciones que realizan dichas exclusiones.

300. Las Demandantes responden que una verdadera disposición fiscal del tipo "*carve-out*", en cuestión en varios de esos casos, exentaría medidas impositivas de la protección que ofrece un tratado en términos tales como los establecidos en el Artículo X del Tratado Bilateral de Inversión de EE.UU.-Ecuador[319]:

---

317 Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 217-18.

318 Réplica de las Demandantes ¶¶ 472–5.

319 Réplica de las Demandantes ¶ 474, nota al pie 788 (citando Ex. C-209, *Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Ecuador para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones*, suscripto el 27 de agosto de 1993 (y que entró en vigor el 11 de Mayo de 1997)).

> (1) En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.
>
> (2) No obstante, las disposiciones de este Tratado, y en particular el Artículo VI y VII [que se refiere a dirimir disputas], serán aplicables a asuntos impositivos únicamente en relación con lo siguiente: (a) expropiación, de conformidad con el Artículo III; (b) transferencias, de acuerdo con el Artículo IV; o (c) la observancia y ejecución de términos de un Contrato de Inversión o autorización, conforme se hace referencia en el Artículo VI (1) (a) o (b), hasta el grado en que no estén sujetos a las disposiciones para dirimir disputas de alguna Convención para evitar doble imposición entre las dos Partes, o que hubieran surgido conforme a dichas disposiciones para dirimir y no se resuelven dentro de un período razonable de tiempo.

Esta disposición se encontraba en discusión en *Duke Energy*, uno de los casos tratados por las Partes[320].

(4) El sentido corriente y el fin del Artículo 3 y el Artículo 4

301. El Tribunal comienza con el sentido corriente de los términos del Artículo 3 y el Artículo 4. Le presta particular atención a las diferencias entre ellos. El Artículo 3 es el más general en alcance ocupándose del "trato de las inversiones"; el Artículo 4 trata cuestiones más específicas: "impuestos, derechos, cargas, y… desgravámenes y exenciones fiscales".

302. El párrafo (1) del Artículo 3 comienza por exigirle a cada Parte Contratante "garantizar trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante". Esa obligación es el objeto del Protocolo del Acuerdo en el cual las Partes Contratantes acuerdan que el trato de las inversiones será considerado como justo y equitativo si obedece al trato nacional y al trato de NMF, así como al estándar mínimo para el trato de nacionales extranjeros en virtud del derecho internacional. El párrafo (2) del Artículo 3 "más particularmente" exige que se les otorgue a dichas inversiones plena seguridad física y protección la cual no será inferior a aquella otorgada a las inversiones nacionales o en función de la NMF. El párrafo (3) dispone las excepciones a la obligación del trato de NMF, cuyos detalles el Tribunal considerará posteriormente. Por último, el párrafo (4) del Artículo 3 exige el

[320] *Véase* Réplica de las Demandantes ¶ 475, nota al pie 790 (citando *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/04/19, Laudo de fecha 18 de agosto de 2008 en ¶¶ 171–89).

cumplimiento de cualquier otra obligación que una Parte Contratante pueda tener con respecto al trato de las inversiones de los nacionales de la otra Parte, en el supuesto de que dichas obligaciones exigieran un trato más favorable que aquel dispuesto en el Tratado. Al igual que las Partes, el Tribunal no considera a este párrafo de relevancia en este caso.

303. El Artículo 4 exige que cada Parte Contratante "en relación a los impuestos, derechos, cargas y desgravámenes, o exenciones fiscales" le otorgue a los nacionales de la otra Parte Contratante un trato nacional o de NMF; sin embargo, por contraste con el Artículo 3, no dice nadarespecto del "trato justo y equitativo". Esa obligación más específica está sujeta a tres excepciones particulares, dos de las cuales no están incluidas en el Artículo 3(3) y que también se considerarán posteriormente.

304. Para sintetizar, existen tres diferencias significativas entre el Artículo 3 y el Artículo 4, a saber:

a. El Artículo 3 impone obligaciones relativas al trato de las inversiones de nacionales de otra Parte Contratante en general en tanto el Artículo 4 impone obligaciones "con respecto a impuestos" y cargas relacionadas impuestas a los nacionales de la Parte Contratante.

b. El Artículo 3 exige trato justo y equitativo y trato nacional y de NMF (este último repetido en el Protocolo), en tanto el Artículo 4 sólo exige trato nacional y de NMF.

c. El Artículo 4 incluye excepciones que no están incluidas en el Artículo 3(3).

305. Las Demandantes señalan que el Tratado no establece vínculo directo alguno entre el Artículo 3 y el Artículo 4. Por lo tanto la obligación de trato justo y equitativo del Artículo 3(1) no está expresamente "sujeta al Artículo 4", como tampoco comienza el Artículo 4 con las palabras "sin perjuicio del Artículo 3(1)", (sólo) se debe otorgar trato nacional o de NMF con

respecto a los impuestos y cargas. El Artículo 4 no es, en su opinión, una disposición del tipo "*carve-out*" como la que citaron de otros TBIs[321].

306. De acuerdo a la Demandada, los autores en este caso no utilizaron el enfoque "*carve-out*" porque no fue necesario. En cambio en disposiciones consecutivas trataron el caso general en el Artículo 3 y el caso específico en el Artículo 4. La disposición específica, continúa su argumento, dentro de su área de operación, excluye a la disposición general. ¿Qué función cumpliría la disposición especial si las cuestiones que regula debieran recaer también dentro de los términos más amplios del Artículo 3(1) con sus obligaciones más amplias, especialmente la obligación de garantizar trato justo y equitativo? La Demandada resalta también la importancia en este contexto, como en otros, del cuidado que las Partes del Tratado, y en especial la propia Demandada, tuvieron al redactar el Artículo 3 y el Protocolo a fin de evitar que se hiciera una lectura amplia de la obligación de otorgar trato justo y equitativo[322].

307. Las Demandantes contestan que el Artículo 4 cumple una función al colocarse junto a la obligación de trato justo y equitativo en el Artículo 3 e independientemente de este. La superposición que ellos ven es sólo relativa al trato discriminatorio en base a la nacionalidad con respecto a los impuestos; sólo en ese caso el Artículo 3(3) deferiría al Artículo 4. El Artículo 4 no ocupa el ámbito respecto de todas las cuestiones del Tratado relativas a impuestos[323].

(5) Las excepciones al Artículo 3 y al Artículo 4

308. El Tribunal aborda ahora el detalle de los dos grupos de excepciones comprendidas en el Artículo 3(3) y en el Artículo 4 a las obligaciones que cada uno de esos artículos impone. El Artículo 3(1), leído conjuntamente con el Protocolo, exige, entre otras cosas, el trato nacional o de NMF. El Artículo 3(2) exige también ese trato. El Artículo 3(3) posteriormente establece las siguientes excepciones a las obligaciones de trato de NMF:

> Si una Parte Contratante ha otorgado ventajas especiales a los nacionales de cualquier tercer Estado en virtud de convenios que establecen uniones aduaneras,

---

321 *Véase*¶ 300 *supra*.

322 *Véase* Dúplica de la Demandada ¶ ¶377-380.

323 *Véase* Tr. Día 14:3789-3790; Réplica de las Demandantes ¶ 473.

uniones económicas, uniones monetarias o instituciones similares, o en virtud de convenios internos que conducen a tales uniones o instituciones, dicha Parte Contratante no estará obligada a otorgar tales ventajas a los nacionales de la otra Parte Contratante.

Esa lista debe ser comparada con aquella comprendida en el Artículo 4, que establece excepciones a las obligaciones de no discriminación que impone con respecto a las cuestiones impositivas y fiscales. Además de las excepciones respecto de las uniones aduaneras, uniones económicas o instituciones similares, el Artículo 4 comprende una excepción adicional: excluye del efecto de las obligaciones de no discriminación las ventajas fiscales especiales otorgadas a un tercero mediante convenios destinados a evitar la doble tributación o sobre la base de la reciprocidad.

(6) Interpretación efectiva

309. Si el párrafo (1) del Artículo 3 (leído conjuntamente con el Protocolo) y el párrafo (2) de ese artículo se aplicaran de manera general a las medidas impositivas, los requisitos de trato de NMF de las disposiciones exigirían que el beneficio de esos acuerdos impositivos con terceros Estados o esa reciprocidad se otorgase a la otra Parte del TBI. Como se observara[324], las Demandantes, reconociendo ese punto, sostienen que en esa medida, pero sólo en esa medida, el Artículo 4 haría caso omiso del Artículo 3(3). Pero, siguiendo esa lectura, el resto del Artículo 4 no tendría efecto alguno y la disposición no impondría ninguna obligación. Eso sería así sin perjuicio de los términos expresamente imperativos del Artículo 4: cada Parte Contratante, declara, "otorgará" trato nacional y de NMF. Este Artículo repetiría innecesariamente esas obligaciones que ya se encuentran en el Artículo 3 conjuntamente con las disposiciones relacionadas del Protocolo. Constituye un principio firme para la interpretación de las disposiciones de un tratado que en la medida de lo posible las mismas deben interpretarse de modo que no queden desprovistas de efecto[325]. Además, si los autores hubieran planeado la lectura propuesta por las Demandantes, la manera directa de conseguirlo habría sido simplemente incluir la excepción de doble tributación en el Artículo 3 y no haber incluido el

---

324 *Véase supra* ¶ 307.

325 *Véase, por ejemplo, Corfu Channel Case (Fondo),* Sentencia, 9 de abril de 1949, Informes de la C.I.J. de 1949, pág. 4 en p. 24; *Causa relativa a la aplicación de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa), Objeciones Preliminares,* Sentencia, 1 de abril de 2011, ¶ 133.

Artículo 4. La interpretación de las Demandantes transformaría una disposición, que en apariencia impone obligaciones definidas a las Partes Contratantes con excepciones establecidas minuciosamente [cuando ejercen sus facultades de imponer impuestos y cargas], en nada más que una disposición que agrega más excepciones a una obligación impuesta por otro artículo que en sí ya contiene excepciones específicas, incluidas asimismo en la disposición impositiva. Eso sería una redacción notablemente extraña.

(7) El contexto más amplio

310. La improbabilidad de la lectura del Artículo 4 propuesta por las Demandantes de que simplemente establece mayores límites a la obligación de no discriminación de las Partes además de aquellos que ya se encuentran en el Artículo 3(3) se ve incrementada por dos cuestiones contextuales: la primera específica a una de las Partes Contratantes del Tratado; y la segunda, más general. La primera es que el modelo de tratado bilateral de inversión holandés incluye el Artículo 3 y el Artículo 4 esencialmente en la misma forma en que aparecen en el Tratado Venezuela-Países Bajos, con las reservas, que ya se han observado, de la inclusión del Protocolo relacionado con el Artículo 3(1) y el reemplazo de la palabra "inadmisible" por "arbitrario". Además, ese formato y ese lenguaje han sido adoptados en la mayoría de los casi cien tratados bilaterales de inversión que los Países Bajos han suscripto. En varios de esos tratados bilaterales de inversión suscriptos por los Países Bajos que no contienen una disposición separada sobre tributación del tipo del estándar Artículo 4, como aquellos suscriptos con Chile, la República Popular China, la República Checa, Hungría, India, Líbano, México, Mongolia, la Federación Rusa, y Eslovaquia, la excepción en relación al convenio de doble tributación está comprendida en la disposición general que exige protección justa y equitativa y no discriminación la cual en otros respectos por lo demás adopta la forma estándar del Artículo 3[326]. Esa redacción es una forma directa de obtener el resultado que pretenden las Demandantes.

[326] Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Chile, 30 de noviembre de 1998; Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Gobierno de la República Popular China y el Reino de los Países Bajos, 26 de noviembre de 2001; Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, 29 de abril de1991; Convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Popular de Hungría para

311. El segundo punto contextual es que, en al menos cinco tratados bilaterales de inversión modelo que no contienen una disposición impositiva separada, los convenios de doble tributación se encuentran expresamente excluidos de la aplicación de obligaciones de no discriminación; *véase, por ejemplo*, los tratados bilaterales de inversión modelos de la República Popular China (Artículo 8(3)), Francia (Artículo 4), Alemania (Artículo 3), India (Artículo 4) y el Reino Unido (Artículos 3 y 7)[327].

312. Las Partes remitieron al Tribunal a una serie de decisiones en las cuales los inversionistas incoaron reclamaciones que los Estados receptores expresaron se relacionaban con la tributación y en términos del tratado bilateral de inversión correspondiente recaían fuera del alcance de su protección. Algunas de las decisiones confirman la proposición, que ambas Partes aceptan, de que la facultad de imponer tributos es un principio comprendido en las facultades regulatorias consuetudinarias o soberanas del Estado.

313. Esa proposición se ve reflejada en muchos tratados mediante la exclusión de su cobertura de las cuestiones impositivas, algunas veces con excepciones a esa exclusión, por ejemplo cuando las medidas impositivas equivalen a una expropiación. Esas exclusiones se encuentran por ejemplo en los tratados bilaterales de inversión modelo de Canadá (Artículo 16), los Estados Unidos (Artículo 21), el Tratado Estados Unidos-Ecuador citado anteriormente (Artículo X), el Tratado sobre la Carta de la Energía (Artículo 21) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Artículo 2103)[328]. Las exclusiones deben relacionarse asimismo con un cuerpo muy

---

el estímulo y protección recíproca de las inversiones, 2 de septiembre de1987; Convenio entre la República de India y el Reino de los Países Bajos para el estímulo y protección de las inversiones, 6 de noviembre de 1995; Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre la República del Líbano y el Reino de los Países Bajos, 2 de mayo de 2002; Convenio sobre promoción, estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos de Mexicanos, 13 de mayo de 1998; Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y Mongolia, 9 de marzo de 1995; Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la Federación Rusa, 5 de octubre de 1989.

327 TBI modelo de China de 2003; TBI modelo de Francia de 2006; TBI modelo de Alemania de 2008; TBI modelo de India de 2003; TBI modelo del Reino Unido de 2005, modificado en 2006.

328 Ex. R-143, TBI modelo de Canadá de 2004; Ex. R-142, TBI modelo de los Estados Unidos de 2004; Ex. R-146, Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, 27 de agosto de 1993; Ex. R-140, Tratado sobre la Carta de la Energía; Ex. R-141, TLCAN.

amplio de tratados que trata específicamente las cuestiones de tributación — un campo separado, extenso y altamente técnico. Todos los casos a los que las Partes hicieron referencia, como también lo reconocen, esencialmente versan sobre la manera específica en que las cuestiones tributarias son reguladas por el tratado de inversión en cuestión. Esas disposiciones son notablemente diferentes a aquellas que nos ocupan en este caso. En particular, todas ellas abordan en forma expresa la relación entre los compromisos de las Partes y las cuestiones impositivas al disponer, por ejemplo, que ninguna parte del Acuerdo en cuestión es aplicable a la tributación o que sólo determinadas disposiciones, especialmente la prohibición de expropiación, son de aplicación. Las Demandantes ponen énfasis en los términos expresos de esas disposiciones en contraste con el silencio de los Artículos 3 y 4 del Tratado holandés respecto de esa cuestión. Ese silencio, afirman, indica que las dos disposiciones deben operar en forma conjunta.

314. Debido a las diferentes formulaciones de las disposiciones tributarias controvertidas en esos casos respecto de las disposiciones en cuestión en este caso, el Tribunal no las considera útiles excepto por su reconocimiento del carácter especial de la facultad de tributación del Estado.

(8) Conclusión respecto del alcance del Artículo 3 y del Artículo 4

315. Lo que es crítico para el Tribunal es el lenguaje y la estructura del Artículo 3 y del Artículo 4. El lenguaje y la estructura llevan al Tribunal a la conclusión de que las cuestiones de tributación, derechos, cargas, desgravámenes y exenciones fiscales están sujetas solamente a las obligaciones establecidas en el Artículo 4 y no a la obligación de trato justo y equitativo redactada de manera más general comprendida en el Artículo 3. Esta conclusión, en síntesis, se desprende de tres características de las disposiciones. En primer lugar, el Artículo 3 impone una obligación de trato aparentemente general con respecto a las inversiones, pero está seguida inmediatamente por una disposición, el Artículo 4, que trata específicamente la tributación y las medidas relacionadas con respecto a las inversiones. En segundo lugar, el Artículo 3 impone la obligación amplia y absoluta de trato justo y equitativo (aunque con las reservas del Protocolo), en tanto el Artículo 4 impone sólo las obligaciones supeditadas de trato nacional y de NMF,

obligaciones que ya se encuentran incluidas en el Artículo 3 conjuntamente con el estándar de trato justo y equitativo. Esa repetición por sí misma indica que cada disposición es independiente. Eso surge también de la tercera característica de los dos Artículos. En tanto el Artículo 3(3) exime de la obligación de trato de NMF expresada en el Artículo 3 a las ventajas especiales otorgadas a nacionales de un tercer estado en virtud de convenios que establecen uniones aduaneras, uniones económicas y entidades similares, no excluye, por comparación con el Artículo 4, "ventajas fiscales especiales" otorgadas en virtud de convenios de doble tributación o sobre la base de la reciprocidad con un tercer Estado.

316. La determinación del significado de las disposiciones debe tener en cuenta asimismo tanto la preocupación de Venezuela de limitar sus obligaciones en virtud del Artículo 3 como el carácter especial de la facultad del Estado de imponer tributos. Otras cuestiones contextuales significativas que respaldan la interpretación son, en primer lugar, la coherencia estrecha del lenguaje del Tratado venezolano y el de muchos otros tratados bilaterales de inversión de los Países Bajos[329]. Una segunda cuestión contextual es la manera en la cual los tratados bilaterales de inversión modelo de varios otros Estados abordan la tributación – algunos excluyen expresamente en gran parte o completamente las cuestiones de tributación. Si no realizan esa exclusión expresa, sino que dejan las cuestiones de tributación dentro del alcance de las obligaciones generales de trato justo y equitativo y trato de NMF, realizan excepciones expresas para los convenios de doble tributación y otros convenios fiscales.

317. En consecuencia, el Tribunal concluye que las modificaciones introducidas a la legislación venezolana cuestionadas por las Demandantes con respecto a "impuestos, derechos, cargas, y desgravámenes y exenciones fiscales" no recaen dentro del ámbito del Artículo 3. Como se observara anteriormente[330], las Demandantes no aseveran que alguna de esas modificaciones viole las prohibiciones de no discriminación comprendidas en el Artículo 4.

---

329 *Véase supra* ¶ 310.

330 *Véase supra* ¶ 307.

(9) ¿Recaen las medidas adoptadas por Venezuela respecto de impuestos y regalías dentro del Artículo 4 del TBI?

318. Una de las medidas cuestionadas por las Demandadas, a saber, la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de fecha 29 de agosto de 2006[331], modifica la Ley de Impuesto Sobre la Renta al aumentar la alícuota aplicable del impuesto sobre la renta del 34 por ciento al 50 por ciento. No puede existir duda alguna de que esa es una medida con respecto a "impuestos". Pero, ¿deben las regalías, a saber, aquellas modificadas en la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos de fecha 16 de mayo de 2006[332], considerarse de manera diferente? Esa misma interrogante surgiría asimismo con respecto al aumento de las regalías anunciado el 10 de octubre de 2004[333], si fuera pertinente no obstante el retiro de la reserva de sus derechos por parte de las Demandantes el día 14 de enero de 2005[334].

319. El Tribunal considera, en primer lugar, las disposiciones de relevancia de la legislación venezolana, los convenios celebrados en términos de ésta y la adhesión de los participantes de dichos convenios, en segundo lugar, la manera en que las Demandantes presentaron sus reclamos relacionados con esas dos medidas y, finalmente, su interpretación de la frase al comienzo del Artículo 4: "impuestos, derechos, cargas, y… desgravámenes y exenciones fiscales".

---

331 Ex. C-43, *Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta*, Gaceta Oficial N° 38.529, publicada el 25 de septiembre de 2006

332 Ex. C-42, *Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos*, Gaceta Oficial N° 38.443, publicada el 24 de mayo de 2006.

333 Ex. C-193, *Aló Presidente N° 207*, 10 de octubre de 2004 (disponible en www.alopresidente.gob.ve).

334 Ex. C-29, Carta de William B. Berry, Vicepresidente Ejecutivo de Exploración y Producción, ConocoPhillips, al Dr. Rafael Ramírez, Ministro de Energía y Minas, de fecha 14 de enero de 2005.

(a) Las disposiciones pertinentes de la legislación venezolana y los convenios relacionados

320. El Artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos, agregado en 1967[335], bajo la Parte titulada "Del régimen de regalías e impuestos", fijó la "alícuota de producción" en 16⅔ por ciento. Se facultó al Poder Ejecutivo a reducir el impuesto a fin de hacer posible la producción comercial y a aumentar la alícuota de producción previamente reducida a la alícuota original cuando considerara que ya no existían razones para reducirla. El Artículo 41 y todas las demás disposiciones en esa Parte utilizan la palabra "impuesto" para hacer referencia a la regulación y al cálculo de la regalía, así como para hacer referencia a otros impuestos.

321. El Artículo 1 del Convenio de Regalía de las Asociaciones Estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco entre el Ministerio de Energía y Minas[336] y PdVSA de fecha 29 de mayo de 1998 dispone lo siguiente[337]:

> El objeto de este Convenio es establecer las bases para el cálculo del impuesto de explotación previsto en el Artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos (en lo sucesivo la "Regalía") y aplicable a la explotación de los crudos extra pesados de la Faja Petrolífera del Orinoco que llevan a cabo los participantes, en las asociaciones o proyectos antes indicados (en lo sucesivo la "Asociación") con fundamento en el Artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de Hidrocarburos en las áreas que al efecto determine el Ministerio.

La carta de presentación del Ministro a PdVSA de fecha 11 de junio de 1998, (que adjuntaba 11 copias del Convenio) establece que los Convenios "se aplicarán en las Asociaciones Estratégicas aprobadas por el soberano Congreso de la República para explotar y mejorar crudo de la Faja Petrolífera del Orinoco". La carta concluye diciendo que "es importante que los participantes de las asociaciones indiquen por escrito su 'voluntad de adherirse a estos Convenios'". Los Convenios de Regalías deberían tener una vigencia de hasta nueve años[338].

---

335 Ex. C-50, *Ley de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos*, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.149, publicado el 15 de septiembre de 1967.

336 El nombre del Ministerio de Energía y Minas fue cambiado en 2005 a Ministerio de Energía y Petróleo y de nuevo, en 2007, a Ministerio del Poder Popular para la Energía y el Petróleo. *Véase* Réplica de las Demandantes, ¶¶ 17g, nota al pie 8.

337 Ex. C-13, *Convenio de Regalía de la Faja del Orinoco*Art. 1.

338 *Íbidem.*, Art. 9.

322. La adhesión formal de Petrozuata y con respecto a Hamaca aceptan el Convenio de mayo de 1998 "para el cálculo de la alícuota de explotación" establecidas en el Artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos. Las cartas hacen referencia al hecho de que la institución es parte del Convenio de Asociación correspondiente aprobado por el Congreso de la República de Venezuela en 1993 y 1997, respectivamente[339].

323. Otro convenio estableciendo "el procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía) del crudo extra pesado producido y del azufre extraído por Petrozuata, C.A." y haciendo referencia al Convenio de mayo de 1998 fue suscripto el día 14 de enero de 2002[340]. El día 29 de abril 2002, Conoco Venezuela, al informar al Ministerio de su intención de adherirse al convenio correspondiente con respecto al área de Corocoro, hizo referencia al "Impuesto de Explotación ('Regalía')" debido a la Nación con respecto al petróleo crudo desarrollado por la compañía[341].

324. El Tribunal considera esas referencias constantes en los documentos a "impuesto" en relación con la regalía significativas. La legislación venezolana, los convenios y las adhesiones tratan a los pagos de regalías como un impuesto.

---

339 Ex. C-14 y Ex C-14A, Carta de María Lizardo Gramcko, Presidente, Petrolera Zuata, Petrozuata, C.A. a Edwin Arrieta, Ministro de Energía y Minas, de fecha 8 de octubre de 1998; y Ex. C-15, Carta de Carlos Bustamante, Vicepresidente de Negocios y Relaciones del Nuevo Gobierno, Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, a Edwin Arrieta, Ministro de Energía y Minas, de fecha 29 de octubre de 1998.

340 Ex. C-174, Procedimiento para el Pago del Impuesto de Explotación (Regalía).

341 Ex. C-20 y Ex. C-20A, *Convenio de Regalía de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas entre el Ministerio de Energía y Minas y Petróleos de Venezuela, S.A.*, de fecha 5 de diciembre de 1995; Carta de Roger Ramshaw de Conoco Venezuela C.A. al Ministerio de Energía y Minas, de fecha 29 de abril de 2002.

(b) La presentación del caso de las Demandantes con respecto a las medidas pertinentes

325. El Tribunal pasa a considerar la sección de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes titulada de la siguiente manera:

> **En 2005 y 2006, Venezuela abrogó sus compromisos respecto del régimen fiscal aplicable a las Asociaciones de Petrozuata y Hamaca (Énfasis agregado.)**

En la Solicitud de Arbitraje, se especifican los incumplimientos de la siguiente manera[342]:

> […] Más significativamente, el día 16 de mayo de 2006, la Asamblea Nacional de Venezuela implementó un 'impuesto de extracción' de un tercio del valor de todos los hidrocarburos extraídos. Este impuesto de extracción funciona de manera idéntica a una regalía. En efecto, la ley dispone específicamente que los pagos de regalías puedan acreditarse contra las sumas adeudadas por el impuesto de extracción. Por lo tanto, en tanto Venezuela había utilizado originalmente la promesa de una regalía de nueve años del uno por ciento y una regalía máxima de 16,66 por ciento a fin de inducir a ConocoPhillips a invertir en Venezuela, el impuesto de extracción exigía que ConocoPhillips pagara en esencia una regalía de 33,33 por ciento por todo el petróleo extra pesado producido.
>
> El desmantelamiento del régimen fiscal prometido a ConocoPhillips se completó poco tiempo después cuando, el día 29 de agosto de 2006, la Asamblea Nacional aprobó una modificación a la ley de impuesto sobre la renta que aumentó la alícuota tributaria para los proyectos de petróleo extra pesado, incluyendo a las Asociaciones de Petrozuata y Hamaca, del 34 al 50 por ciento, en vigor a partir del día 1 de enero de 2007. [Traducción del Tribunal]

326. En la parte pertinente de su Memorial, titulada "Abrogación total por parte de Venezuela de sus compromisos fiscales para con ConocoPhillips en 2005 y 2006", [Traducción del Tribunal] las Demandantes, luego de referirse al aumento de la alícuota del impuesto sobre la renta[343], hicieron referencia al "siguiente 'paso' confiscatorio: el Impuesto de Extracción[344]". [Traducción del Tribunal]. En su descripción de esa medida, mencionan el anuncio del

342 Solicitud de Arbitraje ¶¶ 70, 72 (énfasis agregado).

343 Memorial de las Demandantes ¶ 218.

344 Memorial de las Demandantes en pág. 110.

Presidente de Venezuela de un nuevo "Impuesto de Extracción" y la rápida aprobación de este por parte de la Asamblea Nacional. El Memorial reza lo siguiente[345]:

> El nuevo Impuesto de Extracción introdujo un aumento *de facto* en el régimen tributario de producción (regalía). El nuevo impuesto funcionó de manera idéntica a la regalía exigida en virtud del impuesto de producción dado que; *a*) se calculó sobre el valor de los hidrocarburos líquidos extraídos; *b*) el contribuyente tenía el derecho de deducir cualquier suma abonada como regalía del Impuesto de Extracción adeudado; y *c*) el método de cálculo era el mismo que el establecido en la Nueva Ley de Hidrocarburos para calcular los pagos de regalías en efectivo. El Ministro Ramírez, el Viceministro Mommer y el Presidente Chávez han afirmado que la introducción del Impuesto de Extracción aumentó la alícuota de regalía efectiva al 33 1/3 por ciento. Para los Proyectos de Petrozuata y Hamaca, esto significó que dentro de un período de 18 meses, la alícuota de regalía aplicable había sido llevada del uno por ciento al 33 1/3 por ciento. [Traducción del Tribunal]

Las Demandantes concluyen esta parte del Memorial citando un discurso del Presidente de Venezuela de fecha 29 de julio de 2007 en el cual, en las palabras de las Demandantes, describió "el Impuesto de Extracción como otro 'paso' en su plan de administración de confiscar los intereses de ConocoPhillips[346]". El Memorial, haciendo nuevamente referencia al aumento del Impuesto Sobre la Renta, establece que, con esa modificación, "Venezuela logró el desmantelamiento total y definitivo del régimen fiscal garantizado a ConocoPhillips respecto de los Proyectos de Petrozuata y Hamaca". [Traducción del Tribunal] El Memorial luego hace referencia a la carta de protesta de fecha 29 de noviembre de 2006 enviada por ConocoPhillips al Viceministro de Hidrocarburos[347]. La carta incluía este pasaje[348]:

> En particular, observamos que en meses recientes, el gobierno de Venezuela ha (i) enmendado la Ley Orgánica de Hidrocarburos (enmiendas publicadas en la Gaceta Oficial de fecha 24 de Mayo de 2006), creado un impuesto de extracción de 33,33% aplicable a todos los hidrocarburos extraídos por ConocoPhillips, (ii) aumentado, con fecha efectiva desde el 1 de enero de 2007, el impuesto sobre la renta de 34% a 50%; y (iii) adoptado las Resoluciones Nos. 313 y 314 del Ministerio de Energía y Petróleo (publicadas en la Gaceta Oficial de fecha 14 de

---

345 Memorial de las Demandantes ¶ 221.

346 Ex. C-4, Transcripción de *Aló Presidente 288: Desde la Faja Petrolífera del Orinoco*, Hugo Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela (29 de julio de 2007) en pág. 8-10.

347 *Ver supra* nota al pie 298.

348 *Íbidem.*

noviembre de 2006), que implican la imposición de regalías de 30% sobre el gas asociado, condensados, hidrocarburos líquidos, sulfuro y coque producido por ConocoPhillips en Venezuela.

Estos cambios, entre otros, afectan y continuarán afectando en forma negativa las expectativas legítimas de ConocoPhillips, generadas por las garantías ofrecidas por el Estado Venezolano.

327. En su Réplica, las Demandantes continúan tratando las alícuotas impositivas y de regalías en conjunto, como "incentivos fiscales" o como partes de un "régimen fiscal" o como "garantías fiscales"[349]. Citan la recomendación de la Comisión Bicameral de 1993 de que el Proyecto Petrozuata debía estar sujeto a un impuesto sobre la renta y alícuotas de regalías reducidas a fin de atraer la inversión[350].

328. En su alegato oral, las Demandantes agruparon de manera similar el impuesto sobre la renta y las alícuotas de regalía. Se hace referencia a las modificaciones introducidas a esas alícuotas en la década de 1990, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Bicameral de 1993, como a los "incentivos fiscales" o el "régimen fiscal" necesario para inducirlos a realizar las grandes inversiones necesarias para los proyectos; en particular, se hace referencia a los cambios en las regalías como a las medidas "fiscales" y las Demandantes aseveran que fueron esas medidas fiscales y ese régimen fiscal los que fueron "desmembrados" en 2005-2006.[351]

329. La Demandada en su alegato trató de manera similar las modificaciones a las alícuotas impositivas y de regalías desde el punto de vista de las disposiciones del TBI sin hacer distinción entre ellas. Dada la manera en que las Demandantes presentaron sus reclamaciones, la Demandada no tenía ninguna razón para realizar distinción alguna. La Demandada sostiene

---

349 Réplica de las Demandantes, títulos en págs. 17, 27, 216, 225, 283; Réplica de las Demandantes ¶¶ 44, 45 (asimismo garantías fiscales) y 400.

350 Réplica de las Demandantes ¶ 23. *Véase, por ejemplo*, Réplica de las Demandantes ¶¶ 434, 437.

351 *Véanse por ejemplo*, Tr. Día 1:24:8-9;; Tr. Día 1:45 13-19; Tr. Día 1:54: 12-55:2; Tr. Día 1:135:9-13; Tr. Día 1:137:7-17; Tr. Día 1:151:16–153:17; Tr. Día 1:158:9-17; Tr. Día 1:161:13; Tr. Día 1:162:20-21; Tr. Día 1:163:14–164:1; Tr. Día 1:164:16–165:4; Tr. Día 1:200:18–201:9; Tr. Día 1:233:13-19; Tr. Día 1:235:5-235:15; Tr. Día 1 243:20-244:10; Tr. Día 1:272:7–17; Tr. Día 13:3331:11; Tr. Día 13:3335:14; Tr. Día 13:3342:18; Tr. Día 13:3360:5; Tr. Día 13:3361:12 (régimen fiscal diseñado a medida); Tr. Día 13:3336:21; Tr. Día 13:3344:7–3345:14. Hacen asimismo referencia a la medida de mayo de 2006 como a un Impuesto a la Extracción. *Véanse, por ejemplo*, Tr. Día 1:54:13; Tr. Día 1:128:5-21; Tr. Día 1:138:15-18; Tr. Día 1:190:1; Tr. Día 13:3365:10-14; Tr. Día 13:3380:21; Tr. Día 13:3481:15; Tr. Día 13:3483:3;; Tr. Día 14:3793:10.

que esas modificaciones constituyeron "impuestos y medidas fiscales", las cuales, en el supuesto de estar regidas por el Artículo 4, no violaron esa disposición en tanto las modificaciones no eran discriminatorias[352]. En su opinión, establecida en su Dúplica, "puesto que las reclamaciones de las Demandantes sobre trato justo y equitativo se refieren únicamente a los cambios en las tasas de impuestos y de regalías, las disposiciones del Artículo 4 rigen[353]". En la alternativa, argumentó que, si las medidas no estuvieran regidas exclusivamente por el Artículo 4, los "impuestos y medidas fiscales" en ningún caso violaban el estándar de trato justo y equitativo establecido en el TBI[354]. Es decir que la Demandada, en su visión del Artículo 4, no arguye que las regalías constituyan "impuestos" de acuerdo a una definición específica de la palabra.

(c) La conclusión del Tribunal de que las medidas pertinentes recaen dentro del Artículo 4

330. La posición de las Partes según fueran presentadas por ellas durante el curso del proceso arbitral indican que las medidas impositivas y de regalías constituyen un "régimen fiscal". Esa interpretación de la frase de apertura en el Artículo 4 está respaldada por el primer significado de "fiscal" en el *Oxford English Dictionary*:

> "del fisco o tesoro de un Estado o Príncipe o perteneciente a estos; perteneciente a los ingresos públicos" [Traducción del Tribunal].

Para ir al sustantivo, la definición aplicable de "fisco" es el tesoro del Estado. Las regalías como aquellas en cuestión en este caso son pagaderas al Estado. Las regalías, conjuntamente con los impuestos, forman parte de los ingresos públicos.

331. Puede observarse asimismo que desde el punto de vista de las definiciones jurídicas estándares de impuesto, como aquellas en el Black's Law Dictionary y los escritos sobre impuestos y derecho constitucional de Thomas M Cooley, las regalías como las de este caso pueden revestir el carácter de impuestos. Esas definiciones implican una carga impuesta por el Estado en virtud de su soberanía para producir ingresos públicos para el sustento del gobierno y

352 Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 217-26.

353 Dúplica de la Demandada ¶ 392.

354 Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 227-35.

para todas las necesidades públicas. Sin embargo, el Tribunal no necesita decidir esa cuestión en tanto las regalías parecen recaer sin lugar a duda dentro de la frase sinóptica utilizada al comienzo del Artículo 4 y en particular dentro de "exenciones fiscales".

332. En consecuencia, el Tribunal concluye que las medidas adoptadas en mayo y agosto de 2006 no recaen dentro del alcance del Artículo 3. Se desprende que no es necesario que el Tribunal pase a considerar si esas medidas violaron el estándar de trato justo y equitativo establecido en esa disposición y desarrollado en el Protocolo al TBI. Como se observara anteriormente, las Demandantes aceptan que las medidas no violaron el Artículo 4.

B. RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO EXPROPIAR EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 6 DEL TRATADO VENEZUELA-PAÍSES BAJOS

333. El Tribunal ha determinado en la sección anterior de esta Decisión que las Demandantes holandesas no pueden fundar sus reclamaciones en el estándar de Tratamiento Justo y Equitativo incluido en el Artículo 3 del TBI. En consecuencia aborda en este momento el Artículo 6 del TBI que las Demandantes afirman ha sido también violado por la Demandada. Dispone lo siguiente:

> "Artículo 6
>
> Ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante, ni tornará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación en relación a tales inversiones, salvo que se cumplan las siguientes condiciones:
>
> (a) dichas medidas se tomarán en el interés público y de acuerdo con el debido procedimiento jurídico;
>
> (b) las medidas no serán discriminatorias o contrarias a ningún compromiso asumido por la Parte Contratante que las tome;
>
> (c) las medidas se tomarán previa justa compensación. Tal compensación representará el valor del mercado de las inversiones afectadas inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan de conocimiento público, cualquiera que ocurra antes; incluirá intereses a una tasa comercial normal hasta la fecha de pago, y a fin de hacerse efectivo para los reclamantes, será pagada y hecha transferible sin demora indebida, al país designado por los reclamantes interesados y en la moneda del país del que los

reclamantes interesados son nacionales o en cualquier moneda de libre convertibilidad aceptada por los reclamantes".

334. Las presentaciones y pruebas de las Partes en relación con esta disposición plantearon numerosas cuestiones. En esta etapa, el Tribunal propone dictar decisiones respecto de cuatro de ellas:

(1) la fecha de la valoración que debe realizar; ¿es la fecha de la expropiación, 26 de junio de 2007, o la fecha del Laudo?

(2) ¿fueron las medidas adoptadas por la Demandada al expropiar o nacionalizar las inversiones ilícitas y en violación del Artículo 6 (b) por ser contrarias a cualquier compromiso asumido por la Demandada?

(3) ¿las medidas adoptadas por la Demandada entre los años 2004 y 2007 equivalen a una única expropiación y, en consecuencia, fue la expropiación ilícita, realizándose el calculo de la valoración de las inversiones mediante la aplicación de la alícuota original de regalía y del impuesto sobre la renta?

(4) ¿negoció la Demandada de buena fe en las negociaciones que mantuvo con las Demandantes en lo que se refiere a la compensación adeudada con respecto a la expropiación de las inversiones de las Demandantes de conformidad con el estándar establecido en el Artículo 6 (c) de valor de mercado de las inversiones inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan de conocimiento público, cualquiera que ocurra antes, y en consecuencia, fueron lícitas sus acciones?

335. Las Demandantes, citando su Memorial, no han impugnado y en el arbitraje no impugnan la prerrogativa soberana de la Demandada de nacionalizar. No obstante, continúan, la Demandada debe ejercer esa prerrogativa de manera lícita[355]. Sostienen, en pocas palabras, que las expropiaciones fueron ilícitas por una o más de las razones indicadas en las preguntas (2)-(4)

[355] Memorial de las Demandantes ¶ 19.

en el párr. 334 *supra*, y que a raíz de esa ilicitud se debe determinar el valor a la fecha del Laudo. La Demandada sostiene que las expropiaciones fueron lícitas y que, sea la expropiación lícita o no, la fecha de valoración es la fecha de la expropiación.

336. Es conveniente considerar la cuestión de la fecha de valoración con anterioridad a las tres cuestiones de licitud: si la fecha de valoración es la fecha de la expropiación, sea esta lícita o no, el Tribunal no necesitaría considerar esas tres cuestiones.

(1) La fecha de valoración de la inversión tomada por la Demandada

337. Las Demandantes sostienen, en base a principio y autoridades, que si la expropiación es ilícita la fecha del laudo y no la de la expropiación es en general la fecha de valoración[356]. Tal afirmación está respaldada por el hecho de que "debido a mejores condiciones de mercado en el sector de energía, los [tres proyectos] se han apreciado desde la acción final de apropiación por parte de Venezuela el día 26 de junio de 2007"[357] [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes afirman que el Tratado nada dice acerca del estándar de reparación por las expropiaciones realizadas de otro modo que no sea de conformidad con las condiciones especificadas en el Artículo 6 del TBI; "en estas circunstancias", prosiguen, "está bien determinado que los tribunales deben recurrir al derecho internacional consuetudinario para decidir sobre el estándar de reparación aplicable"[358] [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes citan una serie de autoridades en respaldo de esta afirmación. La primera en el tiempo es la Sentencia del Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica Chorzów* (Fondo) PCIJ Pubs A17, donde la expropiación en cuestión fue ilícita; fue en violación de las obligaciones de Polonia:

> El acto de Polonia que el tribunal ha considerado contrario a la Convención de Ginebra no constituye una expropiación — en cuyo caso para volverla lícita sólo habría bastado el pago de una compensación justa; se trata de una incautación de bienes, derechos e intereses que no podían ser expropiados ni siquiera mediante el pago de una compensación, excepto bajo las condiciones excepcionales fijadas por el Artículo 7 de dicha Convención. Tal como la Corte declarara en forma expresa en la Sentencia Nº 8, la reparación es en este caso la consecuencia no de la aplicación de

356 Memorial de las Demandantes ¶ ¶ 405-410.

357 Memorial de las Demandantes ¶ 410.

358 Memorial de las Demandantes ¶ 388.

> los Artículos 6 a 22 de la Convención de Ginebra, sino de actos contrarios a esos artículos. [Traducción del Tribunal] (A Nº 17, pág. 46.)

El Tribunal continuó en términos de principios:

> El principio esencial comprendido en la noción real de un acto ilícito — un principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales — es que la reparación debe, en tanto sea posible, extinguir todas las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación que, sin duda, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie; el otorgamiento, si fuera necesario, de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por la pérdida sostenida que no estuviera cubierta por la restitución en especie o el pago en lugar de esta — estos son los principios que deberían servir para determinar el monto de la compensación adeudada por un acto contrario al derecho internacional. [Traducción del Tribunal] (A Nº 17, pág. 47; véase asimismo pág. 29.)

En una etapa más temprana del caso, había afirmado lo siguiente:

> Constituye un principio del derecho internacional que la violación de un compromiso conlleva una obligación de reparar en forma suficiente. Por lo tanto la reparación es un complemento indispensable ala no aplicación de un convenio y no hay necesidad de que esto esté establecido en el propio convenio. [Traducción del Tribunal] (A Nº 9, pág. 21.)

338. Las Demandantes buscan respaldo en decisiones de otros tribunales CIADI en el mismo sentido, el Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tribunales internacionales *ad hoc*, escritos doctrinarios y los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001). El Artículo 31 (1) de ese texto, bajo el encabezamiento de Reparación, dispone que:

> El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

339. En respaldo de esta disposición, la Comisión citó pasajes de la sentencia en el caso *Chorzów* incluidos aquellos citados *supra*. “La reparación íntegra” puede adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción ya sea de manera única o combinada, (Artículo 34). En virtud del Artículo 36 (2) “La indemnización cubrirá todo daño susceptible de valoración financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.” Esos Artículos de la CDI, respaldados en sus comentarios por referencia a autoridades, han sido

frecuentemente citados en decisiones ulteriores, incluidos laudos y decisiones del CIADI, como codificando o declarando el derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, *ADC* c. *Hungría*[359], *LG&E* c. *la República Argentina*[360]; *CMS Gas Transmission Company* c. *República Argentina*[361]; y *Siemens AG* c. *República Argentina*[362], y otras decisiones y laudos sintetizados en los Informes de la Secretaría de Naciones Unidas A/62/62, párrs. 103-115, y A/65/76, párrs. 28-43). Algunos de esos casos, además de citar los artículos de la CDI y *Fábrica Chorzów*, hacen referencia a un cuerpo consistente de decisiones anteriores incluidas *Texaco* c. *Libia* (1977)[363] y *Amoco* c. *Irán* (1987)[364].

340. La Demandada pone énfasis en los términos del Artículo 6 del TBI: esa disposición exige que la compensación por expropiación se realice de acuerdo al valor de mercado a la fecha de la expropiación[365]. Del caso de la *Fábrica Chorzów* se refiere en particular a la proposición de que "en un caso normal, el incumplimiento en el pago de la compensación no modifica la fecha de valoración"[366] [Traducción del Tribunal]. Esa, afirma, es la enseñanza de básicamente la totalidad de las decisiones. Cita al Tribunal en el marco del caso *LIAMCO* que, luego de debatir el caso de la *Fábrica Chorzów*, aseveró lo siguiente:

> en una expropiación lícita donde el único hecho ilícito fue el incumplimiento en el pago del precio justo de lo que se había expropiado, la compensación adeudada

---

359 *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/16), Laudo de 2 de octubre de 2006 ¶¶ 484-499.

360 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Laudo de 25 de julio de 2007 ¶ 31.

361 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo de 25 de Septiembre de 2007 ¶¶ 399-405.

362 *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Laudo de 6 de Febrero de 2007 ¶¶ 349-355.

363 Memorial de las Demandantes, nota al pie 584 y CL-33, *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. c. República Arabe de Libia*, Award on the Merits dated January 19, 1977, 17 International Legal Materials 1 (1978) ¶ 102 (citando escritos académicos relevantes).

364 Memorial de las Demandantes, nota al pie 584 y CL-36, *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica de Iran*, 15 IRAN-U.S. C.T.R., 189, Laudo Parcial No. 310-56-3 del 14 de julio de 1987 ¶¶ 196-206.

365 Dúplica de la Demandada, nota al pie 983 y ¶ 544.

366 *Véase* Tr. Día 2:513:3-6.

debería ser el valor del proyecto al momento de la confiscación[367]. [Traducción del Tribunal]

341. Asimismo, hace referencia a la decisión del Tribunal CIADI en el caso *Santa Elena* c. *Costa Rica*[368] en el que el Tribunal determina el valor de la propiedad expropiada a la fecha de su apropiación. Las Demandantes, en respuesta, afirman que los casos *Santa Elena* y *LIAMCO* conllevaron expropiaciones lícitas, en tanto las expropiaciones en este caso fueron ilícitas (haciendo asimismo referencia a *Vivendi* c. *Argentina*[369]).

342. El Tribunal, volviendo a los términos del TBI, no considera que la medida de la compensación adeudada con respecto a una expropiación ilícita de una inversión, por ejemplo porque resulta violatoria de un "compromiso" en los términos del Artículo 6(b), deba estar determinada en virtud del Artículo 6(c): esa disposición establece una condición que debe cumplirse en el supuesto de que la expropiación sea de conformidad con el Artículo 6 en todos los demás aspectos. Así, en el caso *Chorzów*, el Tribunal no determinó una reparación de conformidad con las disposiciones de la Convención ante sí, porque correspondía a una confiscación en violación de esas disposiciones. Decidió de conformidad con el "principio esencial" citado anteriormente, que es un principio del derecho internacional consuetudinario, que no está subordinado a las disposiciones de la Convención. Los demás casos citados deben también ser entendidos de esa manera. Luego, los casos citados por la Demandada en los que el Tribunal fijó la compensación por referencia al valor de la propiedad al momento de la expropiación son casos en los que la expropiación fue lícita y el único hecho supuestamente ilícito fue el incumplimiento en el pago del valor de la inversión a ser fijado, ya sea en los términos del tratado pertinente o del derecho internacional consuetudinario, al momento de la expropiación[370]; en el caso *Santa Elena*, las presentaciones de valoración de las Partes y la

---

367 *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de la República Arabe de Libia*, Laudo de 12 de abril, 19n, 20 International Legal Materials 1, pág. 34-37, 156-160 (1981)

368 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica* (Caso CIADI No ARB/96/1), Laudo de 17 de febrero de 2000 ¶¶ 35, 38, 77 y 95.

369 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo de 20 de agosto de 2007 ¶¶ 8.2 1-8.2.7.

370 *LIAMCO, Santa Elena, Gobierno del Estado de Kuwait c. The American Independent Oil Company (Aminoil),* 21 International Legal Materials 976 (1982), Laudo de24 de mayo de 1982,

evaluación del tribunal estaban exclusivamente relacionadas con la fecha de apropiación; asimismo, la Demandada hace referencia al caso *Mondev* c. *Estados Unidos de América*[371], pero allí también el dictum guarda relación con una expropiación lícita.

343. El Tribunal, sobre la base de los principios y autoridades analizadas *supra*, concluye que si la expropiación fue ilícita, la fecha de valoración es en general la fecha del laudo. En consecuencia el Tribunal procede a abordar los alegatos de las Partes respecto de la licitud de la apropiación de las inversiones, según se enumerara en el párr. 334 (2)-(4) *supra*.

(2) ¿La apropiación de las inversiones de las Demandantes por parte de la Demandada violó un "compromiso" en los términos del Artículo 6(b) del TBI?

344. El Tribunal recuerda que el Artículo 6 dispone que ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante salvo que, entre otras cosas,

> (b) "las medidas no sean discriminatorias o contrarias a ningún compromiso asumido por la Parte Contratante que las tome".

345. En la última etapa de las audiencias el argumento de las Demandantes se había apartado de las presentaciones realizadas en los escritos y en la apertura de las audiencias de que la Demandada había derogado garantías fiscales[372]. Incluso en ausencia de una estabilización expresa, sus representantes argumentaron que el derecho internacional proporcionaba una protección para "los compromisos celebrados por un pais para inducir inversiones, cuando el compromiso es utilizado por el inversionista"[373] . Los representantes legales citaron casos de arbitraje en materia de inversión que demostraban que el Estado no tiene un borrador mágico que puede borrar los términos sobre la base de que no existían expectativas legítimas excepto que exista un acuerdo de estabilización. Se citaron numerosos casos en respaldo de la proposición de que:

Antoine Goetz y otros c. Republica de Burundi (Caso CIADI No. ARB/95/3) (2004) 6 ICSID Reports 5, ¶¶ 120-137.

371 *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de America* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), Laudo de 11 de octubre de 2002 ¶ 71.

372 Réplica de las Demandantes, IV.B.1.

373 *Véase* Tr. Día 13:3459.

> toda vez que existe una relación [, una relación] especifica y una relación negociada entre el Estado y el inversionista extranjero [sobre la base de la cual ocurre la inversión, el inversionista extranjero cambia su posición], se compromete y realiza inversiones, la consencuencia no es un tratado [ni] una reversión del principio de soberanía, sino que hay [una legítima expectativa que debe ser respetada] [374]

346. La representación de la Demandada afirmó que esos casos no avalaban la posición de las Demandantes jurídica ni fácticamente. Citó asimismo otros casos los que, en su opinión, respaldaban la posición de la Demandada[375].

347. Los casos en los que las demandantes particulares alegaron violaciones de sus expectativas legítimas o razonables se dirigieron a las obligaciones de tratamiento justo y equitativo incluidas en el tratado pertinente o alas disposiciones que requieren decisiones de conformidad con el "derecho internacional" entre otras fuentes. Dada la resolución del Tribunal de que las reclamaciones respecto de las medidas tributarias no recaen dentro del alcance de la disposición de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3 sino dentro del Artículo 4 correspondiente a la tributación y a cuestiones relacionadas, de la cual no se alega violación alguna, esos casos carecen de relevancia. En cambio, lo que debe determinarse en este caso es si Venezuela ha asumido "un compromiso" que ha violado al apropiarse de los activos de las Demandantes.

348. El Tribunal entiende que la palabra "compromiso" conlleva su sentido corriente de una promesa. En el contexto de un acuerdo internacional vinculante, la promesa es jurídicamente vinculante para la persona que la ha hecho. Ese significado obtiene más respaldo en la cuidadosa particularidad de las declaraciones de obligaciones comprendidas en las disposiciones sustantivas del acuerdo y su protocolo, siendo que las mismas, como ya se observara, se apartan de manera importante del modelo de tratado de inversión de los Países Bajos.

349. ¿Han demostrado las Demandantes, sobre la base de las pruebas presentadas ante el Tribunal, que la Demandada asumió compromisos ante las Demandantes o sus antecesoras con respecto a las medidas fiscales y otras medidas relacionadas que se vieron violadas por los

---

374 *Véase* Tr. Día 13:3461.

375 *Véase* Tr. Día 13: 3628-3633.

cambios introducidos en dichas medidas y por la expropiación de los activos de las Demandantes?

350. Las Demandantes, a través de su representación en las últimas etapas de la audiencia, efectivamente dieron la respuesta, negativa, a esa pregunta. Como se destacara *supra*, su argumento ya no lo era en términos de garantías o disposiciones expresas en materia de estabilización, sino que se realizaba por vía de referencia a las expectativas legítimas o razonables, con, como máximo, alusiones de pasada y carentes de sustento a los ”compromisos”[376]. Sin embargo, dichas expectativas no pueden en sí mismas establecer un compromiso del tipo contemplado en el Artículo 6(b). En el mejor de los casos, podrían encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la causa justa y equitativa prevista en el Artículo 3, pero, por las razones expuestas, eso no se encuentra a disposición de las Demandantes en el caso que nos ocupa.

351. En todo caso, tal y como el contra-interrogatorio de los testigos de las Demandantes por vía de referencia al registro documental demostrara tan claramente, no hay compromiso alguno que pueda encontrarse en el expediente[377].

352. Por lo tanto, esta parte de la reclamación no prospera.

(3) ¿Constituyeron las medidas adoptadas por la Demandada entre 2004 y 2007 una expropiación única, y, en consecuencia, fue la expropiación ilícita, con la valuación de las inversiones a efectuarse mediante la aplicación de la alícuota de regalías y la alícuota del impuesto sobre la renta originales?

353. Las Demandantes alegan que la Demandada debe compensarlas por el valor de sus inversiones excluyendo el efecto de la totalidad de sus medidas ilícitas y expropiatorias[378]. Según afirman, la “expropiación única” se encuentra establecida como cuestión de hecho por las declaraciones realizadas por el Presidente Chávez el día 29 de julio de 2007 y por el Ministro Ramírez el día 8 de febrero de 2008. Cada una de las cinco medidas progresivas, que consistían

---

376 *Véase* Tr. Día 13: 3373-3374 y Tr. Día 14:3821.

377 *Véase* Tr. Día 13:3608-3616.

378 Réplica de las Demandantes, IV; Memorial de las Demandantes, IV A.

en violaciones incrementales del régimen fiscal prometido, se encontraban interconectadas por vía de diseño. La naturaleza interconectada de las acciones de la Demandada no fue detallada por nadie menos que el Presidente Chávez en el discurso en el que dio a conocer el plan puesto en práctica años antes que los proyectos comenzaran a operar en el ámbito comercial[379]. Las Demandantes concluyen su análisis de los hechos de este modo:

> Al pedir al Tribunal que considere las medidas de Venezuela del 2004 al 2007 como una confiscación única, ConocoPhillips ha solicitado que el Tribunal considere esas medidas de la misma manera que el Presidente Chávez y el Ministro Ramírez las han descrito públicamente: dándole a Venezuela progresivamente una parte más grande de las inversiones de ConocoPhillips hasta que finalmente las "enterró." Se puede entender que Venezuela prefiera que el Tribunal considere únicamente las inversiones de ConocoPhillips en la etapa del entierro para ser recompensada con un descuento por expropiar las inversiones de ConocoPhillips. Tribunal considere únicamente las inversiones de ConocoPhillips en la etapa del entierro para ser recompensada con un descuento por expropiar las inversiones de ConocoPhillips[380] .

354. Desde el punto de vista jurídico, las Demandantes alegan que los casos que citan apoyan la proposición según la cual el tribunal no se concentra simplemente en el último acto definitivo a fin de evaluar la responsabilidad y la naturaleza de la expropiación[381]. Puesto que las medidas estaban interconectadas, el valor de las participaciones confiscadas de las Demandantes debe medirse de acuerdo con el valor de las inversiones aplicando la alícuota de regalías y la alícuota del impuesto sobre la renta que la Demandada había garantizado en aras de promover las inversiones[382].

355. La Demandada argumenta que ninguno de los diez casos que las Demandantes citan en sustento de su "novedosa teoría" efectivamente lo hacen[383]. Según afirma, una revisión detallada de cada uno de los casos demuestra la medida en que las Demandantes han distorsionado los precedentes en su intento de fabricar un fundamento jurídico para sus reclamaciones[384]. De hecho, varios de los casos sustentan la conclusión opuesta en virtud de la

---

379 Memorial de las Demandantes ¶ 297.

380 Réplica de las Demandantes ¶ 424.

381 Réplica de las Demandantes ¶ 426.

382 Memorial de las Demandantes ¶ 305.

383 Memorial de Contestación de la Demandanda ¶ 245-266.

384 Memorial de Contestación de la Demandanda ¶ 246.

cual los daños y perjuicios fueron calculados en la fecha de la expropiación de conformidad con la ley modificada. En su Dúplica, la Demandada señala que las Demandantes en su Réplica ni siquiera trataron de rehabilitar o justificar su retrato impreciso de los casos que citaron[385]. En la Dúplica, la Demandada ofrece una revisión adicional de los casos citados por las Demandantes[386].

356. Asimismo, la Demandada alega que, a través de este argumento, las Demandantes esperan imponer responsabilidad por las medidas que eran en sí mismas completamente lícitas[387] . Todas esas medidas adoptadas entre 2004 y 2006 eran no discriminatorias y no confiscatorias, y ninguna de ellas privó a las Demandantes de los "frutos" de su inversión ni las obligó a abandonar sus participaciones[388].

357. La Demandada también argumenta que la teoría de la "expropiación única" de las Demandantes no posee fundamento de hecho alguno. Los discursos que citan no eran una especie de confesión de un plan único existente años antes del Decreto del mes de febrero de 2007. En su lugar, no eran más que una revisión de las medidas adoptadas. La historia demuestra lo opuesto de lo que las Demandantes alegan. No fue hasta el mes de enero de 2007 que se adoptó la decisión de exigir la migración:

> Hasta entonces, la política imperante había consistido en corregir lo que el Gobierno consideraba irregularidades en las asociaciones y garantizar la justicia en el régimen de regalías e impuestos. La mera especulación de las Demandantes de que el Gobierno tuvo otra cosa en mente todo el tiempo se desvanece ante el expediente completo del caso[389] [Traducción del Tribunal].

358. Al momento de la apertura de las audiencias, la representación de las Demandantes reprodujeron un video del discurso del Presidente Chávez y recordó los discursos del Ministro Ramírez [390]. La representación también hizo referencia a los casos citados en los escritos, pero

---

385 Dúplica de la Demandada ¶ 453 haciendo referencia a la Réplica de las Demandantes ¶ 426.

386 Dúplica de la Demandada ¶ 454-470.

387 Dúplica de la Demandada ¶ 451.

388 Dúplica de la Demandada ¶ 468.

389 Memorial de Contestación de la Demandanda ¶ 268; Dúplica de la Demandada ¶ 472-474.

390 *Véase* Tr. Día 1:65, 213-4, 252.

sin responder a la revisión de esos casos por parte de la Demandada[391] La representación de la Demandada aludió a esa revisión y su interpretación de los casos. Asimismo, citando autoridades pertinentes, argumentó que se presume que los funcionarios del gobierno actuaban de buena fe[392]. La Demandada retomó la cuestión de la buena fe en las últimas rondas[393], cuando de otro modo la cuestión sólo era objeto de atención limitada.

359. El tribunal recuerda que ha resuelto que las impugnaciones por parte de las Demandantes de los cambios en la ley en materia de impuestos y regalías no prosperen. Estos cambios no se introdujeron en violación del Artículo 4, que excluye la aplicación del Artículo 3 de su ámbito de aplicación. En este sentido, por esa sola razón, la alegación de la expropiación única, en tanto que caracterizaría tales cambios como ilícitos y los tornaría relevantes a efectos del cálculo de daños y perjuicios, no debe prosperar.

360. De acuerdo con ello, el Tribunal no considera necesario resolver las demás cuestiones de hecho y de derecho planteadas en relación con este argumento.

(4) En el curso de las negociaciones en materia de compensación, ¿negoció la Demandada de buena fe por vía de referencia al estándar consagrado en el Artículo 6(c) del TBI?

361. El Artículo 6 prevé que ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante, excepto, entre otras cosas, que:

> (c) las medidas se tom[e]n previa justa compensación. Tal compensación representará el valor del mercado de las inversiones afectadas inmediatamente antes de tomarse las medidas o antes de que las medidas inminentes se hagan del conocimiento público, cualquiera que ocurra antes; incluirá intereses a una tasa comercial normal hasta la fecha de pago, y a fin de hacerse efectivo para los reclamantes, será pagada y hecha transferible sin demora indebida, al país designado por los reclamantes interesados y en la moneda del país del que los reclamantes interesados son nacionales o en cualquier moneda de libre convertibilidad aceptada por los reclamantes.

---

391 *Véase* Tr. Día 1:213-4.

392 *Véase* Tr. Día 2:480-481.

393 *Véase* Tr. Día 13:3650-3651.

362. De conformidad con la interpretación general de tales disposiciones estándar, los requisitos de pago inmediato e intereses reconocen que el pago no es necesario al momento preciso de la expropiación. No obstante, también es comunmente aceptado que las Partes deben participar en negociaciones de buena fe en aras de fijar la compensación en términos del estándar establecido, en este caso, en virtud del TBI, si un pago satisfactorio para el inversor no se propone al comienzo.

(a) Las presentaciones de las Partes

363. El Tribunal comienza con las presentaciones de las Partes que se basaban en las pruebas que ofrecieron acerca de las negociaciones por medio de documentos y testimonios escritos por parte de testigos que fueron sometidos a interrogatorio ante el Tribunal. Luego, pasa a examinar y evaluar dichas pruebas en detalle. Las pruebas se relacionan con dos períodos superpuestos, el primero, desde 2006 hasta comienzos de 2007, relativo a la propuesta de migración de los proyectos en empresas mixtas, y el segundo, desde comienzos de 2007, relativo a las negociaciones tanto con anterioridad a la expropiación de las inversiones, en junio de 2007, como con posterioridad a ella.

364. Los testigos que declararon acerca de las negociaciones fueron el Sr. Albert Roy Lyons, Presidente de ConocoPhillips Venezuela desde el año 2005 hasta el mes de junio de 2008, convocado por las Demandantes; y el Dr. Bernard Mommer, Viceministro de Hidrocarburos de Venezuela desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de junio de 2008, convocado por la Demandada[394]. Las pruebas documentales consisten en los pliegos de términos no vinculantes de la Demandada del mes de agosto de 2006 relativos a la migración de las Asociaciones

[394] Gregory Goff declaró muy brevemente que había estado muy involucrado en las negociaciones en materia de compensación, que había firmado un acuerdo de confidencialidad y que las negociaciones continuaron por largo tiempo (*Véase* Tr. Día 3: 710). Él estuvo establecido en Venezuela en los años 2004-2005. Jeff W. Sheets declaró que estaba al tanto de las conversaciones entre los gerentes senior en los años 2005, 2006 y 2007 acerca de los Convenios de Asociación y sus disposiciones en materia de compensación, pero no estuvo involucrado en ellas (*Véase* Tr. Día 6:1521:7-16).

Petrozuata y Hamaca[395], los borradores de contratos de la Demandada de fecha 17 y 22 de enero de 2007 para la migración de las tres Asociaciones, las tres cartas de intención (*trigger letters*) de ConocoPhillips de fecha 31 de enero de 2007[396], sus tres cartas de fecha 12 de abril de 2007 en respuesta a las propuestas orales realizadas los días 29 y 31 de marzo de 2007[397] tres solicitudes del Ministerio del mes de mayo de 2007 de comentarios por parte de ConocoPhillips acerca de un borrador de contrato para la conversión de Hamaca en una empresa mixta que se adjuntó a la primera solicitud, pero que no se incluyó en el anexo documental presentado ante el Tribunal[398], las dos propuestas escritas realizadas por ConocoPhillips en los meses de junio y agosto de 2007[399], y diversas declaraciones públicas efectuadas en los años 2007 y 2008 por funcionarios de ConocoPhillips y Ministros venezolanos. El limitado alcance de la documentación puede explicarse en función de un acuerdo de confidencialidad mencionado en el marco del procedimiento, pero no documentado ni precisado[400], o del hecho que las ofertas consignaban expresamente que se realizaban sin limitar las alegaciones que oudiren hacerse ante un tribunal arbitral, o ambos.

365. Las Demandantes alegan que, a fines del año 2006, al momento de la ”migración” propuesta, ConocoPhillips negoció de buena fe acerca del posible abandono de sus derechos a cambio de una compensación justa, inmediata y adecuada, pero Venezuela rehusó ofrecer una compensación que representara más que una fracción del valor de tales participaciones. Asimismo, insistió en que ConocoPhillips suscribiera una renuncia de derechos que incluyera el derecho de recurrir al arbitraje internacional, como condición para obtener una

395 Ex. C-231, Petrozuata Not Binding Terms Sheet for the Migration of the Associations, Agosto de 2006; Ex. C-232, Ameriven Hoja de Términos no Vinculante para la Migración de la Asociación, Agosto de 2006.

396 Ex. C-36, supra nota al pie 198.

397 Ex. C-241, Cartas de Albert Roy Lyons a Rafael Ramírez y otros, 12 de abril de 2007.

398 Ex. R-44, Correspondencia con ConocoPhillips en relación con el Proceso de Migración.

399 Testimonio Directo del Dr. Bernard Mommer de 24 de julio de 2009, Anexo 4 (Draft Memorandum of Understanding, dated June 15, 2007) y Anexo 5 (Letter from Randy L. Limbacher, ConocoPhillips Company to Bernard Mommer, Vice-Minister of the People’s Power of Energy and Petroleum and Eulogio Del Pino, President of CVP and Director of PdVSA Petróleo, S.A., dated August 17, 2007).

400 *Véase* Tr. Día 3:710; Tr. Día 7:1826 y Tr. Día 14:3948.

compensación[401]. Según las Demandantes, en virtud de los pliegos de términos del mes de agosto de 2006 para la migración de las Asociaciones Petrozuata y Hamaca en empresas mixtas,

> [l]a compensación propuesta por Venezuela respecto de esta expropiación planeada se limitaba a ofrecer a ConocoPhillips participaciones minoritarias reducidas y no protegidas en las nuevas empresas mixtas, sin el derecho de recurrir al arbitraje internacional. En efecto, ConocoPhillips tendría que pagar un monto adicional a fin de participar en las nuevas empresas mixtas, y también tendría que renunciar a todas las reclamaciones emergentes de la expropiación[402] [Traducción del Tribunal].

366. El día 16 de enero de 2007, se informó que Rafael Ramírez, Ministro de Hidrocarburos, había afirmado que el Gobierno estaba iniciando una nueva etapa en las conversaciones acerca de los convenios de asociación respecto de las compañías que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco a través de una ley de nacionalización. En el año 2006, no había sido posible llegar a un acuerdo con las compañías petroleras extranjeras:

> El Ministro dijo que, una vez que se emitiera la ley de nacionalización, podremos brindar detalles en materia de plazos. Por el momento, estamos convocando a todos los socios a fin de conversar en forma separada acerca de cuál será su futuro en estas asociaciones estratégicas [Traducción del Tribunal].

367. El Sr. Lyons, en su declaración, afirmó que los términos del mes de agosto de 2006 eran inaceptables para ConocoPhillips, y que, con sus colegas, dejó eso en claro en las conversaciones con el Sr. Del Pino, ejecutivo de PdVSA, y el Dr. Bernard Mommer, Viceministro de Hidrocarburos. Los días 17 y 22 de enero de 2007, ConocoPhillips recibió copias de los borradores de contratos para la conversión de cada una de las tres Asociaciones en una empresa mixta. En virtud de sus términos, según las presentaciones, con relación a los Proyectos Petrozuata y Hamaca, ConocoPhillips: 1) tendría una participación reducida en la nueva empresa mixta, 2) aportaría un monto adicional al capital de la empresa mixta, 3) transferiría todos los activos al organismo, 4) no recibiría compensación alguna, y (5) renunciaría a todas las reclamaciones. En el caso de Hamaca, ConocoPhillips también debería abonar un monto adicional[403]. Según las Demandantes,

---

401 Memorial de las Demandantes ¶ 14 y ¶¶ 227-228

402 Memorial de las Demandantes ¶ 228

403 Memorial de las Demandantes ¶¶ 229-231

> [e]n síntesis, la migración implicó una expropiación, con una indemnización mínima bajo la forma de una participación reducida en la *empresa mixta* resultante y la renuncia a efectuar cualquier tipo de reclamo que pudiera surgir de la expropiación. Salvo el requisito de la renuncia (que era inaceptable), ConocoPhillips podría haber aceptado los términos de la migración para mitigar sus daños, sabiendo que, en el futuro, podría iniciar acciones para obtener otra indemnización por la expropiación. Sin embargo, Venezuela siempre se mantuvo firme con respecto a su exigencia de la renuncia a plantear reclamos[404].

368. La Demandada niega de plano este último punto acerca del monto adicional a abonarse con respecto al proyecto Hamaca, por vía de referencia al contrato de Hamaca con Chevron[405].

369. El Dr. Mommer también declaró que, en virtud de las propuestas, los proyectos debían de duplicarse en superficie[406].

370. El día 31 de enero de 2007, representantes de CoconoPhillips, incluido el Sr. Lyons, se reunieron con representantes del Ministerio de Hidrocarburos de Venezuela, incluido el Viceministro Mommer, y de PdVSA. El Sr. Lyons dijo que se informó a los funcionarios venezolanos de que los términos que proponían resultaban inadecuados. En este sentido, la renuncia a toda reclamacion de compensación adicional era visiblemente irrazonable. No obstante, según afirma, el Dr. Mommer dejó en claro que el gobierno no pretendía modificar los términos. "Dadas las circunstancias, como medida potencial, suministramos al gobierno cartas de solicitud de arbitraje (*trigger letters*) invocando nuestros derechos en virtud de la Ley de Inversiones Extranjeras y el tratado bilateral de inversión aplicable"[407] [Traducción del Tribunal].

371. Con posterioridad al dictado del "Decreto de Nacionalización" el día 26 de febrero de 2007 ConocoPhillips dice que sus ejecutivos asistieron a una serie de reuniones con el presidente de la subsidiaria de PdVSA, el Ministro Ramírez y el Viceministro Mommer entre otros. Las Demandantes consideraron que este último dejó en claro que Venezuela no tenía

---

404 Réplica de las Demandantes ¶ 131.

405 Ver Ex. R-45, *Contrato para la Conversión a Empresa Mixta entre Corporación Venezolana de Petróleo, S.A., Texaco Orinoco Resources Company y Chevron Orinoco Holdings B.V.*, ejecutado el 5 de diciembre de 2007; Memorial de las Demandantes ¶ 209.

406 *Véase* Tr. Día 7:1816.

407 Ver Ex. C-36 *supra* en la nota al pie 198.

intención alguna de compensar a ConocoPhillips de forma suficiente por la transferencia forzosa de los proyectos. ConocoPhillips le informó a Venezuela que no renunciaría a sus derechos y participaciones sin una compensación suficiente[408]. En una reunión celebrada el día 29 de marzo de 2007, Venezuela, expresa ConocoPhillips, realizó ofertas con respecto a sus participaciones en los proyectos Petrozuata y Hamaca pero no con respecto a Corocoro. Estas ofertas, según las Demandantes, estaban lejos de reflejar el valor justo de mercado de esas participaciones. El día 12 de abril de 2007 el Sr. Lyons les escribió cartas respecto de cada uno de los tres proyectos al Ministro, al Viceministro y al Presidente de la subsidiaria de PdVSA con referencia a esa reunión y a otra celebrada el día 31 de marzo. En esas cartas, ConocoPhillips declaró que "desea continuar realizando esfuerzos de buena fe para negociar un posible acerca de las condiciones en que ConocoPhillips participará en la migración de [cada] Proyecto a una empresa mixta… en atención al Decreto [de fecha 26 de febrero de 2007…". Sin embargo, seguían existiendo algunas diferencias fundamentales entre ConocoPhillips y el Gobierno respecto de los términos de la nacionalización. En ese contexto las cartas hacían referencia a dos propuestas verbales de compensación presentadas en la reunión celebrada el día 29 de marzo de 2007. El Sr. Lyons solicitó la confirmación de las propuestas en distintos aspectos[409].

372. En su declaración testimonial el Sr. Lyons dice que entre los meses de marzo y junio de 2007 participó en otras reuniones con el Ministro y directivos de PdVSA, en las cuales, conjuntamente con otros empleados de ConocoPhillips, intentó emprender negociaciones de buena fe en aras de una compensación justa. El Sr. Lyons hizo referencia en particular a la reunión de fecha 29 de marzo y las respuestas de ConocoPhillips a las ofertas presentadas por el directivo de PdVSA. La última de las al menos nueve reuniones celebradas desde el mes de enero con anterioridad a la fecha límite de 26 de junio de 2007 fijada en los Decretos de febrero de 2007 se celebró el día 20 de junio. El 26 de junio, Venezuela, dice, confiscó las tres inversiones de ConocoPhillips en su totalidad sin proporcionar compensación alguna.

373. La Demandada asevera que

---

408 Memorial de las Demandantes ¶ 238.

409 Ver Ex. C-241, *supra* nota al pie 397.

> En un intento por alcanzar un acuerdo de forma amigable y ordenada para llevar a cabo la migración, representantes de las compañías de ConocoPhillips fueron convocados a varias reuniones, a fin de discutir los proyectos de los documentos para la conversión a empresas mixtas. Sin embargo, a diferencia de otras compañías, incluyendo a su propio socio en el Proyecto Hamaca (Chevron), ConocoPhillips se negó a participar en el proceso de negociación de una manera significativa. Las reuniones se llevaron a cabo con las otras compañías, y casi en su totalidad, llegaron a una conclusión exitosa, al igual que los anteriores procesos para la migración de los Convenios Operativos[410]. [Traducción del Tribunal]
>
> El hecho indiscutible es que ConocoPhillips es una de las dos únicas excepciones y que practicamente la totalidad de la industria petrolera internacional sigue haciendo negocios y busca nuevas oportunidades de negocios en Venezuela[411].

374. La Demandada prosigue explicando que aunque ConocoPhillips se negó a participar de manera significativa en el proceso de migración, el Gobierno venezolano acordó discutir una compensación razonable. Como se informara en la prensa, "esas discusiones procedieron de buena fe de manera amigable durante algún tiempo". Citó el Gerente General de ConocoPhillips, el Sr. Mulva, hablando a comienzos del año 2008:

> Continuamos nuestras conversaciones con PdVSA y las autoridades venezolanas… Creo que estamos progresando. Tomará tiempo. Me gustaría ver y espero que lleguemos a algún tipo de solución a este respecto en 2008…
>
> Lo realizaremos de forma muy deliberada [;] el objetivo es alcanzar una solución amistosa de tal modo de no tener que llevar a cabo un proceso [arbitral] por algunos años[412].

375. Se refiere a dos propuestas por escrito realizadas por ConocoPhillips los días 15 de junio de 2007 y 17 de agosto de 2007 a las que se hizo referencia en la prueba del Dr. Mommer. De la segunda de esas propuestas, una modificación de la primera, dice que era completamente irrealista porque no consideraba las fórmulas de compensación negociadas al comienzo y aplicables a los Proyectos Petrozuata y Hamaca y no hacía referencia al verdadero valor de las participaciones en cuestión sin considerar esas fórmulas. El Dr. Mommer se refiere a las discusiones del acuerdo en estos términos: "siempre estuvimos abiertos a pagar una compensación razonable, pero ConocoPhillips desde el comienzo insistió en montos

410 Memorial de Contestación de la Demandada ¶112.

411 Memorial de Contestación de la Demandada nota al pie 211.

412 Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 113.

exorbitantes que hacían imposible llegar a un acuerdo”[413] [Traducción del Tribunal]. En cuanto a las propuestas de ConocoPhillips, la Demandada expresa que se fundaron en supuestos irrealistas respecto de la valoración y las cuestiones jurídicas e ignoraron completamente las limitaciones expresas de responsabilidad dispuestas tanto en virtud de las Autorizaciones del Congreso como de los convenios de Asociación de Petrozuata y Hamaca. Esas disposiciones de compensación complejas se negociaron durante mucho tiempo más de una década antes. En síntesis, ni los montos pretendidos en ese momento ni en este caso han representado alguna vez una reclamación de compensación seria[414]. Pone énfasis, especialmente en su Dúplica, en la falta de atención a las disposiciones de compensación por parte de las Demandantes[415].

376. La Demandada, posteriormente en su Memorial de Contestación, desarrolla su argumento de que las reclamaciones de las Demandantes relativas a sus dos proyectos principales, Petrozuata y Hamaca, deben en cualquier caso desestimarse porque infringen las disposiciones de compensación estructuradas cuidadosamente de las Autorizaciones del Congreso y los Convenios de Asociación que rigen esos proyectos[416]. Medidas no económicas, como el cambio de operatividad, no se encontraban cubiertas y no se había causado un “daño económico significativo”. La estructura fluyó de la condición de las Autorizaciones del Congreso que le reserva al Estado el derecho soberano de adoptar acciones que afecten a los Proyectos pero que les permiten a Maraven y Corpoven proporcionar compensación en determinadas circunstancias. Además, el Decreto del mes de febrero de 2007 no era de naturaleza discriminatoria.

377. Las Demandantes, en su Réplica, en respuesta a los argumentos de la Demandada de que no cooperaron en las negociaciones de compensación, citan declaraciones públicas realizadas por el Ministro Ramírez en los meses de agosto de 2007, febrero de 2008 y septiembre de 2008 indicando que, en realidad, las Partes continuaban intentando alcanzar una solución amigable[417].

---

413 Testimonio Directo del Dr. Bernard Mommer de 24 de julio de 2009 ¶ 20.

414 Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 113-117; véanse además ¶¶ 274-276.

415 Dúplica de la Demandada ¶¶ 15, 240-243

416 Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 146, 153,156.

417 Réplica de las Demandantes ¶¶ 133-134.

378. Las Demandantes afirman asimismo que los Convenios de Asociación no pueden alterar las obligaciones de Venezuela para con las Demandantes en virtud del derecho internacional y que las disposiciones en materia de compensación son irrelevantes para sus reclamaciones[418]. El interés del Tribunal en esta etapa no radica en la esencia de esta diferencia entre las Partes sino en el rol que las disposiciones en materia de compensación cumplieron o no en las negociaciones desde mediados del año 2006 hasta 2007 y más allá de esa fecha.

379. Al final de las audiencias las Demandantes declararon que

> Ahora, si Venezuela hubiera realmente realizado una oferta de compensación de buena fe y luego brindado una oportunidad razonable para que las Partes resolvieran su controversia, aceptamos que esa habría sido una expropiación lícita, sub modo, sujeta al pago real de compensación e intereses. Pero eso no es lo que ocurrió[419].

380. Recuerdan, del período de migración, el hecho de que Venezuela no hiciera oferta de compensación alguna por escrito, sus ofertas orales como se estableciera en la declaración testimonial del Sr. Lyons, una explicación no rebatida por Venezuela, las tres cartas de abril de 2007 del Sr. Lyons a las que Venezuela no respondió, y la prueba del Sr. Lyons de que el Viceministro Mommer declaró que la compensación no se fundaría en el valor justo de mercado; y, del período de las negociaciones para alcanzar un acuerdo, cuando ConocoPhillips había decidido no migrar, las dos propuestas que hizo ConocoPhillips[420].

381. La Demandada se opuso recordando que el Dr. Mommer había testificado que había ofrecido y que discutió de buena fe una compensación en términos de valor de mercado y mencionando el impacto de las disposiciones en materia de compensación. Además, la Demandada comparó la reclamación de USD 30.000 millones presentada en el arbitraje con los USD 6.000 o USD7.000 millones ofrecidos por las Demandantes. Hubo además más de un año de negociaciones intensas – un hecho que en sí mismo indica una negociación de buena fe que conlleva ofertas serias[421]..

---

418 Réplica de las Demandantes ¶¶ 388-391.

419 Traduccion del Tribunal, *Véase en inglés* Tr. Día 14:3819.

420 *Véase* Tr. Día 14: 3583-55.

421 *Véase* Tr. Día 14: 3949-50.

(b) La evaluación por parte del Tribunal de las pruebas relacionadas con las negociaciones

382. En este momento el Tribunal encara las pruebas en forma más completa y realiza la evaluación de estas. Comienza con las pruebas presentadas por el Sr. Lyons y el Dr. Mommer. El Sr. Lyons declara que él y sus colegas dejaron en claro al Sr. Del Pino de PdVSA y al Viceministro Mommer que las propuestas realizadas en las hojas de términos para la migración del mes de agosto de 2006 no eran aceptables.

> Aunque los términos de la transición propuesta no fueron explicados en detalle en las dos páginas de las hojas de términos, mostraban claramente que Venezuela tenía la intención de apropiarse de las participaciones existentes de ConocoPhillips en esos Proyectos, y ofrecer a cambio una participación y derechos disminuidos en las nuevas *empresas mixtas*. Las hojas de términos exigían asimismo que desistiéramos de cualquier reclamo con relación a la nacionalización[422]. [Traducción del Tribunal]

383. Aunque convocado en calidad de testigo, el Sr. Lyons no fue interrogado respecto de esta declaración ni efectivamente respecto de ninguna parte de su testimonio escrito sobre las negociaciones que se extendieron desde el mes de agosto de 2006 hasta el mes de junio de 2007. (Mantuvo su cargo en Venezuela hasta el mes de junio de 2008). Luego de la recepción de los proyectos de contrato de fecha 17 y 19 de enero de 2007, el Sr Lyon testifica que con un colega asistió a una reunión con el Viceministro Mommer y varios funcionarios de PdVSA:

> En esa reunión, dejamos en claro que los términos que se ofrecían para compensar a ConocoPhillips por renunciar a sus derechos en los Proyectos existentes y migrar al régimen de *empresas mixtas* eran insuficientes. Sin embargo, el Viceministro Mommer dejó en claro que el gobierno no tenía la intención de modificar estos términos. En esas circunstancias, como una medida de protección, le proporcionamos al gobierno cartas de intención invocando nuestros derechos en virtud de la Ley de Inversiones Extranjeras de Venezuela y el tratado bilateral de inversión aplicable [423]. [Traducción del Tribunal]

384. Esas “cartas de intención” incluían este pasaje:

> A la luz de la intención declarada por Venezuela de no negociar los términos de su expropiación con ConocoPhillips, ConocoPhillips se reserva el derecho de someter la controversia al arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones del

---

422 Declaración Testimonial de A. Roy Lyons, 10 de septiembre de 2008 ¶ 6.

423 Ver Ex. C-36 supra nota al pie 198.

> Tratado y la Ley de Inversiones Extranjeras cuando sea necesario a fin de proteger sus intereses jurídicos. En este contexto, ConocoPhillips acepta las ofertas de Venezuela de someter esta controversia al arbitraje del CIADI, conforme lo establecido en el Tratado y la Ley de Inversiones Extranjeras[424]. [Traducción del Tribunal]

385. En el interrogatorio el Dr. Mommer dijo que no creía que ese fuera el punto de quiebre en las negociaciones. Los espacios en blanco en los contratos modelo se mantenían negociables como lo demuestra el éxito de las negociaciones con las otras Partes de los Convenios de Asociación.[425] El testimonio del Dr. Mommer se vuelve específico, en cuanto a las sumas propuestas, sólo en lo que respecta a las propuestas presentadas por ConocoPhillips en los meses de junio y agosto de 2007, consideradas posteriormente.[426] Con respecto a las propuestas de migración de la segunda mitad del año 2006 dice que tuvo varias reuniones con los participantes del proyecto acerca de la reestructuración con oportunidades de expansión pero "a ConocoPhillips no le interesaban estos conceptos" [Traducción del Tribunal].[427] En oportunidad del contra-interrogatorio, en respuesta a la proposición de que ConocoPhillips en realidad pretendía negociar en ese período, dijo que estaban menos interesados que las otras dos compañías, pero que nunca diría que no estuvieran interesados.[428] En su declaración testimonial hace esta declaración general acerca de las negociaciones:

> El argumento de ConocoPhillips de que la República nunca ofreció discutir una compensación razonable con relación a la migración tampoco es cierta. Al principio teníamos la esperanza de que las compañías de ConocoPhillips se sumarían a la migración. Cuando se negaron, intentamos de buena fe alcanzar un acuerdo amigable, como lo habíamos hecho anteriormente con éxito con otras compañías. Estuve presente en las discusiones del acuerdo con los representantes de ConocoPhillips. Siempre estuvimos abiertos a pagar una compensación razonable, pero desde el comienzo, ConocoPhillips insistió en sumas exorbitantes que hacían que un acuerdo fuera imposible[429]. [Traducción del Tribunal]

386. Dice asimismo:

---

424 *Íbidem.*

425 *Véase* Tr. Día 7: 1818-1819

426 Ver nota al pie 399 ¶ 28 y ¶ 395.

427 Ver nota al pie 399 ¶ 13.

428 *Véase* Tr. Día 7:1822

429 Ver nota al pie 399 ¶ 20.

> De todas las compañías involucradas en las asociaciones, ConocoPhillips fue quien exhibió el menor interés en debatir la migración. Debí convocar a los representantes en reiteradas oportunidades para solicitarles su participación y comentarios. Sin embargo, que yo recuerde, ConocoPhillips es la única compañía que no enviara una especificación a los proyectos de los convenios para ninguno de los tres proyectos involucrados en este caso. En cambio, los otros socios en los Proyectos Hamaca y Corocoro (Chevron en el Proyecto Hamaca y Eni en el Proyecto Corocoro) participaron de manera constructiva, proporcionando especificaciones a los documentos y negociando los términos y condiciones de la migración. Ambas completaron la migración de manera exitosa y en la actualidad participan como accionistas en nuevas empresas mixtas para aquellos proyectos en virtud de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. No hubo migración del Proyecto Petrozuata porque la única parte extranjera que participaba en ese proyecto era una subsidiaria de ConocoPhillips. Además de los antiguos socios de ConocoPhillips, Chevron y Eni, las otras compañías que participaron con éxito en el proceso de migración para las asociaciones incluyeron a Total, Statoil, BP y Sinopec[430]. [Traducción del Tribunal]

387. En su declaración complementaria, él no aborda las negociaciones y, en particular, la declaración del Sr. Lyons acerca de la respuesta de ConocoPhillips a las propuestas de migración del mes de agosto de 2006 o las posiciones que ConocoPhillips adoptó en el mes de enero de 2007 y en sus cartas de fecha 12 de abril de 2007, incluida la pregunta planteada por ConocoPhillips con respecto a la posición del Gobierno de Venezuela sobre el valor contable.

388. El Sr. Lyons declara que, en los meses de marzo y abril de 2007, en el marco de otras reuniones, los representantes de ConocoPhillips:

> intentaron participar en negociaciones de buena fe a efectos de una compensación justa a cambio de las participaciones en los tres Proyectos que serían expropiadas. Si bien el lado venezolano siempre reconoció que los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro (y los contratos subyacentes) eran totalmente lícitos y vinculantes, ellos se negaron a ofrecer algo que se acercara al valor justo a cambio de las participaciones en las inversiones que Venezuela habría de expropiar. Asimismo, dejamos en claro que ConocoPhillips no abandonaría sus inversiones sin compensación justa[431]. [Traducción del Tribunal].

389. Él ofrece el ejemplo de una reunión de fecha 29 de marzo de 2007 en la que el Sr. Del Pino estaba acompañado por el Viceministro Mommer.

---

430 Ver nota al pie 399 ¶ 17.

431 Ver nota al pie 422 ¶ 11.

> En una reunión celebrada el día 29 de marzo de 2007, . . . el Sr. Del Pino, acompañado por el Viceministro Mommer, realizó ofertas verbales respecto de los Proyectos Petrozuata y Hamaca. En cada caso, estas ofertas comprendían un monto (USD 100 millones para Petrozuata; USD 370 millones para Hamaca) si ConocoPhillips aceptaba una participación minoritaria no protegida en las nuevas empresas mixtas (40 por ciento para Petrozuata; 22,85 por ciento para Hamaca); o, en subsidio, un monto más elevado (USD 1 100 millones para Petrozuata; USD 1 200 millones para Hamaca) si ConocoPhillips abandonaba por completo sus participaciones en los Proyectos. Las ofertas también pretendían obtener una renuncia total por parte de ConocoPhillips a su derecho de plantear reclamaciones para obtener una compensación suficiente. Venezuela no realizó oferta alguna respecto del Proyecto Corocoro.
>
> Les dijimos al Sr. Del Pino y al Viceministro Mommer que estas ofertas se encontraban muy por debajo del valor justo de mercado de nuestras participaciones en los Proyectos. El Viceministro Mommer respondió que la compensación no se basaría en el valor justo de mercado.
>
> En tres cartas (una por cada Proyecto) dirigidas al Ministro Ramírez, al Viceministro Mommer y al Dr. Del Pino de fecha 12 de abril de 2007, ConocoPhillips reformuló las diferencias fundamentales entre las partes de las negociaciones en materia de compensación. Observamos que toda valuación basada en el valor contable no compensaría a ConocoPhillips en forma suficiente ni por ... los cambios unilaterales introducidos por Venezuela respecto de los términos comerciales (regalías e impuestos) durante los últimos varios años ni por los cambios adicionales derivados del Decreto de Nacionalización. Asimismo, los contratos de migración propuestos adolecían de ciertas disposiciones importantes, incluidas, entre otras, los derechos suficientes de gobernanza minoritaria y el derecho de recurrir al arbitraje internacional [Traducción del Tribunal].[432]

390. En su Memorial, las Demandantes afirman que la oferta verbal de fecha 29 de marzo representaba no más del 5% del valor real de sus inversiones, y, por ende, era totalmente insuficiente .[433]

391. Luego de esa y otras reuniones, el día 12 de abril de 2007, ConocoPhillips le escribió al Ministro, al Viceministro y al Funcionario de PdVSA con respecto a cada proyecto (véase asimismo párr. 371 *supra*). Las cartas decían que, en la reunión de fecha 29 de marzo de 2007:

> ConocoPhillips recibió dos propuestas de compensación verbales basadas en el valor contable menos depreciación a cambio de sus participaciones en el Proyecto

---

432 Ver nota al pie 422 ¶¶ 12-14; Ver también Memorial de las Demandantes ¶ 239.

433 *Íbidem.*

> Petrozuata. La primera propuesta de compensación, que contemplaba que ConocoPhillips era titular de una participación del 40% en el Proyecto Petrozuata después de la nacionalización, ascendía a USD 100.000.000. La segunda propuesta, que ascendía a USD 1.100.000.000, contemplaba la salida completa de ConocoPhillips del Proyecto Petrozuata. Durante esta reunión, se nos informó de que el Gobierno Bolivariano de Venezuela no compensaría a ConocoPhillips por el valor justo de mercado de sus participaciones en el Proyecto Petrozuata. Por favor, tenga a bien confirmar que nuestra interpretación de las propuestas de compensación del Gobierno Bolivariano de Venezuela establecidas supra es correcta y completa, y, asimismo, que el Gobierno Bolivariano de Venezuela está dispuesto a considerar propuestas de compensación alternativas tal como se analizara en la reunión celebrada el día 31 de marzo de 2007. Como el Sr. Mulva destacara el día 31 de marzo de 2007, toda valuación basada en el valor contable no compensa en forma suficiente a ConocoPhillips ni por los cambios unilaterales introducidos por el Gobierno Bolivariano de Venezuela respecto de los términos comerciales (regalías e impuestos) durante los últimos varios años ni por los cambios adicionales derivados del Decreto de Nacionalización.
>
> Además de la compensación inmediata, suficiente y eficaz por el valor justo de mercado no reducido de todas las pérdidas, daños y demás disminuciones de valor sufridos por ConocoPhillips, a fin de aceptar participar en la migración del Proyecto Petrozuata, ConocoPhillips solicitará que se le otorguen derechos suficientes de gobernanza respecto del titular de una participación minoritaria y el derecho de resolver controversias mediante arbitraje internacional en un foro neutral, entre otros términos y condiciones habituales para este tipo de operaciones [434].[Traducción del Tribunal]

Ni el Gobierno de Venezuela ni PdVSA respondieron a estas cartas.

392. Durante el contrainterrogatorio, el Dr. Mommer declaró dos veces, en respuesta a la declaración del Sr. Lyons, que no creía haberles dicho a los representantes de ConocoPhillips que la compensación no se basaría en el valor justo de mercado[435].

393. Contra esa negación general, realizada exclusivamente durante las audiencias y no en las dos rondas de testimonios escritos, el Tribunal destaca el testimonio escrito opuesto del Sr. Lyons, que no fue sometido a contrainterrogatorio respecto de este punto. Con relación a esto, el Tribunal considera muy importante el relato escrito que las tres cartas ofrecen acerca de las reuniones de fecha 29 y 31 de enero de 2007, con sus preguntas precisas en cuanto al fundamento de valuación. Las cartas dejan claro que ConocoPhillips rechaza toda valuación

---

434 Ver nota al pie 397.

435 *Véase* Tr. Día 7: 1825 y 1828.

basada en el valor contable. Ese valor no supondría compensación suficiente. El Tribunal recuerda que las autoridades venezolanas, que habían recibido las cartas de intención sólo 12 días antes en las que ConocoPhillips hacía reserva de todos sus derechos legítimos en virtud de la Ley de Inversiones y del TBI, no respondieron a dichas cartas, no impugnaron el relato que las cartas ofrecían acerca del curso de las reuniones, y, en particular, no rechazaron la posición atribuida a ellas según la cual la compensación no se basaría en el valor justo de mercado. Por supuesto, el Tribunal naturalmente sí reconoce, en los términos del fallo emitido anteriormente en la presente decisión, que, en su opinión, los cambios en concepto de regalías e impuestos no redundan en violación del TBI. Sin embargo, las Partes no tenían conocimiento de ello en esa etapa de sus negociaciones.

394. Teniendo en cuenta la situación posterior al día 12 de abril de 2007, la fecha de las tres cartas, el Tribunal, en función de las pruebas que le fueron presentadas él, concluye que, en ese momento, Venezuela no estaba negociando de buena fe por vía de referencia al estándar de "valor de mercado" establecido en el TBI. No había respondido de manera significativa a los puntos efectuados acerca de dichas negociaciones en particular en tales cartas. Dos características importantes adicionales de las negociaciones sustentan esta conclusión. La primera radica en que Venezuela aún no había realizado una propuesta de compensación respecto del Proyecto Corocoro. La segunda radica en que no existe prueba alguna de que las fórmulas de compensación cumplieran un rol en las negociaciones entre las Partes.

395. El Tribunal ahora pasa a las pruebas relativas a las negociaciones desde el mes de abril de 2007 antes y después de la expropiación de los activos. Como ya se resaltara, el Dr. Mommer hace referencia específica a las dos propuestas de compensación presentadas ante ConocoPhillips. Los siguientes párrafos siguen su evaluación general sobre el curso de las negociaciones citado anteriormente (párr. 385 y 386 *supra*):

> En un principio, ConocoPhillips pretendía como compensación un intercambio de activos en virtud del cual: a) las subsidiarias de ConocoPhillips abandonarían la totalidad de sus participaciones en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, y b) ConocoPhillips recibiría las participaciones de las subsidiarias de PdVSA en una refinería en Lake Charles, Luisiana, y un *joint venture* con ConocoPhillips en la refinería Merey Sweeney en Texas. En ese momento, el valor calculado total de las participaciones que habían de transferirse a ConocoPhillips en virtud de esta propuesta ascendía a aproximadamente USD 8 200 millones. Esta propuesta fue

> realizada en un borrador de Memorando de Entendimiento de fecha 15 de junio de 2007 adjunto como Anexo 4.
>
> Sólo dos meses después, mediante una carta de fecha 17 de agosto de 2007 (cuya copia se adjunta como Anexo 5), ConocoPhillips realizó una nueva propuesta. Mientras que los activos que habían de intercambiarse seguían siendo los mismos, esta propuesta incluía un pago en efectivo de USD 1.500 millones por parte de ConocoPhillips a la República de Venezuela en reconocimiento de que el valor de las participaciones en las refinerías que las subsidiarias de PdVSA habían de transferir superaba en gran medida el valor de las participaciones de las subsidiarias de ConocoPhillips en Venezuela. El valor de esta propuesta ascendía a aproximadamente USD 6.700 millones. Si bien el monto se encuentra muy por debajo de la suma de USD 30.000 millones que las entidades de ConocoPhillips pretenden en el marco del presente Arbitraje, era absolutamente irrealista, ya que no tenía en cuenta las fórmulas de compensación que se habían negociado y acordado al comienzo de los Proyectos Petrozuata y Hamaca y ni siquiera reflejaba el verdadero valor de las participaciones en cuestión independientemente de dichas fórmulas [436]. (Párrs. 21 y 22) [Traducción del Tribunal].

396. Con excepción de la última oración, estos párrafos no hacen más que pretender resumir la esencia de las dos propuestas que aparecen como Anexos del testimonio del Dr. Mommer. Él no fue sometido a contrainterrogatorio respecto de ellos. Se advertirá que su comentario en la última oración no se presenta como el relato de las razones ofrecidas por las autoridades venezolanas en los meses de junio y agosto de 2007 a ConocoPhillips para rechazar las propuestas. Dicho comentario no fue objeto de contrainterrogatorio.

397. En su carta de presentación de la primera propuesta, ConocoPhillips afirmó que la realizaba sin perjuicio de sus derechos legítimos existentes continuando con sus esfuerzos de buena fe por llegar a una solución amistosa con Venezuela. Se reservaba el derecho de modificar los términos de la propuesta y sus derechos en virtud de, entre otras cosas, el TBI y la Ley de Inversiones. La carta de presentación de la segunda propuesta "agradece la oferta de compensación verbal realizada a Roy Lyons el día lunes, 13 de agosto de 2007" [Traducción del Tribunal]. Dicha oferta no aparece en ninguna otra parte de las pruebas. Luego de considerar la situación, la carta continúa, ConocoPhillips presentó la contrapropuesta adjunta y concluyó:

---

[436] Ver nota al pie 399 ¶¶ 21-22.

> Confiamos en que comprenda que los términos de la presente propuesta reflejan el movimiento significativo de la posición anterior de ConocoPhillips y se presentan en un esfuerzo de buena fe por resolver nuestras diferencias y llegar a un acuerdo amistoso y sin la necesidad de proceder a la resolución de controversias por parte de terceros [Traducción del Tribunal].

398. En sus pruebas, el Sr. Lyons dice sólo esto acerca de ese último período, sin tener en cuenta el período posterior al día 26 de junio de 2007 cuando se produjo la expropiación:

> Las negociaciones continuaron a lo largo de los meses de mayo y junio de 2007, pero sin dar lugar a un acuerdo. En una reunión a la que asistí el día 11 de junio de 2007, una vez más, reiteramos que la compensación que se ofrecía era una fracción del valor verdadero de nuestras participaciones en inversiones, que no podíamos aceptar. No obstante, el Sr. Del Pino dejó en claro que el proceso no era negociable y avanzaría conforme a los términos del gobierrno, con o sin ConocoPhillips.
>
> Nuestra última reunión antes de la fecha límite final establecida en el Decreto de Nacionalización se celebró el día 30 de junio de 2007. Durante la reunión, el Viceministro Mommer nos informó de que no se esperaba ninguna nueva oferta de compensación antes de la fecha límite del 26 de junio de 2007. Agregó que, luego de dicha fecha, ConocoPhillips ya no sería titular de participación alguna en los tres Proyectos. En consonancia con esta declaración, el día 26 de junio de 2007, Venezuela procedió a la expropiación de nuestras tres inversiones en su totalidad, sin abonar compensación alguna (Párrs. 18 and 19) [Traducción del Tribunal].[437]

399. La única otra prueba presentada al Tribunal acerca de la última etapa de las negociaciones aparece en informes acerca de las declaraciones públicas realizadas por el CEO de ConocoPhillips el día 12 de febrero de 2008 citadas *supra* (párr. 374) y el Ministro de Hidrocarburos de Venezuela los días 8 y 14 de febrero de 2008. En la primera, el Ministro dijo que estaban transitando un proceso de negociación con ConocoPhillips a pesar de haberse iniciado el procedimiento de arbitraje. En la actualidad, equipos en representación de ambos países están fijando los términos necesarios a fin de acercarse a un acuerdo amistoso en el marco de la presente controversia[438]. En la segunda declaración, un relato detallado ofrecido en un discurso ante la Asamblea Nacional, el Ministró afirmó lo siguiente:

> Quedan dos arbitrajes pendientes, dos empresas transnacionales norteamericanas. La ConocoPhillips ha interpuesto un arbitraje contra la República,pero, a diferencia de ExxonMobil, ha solicitado y ha mantenido un nivel de comunicación que permitirá

[437] Ver nota al pie 422 ¶¶ 18-19

[438] Ver nota al pie 216.

resolver de manera amigable nuestra disputa donde estamos trabajando y, tal y como lo expresó el Presidente Mundial de la ConocoPhillips en declaraciones pasadas, estamos en la vía de conciliar un acuerdo.

[…]

Y la República de Venezuela, tal como dicen las declaraciones de las Naciones Unidas [el Ministro anteriormente había citado parte de la resolución 1803 de la Asamblea General (XVII) de 1962], y tal como es el espíritu de nuestra legislación, no nos hemos negado a indemnizar a las empresas que se retiren del país, pero, por supuesto, indemnizar el valor en libros de esos activos, valores que puedan ser perfectamente escrutables, valores que son auditables, valores que son transparentes, para que no haya posibilidad alguna de un arreglo entre las partes más allá de lo que justifique.

Esta es una acción de nacionalización, es una acción soberana del Estado venezolano. De manera que con Conoco estamos trabajando para dirimir nuestra controversia en estas materias acercando nuestros números" [439].

400. El Tribunal no se encuentra ante ninguna prueba de las propuestas realizadas por Venezuela en este período final. Observa que, cualquiera haya sido el acuerdo de confidencialidad que existía, este no ha impedido que la Demandada presentara ante él las propuestas de ConocoPhillips de los meses de junio y agosto de 2007. No hay pruebas de que Venezuela se apartara de su insistencia en el valor contable, estándar confirmado por la declaración de su Ministro de comienzos del año 2008 en un momento en el que el arbitraje había comenzado. Tampoco hay pruebas de que, durante este período, los representantes de Venezuela incorporaran las fórmulas de compensación contenidas en los Convenios de Asociación de Petrozuata y Hamaca en las negociaciones. Por último, en esta etapa, tampoco hubo propuesta de compensación alguna respecto de los activos de ConocoPhillips en el Proyecto Corocoro, como el Dr. Mommer pareciera confirmar en su contrainterrogatorio. Él no fue sometido a un nuevo interrogatorio sobre el curso de las negociaciones.[440]

401. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la Demandada no cumplió con su obligación de negociar de buena fe a fin de determinar la compensación debida por su expropiación de los

---

439 Ex C-190, Transcripciones del discurso de Rafael Ramirez ante la Asamblea Nacional de Venezuela de 14 de febrero de 2008.

440 *Véase* Tr. Día 7:1834.

activos de ConocoPhillips en los tres proyectos en función del valor de mercado como lo requiere el Artículo 6(c) del TBI, y que la fecha de valoración es la fecha del Laudo.

402. El Tribunal destaca que, en esta etapa, no arriba a conclusión alguna respecto de la importancia, en su caso, de las fórmulas de compensación incluidas en los Convenios de Asociación de Petrozuata y Hamaca a efectos de la determinación del *quantum* de la compensación en el caso que nos ocupa. Lo que sí concluye en cuanto a dichas fórmulas es que, sobre la base de las pruebas que tiene ante sí, no fueron incorporadas a las negociaciones en materia de compensación, en particular, por las autoridades venezolanas.

VIII. COSTAS

403. La decision sobre costas se reserva para su consideración en una fase posterior de este procedimiento de arbitraje, y por lo tanto, no se emite una orden en relación a las costas en este momento.

IX. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

404. Por las razones expuestas, el Tribunal resuelve que:

a. No goza de competencia en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversiones y que, en consecuencia, las reclamaciones efectuadas por ConocoPhillips Company son desestimadas; y

b. Posee competencia en virtud del Artículo 9 del Tratado Bilateral de Inversión respecto de:

i. las reclamaciones planteadas por ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV con relación a los siguientes factores: 1) el aumento de la alícuota del impuesto sobre la renta que entró en vigor el día 1 de enero de 2007, y 2) la expropiación o migración; y

ii. las reclamaciones planteadas por ConocoPhillips Petrozuata BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV con relación al incremento del impuesto a la extracción en vigor a partir del día 24 de mayo de 2006;

c. Todas las reclamaciones basadas en una violación del Artículo 3 del TBI son desestimadas;

d. La Demandada no cumplió con su obligación de negociar de buena fe a fin de determinar la compensación debida por su expropiación de los activos de ConocoPhillips en los tres proyectos en función del valor de mercado como lo requiere el Artículo 6(c) del TBIñ

e. La fecha de valoración de los activos de ConocoPhillips es la fecha del Laudoñ

f. Todas las demás reclamaciones basadas en un incumplimiento del Artículo 6(c) del TBI son desestimadas;

g. Todas las demás cuestiones, incluyendo las costas y los gastos del Tribunal y los gastos de determinación de las partes se reserva para su consideración en una fase posterior de este procedimiento de arbitraje.

Los apartados (a), (b)(i), (b)(ii), (c), (f) y (g) precedentes han sido decididos unanimemente por el Tribunal. Los apartados (d) y (e) han sido decididos por mayoría, con la opinión disidente del Árbitro Georges Abi-Saab.

[firmado]

Sr. L. Yves Fortier, CC, QC
Árbitro

Profesor Georges Abi-Saab
Árbitro
(disintiendo)

[firmado]

Juez Kenneth Keith
Presidente