

Caso CIADI No. ARB/10/5

- 1) TIDEWATER INC.
- 2) TIDEWATER INVESTMENT SRL
- 3) TIDEWATER CARIBE, C.A.
- 4) TWENTY GRAND OFFSHORE, L.L.C.
- 5) POINT MARINE, L.L.C.
- 6) TWENTY GRAND MARINE SERVICE, L.L.C.
- 7) JACKSON MARINE, L.L.C.
- 8) ZAPATA GULF MARINE OPERATORS, L.L.C.

Demandantes

y

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Demandada

DECISIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN

dictada por

Profesor Campbell McLachlan QC, Presidente
Doctor Andrés Rigo Sureda, Árbitro
Profesora Brigitte Stern, Árbitro

Secretario del Tribunal:

Marco Tulio Montañés-Rumayor

En representación de Tidewater

Bruce Lundstrom
TIDEWATER INC.
2000 West Sam Houston Parkway South
Suite 1280
Houston, Texas 77042
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Oscar M. Garibaldi
Miguel López Forastier
Luisa F. Torres
Joshua B. Simmons
COVINGTON & BURLING LLP
1201 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, D.C. 20004-2401
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En representación de Venezuela

Dra. Cilia Flores
Procuradora General de la República
Av. Los Ilustres, cruce con calle Francisco Lazo Martí,
Edificio Procuraduría General de la República, piso 8,
Urb. Santa Mónica
Caracas 1040,
VENEZUELA

Eloy Barbará de Parres
Miriam K. Harwood
Claudia Frutos-Peterson
Carlos Guzmán
Gabriela Álvarez Ávila
CURTIS, MALLETT-PREVOST, COLT & MOSLE LLP
101 Park Avenue
Nueva York, NY 10178
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Fecha: 8 de febrero de 2013

TABLA DE CONTENIDO

GLOSARIO DE TÉRMINOS DEFINIDOS.....	iii
CUADRO DE CASOS CITADOS.....	iv
I. INTRODUCCIÓN.....	1
A. Solicitud de Arbitraje.....	1
B. Antecedentes procesales	3
1. Constitución del Tribunal y primera sesión.....	3
2. Cuestiones procesales.....	3
3. Etapa escrita.....	5
4. Etapa oral	5
II. ALEGACIONES DE LAS PARTES	6
A. Primer fundamento de la jurisdicción: el artículo 22 de la Ley de Inversiones.....	6
1. Introducción	6
2. Estándar de interpretación que se aplicará al artículo 22	7
(a) Alegaciones de Venezuela	7
(b) Alegaciones de las Demandantes	9
3. La correcta interpretación textual del artículo 22	11
(a) Alegaciones de Venezuela	11
(b) Alegaciones de las Demandantes	12
4. El contexto histórico de la promulgación de la Ley de Inversiones	14
(a) Alegaciones de Venezuela	14
(b) Alegaciones de las Demandantes	15
5. La relevancia de otros instrumentos como puntos de comparación.....	16
(a) Alegaciones de Venezuela	16
(b) Alegaciones de las Demandantes	16
B. Segundo fundamento de la jurisdicción: el TBI con Barbados	17
1. Introducción	17
2. El concepto de abuso de tratado	17
(a) Alegaciones de Venezuela	17
(b) Alegaciones de las Demandantes	20
3. Aplicación de los hechos del presente caso.....	21
(a) Alegaciones de Venezuela	21
(b) Alegaciones de las Demandantes	24
III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.....	28
A. Introducción	28
B. Primer fundamento de la jurisdicción: el artículo 22 de la Ley de Inversiones.....	28

1.	Consentimiento escrito conforme al artículo 25(1) del Convenio del CIADI	28
2.	Principios jurídicos aplicables a la interpretación del artículo 22.....	30
(a)	Elementos fundamentales	30
(b)	¿Derecho nacional o derecho internacional?	30
(c)	¿Qué principios de derecho internacional corresponde aplicar?.....	32
(d)	Conclusión del Tribunal sobre el planteamiento de la interpretación	36
3.	Aplicación concreta de lo expuesto a la interpretación del artículo 22.....	37
(a)	La limitada aplicación de la interpretación jurídica de Venezuela	37
(b)	Texto	38
(c)	Contexto literal	40
(d)	Contexto histórico.....	42
(e)	Si el respectivo tratado así lo establece/dispone	44
(f)	Aplicación del principio de eficacia.....	47
(g)	Conclusión del Tribunal sobre el primer fundamento de jurisdicción.....	49
C.	Segundo fundamento de jurisdicción: el TIB con Barbados.....	50
1.	Naturaleza jurídica de esta cuestión jurisdiccional.....	50
2.	Consideraciones del Tribunal sobre los hechos	53
(a)	Las operaciones de soporte marítimo de Tidewater	53
(b)	Diferencia contractual entre SEMARCA y PDVSA	53
(c)	Transferencia de operaciones en Venezuela a Tidewater Barbados.....	57
(d)	Hechos del período marzo-abril de 2009.....	58
(e)	Promulgación de la Ley de Reserva y expropiación de mayo de 2009.....	60
3.	Consecuencias jurídicas de los hechos constatados	62
(a)	Relevancia del fundamento tributario.....	62
(b)	Controversia preexistente sobre continuidad de los servicios	63
(c)	¿Era previsible la controversia sobre la expropiación?	66
(d)	Conclusión del Tribunal sobre el segundo fundamento de la jurisdicción	67
IV.	DECISIÓN	68

GLOSARIO DE TÉRMINOS DEFINIDOS

CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (suscrita el 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980), 1155 UNTS 331.
Demandada o Venezuela	República Bolivariana de Venezuela
Demandantes en virtud del Tratado	Tidewater Barbados y Tidewater Caribe
Demandantes o Tidewater	Tidewater Inc., Tidewater Barbados, Tidewater Caribe, Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., and Zapata Gulf Marine, L.L.C.
Ley de Inversiones	<i>Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones</i> (adoptado en virtud del Decreto-Ley n.º 356 del 3 de octubre de 1999).
Ley de Reserva	<i>Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos</i> (7 de mayo de 2009).
PDVSA	Petróleos de Venezuela, S.A.
PDVSA Petróleo	PDVSA Petróleo, S.A.
PetroSucre	PetroSucre, S.A.
Principios de la Comisión de Derecho Internacional aplicables a las declaraciones unilaterales	Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, 2006 (UN Doc A/61/10) [177].
SEMARCA	Tidewater Marine Service, C.A.
TBI con Barbados	Acuerdo entre el Gobierno de Barbados y el Gobierno de la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones (suscrito el 15 de julio de 1994, en vigor desde 31 de octubre de 1995), 1984 UNTS 181.
Tidewater Barbados	Tidewater Investment SRL
Tidewater Caribe	Tidewater Caribe, C.A.
Tidewater Marine	Tidewater Marine International, Inc.

CUADRO DE CASOS CITADOS

<i>Aguas del Tunari c. Bolivia</i>	<i>Aguas del Tunari c. República de Bolivia</i> (Caso CIADI No. ARB/02/3) (Decisión sobre Jurisdicción) (2005), 16 ICSID Rep 297.
<i>ATA c. Jordania</i>	<i>ATA Construction, Industrial y Trading Company c. Jordania</i> (Caso CIADI No. ARB/08/2) (Laudo), 18 de mayo de 2010.
<i>Autopista c. Venezuela</i>	<i>Autopista Concesionada de Venezuela C.A. c. República Bolivariana de Venezuela</i> (Caso CIADI No. ARB/00/5) (Decisión sobre Competencia) (2001), 6 ICSID Rep 419.
<i>Banro c. República Democrática del Congo</i>	<i>Banro American Resources, Inc y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo</i> (Case CIADI No. ARB/98/7) (Laudo) (2000), 17 ICSID Rev-FILJ 380.
<i>Biwater Gauff c. Tanzania</i>	<i>Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania</i> (Caso CIADI No. ARB/05/22) (Laudo), 24 de julio de 2008.
<i>Brandes American Resources c. Venezuela</i>	<i>Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela</i> (Caso CIADI No. ARB/08/3) (Decisión sobre Jurisdicción), 2 de agosto de 2011.
<i>Caso de la Anglo-Iranian Oil Co.</i>	<i>Caso de la Anglo-Iranian Oil Co (Reino Unido c. Irán)</i> (excepciones preliminares) [1952], ICJ Rep 93.
<i>Caso relativo a la interpretación de los tratados de paz</i>	<i>Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania</i> (opinión consultiva) [1950], ICJ Rep 65.
<i>Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)</i>	<i>Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)</i> (competencia) [1998], ICJ Rep 432
<i>Caso del acuerdo de sede</i>	<i>Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia al arbitraje con arreglo a la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas</i> (opinión consultiva) [1988], ICJ Rep 12.
<i>Caso del derecho de tránsito por territorio indio</i>	<i>Caso del derecho de tránsito por territorio indio (Portugal c. India)</i> (excepciones preliminares) [1957], ICJ Rep 125.

Cemex c. Venezuela	<i>Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela</i> (Caso CIADI No. ARB/08/15) (Decisión sobre Jurisdicción), 30 de diciembre de 2010.
Concesiones Mavrommatis en Palestina	<i>Caso relativo a las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)</i> (excepción a la jurisdicción) (1924), PCIJ Rep, serie A, n.º 2.
CSOB c. Eslovaquia	<i>Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. c. República Eslovaca</i> (Caso CIADI No. ARB/97/4) (Decisión sobre Jurisdicción) (1999), 5 ICSID Rep 330.
Lucchetti c. Perú	<i>Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú</i> (Caso CIADI No. ARB/03/4) (Laudo), 7 de febrero de 2005 (solicitud de anulación rechazada el 5 de septiembre de 2007).
Mobil c. Venezuela	<i>Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela</i> (Caso CIADI No. ARB/07/27) (Decisión sobre Jurisdicción), 10 de junio de 2010.
Phoenix Action c. República Checa	<i>Phoenix Action, Ltd. c. República Checa</i> (Caso CIADI No. ARB/06/5) (Laudo) (2009), 48 ILM 1115.
Plama c. Bulgaria	<i>Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria</i> (Caso CIADI No. RB/06/5) (Decisión sobre Jurisdicción) (2005), 13 ICSID Rep 272.
SPP c. Egipto	<i>Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto</i> (Caso CIADI No. ARB/84/3) (Decisión sobre Jurisdicción n.º 2) (1988), 3 ICSID Rep 131.
Tokios Tokelés c. Ucrania	<i>Tokios Tokelés c. Ucrania</i> (Caso CIADI No. ARB/02/18) (Decisión sobre Jurisdicción) (2004), 11 ICSID Rep 313.
Tradex c. Albania	<i>Tradex Hellas S.A. c. República de Albania</i> (Caso CIADI No. ARB/94/2) (Decisión sobre Jurisdicción) (1996), 5 ICSID Rep 43.
Vieira c. Chile	<i>Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile</i> (Caso CIADI No. ARB/04/7) (Laudo), 21 de agosto de 2007.
Wintershall c. Argentina	<i>Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/04/14) (Laudo), 8 de diciembre de 2008.

Zhinvali c. Georgia

Zhinvali Development Ltd c. República de Georgia (Caso CIADI No. ARB/00/1) (Laudo) (2003), 10 ICSID Rep 3.

I. INTRODUCCIÓN

A. *Solicitud de Arbitraje*

1. El 16 de febrero de 2010, Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. y Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. (en conjunto, '**Tidewater**' o las '**Demandantes**') presentaron una solicitud de arbitraje, en virtud de las Reglas de Arbitraje del CIADI, contra la República Bolivariana de Venezuela ('**Venezuela**' o la '**Demandada**').
2. La controversia se refiere a la inversión de las Demandantes en la prestación de servicios de soporte marítimo a la industria petrolera en Venezuela. La empresa petrolera estatal venezolana Petróleos de Venezuela, S.A. ('**PDVSA**') contrató a empresas privadas para brindar apoyo a la industria petrolera en el país. Una de estas empresas privadas era Tidewater Marine Service, C.A. ('**SEMARCA**'), empresa constituida conforme a las leyes de Venezuela. SEMARCA celebró un contrato con PDVSA y otras dos empresas estatales o paraestatales, PDVSA Petróleo, S.A. ('**PDVSA Petróleo**') y PetroSucre, S.A. ('**PetroSucre**'), para brindar apoyo en el Lago de Maracaibo y costa afuera en el Golfo de Paria.
3. Antes de febrero de 2009, SEMARCA era propiedad de Tidewater Caribe, C.A. ('**Tidewater Caribe**'), una empresa constituida en Venezuela, que a su vez era propiedad de Tidewater Marine International, Inc. ('**Tidewater Marine**'), empresa constituida en las Islas Caimán. Dicha empresa a su vez era propiedad de **Tidewater Inc.** (empresa constituida en Estados Unidos de América). Asimismo, varias otras filiales de Tidewater Inc. constituidas en Estados Unidos y en las Islas Caimán prestaban servicios contratados por SEMARCA y poseían varios buques y otros activos en Venezuela. Tidewater había sido propietaria de SEMARCA y prestaba servicios de soporte marítimo en el país desde 1958.
4. En febrero de 2009, Tidewater Marine constituyó Tidewater Investment SRL ('**Tidewater Barbados**') en Barbados. El 9 de marzo de 2009, Tidewater Marine transfirió a Tidewater Barbados todas las acciones en Tidewater Caribe. En consecuencia, Tidewater Barbados se incorporó a la cadena de propiedad y, a través de Tidewater Caribe, se convirtió en la

propietaria de SEMARCA. La actual estructura de propiedad corporativa se detalla en el gráfico que se adjunta a la presente decisión en el **apéndice A**¹.

5. En 2008-09, los precios mundiales del petróleo cayeron significativamente. PDVSA tuvo dificultades para cumplir sus obligaciones de pago con SEMARCA, lo que dio lugar a negociaciones contractuales entre las dos empresas, cuyo significado en este contexto deberá analizarse en mayor detalle más adelante en esta decisión.
6. El 7 de mayo de 2009, el Gobierno de Venezuela promulgó la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (**'Ley de Reserva'**)². El día siguiente, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo emitió una resolución que identificaba a las Demandantes, junto con otros 38 proveedores de servicios sujetos a la Ley de Reserva³. A continuación Venezuela procedió a la toma de operaciones y activos en el Lago de Maracaibo y el Golfo de Paria, junto con 15 buques pertenecientes a las Demandantes que se ubican entre el cuarto y el octavo lugar de la lista.
7. Las partes no se han puesto de acuerdo sobre la compensación por las confiscaciones, y el 16 de febrero de 2010 se presentó la Solicitud de Arbitraje con el fin de obtener reparación y otros remedios. Las Demandantes invocan dos razones que justifican la competencia del Tribunal:
 - (a) el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (**'Ley de Inversiones'**) de Venezuela, que las Demandantes afirman constituye un consentimiento abierto al arbitraje del CIADI⁴; y
 - (b) el tratado bilateral de inversiones entre Venezuela y Barbados (conforme a cuya ley se constituyó Tidewater Barbados) (**'TBI con Barbados'**)⁵.

Las Demandantes manifiestan haber consentido a la jurisdicción del CIADI en una carta dirigida a Venezuela el 11 de diciembre de 2009⁶.

¹ El gráfico se agregó a la Solicitud de Arbitraje como un apéndice no numerado y fue aceptado como correcto por la Demandada: véase el Memorial [25].

² *Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos*. Memorial [2], Doc. RL-1.

³ Memorial [20], donde se hace referencia al Doc. RL-7.

⁴ *Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones* (adoptado por la República de Venezuela en virtud del Decreto-Ley n.º del 3 de octubre de 1999). Véase la Solicitud de Arbitraje [25]-[27], Docs. C-9 and EU-1.

⁵ Acuerdo entre el Gobierno de Barbados y el Gobierno de la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones (suscrito el 15 de julio de 1994, en vigor desde el 31 de octubre de 1995), 1984 UNTS 181. Véase la Solicitud de Arbitraje [28]-[31], Doc. C-10.

⁶ Solicitud de Arbitraje [32].

8. Venezuela impugna la competencia del Tribunal:
 - (a) sostiene que el artículo 22 no constituye un consentimiento abierto para someter todas las controversias relativas a inversiones al arbitraje del CIADI;
 - (b) alega que Tidewater Barbados es una 'sociedad de conveniencia' creada con el propósito único de obtener acceso al CIADI. En consecuencia, afirma que la invocación del TBI con Barbados por parte de Tidewater constituye un abuso de ese tratado.

B. Antecedentes procesales

1. Constitución del Tribunal y primera sesión

9. El 31 de agosto de 2010, la Secretaría del CIADI informó a las partes que, conforme a lo establecido en la regla de arbitraje 6, el Tribunal, integrado por el Prof. Campbell McLachlan QC (presidente), el Dr. Andrés Rigo Sureda y la Profra. Brigitte Stern, se consideraba constituido a partir de esa fecha.
10. El 28 de septiembre de 2010, Tidewater propuso la recusación de la Profra. Stern. Después de que cada una de las partes y la Profra. Stern formularan comentarios sobre la propuesta, el 23 de diciembre de 2010, los otros dos miembros del Tribunal emitieron una decisión desestimando la propuesta. Por lo tanto, esa misma fecha, conforme a lo dispuesto en la regla de arbitraje 9(6), quedó sin efecto la suspensión de los procedimientos que había estado en vigor.
11. Tras distribuir la agenda provisional y que las partes prepararan una declaración conjunta, se celebró la primera sesión del Tribunal el 24 de enero de 2011 en la sede del Centro en Washington D.C. En las minutas de dicha sesión, el Tribunal determinó que, en virtud de lo establecido en la regla de arbitraje 41 y con el acuerdo de las partes, analizaría las excepciones a la competencia del Tribunal formuladas por Venezuela antes de la presentación de los escritos sobre el fondo del asunto.
12. En consecuencia, el Tribunal fijó un calendario para la etapa escrita y oral de la fase jurisdiccional del arbitraje⁷.

2. Cuestiones procesales

13. El 24 de enero de 2011, las Demandantes y la Demandada presentaron al Tribunal sus respectivas solicitudes para la presentación de documentos⁸. Las Demandantes solicitaron

⁷ Actas, parte I, [14.2].

documentos relativos a la elaboración y promulgación de la Ley de Inversiones y, en particular, al artículo 22⁹. La Demandada solicitó documentos relativos a la constitución de Tidewater Barbados y la transferencia de acciones a ésta¹⁰, así como documentos en que se identificaran los servicios que integraban las cuentas pendientes por cuyo concepto las Demandantes solicitaron compensación¹¹.

14. El 29 de marzo de 2011, el Presidente emitió la Resolución Procesal n.º 1 en nombre y por cuenta del Tribunal, en la que abordó las solicitudes pendientes y ordenó a las partes buscar, y en la medida de lo posible, presentar varios documentos o explicar las razones por las que se oponían a su presentación¹².
15. En respuesta, la Demandada confirmó que no poseía documentos relacionados con la preparación de la Ley de Reserva que respondieran a la solicitud de las Demandantes. Las Demandantes presentaron un cronograma detallado de documentos que respondían a la solicitud de la Demandada, en el que especificaban su pretensión de privilegio¹³. La Demandada se opuso a la suficiencia de la información divulgada; sin embargo, mediante la Resolución Procesal n.º 2 del 20 de abril de 2011 el Tribunal se negó a formular las demás resoluciones que había solicitado la Demandada por considerar que la solicitud de privilegio que pretendían [las Demandantes] se había formulado adecuadamente¹⁴.
16. El 29 de julio de 2011, las Demandantes, junto con la presentación de su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, solicitaron al Tribunal que invitara a dos personas que presuntamente habían participado en la redacción de la Ley de Inversiones, el embajador Werner Corrales Leal y el Sr. Gonzalo Capriles, a comparecer y testificar en la etapa oral del procedimiento¹⁵. El 22 de septiembre de 2011, tras un intercambio de presentaciones, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 3. Rechazó la solicitud de las Demandantes alegando que, en el marco del Convenio del CIADI, la preparación y presentación de las pruebas es responsabilidad de las partes y no del Tribunal¹⁶.

⁸ Resolución Procesal n.º 1, [8].

⁹ *Ibidem* [15].

¹⁰ *Ibidem* [24].

¹¹ *Ibidem* [36].

¹² *Ibidem* [43].

¹³ Doc. C-19.

¹⁴ La Secretaría del Tribunal envió esta resolución por carta a las partes.

¹⁵ Resolución Procesal n.º 3, [1].

¹⁶ *Ibidem* [14].

3. *Etapas escritas*

17. Conforme al cronograma establecido en la primera sesión, se intercambiaron los siguientes escritos:
- (a) El 6 de mayo de 2011, Venezuela presentó su Memorial sobre Jurisdicción, junto con la opinión legal del Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros.
 - (b) El 29 de julio de 2011, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación, junto con la opinión legal del Prof. Carlos Ayala Corao y el testimonio directo de Kevin Carr, vicepresidente de Impuestos de Tidewater Inc.
 - (c) El 14 de octubre de 2011, Venezuela presentó su Réplica, junto con el informe pericial del Prof. John P. Steines, Jr. y la opinión legal suplementaria del Prof. Urdaneta.
 - (d) El 21 de diciembre de 2011, las Demandantes presentaron su Dúplica, junto con la opinión legal suplementaria del Prof. Ayala y el testimonio suplementario del señor Carr.

4. *Etapas orales*

18. Por acuerdo entre las partes y el Tribunal, se programó una audiencia oral sobre la fase jurisdiccional en la sede del Centro en Washington, D.C., el miércoles 29 de febrero y el jueves 1 de marzo de 2012. Ninguna de las partes, ni tampoco el Tribunal, quiso aprovechar la oportunidad de llamar a ningún testigo o experto a prestar su testimonio oral. Por lo tanto, la audiencia oral consistió en presentaciones realizadas por los abogados de ambas partes conforme a un cronograma acordado, junto con las respuestas de los abogados a preguntas formuladas por el Tribunal.
19. Al cierre de la audiencia, ambas partes confirmaron que no mantenían objeción alguna sobre cualquier aspecto de la evolución de este proceso desde la constitución del Tribunal¹⁷. El Presidente cerró el registro de prueba y el procedimiento oral en la fase jurisdiccional de este arbitraje.
20. Desde entonces, el Tribunal ha deliberado en persona en la ciudad de Washington el viernes 2 de marzo de 2012 y, posteriormente, a través de varios medios de comunicación.

¹⁷ T2/371/12-20. Las referencias a la transcripción siguen el formato T[Día]/[Página]/[Números de renglón]. Las rayas indican rangos de páginas; los guiones, rangos de renglones.

II. ALEGACIONES DE LAS PARTES

A. *Primer fundamento de la jurisdicción: el artículo 22 de la Ley de Inversiones*

1. *Introducción*

21. Las Demandantes sostienen que el artículo 22 constituye un consentimiento abierto a someter las diferencias relativas a inversiones al arbitraje internacional. Venezuela se opone. El texto del artículo 22 establece 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 (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 vigente¹⁸.

22. Venezuela traduce el artículo 22 de la siguiente manera:

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 effect¹⁹.

23. La traducción de las Demandantes es la siguiente:

Controversies that may arise between an international investor, whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and

¹⁸ Doc. EU-01.

¹⁹ Memorial [37] (énfasis suprimido).

protection of investments, or controversies in respect of which the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID) are applicable, shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so establishes, without prejudice to the possibility of using, as appropriate, the contentious means contemplated by the Venezuelan legislation in effect²⁰.

24. Las partes intercambiaron varias presentaciones sobre la interpretación del artículo 22, que se profundizaron en los alegatos orales. Los puntos que son objeto de controversia entre las partes pueden dividirse en cuatro cuestiones:
- (a) el estándar que se aplicará a la interpretación del artículo 22, lo que incluye la relevancia del derecho venezolano e internacional en su interpretación;
 - (b) la interpretación correcta del artículo 22 a la que daría lugar la aplicación de ese estándar;
 - (c) el contexto histórico de la promulgación de la Ley de Inversiones como guía para su interpretación; y
 - (d) la relevancia de la comparación con otros instrumentos que contienen consentimiento al arbitraje internacional, incluidas las leyes de inversiones de otros países y los TBI suscritos por Venezuela.

A continuación se resumen las presentaciones de las partes referidas a cada una de las cuestiones mencionadas:

2. *Estándar de interpretación que se aplicará al artículo 22*

(a) *Alegaciones de Venezuela*

25. Venezuela sostiene que los principios nacionales de interpretación ‘resultan útiles’²¹ en la interpretación de un estatuto venezolano que se considera una manifestación de consentimiento abierto al arbitraje²², como un ‘punto de partida adecuado’²³ en el proceso

²⁰ Memorial de contestación [59] (énfasis suprimido).

²¹ Réplica [21], en que se cita *Mobil* [96].

²² Memorial [41], en que se citan *Zhinvali c. Georgia* [297], *SPP c. Egipto* [61] y ‘Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws’, I. Suárez Anzorena, en *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, Laird y Weiler (JurisNet, 2009), 63 y 79.

²³ T2/266/17.

interpretativo como evidencia de la intención del Estado²⁴. Señala que los principios nacionales exigen que el consentimiento sea ‘claro’, ‘inequívoco’ y ‘expreso’²⁵. Cita una decisión del Tribunal Supremo de Venezuela, que aplicó este estándar y determinó que el artículo 22 no constituía una manifestación de consentimiento abierto al arbitraje²⁶.

26. Sin embargo, la Demandada reconoce que, ‘dado que la cuestión consiste en determinar si el artículo 22 puede servir como consentimiento a los fines del Convenio del CIADI, los principios del derecho internacional también juegan un papel importante’²⁷. En este contexto, se refiere a los principios de interpretación contenidos en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (‘VCLT’). Pero la Demandada se apoya particularmente en los principios rectores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (2006) (‘**principios aplicables a las declaraciones unilaterales de la CDI**’)²⁸, cuyo principio 7 requiere que las declaraciones unilaterales enmarcadas en los principios se enuncien ‘en términos claros y específicos’ y se interpreten de ‘manera restrictiva’, concluyendo que ‘se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló’²⁹.
27. Consecuentemente, Venezuela se apoya en autoridades que indican que el consentimiento debe ser ‘claro, expreso e inequívoco’³⁰, no debe presumirse³¹, debe interpretarse ‘estrictamente’³² y debe ‘manifestarse de manera que no deje duda alguna’³³. Por lo tanto, rechaza la formulación adoptada en ese sentido por el tribunal en el caso *SPP c. Egipto*³⁴. Sostiene que el principio de *effet utile* no puede remediar las carencias en la expresión del consentimiento³⁵ y sólo requiere que el Tribunal rechace una interpretación sin sentido favoreciendo una interpretación coherente, cuando esta última fuera posible³⁶.

²⁴ Réplica [9], en que se cita *Mobil* [120]–[140], *Cemex* [127]–[138] y *Brandes* [113]–[118]; T1/15, en que se cita *Zhinvali c. Georgia*.

²⁵ Memorial [42]–[43], en que se citan varias decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela; T1/16/14-17.

²⁶ Memorial [45]–[46], en que se cita la decisión sobre la solicitud de interpretación, caso n.º 2008-0763, 17 de octubre de 2008, 18, 47–48 (en la traducción al inglés) (Doc. EU-29).

²⁷ T2/267/13-16.

²⁸ UN Doc A/61/10, [177].

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Memorial [31], en que se cita *Plama c. Bulgaria* [198]; Réplica [14]; T1/19–21.

³¹ Memorial [32], en que se cita *Wintershall c. Argentina* [160(3)], [161], [167]; Réplica [15].

³² Memorial [33]; Réplica [16]. Véanse también Memorial [56] y T1/18, en que se cita *ICSID Model Clauses* (Cláusulas modelo del CIADI) (1968), 7 ILM 1159, 1162.

³³ Réplica [26], en que se cita *Brandes* [113].

³⁴ T2/266/7-11.

³⁵ Réplica [38].

³⁶ Réplica [44], en que se cita *Cemex* [114]–[115]; T1/13–14.

28. En resumen, la Demandada sostiene, sin embargo, que existe una ‘lista de factores bastante coherentes’ común a los diversos tipos de instrumentos del consentimiento, concretamente, el texto, el contexto, el propósito y las circunstancias del instrumento, que pueden propiamente aplicarse para interpretar el artículo 22³⁷. A pesar de oponerse a la aplicación del principio de *effet utile*, la Demandada concede que la disposición debe interpretarse de buena fe³⁸.

(b) Alegaciones de las Demandantes

29. Las Demandantes sostienen que, para resolver la cuestión de si el artículo 22 expresa el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI, es preciso analizar, en primer lugar, el Convenio del CIADI para determinar si la declaración puede constituir una manifestación válida del consentimiento de la parte a la jurisdicción del CIADI, y, en segundo lugar, el derecho internacional general, para establecer si el contenido de la declaración expresa dicho consentimiento³⁹. En el marco del derecho internacional, es preciso fijarse específicamente en los principios que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados ‘formulad[a]s dentro del marco y en función de un tratado’⁴⁰. Las Demandantes alegan que dichas declaraciones pertenecen a una categoría distinta de aquellas a las que se refieren los Principios Aplicables de las Declaraciones Unilaterales de la CDI⁴¹. Basándose en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la interpretación de las declaraciones unilaterales de aceptación de la jurisdicción de la Corte, las Demandantes alegan que la declaración ‘debe interpretarse tal cual está, teniendo en cuenta las palabras efectivamente utilizadas’ y ‘de un modo natural y razonable, respetando debidamente la intención del Estado de que se trate’⁴². Esa intención puede deducirse del ‘texto, el contexto, las circunstancias de su preparación y de los objetivos que se pretende alcanzar’⁴³.
30. En consecuencia, las Demandantes respaldan plenamente la formulación adoptada en *SPP c. Egipto*, y concretamente que:

“los instrumentos jurisdiccionales no deben interpretarse en forma restrictiva ni expansiva, sino objetivamente y de buena fe, y se determinará que hay

³⁷ T2/273/15-20.

³⁸ T2/275/1-6.

³⁹ Memorial de Contestación [45], [60]; T2/305-6.

⁴⁰ Memorial de Contestación [61].

⁴¹ T2/308/17-312/21; T2/320/17-321/21, en que se citan los documentos de las Naciones Unidas A/CN.4/L.703 [3] y A/52/10, [204].

⁴² T2/314/8-20, en que se citan el *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co* [105] y el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)* [49]. Véase también T1/143/4-19.

⁴³ T2/314/17-20.

jurisdicción si, y sólo si, la fuerza de los argumentos que militen a su favor es preponderante.”⁴⁴.

Por consiguiente, las Demandantes rechazan el argumento de Venezuela que propone que se debería adoptar un marco de interpretación restrictivo. Igualmente rechazan lo manifestado a tal efecto en *Brandes*⁴⁵ y diferencian casos relativos a cláusulas de la nación más favorecida⁴⁶.

31. Las Demandantes rechazan el apoyo de Venezuela en principios jurídicos internos. Estos sólo son relevantes cuando se refieren a asuntos como la existencia jurídica del estatuto⁴⁷ y, en la medida en que el derecho venezolano requiere una interpretación restrictiva del consentimiento —algo que, según las Demandantes, no es el caso⁴⁸—, el derecho venezolano debe ceder ante el derecho internacional⁴⁹. Las Demandantes sostienen que la *Decisión n.º 1541* del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela fue desacertada y estuvo motivada políticamente, por lo que no debería atribuírsele importancia alguna⁵⁰.
32. Según las Demandantes, esto requiere la aplicación del principio de *effet utile*, que, a su entender, los tribunales en los casos *Mobil* y *Cemex* no aplicaron⁵¹. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su análisis de la intención del Estado redactor en el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, no excluyó el principio⁵². Asimismo, en el *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co.* la Corte reconoció el principio de *effet utile*, pero decidió que las palabras en cuestión se habían incluido *ex abundantia cautela*⁵³, y el principio también se reconoció en el *Caso relativo al derecho de tránsito por territorio indio*⁵⁴.

⁴⁴ Memorial de Contestación [46], [62] y T2/312/10-19, en que se cita *SPP c. Egipto* [63].

⁴⁵ T1/146/4–147/20; T1/153/7-13.

⁴⁶ T1/153/14–154/15.

⁴⁷ Memorial de Contestación [125]; Dúplica [23], en que se citan *Mobil* [96(i)] y *Cemex* [89(a)].

⁴⁸ Memorial de Contestación [130]; Dúplica [24], [25]; T1/156/6–157/21.

⁴⁹ Memorial de Contestación [124], [126]–[128], en que se critica la relevancia que otorga Venezuela a los casos *Zhinvali c. Georgia*, *SPP c. Egipto* y *Cemex*; Dúplica [26]; T1/155/1-11.

⁵⁰ Memorial de Contestación [164]–[174]; T1/157/22–158/16.

⁵¹ Memorial de Contestación [64].

⁵² Memorial de Contestación [66]–[69], en que se cita el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)* [52]; T1/150/9–151/13.

⁵³ Memorial de Contestación [71]; T1/151/14–152/6.

⁵⁴ Memorial de Contestación [72], en que se cita el *Caso relativo al derecho de tránsito por territorio indio* [142].

3. *La correcta interpretación textual del artículo 22*

(a) *Alegaciones de Venezuela*

33. Venezuela sostiene que el artículo 22 es ‘una disposición compuesta que cubre tres tipos de controversias: las derivadas de tratados bilaterales de inversión, las derivadas del Convenio OMGI-MIGA y aquellas derivadas del Convenio CIADI.’⁵⁵ Afirma que no se cumple el requisito del consentimiento ‘por escrito’ establecido en el artículo 25(1) del Convenio. Independientemente del uso imperativo de ‘serán’ en el artículo 22, éste se encuentra sujeto a la condición ‘si así éste lo establece’. Por lo tanto, el artículo 22 ‘solamente reconoce al arbitraje internacional en aquellos casos en donde el tratado o convenio en sí mismo contenga una sumisión obligatoria a arbitraje.’ (como ocurre con algunos TBI y con el Convenio Constitutivo del OMGI (MIGA)⁵⁶. En otras palabras, la condición sólo se satisface si se cumplen todos los requisitos del tratado en cuestión, ‘lo que incluye, en el caso del Convenio del CIADI, el consentimiento separado por escrito’⁵⁷.
34. Dado que no se cumple la condición, no hay ninguna razón para ir más allá del texto del estatuto para determinar la intención de Venezuela en la promulgación del artículo 22⁵⁸, y las Demandantes buscan constituir el consentimiento al arbitraje por referencia a otro documento (el Convenio del CIADI), que no proporciona más que un conjunto de normas que deben aplicarse cuando ya existe el consentimiento⁵⁹. Venezuela rechaza el argumento de las Demandantes de que la palabra ‘así’ en ‘si así éste lo establece’ se refiere a una ‘infraestructura o marco del arbitraje internacional’ y rechaza la ‘brecha lógica’ que existe entre interpretar ‘así’ para referirse a la sumisión al arbitraje internacional y concluir que ‘la sumisión a arbitraje internacional quiere decir disponer el arbitraje internacional para la resolución de controversias’⁶⁰.
35. En la medida en que el principio de *effet utile* requiere que el Tribunal adopte una interpretación que dé sentido a la cláusula, Venezuela sostiene que el propósito del artículo 22 es el de reconocer los compromisos internacionales existentes y, de ese modo, evitar la tergiversación⁶¹, propósito que cumplen otros artículos del mismo estatuto⁶²,

⁵⁵ Memorial [38].

⁵⁶ Memorial [39]; Réplica [30]–[32]; T1/26/19-21 & T1/27/12-14.

⁵⁷ T1/24/7-12.

⁵⁸ Réplica [20].

⁵⁹ Réplica [34].

⁶⁰ Réplica [35-36], en que se cita el Memorial de Contestación [84].

⁶¹ Réplica [44], en que se cita *Cemex* [114]–[115]; T1/14/6-16, en que se cita *Cemex*; T1/32/11–33/4, en que se cita *Biwater Gauff c. Tanzania*.

⁶² T1/30/20-32/3.

además de dejar claro que los inversionistas conservan el derecho de recurrir a la jurisdicción interna de Venezuela (en virtud de la última oración)⁶³. En este sentido, Venezuela reconoce que las primeras dos categorías (referidas a los TBI y al Convenio Constitutivo del OMGI (MIGA) y la tercera (referida al Convenio del CIADI) tienen propósitos diferentes: las primeras dos reconocen la existencia de consentimientos abiertos, mientras que la tercera reconoce el compromiso de Venezuela de someterse a arbitraje en el marco del Convenio del CIADI sólo cuando existe un instrumento independiente del consentimiento (como un contrato de concesión)⁶⁴. Sin embargo, Venezuela sostiene que el artículo 22 trata a las tres categorías del mismo modo, en el sentido de que en cada caso el artículo reconoce las obligaciones contenidas en el tratado en cuestión⁶⁵. Por último, Venezuela sostiene que su interpretación es coherente con los artículos 18, 21 y 23⁶⁶.

(b) Alegaciones de las Demandantes

36. Las Demandantes se centran en la parte del artículo 22 que se refiere a la ‘cláusula CIADI’⁶⁷. Se reconoce que la primera parte de la cláusula (‘las controversias respecto de las cuales sean aplicables las [disposiciones del Convenio del CIADI]’) se refiere a la competencia *ratione personae* y *materiae* que se han cumplido⁶⁸. El término ‘serán’ comprende un mandato (pese a la comparación ‘falaz’ con el artículo 23 que hace Venezuela⁶⁹). El término ‘éste’ se refiere al sustantivo ‘tratado o acuerdo’ —en este contexto, el Convenio—, de modo que ‘así... lo’ se refiere a la ‘acción del verbo anterior’, es decir, la sumisión a arbitraje⁷⁰. Por consiguiente, el modificador ‘si así éste lo establece’ significa ‘si [el respectivo tratado o acuerdo] establece [la sumisión a arbitraje internacional]’⁷¹. El meollo de la interpretación de las Demandantes es el argumento de que ‘establecer’ la sumisión significa disponer el arreglo de las diferencias a través del arbitraje internacional⁷². Según las Demandantes, la interpretación de Venezuela requiere que la cláusula se lea de tal manera que signifique ‘si el Convenio del CIADI establece el consentimiento’⁷³. Ello es insostenible, debido a que a) el término ‘consentimiento’ no aparece en ninguna parte de la cláusula

⁶³ Réplica [45].

⁶⁴ T1/121/7-20.

⁶⁵ T1/123/5-8.

⁶⁶ T1/43/2-46/16.

⁶⁷ T1/160/1-6.

⁶⁸ T1/161/3-8.

⁶⁹ T1/161/14, T1/162/3-163/13.

⁷⁰ Memorial de Contestación [84]

⁷¹ T1/164/1-7.

⁷² Memorial de Contestación [84]; Réplica [33]–[38].

⁷³ T1/164/14-17.

anterior⁷⁴ y b) si ‘la sumisión a arbitraje internacional’ (la frase a la que el término ‘si así éste lo establece’ nos remite) abarcara la noción de consentimiento, ninguno de los tratados enumerados reuniría los requisitos necesarios⁷⁵: el Convenio del CIADI no puede contener el consentimiento de un Estado⁷⁶, y ni el Convenio del CIADI ni ninguno de los otros tratados pueden contener tanto el consentimiento de un Estado como el de un inversionista, ambos de los cuales son necesarios⁷⁷.

37. La interpretación de Venezuela priva de efecto útil al artículo, en violación del principio de *effet utile*⁷⁸. El Convenio del CIADI no contiene una obligación de someterse al arbitraje sin un instrumento de consentimiento por separado, por lo que no existe en dicho documento cualquier obligación que pueda invocarse⁷⁹. En cualquier caso, limitarse a invocar y confirmar obligaciones existentes no constituye un efecto útil, debido a que el principio de *effet utile* requiere un efecto *jurídico*⁸⁰. Por último, el planteamiento de Venezuela equivale a imponer una carga de la prueba que no es compatible con un planteamiento neutral en la interpretación de dichas cláusulas⁸¹. Las Demandantes sugieren que los ‘legisladores racionales’ presuntamente no esperaban tener un resultado contraproducente⁸² y que la presunción de buena fe ‘excluye una interpretación que torne ineficaz la disposición legal y dé a los destinatarios de la disposición la ilusión de que ésta les otorga un derecho o beneficio’⁸³.
38. La última oración en la que se dispone la jurisdicción venezolana, ‘confirma que el Artículo 22 estaba destinado a tener efectos útiles,’⁸⁴. No puede haber tenido el propósito de renunciar a instrumentos más allá del artículo 22, dado que ello habría sido ilógico e ineficaz (en el caso de los tratados internacionales a los que no se pueden renunciar por medio de estatutos internos)⁸⁵.

⁷⁴ Memorial de Contestación [132]; T1/164/21-165/3.

⁷⁵ Réplica [37].

⁷⁶ T1/165/11-16.

⁷⁷ T1/166/13-17.

⁷⁸ Memorial de Contestación [132]; Réplica [41]–[45].

⁷⁹ T1/172/8-12.

⁸⁰ Memorial de Contestación [136]–[140], en que se cita *Biwater Gauff c. Tanzania* [329] y *Cemex* [115]; T1/172/13-21.

⁸¹ Memorial de Contestación [161], en que se cita el *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (España c. Canadá)* [38]; Réplica [64].

⁸² T1/148/13-15.

⁸³ T1/148/19-149/2.

⁸⁴ Memorial de Contestación [87].

⁸⁵ Réplica [39]–[40]; T1/168/16–170/2.

4. *El contexto histórico de la promulgación de la Ley de Inversiones*

(a) *Alegaciones de Venezuela*

39. Venezuela sostiene que la interpretación de las Demandantes es irreconciliable ‘con los antecedentes históricos de la ley y con las actitudes predominantes en Venezuela hacia el arbitraje internacional en general, y sobre arbitraje estatal en particular’⁸⁶. Menciona el hecho de que el presidente Chávez, quien también promulgó la Ley de Inversiones, propuso que no se previera el arbitraje en la Constitución en el caso de los contratos de interés público⁸⁷, y cita una instrucción y un decreto dictados por el presidente Chávez en los que se limita el arbitraje de diferencias relativas a contratos de interés público⁸⁸. Rechaza el argumento de las Demandantes según el cual, dado que Venezuela adoptó medidas ‘favorables al arbitraje’ en la época en la que se promulgó la Ley de Inversiones, el artículo 22 debe de ser una expresión de consentimiento⁸⁹. Asimismo, se opone a que Demandantes se apoyen en el artículo 258 de la Constitución, en el que, según afirma, sólo se promueve una serie de mecanismos de resolución de diferencias y no exige la sumisión al arbitraje, y mucho menos al arbitraje internacional⁹⁰. Venezuela sostiene que, a pesar de que no se adoptó la iniciativa del presidente Chávez, el artículo 151 de la Constitución, junto con otros factores, demuestra una actitud hostil continuada hacia el arbitraje internacional⁹¹.
40. Venezuela se refiere al mandato para negociar nuevos TBI que figura en el artículo 5 de la Ley de Inversiones, afirma que el acto de interpretar el artículo 22 como si manifestara un consentimiento abierto no es consecuente con la política venezolana de negociar la protección recíproca de las inversiones⁹², y sugiere que, si el artículo 22 hubiera previsto tener ese efecto, se habría promocionado a tales efectos ante los inversionistas internacionales en aquella época, como ocurrió en *SPP c. Egipto*⁹³. Por lo tanto, no hay motivos para sugerir que Venezuela se haya propuesto ‘engañar’ a los inversionistas haciéndolos pensar que el Estado había consentido unilateralmente al arbitraje⁹⁴.
41. Venezuela sostiene que las declaraciones del Sr. Corrales sobre la redacción y el significado de la Ley de Inversiones no proporcionaron motivo alguno para concluir que el artículo 22

⁸⁶ Memorial [47]; Réplica [25], que se basa en *Brandes* [100]–[105]; T1/64/5-8, 65/4-8.

⁸⁷ Memorial [52], en que se cita el dictamen de Urdaneta [21].

⁸⁸ Memorial [53]–[54], en que se cita la Instrucción n.º 4, artículos 1-4, y Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 11-13; T1/66/6-10.

⁸⁹ Réplica [48], [56].

⁹⁰ T2/262/6-9.

⁹¹ Réplica [50]–[56]; T2/262/17-22.

⁹² T1/50/2-16.

⁹³ T1/52/3-15.

⁹⁴ T2/260/11-17.

constituía un consentimiento abierto al arbitraje⁹⁵. Venezuela aduce que las ‘opiniones’ del Sr. Corrales fueron elaboradas *ex post facto* en beneficio de inversionistas como las Demandantes⁹⁶, y que dichos puntos de vista no pueden equipararse a la intención de los legisladores⁹⁷ ni tampoco fueron necesariamente las adoptadas por los legisladores⁹⁸. Asimismo, Venezuela se remite a las opiniones contrarias de otros comentaristas⁹⁹.

(b) Alegaciones de las Demandantes

42. Las Demandantes nos remiten a varios hechos ocurridos durante la época en que se promulgó la Ley de Inversiones que demuestran un cambio en las actitudes venezolanas en torno a la promoción de la inversión extranjera y la protección de los inversionistas, incluso mediante la posibilidad de acceder al arbitraje¹⁰⁰. Asimismo, se basan en el respaldo que se otorga al arbitraje en el artículo 258 de la Constitución¹⁰¹. Sostienen que la interpretación del artículo 22 elaborada por Venezuela sugiere que ésta alentaba la ‘ilusión’ de que consentía a la jurisdicción del CIADI, ‘una actitud engañosa [que] es la antítesis de la buena fe’¹⁰².
43. Las Demandantes se basan en las declaraciones del Sr. Corrales donde los redactores (él y el Sr. Capriles) consideraban que el artículo 22 constituía una manifestación de consentimiento abierto al arbitraje¹⁰³ y que esta intención fue ‘discutida y aprobada’ en dos reuniones del Ministerio de Economía y en una del Gabinete en pleno¹⁰⁴. Las Demandantes afirman que las declaraciones del Sr. Corrales son pertinentes, dado que Venezuela no ha presentado cualquier otra prueba contemporánea o *travaux préparatoires*¹⁰⁵, y que, por lo tanto, estas opiniones son la ‘única prueba de que se dispone’¹⁰⁶. Las Demandantes sugieren que en *Mobil* y en *Cemex* se rechazó esta evidencia debido únicamente a que las declaraciones se llevaron a cabo después del inicio de aquellos procedimientos y a que las Demandantes al parecer no le habían pedido [al Señor Corrales] que testificara¹⁰⁷.

⁹⁵ Réplica [25], en que se cita *Brandes* [103].

⁹⁶ T1/56/6-9.

⁹⁷ Réplica [59]–[65]; T1/56/17-20, 57/15-17, 58/1-3.

⁹⁸ T1/60/13-22.

⁹⁹ Réplica [67], [70], [71]; T1/55/15–56/3, T1/58/9-15.

¹⁰⁰ Memorial de Contestación [88]–[93], [142]–[147]; Réplica [49]–[56]; T1/177/9-18.

¹⁰¹ T1/177/19-22.

¹⁰² T1/187/4-9.

¹⁰³ Memorial de Contestación [95]–[98].

¹⁰⁴ Memorial de Contestación [98]; Réplica [57]–[58]; T1/175/16-21.

¹⁰⁵ Memorial de Contestación [99]; Réplica [59].

¹⁰⁶ T1/180/7-10.

¹⁰⁷ Réplica [58].

5. *La relevancia de otros instrumentos como puntos de comparación*

(a) *Alegaciones de Venezuela*

44. Venezuela contrasta el artículo 22 con varias cláusulas modelo de arbitraje¹⁰⁸, otras leyes internas de inversiones¹⁰⁹ y los TBI venezolanos¹¹⁰, todos los cuales contienen el consentimiento al arbitraje, para demostrar que el artículo 22 no contiene dicho consentimiento. Venezuela sostiene que, aunque no existe ‘una redacción mágica para expresar el consentimiento’¹¹¹, estos puntos de comparación muestran que, si Venezuela hubiera tenido la intención de que el Artículo 22 produjera ese efecto, habría elegido una de las formulaciones comunes con las que Venezuela ya está familiarizada¹¹², y no la ‘redacción confusa y ambigua del artículo 22’¹¹³. Además, si el objetivo del artículo 22 tenía previsto constituir un consentimiento, los redactores habrían definido el alcance de dicho consentimiento¹¹⁴.

(b) *Alegaciones de las Demandantes*

45. Las Demandantes rechazan que Venezuela se fundamente en las cláusulas modelo de 1968, debido a que se han borrado las palabras relevantes de la última versión y a que una cláusula modelo no sirve de guía para la interpretación del artículo 22¹¹⁵. Asimismo rechazan las demás comparaciones de Venezuela, puesto que ‘los parámetros tienen estructuras completamente diferentes a la del Artículo 22’ y nada nos dicen sobre el significado del artículo 22¹¹⁶. El argumento de que Venezuela sabía cómo redactar una cláusula de consentimiento en 1999 es improcedente, dado que pasa por alto el hecho de que el consentimiento puede formularse de las formas más variadas y presupone una correspondencia entre los estatutos internos y los TBI¹¹⁷.

¹⁰⁸ Memorial [57]–[60]; T1/39/2-6, en que se cita el modelo de TBI de Estados Unidos y T1/40/16–41/7, en que se cita la ley de inversiones modelo del Grupo de Trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

¹⁰⁹ Memorial [61]–[64]; T1/39/7-20, en que se cita la Ley de Inversiones de Albania en *Tradex c. Albania*; T1/41/8-18, en que se cita el Código de Inversiones de la República Centroafricana.

¹¹⁰ Memorial [66]–[68]; T1/34/22–36/5.

¹¹¹ Réplica [13].

¹¹² Memorial [72]; Réplica [22], basada en *Mobil* [139]–[140]; T1/48/10-13.

¹¹³ Réplica [24], en que se cita *Brandes* [92].

¹¹⁴ T1/42/8-22, en que se cita el TBI Venezuela-Barbados.

¹¹⁵ Memorial de Contestación [121]; Réplica [19].

¹¹⁶ Memorial de Contestación [150]; Réplica [68]–[69].

¹¹⁷ Memorial de Contestación [153].

B. Segundo fundamento de la jurisdicción: el TBI con Barbados

1. *Introducción*

46. El segundo fundamento de la jurisdicción que invocan las Demandantes se basa en el TBI con Barbados. Si el Tribunal concluye que tiene jurisdicción en virtud del artículo 22 de la Ley de Inversiones, entonces tendría competencia sobre la diferencia en su totalidad que las Demandantes presentaron en su Solicitud de Arbitraje, independientemente del efecto del TBI con Barbados. No obstante, si el Tribunal concluye que sólo tiene competencia en virtud del TBI con Barbados, quedarían excluidas del ámbito de su competencia las pérdidas sufridas por las filiales de Tidewater, Point Marine, L.L.C, Twenty Grand Marine Service L.L.C., Jackson Marine L.L.C. y Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C., incluidos los buques y los activos incautados a dichas empresas (excepto en la medida en que dichas pérdidas causaran daños que pudieran ser propiamente objeto de reclamación por parte de las Demandantes en el marco del Tratado)¹¹⁸. Sin embargo, la determinación de las pérdidas respecto de las cuales el Tribunal tiene competencia es una cuestión que se analizará en la etapa de este procedimiento sobre el fondo del asunto. El Tribunal no expresa una opinión sobre de esta cuestión en esta etapa, simplemente se limita a tomar nota de ella con el fin de poner en contexto las excepciones a la jurisdicción formuladas por Venezuela.
47. Venezuela reconoce que lo dispuesto en el artículo 25 se cumple *prima facie* mediante la invocación de las Demandantes del TBI con Barbados, pero alega que al hacerlo están cometiendo un ‘abuso de tratado’ y que, por lo tanto, no debería permitírseles invocar el TBI. Venezuela señala que el grupo Tidewater fue reestructurado para incorporar a Tidewater Barbados en la cadena de propiedad con el único propósito de establecer la jurisdicción del CIADI con respecto a una diferencia que ya existía en el momento de la reestructuración o a modo de preparación para futuros litigios. A continuación se resumen las presentaciones de las partes.

2. *El concepto de abuso de tratado*

(a) *Alegaciones de Venezuela*

48. Venezuela se apoya en el concepto de ‘abuso de derecho’ en el derecho internacional¹¹⁹ y en seis laudos del CIADI para extraer varios factores que pueden tenerse en cuenta para

¹¹⁸ Ver la Solicitud de Arbitraje [61].

¹¹⁹ Memorial [80]; véase también [113], en que se cita la obra *The Development of International Law by the International Court*, Hersch Lauterpacht (Frederick A. Praeger, 1958), 164.

determinar si se denegará la jurisdicción por este motivo. Venezuela resume la relevancia de estas decisiones de la siguiente manera:

- i) *Banro American Resources c. República Democrática del Congo*: Canadá no es parte de la Convención, pero Estados Unidos sí lo es. Después de que Congo revocara los decretos mediante los cuales se aprobaba la concesión que estaba en manos de una subsidiaria de Banro (empresa canadiense), esta última transfirió sus acciones en la subsidiaria a una filial de Estados Unidos. El tribunal desestimó la jurisdicción a pesar de que técnicamente se cumplían los requisitos del artículo 25¹²⁰.
- ii) *Autopista c. Venezuela*: El tribunal se basó en los siguientes factores clave para reconocer la jurisdicción: i) la entidad destinataria de la transferencia había sido creada ocho años antes; ii) la destinataria de la transferencia no era tan sólo una sociedad ficticia, sino que efectivamente llevaba a cabo operaciones comerciales; iii) la demandante había solicitado y obtenido la aprobación del Estado, y iv) la demandante tenía una justificación comercial razonable para la transferencia¹²¹.
- iii) *Tokios Tokelés c. Ucrania*: La jurisdicción del CIADI puede denegarse en circunstancias en las que un inversionista crea una empresa ficticia con el único propósito de acceder al arbitraje en el marco del TBI¹²².
- iv) *Aguas del Tunari c. Bolivia*: Si bien la mayoría de los miembros del Tribunal reconoció que la forma societaria podía ser objeto de abuso, concluyó que no era el caso, dado que i) la entidad no era una mera sociedad ficticia creada para obtener jurisdicción; ii) la empresa mixta se reestructuró de manera tal que ninguna de las partes poseía un control exclusivo; iii) la entidad tenía una cartera de ocho contratos y operaciones reales, y iv) la reestructuración se planificó y ejecutó antes de los hechos que dieron lugar a la controversia¹²³.
- v) *Phoenix Action c. República Checa*: La reestructuración en cuestión fue una ‘mera redistribución de activos’ dentro de la misma familia con el objeto de obtener acceso a una jurisdicción a la que el inversionista original no tenía derecho¹²⁴. El Tribunal estableció una distinción entre estructurar una inversión desde el principio con el objeto de beneficiarse de la protección de un tratado y reestructurar *a posteriori*

¹²⁰ Memorial [81].

¹²¹ Memorial [92].

¹²² Memorial [95].

¹²³ Memorial [106].

¹²⁴ Memorial [117], en que se cita a *Phoenix Action* [140], [143].

para obtener protección¹²⁵. Venezuela señala, en línea con el argumento de Zachary Douglas, que si ‘el propósito objetivo de la reestructuración era el facilitar el acceso a un tribunal de inversión conforme a un tratado respecto de una reclamación que estaba dentro de lo razonablemente contemplado por el inversionista’, entonces el reclamo sería inadmisibles¹²⁶.

vi) *Mobil c. Venezuela*: Si una reestructuración constituía una ‘planificación empresarial legítima’ o un ‘abuso de derecho’ dependía de las circunstancias¹²⁷, y la reestructuración con el propósito de obtener acceso a la jurisdicción respecto de ‘diferencias preexistentes’ constituye un abuso¹²⁸.

49. En cuanto al momento que da origen a la controversia —que es un punto de referencia temporal importante para decidir si existe o no abuso de derecho—, Venezuela adopta la prueba propuesta por la Corte Internacional de Justicia en *Concesiones Mavrommatis en Palestina* según la cual una controversia es ‘un desacuerdo en un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses’¹²⁹ y debe surgir de ‘una situación en la que ambas partes sostienen claramente posiciones encontradas respecto del cumplimiento o incumplimiento de algunas obligaciones contenidas en un tratado’¹³⁰. El *Caso del acuerdo de sede* demuestra que la existencia de una controversia ‘de ninguna manera requiere que una decisión controvertida ya deba haber sido implementada’ si existen ‘actitudes opuestas’¹³¹. Conforme a lo establecido en el *Caso del derecho de tránsito por territorio indio*, el tribunal debe analizar la ‘fuente de la disputa, es decir, los hechos que constituyen su ‘verdadera causa’¹³². Basándose en *Lucchetti*, *Vieira* y *ATA*, Venezuela sostiene que cuando ‘dos’ controversias tienen la misma materia y el mismo origen o la misma causa, se trata de la misma controversia¹³³.

50. Por lo tanto, Venezuela sostiene que se ha cometido un abuso de tratado cuando la inversión se transfiere a una empresa ficticia para obtener jurisdicción respecto de una controversia *existente* o en anticipación de una controversia *previsible*, sobre todo cuando se

¹²⁵ T2/280/16-22.

¹²⁶ Memorial [117], en que se cita *The International Law of Investment Claims*, de Zachary Douglas (Cambridge UP, 2009), 870.

¹²⁷ Memorial [119], en que se cita *Mobil* [191].

¹²⁸ Memorial [120], en que se cita a *Mobil* [205].

¹²⁹ Réplica [108], en que se cita *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 11.

¹³⁰ Réplica [109], en que se cita el *Caso relativo a la interpretación de los tratados de paz*, 74.

¹³¹ Réplica [110], en que se cita el *Caso relativo al acuerdo referido a la sede* [42]–[43].

¹³² Réplica [111], en que se cita el *Caso relativo al derecho de tránsito por territorio indio*, 35.

¹³³ T1/86/16-21, en que se cita *Lucchetti* [50], T1/88/13-19, en que se cita *ATA c. Jordania* [102], T1/90/1–T1/91/4, en que se cita *Vieira* [266]–[303].

realizó una ‘reorganización dentro de la empresa’ con el fin de obtener acceso al CIADI, y no como una ‘inversión de buena fe’¹³⁴.

51. De los casos citados, Venezuela deduce los siguientes factores para demostrar que la controversia respecto de la cual se solicita la jurisdicción del Tribunal era previsible en el momento de la reestructuración de Tidewater, que la reestructuración se llevó a cabo en anticipación de dicha controversia y que, por lo tanto, las Demandantes pretenden abusar del TBI: i) la cronología de la reestructuración; ii) el hecho de que Tidewater Investment es una empresa ficticia que no realiza, o realiza pocas, operaciones comerciales; iii) la falta de una explicación comercial razonable que justifique la reestructuración, lo que significa que no realizaron una ‘inversión de buena fe’, y iv) el hecho de que no se obtuvo el consentimiento del Estado receptor¹³⁵.

(b) Alegaciones de las Demandantes

52. Las Demandantes sostienen que no tiene nada de objetable que un inversionista, al estructurar sus inversiones, tenga en cuenta la protección que brindan los tratados de inversión¹³⁶ y que no hay razones para imponer nuevos requisitos de nacionalidad ‘extraños al Tratado’¹³⁷. Las Demandantes no aceptan el principio en el que se basa Venezuela de que llevar a cabo una reestructuración para obtener protección respecto a una controversia prevista constituye abuso de tratado¹³⁸.
53. Cuestionan el apoyo que Venezuela busca en los casos citados, así como el conjunto de factores que Venezuela deduce de ellos. Al respecto, señalan que, en *Banro* la controversia surgió antes de la reestructuración¹³⁹; en *Autopista*, el tribunal se centró en el ‘control ficticio’¹⁴⁰; en *Tokios Tokelés*, el tribunal rechazó la imposición de requisitos adicionales de nacionalidad¹⁴¹; en *Aguas del Tunari*, el tribunal rechazó el argumento de Bolivia que la reestructuración era un mecanismo fraudulento y aceptó que era legítimo que un inversionista tuviera en cuenta la existencia de un TBI al elegir la jurisdicción en la que se establecería¹⁴²; en *Phoenix Action*, el tribunal sólo señaló que la reestructuración no puede

¹³⁴ T1/73/19-22, T1/74/5-10.

¹³⁵ T1/74/8-10, 15-20.

¹³⁶ Memorial de Contestación [191], que se basa en *Aguas del Tunari* [332], *Phoenix Action*[94]–[95] y *Mobil* [204]; Réplica [102]–[103]; T1/204/14, T2/369/1-7.

¹³⁷ Memorial de Contestación [239]–[252].

¹³⁸ Memorial de Contestación [231].

¹³⁹ Memorial de Contestación [198]; Réplica [108].

¹⁴⁰ Memorial de Contestación [203]; Réplica [109].

¹⁴¹ Memorial de Contestación [209]; Réplica [110].

¹⁴² Memorial de Contestación [215]; Réplica [111]; T1/213/10-17.

llevarse a cabo ‘después de que los daños ha[yan] ocurrido’¹⁴³, y en *Mobil*, el tribunal aceptó que la reestructuración destinada a obtener protección contra futuras diferencias es legítima¹⁴⁴.

54. Las Demandantes reconocen que el Tribunal debe examinar si se ha violado el principio de buena fe del derecho internacional e identifican tres factores que se utilizaron en *Phoenix Action* para demostrar que dicho principio se había violado: la cronología de la inversión, la naturaleza de la transacción y la actividad económica prevista¹⁴⁵.
55. En cuanto a la cuestión de si la diferencia entre las partes ya existía antes de la reestructuración, las Demandantes adoptan la definición de ‘controversia’ formulada en *Mavrommatis*, de la que también se sirve Venezuela¹⁴⁶, pero destacan que ‘una controversia no puede surgir hasta que todos sus elementos constitutivos han llegado a existir’¹⁴⁷ y que ‘[se] debe demostrar que el reclamo de una parte se opone positivamente a la otra’¹⁴⁸. Señalan que los casos *Lucchetti*, *ATA* y *Vieira* son diferentes con respecto a los hechos y, por lo tanto, son irrelevantes para el análisis del Tribunal¹⁴⁹.

3. Aplicación de los hechos del presente caso

(a) Alegaciones de Venezuela

56. Venezuela sostiene que, si se aplican los factores que ha identificado, se llega a la conclusión de que la conducta de las Demandantes constituye un abuso del TBI con Barbados. Venezuela define la ‘controversia’ en cuestión como ‘una controversia acerca de la necesidad de garantizar la continuidad del servicio prestado por SEMARCA a pesar de las... cuentas pendientes’¹⁵⁰. Un aspecto secundario de la controversia se refería a la posición de los empleados de SEMARCA, a los que SEMARCA dejó de pagar a finales del 2008 y que PDVSA comenzó a pagar directamente¹⁵¹.
57. Venezuela se basa en los siguientes hechos para establecer que la controversia ya existía o, al menos, podía preverse razonablemente cuando la reestructuración se llevó a cabo:

¹⁴³ Memorial de Contestación [219], en que se cita *Phoenix Action*[86]; Réplica [112]; T1/205/12-13, T1/206/5-18.

¹⁴⁴ Memorial de Contestación [228], en que se cita *Mobil* [204]; Réplica [113].

¹⁴⁵ T1/207/11-16.

¹⁴⁶ Memorial de Contestación [237], fn 543; T1/234/15-22.

¹⁴⁷ Réplica [91], en que se cita el *Caso relativo al derecho de tránsito por territorio indio*, 34; T1/238/7-22.

¹⁴⁸ Réplica [90], en que se cita el *Caso relativo al acuerdo referido a la sede* [35]; T1/236/9-21.

¹⁴⁹ T1/241/4-22.

¹⁵⁰ T1/75/6-11.

¹⁵¹ T1/92/8-11.

- i) la Ley de Hidrocarburos de 2001 requería la continuidad de las operaciones de SEMARCA¹⁵²;
 - ii) a finales del 2008 y principios del 2009, PDVSA se había retrasado en el pago de sus cuentas por pagar¹⁵³;
 - iii) PDVSA solicitó a todos los proveedores y contratistas, incluida SEMARCA, que renegociaran sus contratos de servicios¹⁵⁴;
 - iv) SEMARCA y otros proveedores se negaron a reducir sus tarifas¹⁵⁵;
 - v) en enero de 2009, los trabajadores bajo la administración de PetroSucre tomaron la plataforma de perforación Ensco 69 en respuesta a la decisión de Ensco International de cerrar la plataforma hasta que se regularizaran los pagos atrasados y en reiteradas ocasiones se advirtió a las empresas de servicios que Venezuela no permitiría que el sector quedase paralizado¹⁵⁶;
 - vi) SEMARCA y los demás proveedores dejaron de pagar los sueldos acumulados¹⁵⁷ y el Sr. Mikael Jacob, gerente general de SEMARCA, se negó a extender los contratos con PDVSA, a menos que se cumplieran las exigencias de SEMARCA, y el 30 de abril de 2009 afirmó que la situación había llegado a un ‘punto de ruptura’¹⁵⁸;
 - vii) según el Ministro de Energía y Petróleo, los proveedores estuvieron amenazando con abandonar Venezuela con sus equipos¹⁵⁹, y se promulgó la Ley de Reserva para garantizar la continuidad del servicio¹⁶⁰.
58. Venezuela señala que antes del 9 de marzo de 2009 (que es cuando se finalizó la reestructuración) existía un ‘conflicto de intereses’ entre las Demandantes, que reclamaban el pago de los servicios prestados, aunque ello implicase la interrupción del servicio, y Venezuela, que pretendía garantizar la continuidad del servicio¹⁶¹. Por lo tanto, sostiene Venezuela que cuando se llevó a cabo la reestructuración ya existía una controversia, dado que la Ley de Reserva era la continuación de la controversia que se había originado

¹⁵² T1/75/12-19.

¹⁵³ Memorial [11]–[13].

¹⁵⁴ Memorial [13]–[15].

¹⁵⁵ Réplica [73].

¹⁵⁶ Memorial [16], T1/77/2-5, T1/103/10-16.

¹⁵⁷ Memorial [15].

¹⁵⁸ Réplica [76].

¹⁵⁹ Memorial [18].

¹⁶⁰ T1/83/2-7, en que se cita el Doc. R-41.

¹⁶¹ T1/82/17-22.

anteriormente en torno al pago de facturas y la continuidad de los servicios¹⁶² y la situación de los trabajadores de SEMARCA¹⁶³. Basándose en *Lucchetti*, y *ATA*, Venezuela sostiene que cuando ‘dos’ controversias tienen la misma materia y el mismo origen o la misma causa, se trata de la misma controversia¹⁶⁴.

59. Venezuela sostiene que, aunque ello no fuera así, la reestructuración se llevó a cabo en anticipación de posibles procedimientos de arbitraje¹⁶⁵ y que la perspectiva de que el gobierno tomara medidas indujo a las Demandantes a reestructurar su inversión para obtener la protección del tratado, de la que habían prescindido sin inconvenientes durante los últimos 50 años¹⁶⁶.
60. Venezuela se basa en la cadena de comunicaciones privilegiadas relacionadas con la reestructuración, que las Demandantes se han negado a revelar por razones de privilegio, e infiere por el hecho de que la cadena fue iniciada por el Sr. Jacob¹⁶⁷ y de que (en un principio) se procuró obtener el asesoramiento de abogados venezolanos con experiencia en materia de arbitraje y compensación por motivos de expropiación, y no de abogados especializados en derecho tributario¹⁶⁸, que la reestructuración se había efectuado previendo una posible controversia con Venezuela¹⁶⁹. También se basa en el hecho de que no se presentó ningún documento que demostrara las razones comerciales de la reestructuración¹⁷⁰.
61. Así pues, Venezuela sostiene que no se identificó ninguna razón comercial legítima para llevar a cabo la reestructuración que no fuera la de obtener protección contra un riesgo previsible de nacionalización o ‘medidas del Gobierno’¹⁷¹. Venezuela alega que el motivo fiscal en la creación de Tidewater Barbados no es creíble, debido a que existe una coincidencia en la cronología (cinco años después de la promulgación del estatuto estadounidense que, según se afirma, sirvió de aliciente para realizar una reestructuración fiscal y décadas después de que se estableció la estructura corporativa original)¹⁷², y debido a que para obtener la supuesta ventaja impositiva sólo era necesario que una empresa

¹⁶² Réplica [107]–[117], T1/93/19.

¹⁶³ T1/92/8–T1/93/18.

¹⁶⁴ T1/86/16-21, en que se cita *Lucchetti* [50] y T1/88/13-19, en que se cita *ATA c. Jordania* [102]. Venezuela también se basa en *Vieira* en [266]–[303] (T1/90/1).

¹⁶⁵ Réplica [121]–[122], T1/98/21-22. Véase el factor i), supra.

¹⁶⁶ T2/282/15-17.

¹⁶⁷ T1/103/5-9.

¹⁶⁸ Réplica [93], T1/104/3-6.

¹⁶⁹ Réplica [79]. Véanse los factores i) y iii), supra.

¹⁷⁰ T1/102/22–T1/103/2.

¹⁷¹ T1/105/1-3, T1/105/16–106/1.

¹⁷² Réplica [91].

extranjera intermediara entre Tidewater Inc. y SEMARCA, propósito que ya cumplía Tidewater Marine (empresa de las Islas Caimán)¹⁷³.

62. Por lo tanto, Venezuela cuestiona el argumento formulado por las Demandantes de que su continuada inversión en el país era inconsistente con la expectativa de expropiación y litigio, y sugiere que los adelantos en efectivo en los que se fundamentan las Demandantes no eran inversiones verdaderas, sino tan sólo ‘transferencias estrictamente necesarias para mantener un nivel mínimo de operaciones’¹⁷⁴, y que las otras supuestas inversiones se quedaron en planes¹⁷⁵ o tenían que ver con proyectos no relacionados¹⁷⁶.
63. Venezuela aduce que Tidewater Barbados es una corporación de conveniencia que presuntamente realiza un mínimo de inversiones y operaciones, y no ‘desarrolla ninguna actividad económica real en Barbados’¹⁷⁷. Por lo tanto, no cumple el objeto y fin del TBI, que consiste en promover el desarrollo económico de las partes contratantes¹⁷⁸.
64. Aunque Venezuela reconoce que en este caso (a diferencia de lo que sucede en *Aguas del Tunari* y *Autopista*) la reestructuración no requería el consentimiento del Estado, es pertinente señalar que las Demandantes no solicitaron autorización y ocultaron la reestructuración del Estado¹⁷⁹.
65. Por lo tanto, Venezuela sostiene que la reestructuración de Tidewater no se realizó de buena fe y señala el hecho de que Tidewater Barbados fue creada poco tiempo antes de que se iniciara el reclamo, que la reestructuración se llevó a cabo por razones claramente relacionadas con un eventual procedimiento de arbitraje, y que las Demandantes crearon una ficción jurídica para acceder al arbitraje internacional, al que no tenían derecho¹⁸⁰.

(b) Alegaciones de las Demandantes

66. Las Demandantes sostienen que no se generó ninguna controversia antes de que Venezuela adoptara la Ley de Reserva, dado que las Demandantes no habían sido advertidas de que si se negaban a firmar un nuevo contrato con PDVSA, el Estado procedería a la expropiación¹⁸¹ y dado que ‘una controversia no puede surgir hasta que todos sus elementos constitutivos

¹⁷³ Réplica [95]–[98], que se basa en la opinión del profesor Steines [15]. Véase el factor iii), más abajo.

¹⁷⁴ Réplica [81], T2/295/10-20.

¹⁷⁵ Réplica [82], T2/295/21-22.

¹⁷⁶ Réplica [85], T2/296/3-4, 10-16.

¹⁷⁷ Réplica [102]. Véase el factor ii), supra.

¹⁷⁸ T1/112/9-19, T2/293/12-21.

¹⁷⁹ T1/110/14-21, T1/111/1-3.

¹⁸⁰ T1/113/4-20.

¹⁸¹ Réplica [90].

han llegado a existir'¹⁸². Consecuentemente, sostienen que la 'supuesta "controversia"' con PDVSA en torno a los nuevos contratos (a la que se hace referencia en la comunicación del 30 de abril de 2009 enviada por el Sr. Jacob) no era la misma controversia que surgió tras la promulgación de la Ley de Reserva¹⁸³.

67. Las Demandantes se basan en los siguientes hechos en particular:

- i) Al contrario de lo alegado por de Venezuela, las actividades de las Demandantes no se regían por la Ley de Hidrocarburos del 2001¹⁸⁴. En consecuencia, SEMARCA no estaba obligada por ley a prestar un servicio ininterrumpido; sólo se le exigía que prestara los servicios que se negociaran contractualmente con PDVSA¹⁸⁵.
- ii) Entre diciembre de 2008 y junio de 2009, PDVSA y PetroSucre le pagaron a SEMARCA más de US\$11 millones¹⁸⁶.
- iii) La reestructuración comenzó en 2008, antes de los hechos que, según Venezuela, hacían prever la nacionalización¹⁸⁷.
- iv) La correspondencia que SEMARCA y PDVSA intercambiaron en febrero de 2009 demostró que SEMARCA intentó obtener el pago de los servicios prestados y se mostró renuente a celebrar un *nuevo* contrato y a seguir enviando dinero a Venezuela hasta que no recibiera los pagos, y PDVSA prometió que estos se realizarían pronto¹⁸⁸.
- v) SEMARCA no amenazó con suspender los servicios en febrero de 2009, pero en *abril* de 2009 (tras la reestructuración) se negó a prorrogarlos, a menos que se llegara a un acuerdo sobre determinadas cuestiones¹⁸⁹.
- vi) PDVSA pagó una parte de los salarios de los trabajadores de SEMARCA por iniciativa propia y no porque tuviera que hacerlo¹⁹⁰.
- vii) PDVSA nunca solicitó a SEMARCA que ajustara sus tarifas, y SEMARCA no las había incrementado sustancialmente desde 2006¹⁹¹.

¹⁸² Réplica [91]; T1/238/13-18, en que se cita el *Caso relativo al derecho de tránsito por territorio indio*, 34.

¹⁸³ Réplica [95].

¹⁸⁴ T2/355/9-16.

¹⁸⁵ T2/358/6-18.

¹⁸⁶ Memorial de Contestación [11]-[12].

¹⁸⁷ T2/360/8-9, T2/361/6-10.

¹⁸⁸ T1/220/5-14, en que se citan los Docs. R-47, C-25 y R-48.

¹⁸⁹ Memorial de Contestación [13]; Réplica [74], [78].

¹⁹⁰ Réplica [75].

¹⁹¹ Réplica [73].

- viii) A las Demandantes nunca se les advirtió que el Gobierno expropiaría a cualquier proveedor que suspendiera los servicios y ninguno de los artículos que cita Venezuela pueden corroborar semejante afirmación¹⁹²; y en cualquier caso, SEMARCA nunca interrumpió sus operaciones hasta el día en que fue incautada¹⁹³.
 - ix) Si había una controversia, no era entre las Demandantes y Venezuela, sino con PDVSA, que no puede equipararse con el estado¹⁹⁴.
 - x) En consecuencia, manifiestan que la promulgación de la Ley de Reserva les tomó por completa sorpresa y sin previo aviso¹⁹⁵. Asimismo, en la misma Ley de Reserva no se hace referencia a la continuidad de los servicios, lo que debilita el argumento de Venezuela de que se promulgó como parte de una sola controversia en curso que se estaba desarrollando en torno a la continuidad del servicio¹⁹⁶.
68. Las Demandantes afirman que esto se ve respaldado por las inversiones que hicieron en Venezuela durante este periodo¹⁹⁷, demostrando que anticipaban que Tidewater tendría un futuro a largo plazo en el país¹⁹⁸, y aunque estaban renuentes a renovar los contratos mientras existieran pagos atrasados, consideraban que los problemas que afectaban a sus inversiones representaban ‘desafíos a corto plazo’, debido a las ‘repetidas promesas [de PDVSA] de que se pondría al día con los pagos’¹⁹⁹. Esto se ve respaldado por la declaración del Sr. Dean Taylor, director general y presidente del consejo de administración de Tidewater, el 14 de mayo de 2009, de que Tidewater no quería abandonar el mercado venezolano, a menos que fuera absolutamente necesario²⁰⁰.
69. Las Demandantes rechazan el intento de Venezuela de inferir de la no revelación de las comunicaciones privilegiadas o de la secuencia de correos que el propósito de la reestructuración era acceder a la jurisdicción en relación a la presente controversia²⁰¹.
70. Las Demandantes sostienen que Tidewater no llevó a cabo la reestructuración anticipándose a un posible litigio, sino i) para mejorar la protección de las inversiones de Tidewater en

¹⁹² Réplica [76], [79]–[80]; T1/227/2 ff, en que se citan los Docs. R-77, R-40, R-43, R-41.

¹⁹³ T1/226/2-8.

¹⁹⁴ Memorial de Contestación [15]; T1/235/10-15.

¹⁹⁵ Memorial de Contestación [19], [235], T1/196/21–197/1.

¹⁹⁶ T2/353/19–354/3.

¹⁹⁷ T1/199/5-16, T1/200/1 ff.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación [28]–[35], [182]–[187]; Réplica [82]–[87].

¹⁹⁹ T1/198/22-199/4.

²⁰⁰ T1/202/20.

²⁰¹ Memorial de Contestación [40]–[41]; Réplica [81].

Venezuela en general²⁰²; ii) para mejorar la estructura impositiva²⁰³, y iii) debido a que Tidewater ya se había habituado a hacer negocios en Barbados, donde resultaba económico constituir empresas²⁰⁴. La reestructuración formaba parte de una ‘estrategia corporativa unificada’²⁰⁵ y no se llevó a cabo inmediatamente después del estatuto estadounidense que facilitó la obtención de beneficios fiscales en el 2004 porque no fue sino hasta el 2008-2009 cuando los dividendos de Tidewater Caribe se incrementaron lo suficiente como para justificar la reestructuración²⁰⁶.

71. Las Demandantes niegan que Tidewater Barbados sea una ‘compañía de papel’²⁰⁷.
72. En consecuencia, sostienen que ninguno de los ‘factores’ que aduce Venezuela a partir de los casos apunta a la existencia de abuso de tratado²⁰⁸ y alegan que la reestructuración no se realizó para acceder al arbitraje en relación con una controversia existente ni previendo la posibilidad de un litigio²⁰⁹.

²⁰² Memorial de Contestación [23].

²⁰³ Memorial de Contestación [24]; Réplica [96]–[100]. Véase el testimonio directo complementario de Kevin Carr [5].

²⁰⁴ Memorial de Contestación [26]–[27], [181].

²⁰⁵ T1/215/4-5.

²⁰⁶ T1/217/1-9.

²⁰⁷ Memorial de Contestación [188]–[189], [234].

²⁰⁸ T1/207/17-209/17.

²⁰⁹ Réplica [116].

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. *Introducción*

73. El Tribunal analizará sucesivamente cada una de las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada, en el orden en que fueron presentadas en los alegatos de las partes:
- (a) Si el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela otorga competencia en relación con las reclamaciones de todas las Demandantes;
 - (b) Si el TIB de Barbados otorga competencia en relación con las reclamaciones de la segunda Demandante, Tidewater Barbados, y de la tercera Demandante, Tidewater Caribe (conjuntamente 'las Demandantes que invocan el Tratado')²¹⁰.
74. El Tribunal tiene la potestad de pronunciarse sobre estas cuestiones en virtud de lo dispuesto por el artículo 41(1) del Convenio del CIADI, que establece que '[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia'.

B. *Primer fundamento de la jurisdicción: el artículo 22 de la Ley de Inversiones*

1. *Consentimiento escrito conforme al artículo 25(1) del Convenio del CIADI*

75. El punto de partida para todo análisis de la cuestión de si un tribunal constituido en virtud del Convenio del CIADI posee competencia para pronunciarse sobre una controversia es la disposición maestra del propio Convenio, y concretamente el artículo 25(1), que en lo pertinente dispone:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante ... y el nacional de otro Estado Contratante *y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*²¹¹.

Por lo tanto, tal como subrayaron los artífices del Convenio, '[e]l consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro'²¹².

76. La interpretación adecuada del artículo 22 de la Ley de Inversiones ha dado lugar a argumentos dotados de considerable complejidad jurídica. De hecho, en el importante *Commentary on the ICSID Convention* se observó de forma premonitrice que ese artículo 'está redactado en términos ambiguos y es probable que genere dificultades de

²¹⁰ Solicitud de arbitraje, [30]; T1/188/12-14.

²¹¹ Destaque agregado.

²¹² Informe del Directorio Ejecutivo sobre el Convenio [23].

interpretación, notablemente en cuanto a si encierra o no la expresión del consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI²¹³. No obstante, en lo medular, la cuestión que tiene ante sí este Tribunal consiste simplemente en establecer si el artículo, correctamente interpretado, constituye consentimiento escrito por parte de Venezuela para que la presente controversia sea sometida a arbitraje del CIADI. En otros términos: ¿esta disposición de derecho interno surte el efecto previsto, en el plano internacional, en el artículo 25(1) del Convenio del CIADI?

77. Desde el comienzo del Convenio se preveía que uno de los métodos a través de los cuales un Estado podía dar su consentimiento escrito era a través de legislación interna sobre promoción de inversiones.²¹⁴:

Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.

El primer ejemplo de un fallo concluyendo que legislación local sobre promoción de inversiones en efecto constituía consentimiento escrito al arbitraje del CIADI aparece en la Decisión sobre Jurisdicción en el caso '*Pyramids*'²¹⁵, en que el tribunal interpretó el artículo 8 de la Ley de Inversiones de Egipto. No obstante, es axiomático que cada uno de los instrumentos jurídicos que presuntamente constituyen consentimiento escrito a efectos del Convenio debe de interpretarse según sus propias disposiciones para determinar si de hecho da lugar a ese consentimiento.

78. El Tribunal toma nota de que la cuestión de si el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana en efecto constituye consentimiento ha sido debatida ante otros tres tribunales arbitrales del CIADI, cuyas decisiones sobre este punto han sido citadas en este procedimiento²¹⁶. No obstante, el presente Tribunal determinará la cuestión de nuevo, a la luz de los argumentos presentados y de la prueba pericial que ha sido sometida para su consideración. Se propone hacerlo examinando:

- a) El planteamiento que corresponde aplicarse a la interpretación del artículo 22 como instrumento de consentimiento, y luego
- b) La correcta interpretación del artículo 22 a la que da lugar ese planteamiento.

²¹³ Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary* (2.^a ed., Cambridge UP, 2009) 363 [46].

²¹⁴ Informe del Directorio Ejecutivo sobre el Convenio del CIADI [24].

²¹⁵ *SPP c. Egipto*.

²¹⁶ *Mobil c. Venezuela, Cemex c. Venezuela y Brandes c. Venezuela*. Uno de los árbitros del presente arbitraje, la profesora Stern, se desempeñó también uno de los árbitros en el caso *Brandes*.

2. *Principios jurídicos aplicables a la interpretación del artículo 22*

(a) *Elementos fundamentales*

79. Aunque las partes no coincidieron sobre varios aspectos del planteamiento que cada una de ellas sostuvo que el Tribunal debería adoptar para interpretar el artículo 22, el Tribunal concluye que en buena medida coincidieron en los siguientes elementos fundamentales:

(a) Ambas partes aceptaron que tanto el derecho internacional como la legislación venezolana deben cumplir cierto papel (por más que no estuvieran de acuerdo sobre la naturaleza de esos respectivos papeles)²¹⁷.

(b) Ambas partes aceptaron que la disposición debía interpretarse de buena fe²¹⁸.

(c) Ambas partes aceptaron que para desentrañar el significado de la disposición el intérprete estaba facultado para considerar una lista de factores que habían sido bastante coincidentes en los diversos planteamientos: el sentido natural y ordinario del texto, el contexto, el objeto y la finalidad de la disposición y las circunstancias que la rodean²¹⁹.

80. El Tribunal coincide con cada una de esas proposiciones. No obstante, va a elaborar sobre los principios aplicables, que exigen dar respuesta a dos cuestiones: la primera es si el derecho nacional posee una función prioritaria, como alega Venezuela, o si en la interpretación de una ley nacional como la Ley de Inversiones ha de aplicarse un derecho esencialmente internacional, como sostienen las Demandantes; la segunda cuestión consiste en determinar si en caso de que sean aplicables los principios internacionales de interpretación corresponde aplicar las normas de interpretación de los tratados o las normas de interpretación de actos unilaterales.

(b) *¿Derecho nacional o derecho internacional?*

81. ¿Debe el Tribunal aplicar normas nacionales de interpretación o las normas internacionales de interpretación? A juicio del Tribunal, dado que la Ley de Inversiones es un instrumento jurídico interno que podría tener efectos en el plano internacional, tanto las normas de interpretación nacionales como las internacionales tienen un papel a desempeñar.

82. Al abordar la cuestión del consentimiento en virtud del artículo 25 un tribunal no está obligado a aplicar exclusivamente el derecho del Estado receptor, ni aun en el caso de que el

²¹⁷ Parte demandada: T2/266/17–267/16; parte demandante: T2/306/1-7, T2/316/15–317/8.

²¹⁸ Parte demandada : T2/275/4-6 ; parte demandante: T2/315/16-17.

²¹⁹ Parte demandada: T2/273/14-20; parte demandante: T2/315/21–316/5.

consentimiento de una de las partes emane del derecho de ese Estado. Esta cuestión ya ha sido abordada por otros tribunales del CIADI.

83. De hecho, en el caso *SPP c. Egipto*²²⁰, la fuente del consentimiento del Estado era una disposición en su ley de inversiones. Egipto sostuvo que las cuestiones jurisdiccionales se regían por el derecho egipcio y que de acuerdo con el Código Civil egipcio no se había finalizado un acuerdo efectivo sobre arbitraje. Esa aseveración fue rechazada por un tribunal presidido por Jiménez de Aréchaga. En cambio, aplicó principios generales de interpretación y de derecho internacional a la cuestión del consentimiento, declarando:

Por lo tanto, para decidir si en las circunstancias del presente caso la ley No. 43 constituye consentimiento a la jurisdicción del Centro el Tribunal aplicará principios generales de interpretación de leyes, teniendo en cuenta, cuando corresponda, normas pertinentes de interpretación de tratados y principios de derecho internacional aplicables a declaraciones unilaterales²²¹.

84. En el caso *CSOB c. Eslovaquia* la competencia del tribunal emanaba de un contrato, pese a lo cual el tribunal declaró:

La cuestión de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento a la jurisdicción del Centro no ha de responderse por referencia al derecho nacional, sino que se rige por el derecho internacional, tal como lo expresa el artículo 25(1) del Convenio del CIADI²²².

85. Sin embargo, en *Zhinvali c. Georgia*, caso en que el instrumento de consentimiento era una ley interna de protección de inversiones, el tribunal concluyó que

... si el derecho nacional de Georgia se ocupa de la cuestión del 'consentimiento', como el Tribunal considera que lo hace, el Tribunal debe seguir la orientación de ese derecho nacional, pero siempre con sujeción, en definitiva, al derecho internacional²²³.

86. El Tribunal no cree que haya que dejar de lado el derecho nacional por completo, pero considera lógico que un acto jurídico arraigado en el orden jurídico nacional y cuyos efectos se extienden al orden jurídico internacional debe interpretarse en relación con ambos órdenes jurídicos. Por lo tanto, para determinar su competencia un tribunal del CIADI no está obligado a interpretar el instrumento de consentimiento recurriendo principalmente al derecho nacional, sino que debe tener en cuenta los principios de derecho internacional. La

²²⁰ *SPP c. Egipto* [55]–[61].

²²¹ *SPP c. Egipto* [61].

²²² *CSOB c. Eslovaquia* [35].

²²³ *Zhinvali c. Georgia* [339].

siguiente cuestión, naturalmente, consiste en determinar qué principios de derecho internacional son aplicables.

(c) ¿Qué principios de derecho internacional corresponde aplicar?

87. La Demandada en sus argumentos favoreció un planteamiento restrictivo, haciendo referencia a los Principios de la CDI sobre Declaraciones Unilaterales de los Estados. De hecho, la Demandada trata de alegar, invocando diversas razones, que el Tribunal debería adoptar un planteamiento más restrictivo en la interpretación del artículo 22 que el que podría adoptarse en el caso de otros instrumentos. En primer lugar, la Demandada alega que el artículo 22 debería tratarse como una declaración unilateral de un Estado que ha de interpretarse conforme a los Principios de la CDI sobre Declaraciones Unilaterales de los Estados, cuyo Principio 7 requiere que las declaraciones sean ‘interpretadas en forma restrictiva’. Por las razones planteadas seguidamente, el Tribunal no admite que haya que proceder de esa manera.
88. En la medida que el artículo 22, siendo una disposición de derecho interno, produce el efecto de consentimiento estatal que prescribe el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, podría analizarse como una declaración unilateral de un Estado. Es decir, se trata de una declaración efectuada unilateralmente por un órgano del Estado —el Parlamento— que podría, conforme a una interpretación apropiada, surtir efectos jurídicos en el plano internacional en relación con otros Estados: los Estados Contratantes del Convenio del CIADI y los nacionales de dichos Estados. Inicialmente, el Grupo de Trabajo de la CDI, al definir el alcance de su labor en relación a declaraciones unilaterales, reconoció que no es preciso tratar los actos internos (‘leyes, decretos, reglamentos’) como actos unilaterales, pero que los ‘actos internos que pueden surtir efectos en el plano internacional...deb[ían] incluirse, en cuanto esos actos unilaterales generen situaciones jurídicas oponibles conforme al derecho internacional’²²⁴.
89. A juicio del Tribunal, la diferencia crítica no consiste en establecer si la fuente del acto unilateral se halla en la legislación interna, sino en determinar si el acto se realiza dentro o fuera del marco de un tratado, y en especial de un tratado que genere la posibilidad de sumisión a la competencia de una corte o de un tribunal internacional. Cuando la cuestión se refiere a los efectos jurídicos de derecho internacional que hayan de atribuirse a las declaraciones unilaterales de un Estado ofrecidas fuera del marco de un tratado, bien podría

²²⁴ [1997] Ybk ILC Vol II(2), [205], Doc. CL-112.

admitirse que corresponde adoptar un enfoque restrictivo, para distinguir de las múltiples declaraciones formuladas por Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores, esa categoría mucho más pequeña de declaraciones que realmente tienen la intención de producir efectos jurídicamente vinculantes en el plano internacional. El mismo argumento puede igualmente formularse en relación con la legislación interna. La gran mayoría de las leyes promulgadas por Estados sólo surten efectos en el plano interno, por lo cual se debe distinguir cuidadosamente la categoría de casos mucho más reducida en los que el Estado pretende que su legislación surta efectos oponibles en el derecho internacional.

90. Sin embargo, estas consideraciones no proceden cuando la acción del Estado, o bien expresada a través de legislación o en algún otro tipo de declaración, se adopta haciendo referencia expresa a un tratado internacional del que el Estado forma (o aspira a formar) parte. En tal situación el propio tratado proporciona el marco jurídico dentro del cual ha de determinarse el efecto de la declaración, por lo cual, para interpretar el acto del Estado es innecesario e inapropiado agregar un estándar adicional a lo dispuesto en el tratado en cuestión. Fue por esa razón que el Grupo de Trabajo de la CDI no incluyó esta categoría de actos que tienen conexión con un tratado dentro del ámbito de su labor referente a declaraciones unilaterales²²⁵.

91. En otros términos, una ley nacional destinada a surtir ciertos efectos en el plano internacional podría ser objeto de la interpretación restrictiva prevista en los Principios sobre Declaraciones Unilaterales sentados por la CDI, pero esto no procede en lo referente a una ley nacional adoptada en el marco de un tratado internacional, aun cuando esa ley se adopte en ejercicio de la libertad del Estado de actuar en el plano internacional, tal como lo expresó el Grupo de Trabajo de la CDI en relación con los actos unilaterales:

203. El Grupo de Trabajo tuvo en cuenta que, en el proceso de formación, enmienda, ejecución, terminación, etc. de tratados, el Estado realiza actos que, *prima facie*, son de carácter unilateral cuando se examinan aisladamente (por ejemplo adhesión, denuncia, reserva, retiro). No obstante, el Grupo de Trabajo consideró de todos modos que las características y los efectos de tales actos se rigen por el derecho de los tratados y no es preciso seguir abordándolos en el contexto del nuevo estudio propuesto.

204. Similares argumentos se presentaron al analizar la posible inclusión de actos unilaterales realizados por Estados en el contexto de la justicia internacional. Se

²²⁵ *Ibidem* [203]–[204].

hizo mención, en especial, a la caracterización de la aceptación de la cláusula optativa en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la CIJ como acto unilateral. El Grupo de Trabajo se inclinó por dejar esa categoría de actos al margen del estudio, adoptando el punto de vista que esos actos se basan en un tratado.

205. Igual posición se adoptó con respecto a los actos internos (leyes, decretos, reglamentos) que no surten ningún efecto en el plano internacional. En cambio los actos internos que pueden surtir efectos en el plano internacional, como los de determinación de la medida en que los diversos tipos de jurisdicción marítima (mar territorial, zona contigua, zona económica, líneas de base) deben incluirse en tanto que esos actos unilaterales generen situaciones jurídicas oponibles conforme al derecho internacional²²⁶.

92. A juicio del Tribunal deben distinguirse diferentes tipos de actos unilaterales, a saber, los puramente unilaterales, denominados en la labor de la CDI como actos unilaterales *stricto sensu*, a los que se aplican los Principios Rectores; los actos unilaterales que son una causa o consecuencia de un tratado —como actos implicados en el proceso de formación o ejecución de un tratado, a los que se aplican las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)—, y finalmente los actos unilaterales que se adoptan libremente pero en el marco de un tratado que reconoce esa libertad de acción, a los que se aplican algunas normas específicas cuyo contenido el Tribunal procederá a explicar.
93. Evidentemente, la Ley de Inversiones es uno de esos actos unilaterales, suscrito libremente por un Estado, pero adoptado en el marco de un tratado que otorga toda su libertad al Estado. En ese sentido puede considerarse análoga a una declaración unilateral de un Estado que acepta la competencia obligatoria de la CIJ, en el marco del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte.
94. Por lo tanto el Tribunal se siente inclinado a inspirarse en el análisis adoptado por la CIJ para la interpretación de una declaración unilateral de competencia obligatoria de la CIJ, que mucho se asemeja a una oferta unilateral de arbitrar, si bien la diferencia en el primer caso consiste en que la oferta de aceptación de la competencia de una corte internacional se dirige a los otros Estados, y en el segundo caso la oferta de aceptación de la competencia de un tribunal arbitral se dirige a los nacionales de los otros Estados, siendo, ambas, ofertas que despliegan sus efectos en el plano internacional.

²²⁶ *Ibidem*, [203]–[205].

95. Una primera observación es que en los casos en que un Estado decide formular una oferta de arbitraje a inversionistas extranjeros a través de una ley interna, es libre de hacerlo y puede considerarse como un acto unilateral adoptado en ejercicio de las potestades soberanas del Estado. La CIJ analizó del mismo modo una declaración unilateral de competencia obligatoria, expresando: 'Una declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte ... es un acto unilateral de soberanía del Estado. Al mismo tiempo, establece ... un potencial vínculo en materia de competencia con los otros Estados'²²⁷.

96. Esos actos unilaterales no deben interpretarse conforme a las normas de la CVDT ni conforme a las normas enunciadas en los Principios sobre Declaraciones Unilaterales de la CDI; tienen sus propias normas de interpretación. En el caso *Fisheries* la CIJ aclaró este punto de la siguiente manera:

El régimen relativo a la interpretación de declaraciones formuladas conforme al artículo 36 del Estatuto no es idéntico al establecido para la interpretación de tratados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ... La Corte observa que las disposiciones de esa convención sólo pueden aplicarse por analogía en la medida compatible con el carácter *sui géneris* de la aceptación de la competencia de la Corte²²⁸.

97. Estas normas *sui géneris* aplicables a las ofertas unilaterales de competencia implican que la interpretación ha de realizarse:

en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate en el momento en que aceptó la competencia obligatoria de la Corte. La intención de un ... Estado puede deducirse no sólo del texto de la cláusula pertinente, sino también del contexto en que ha de interpretarse la cláusula, y de un examen de la prueba referente a las circunstancias de su preparación y de los propósitos que estaba destinada a servir²²⁹.

98. Uno de los atributos específicos de las normas *sui géneris* que se aplican a la interpretación del tipo de acto unilateral que aquí se trata consiste en que el acto unilateral 'debe interpretarse en forma compatible con el efecto que pretende lograr el ... Estado'²³⁰.

99. Otro atributo específico es que [el acto] no debe interpretarse en forma restrictiva, ya que se da en el contexto convencional de un tratado. Por lo tanto, las declaraciones de un Estado que han de evaluarse en cuanto a si producen efectos en el contexto del marco de un

²²⁷ Caso *Fisheries* sobre competencia (*España c. Canadá*) [46].

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem* [49].

²³⁰ *Ibidem* [52].

tratado —y en particular del efecto de la sumisión a la competencia de un tribunal internacional— no están sujetas al planteamiento restrictivo que debe adoptarse para otros tipos de declaraciones unilaterales. Tal planteamiento no limita la libertad de acción de un Estado, pues éste mantiene íntegramente su potestad de optar por celebrar o no celebrar el tratado en cuestión y de aprovechar o no las posibilidades que ofrezca el tratado.

100. Por lo tanto, para determinar su competencia un tribunal del CIADI debe considerar directamente la cuestión de si existe la prueba necesaria del consentimiento que requiere el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, teniendo en cuenta la voluntad común de las partes en que se base el arbitraje y el principio general de la buena fe (ampliamente aplicado tanto en el derecho interno como en el derecho internacional).

(d) Conclusión del Tribunal sobre el planteamiento de la interpretación

101. El Tribunal por lo tanto aborda la cuestión de la interpretación del artículo 22 sin adoptar *a priori* una posición restrictiva o expansiva. Tal como se señaló acertadamente en la Decisión del caso *Pyramids*²³¹:

[L]os instrumentos relativos a la competencia no deben interpretarse en forma restrictiva ni expansiva, sino objetivamente y de buena fe, y se concluirá que existe competencia si —y únicamente si— la solidez de los argumentos que militan a favor de ella es preponderante.

Expresando la cuestión en los términos propios del Tribunal en el presente caso, se procederá a concluir que éste posee competencia si, y solamente si, existe claramente el consentimiento por escrito de ambas partes a su competencia.

102. El Tribunal coincide ampliamente sobre el planteamiento de los sucesivos pasos para la interpretación de instrumentos de consentimiento que proponen las Demandantes²³², a los que en cierta medida vuelve a exponer en sus propias palabras seguidamente:

- 1) El primer paso consiste en examinar el artículo 25(1) del propio Convenio del CIADI para determinar si la declaración puede constituir el consentimiento de una parte a la competencia del CIADI.
- 2) Para determinar si el contenido de la declaración expresa tal consentimiento se debe examinar el derecho internacional general aplicable a este tipo de actos unilaterales, pues se trata de determinar los efectos de la declaración para los fines del Convenio del CIADI como cuestión de derecho internacional.

²³¹ *SPP c. Egipto* 141 [63].

²³² T2/304/3–317/10.

- 3) Una declaración de este género tiene carácter de declaración unilateral, pero se trata de una declaración unilateral formulada en el contexto de un tratado. En consecuencia, por las razones ya explicadas por el Tribunal, los Principios de la CDI no son aplicables.
- 4) Por el contrario, una declaración unilateral que presuntamente constituye consentimiento a la competencia de un tribunal internacional debe interpretarse conforme al planteamiento enunciado por la Corte Internacional de Justicia al interpretar declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte.
- 5) Esto significa que la declaración debe interpretarse de buena fe, 'en sus propios términos, teniendo en cuenta las palabras realmente utilizadas'²³³; 'en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate'²³⁴. Esa intención puede deducirse del texto, pero también del contexto, de las circunstancias de su preparación y de los fines que se tratan de alcanzar.
- 6) El derecho interno es pertinente para determinar la existencia y validez del instrumento de que se trate, y puede ayudar a discernir la intención del Estado. Pero la cuestión de si la declaración constituye consentimiento en virtud del artículo 25(1) del Convenio del CIADI constituye, a efectos de que este Tribunal determine su propia competencia conforme al artículo 41 del Convenio, una cuestión de derecho internacional.

3. *Aplicación concreta de lo expuesto a la interpretación del artículo 22*

(a) La limitada aplicación de la interpretación jurídica de Venezuela

103. Como acaba de señalarse, el derecho interno cumple un determinado papel, primero para establecer la existencia y validez del derecho nacional, pero también para ayudar a entender la intención del Estado al adoptar dicha ley.
104. Venezuela alega que como cuestión de derecho venezolano, el artículo 22 no constituye un consentimiento abierto al arbitraje del CIADI, y que este Tribunal debería aplicar y hacer valer las normas restrictivas del derecho venezolano a ese respecto. El Tribunal ha considerado cuidadosamente los argumentos presentados por las partes sobre la interpretación del artículo 22 conforme al derecho venezolano, las opiniones expertas del Profesor Urdaneta Fontiveros, presentadas en nombre de la Demandada, y del Profesor Ayala Corao presentado en nombre de las Demandantes, y en particular la sentencia del

²³³ Caso *Anglo-Iranian Oil Co* 105.

²³⁴ Caso *Fisheries* sobre competencia (*España c. Canadá*) [49].

Tribunal Supremo de Venezuela sobre la interpretación del artículo 22²³⁵. Los expertos de las partes discrepan sobre la interpretación que le corresponde al artículo 22. Además el Profesor Ayala Corao discrepa por varias razones con la Sentencia del Tribunal Supremo. Ninguna de las dos partes, ni el Tribunal quisieron interrogar a ninguno de los dos expertos.

105. A efectos de su decisión, este Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre cuestiones de interpretación conforme al derecho venezolano ni, a esos efectos, determinar cualquier conflicto de pruebas entre las producidas por los expertos, pues éstos coinciden en que los principios del derecho venezolanos sobre interpretación estatutaria disponen que, a la ley, debe atribuírsele el sentido ‘que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador’²³⁶, lo que concuerda plenamente con los principios internacionales aplicables al caso. En lo que discrepan es en la correcta aplicación de esos principios en la interpretación del artículo 22 como instrumento legislativo venezolano.
106. La cuestión sobre la que sí debe pronunciarse el Tribunal es la referente a la interpretación del artículo 22 para determinar si este surte el efecto especificado en el artículo 25 del Convenio del CIADI en el plano del derecho internacional. Se trata de una cuestión que el Tribunal debe resolver por sí mismo, adoptando los principios generales de interpretación expuestas por el Tribunal.
107. De ello se infiere además que el Tribunal no está obligado a seguir la decisión del Tribunal Supremo de Venezuela. Si bien esta decisión es merecedora de respetuosa consideración, el presente Tribunal debe regirse por el artículo 41 del Convenio del CIADI que estipula que debe resolver de su propia competencia.

(b) Texto

108. Teniendo presentes esas consideraciones, el Tribunal acude nuevamente al texto del propio artículo 22, que es conveniente volver a enunciar aquí:

Las controversias que surjan entre 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

²³⁵ Decisión n.º 2008-0763 sobre solicitud de interpretación, fechada el 17 de octubre de 2008, Doc. EU-29.

²³⁶ Art. 4 del Código Civil venezolano, Doc. EU-4; Dictamen de Ayala [15]; Dictamen Sup. de Urdaneta [4].

(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.

109. Cada una de las partes preparó traducciones al inglés del artículo 22, que difieren levemente en cuanto a la nomenclatura usada, pero el Tribunal tiene la convicción de que su decisión sobre el efecto de ese artículo no gira en torno a diferencias entre esas traducciones, ni las partes sostuvieron que las diferencias fueran sustanciales²³⁷. De todos modos el Tribunal ha considerado la interpretación del artículo 22 directamente en el texto original y auténtico en español y además haciendo referencia a las traducciones al inglés proporcionadas por las partes²³⁸. Para facilitar referencia a ella, el Tribunal reproduce, más abajo, una traducción consolidada derivada de aquellas preparadas por cada una de las partes. Cuando existe una diferencia en la traducción, el texto de las Demandantes aparece primero²³⁹ y luego la fórmula alternativa de la Demandada²⁴⁰. El Tribunal atribuye idéntico peso a ambas traducciones :

Controversies [disputes] that may arise [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 controversies [disputes] in respect of which [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) are applicable, shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so establishes [provides], without prejudice to the possibility of using [making use], as [when] appropriate, [of] the contentious [dispute resolution] means contemplated by [provided for under] the Venezuelan legislation in effect.

²³⁷ Las Demandantes traducen ‘si así éste lo establece’ como ‘if it so establishes’ y la Demandada prefiere ‘if it so provides’. No obstante, la Demandada sostiene que “[l]a palabra “establece” también podría ser correcta, pero sólo en el sentido de *si el tratado o acuerdo establece que el tipo de controversia debe ser sometido a arbitraje*, no en el sentido de *si el tratado o acuerdo establece las normas fundamentales y el marco de arbitraje*’ Contestación [34], n.º 60. En consecuencia el Tribunal aborda este punto de controversia entre las partes como de sentido sustancial, y no de traducción semántica.

²³⁸ Los idiomas del procedimiento del arbitraje son el inglés y el español: Primera sesión, [7.1]. Si hubiera habido una diferencia sustancial entre el original español y las traducciones al inglés de la Ley de Inversiones el Tribunal habría tratado al texto en español como autorizado con respecto a cualquiera de las traducciones al inglés. El Tribunal está convencido de que no existen diferencias sustanciales.

²³⁹ Memorial de Contestación [59].

²⁴⁰ Memorial [37].

110. En el texto se contemplan tres tipos diferentes de tratados que pueden ser aplicables a la controversia. Cada uno de estos casos se enuncia disyuntivamente, refiriéndose respectivamente al:

- 1) Primer caso: Un tratado sobre promoción y protección de inversiones vigente entre el país de origen de un inversionista internacional y Venezuela.
- 2) Segundo caso: El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)²⁴¹.
- 3) Tercer caso: El Convenio del CIADI.

111. Una de esas categorías, la del segundo caso (controversias en el marco del Convenio del MIGA), no tiene nada que ver con controversias con un inversionista, sino con controversias referentes a garantías de inversiones concertadas con el propio organismo²⁴². Las otras dos categorías tienen que ver con controversias relativas a inversionistas internacionales:

- En el Primer caso, el texto expreso del artículo se refiere a controversias que puedan surgir con ‘un inversionista internacional ...’;
- En el Tercer caso el propio nombre del Convenio del CIADI (que se menciona en el artículo) hace referencia a ‘controversias entre Estados y nacionales de otros Estados.’

112. A cada uno de esos tres casos el artículo 22 agrega una condición y una salvedad:

- a) La controversia sólo puede someterse a arbitraje ‘en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece/dispone’.
- b) Ello es sin perjuicio de la posibilidad de usar mecanismos de resolución de controversias previstos conforme al derecho venezolano ‘cuando proceda’.

(c) Contexto literal

113. El artículo 22 aparece como la segunda de tres disposiciones operativas contenidas en el Capítulo IV de la Ley de Inversiones, que se refiere en general a la ‘Solución de Controversias’. La primera de estas disposiciones, el artículo 21, se refiere a controversias entre Estados en casos en los que no existe un tratado en vigor, y establece:

Cualquier controversia que surja entre el Estado venezolano y el país de origen del inversionista internacional con el cual no se tenga vigente un tratado o acuerdo

²⁴¹ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (suscripto el 11 de octubre de 1985; entrado en vigor el 12 de abril de 1988).

²⁴² *Ibidem* Art. 57 y Anexo II.

sobre inversiones, en relación con la interpretación y aplicación de lo previsto en el presente Decreto-Ley, será resuelta por vía diplomática. Si no se llegase a un acuerdo dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de inicio de la controversia, el Estado venezolano propiciará la sumisión de la controversia a un Tribunal Arbitral cuya composición, mecanismo de designación, procedimiento y régimen de gastos serán acordados con el otro Estado. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán definitivas y obligatorias.

114. Los dos siguientes artículos entonces se refieren a otras controversias sobre inversiones. El artículo 22 se refiere a casos en los que existe un tratado aplicable. Lo sigue el artículo 23, que se refiere a otras controversias de inversionistas en general en el marco de la Ley de Inversiones. Como ya se señaló, dicho artículo establece:

Cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

115. Haciendo una pausa en el análisis, puede observarse que la estructura general y la intención del artículo 22 pueden discernirse de su [propio] texto, cuando éste se examina en el contexto del Capítulo IV de la Ley de Inversiones en su conjunto:

- Se prevén las controversias entre Estados por medio de arbitrajes *ad hoc* que han de resolverse mediante *compromis* acordados con el otro Estado conforme al derecho internacional público (artículo 21).
- Las controversias en el marco de tratados han de resolverse mediante arbitraje internacional si el tratado así lo establece o dispone (artículo 22).
- En el caso de cualquier otra controversia en el marco de la Ley de Inversiones, los inversionistas pueden optar entre tribunales de justicia venezolanos o tribunales arbitrales venezolanos (artículo 23).

116. La Ley de Inversiones define cuidadosamente el concepto de ‘inversionista internacional’ —que es la categoría de inversionistas prevista en el artículo 22— a través del artículo 3(4), como ‘[e]l propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle.’ Inversión internacional es, conforme al artículo 3(2), ‘[l]a inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras’.

117. Por el contrario, el artículo 23 sencillamente se refiere al “inversionista”. De acuerdo con sus disposiciones, el concepto no se limita a inversionistas internacionales, sino que puede aplicarse tanto a estos como a los inversionistas venezolanos. El artículo 1 estipula que la Ley se aplica en general a inversionistas ‘tanto nacionales como extranjeros’. Por lo tanto, las vías de resolución de controversias que proporciona el artículo 23, por tratarse de procedimientos judiciales o de arbitraje en Venezuela, se aplican por igual a los inversionistas internacionales y a los venezolanos. El artículo 23 opera por lo tanto como disposición omnicomprendensiva con respecto a cualesquiera controversias relativas a cualquier inversionista en relación con la aplicación de la Ley de Inversiones que no estén previstas en el artículo 22. Tales controversias pueden, a elección del inversionista, ser sometidas a procedimientos judiciales o de arbitraje en Venezuela. Esa disposición se ve reforzada por la salvedad *sin perjuicio* al final del artículo 22, que llama la atención, aun tratándose de inversionistas internacionales, sobre la posibilidad de aplicar mecanismos de resolución de controversias venezolanos como y cuando proceda.

(d) Contexto histórico

118. La Demandada expone argumentos basados en el contexto histórico en que, según sostiene, se promulgó el artículo 22 y que demuestra, según alega, que el artículo 22 no pudo haber sido concebido como base de un consentimiento abierto. El mismo se refiere a la antipatía histórica que inspira el arbitraje internacional en general en Venezuela; particularmente en los casos en que el propio Estado es una de las partes.
119. El Tribunal admite que el contexto histórico y jurídico general, tanto a nivel del derecho interno como del derecho internacional, en el que un instrumento legislativo al que se le atribuye el carácter de acto de consentimiento ha sido promulgado bien puede proporcionar pruebas útiles para su interpretación. En el presente caso, sin embargo, el Tribunal no considera útil el material presentado por la Demandada.
120. El Tribunal no encuentra en el expediente de este arbitraje ningún documento en que se haga referencia directa a la historia legislativa de la Ley de Inversiones. De hecho, cuando las Demandantes le solicitaron que presentara ese material, la Demandada contestó que no tenía tales documentos²⁴³, y cuando el Tribunal le ordenó que realizara una nueva búsqueda, confirmó que no los tenía²⁴⁴.

²⁴³ Orden Procesal n.º 1, [17].

²⁴⁴ Carta de la Demandada fechada el 13 de abril de 2011.

121. A juicio del Tribunal, los documentos aducidos por las Demandantes, preparados por el Embajador Corrales, Representante Permanente de Venezuela ante la Organización Mundial del Comercio en Ginebra, no contribuyen sustancialmente a avanzar en la dilucidación del caso. Aunque la Demandada admite que el Sr. Corrales participó en debates referentes a la Ley de Inversiones²⁴⁵, las opiniones del Sr. Corrales no pueden imputarse al Parlamento. De todos modos, sólo uno de esos documentos tiene fecha anterior a la promulgación de la Ley de Inversiones. En él, el Sr. Corrales señala: ‘en nuestra opinión, un régimen aplicable a las inversiones extranjeras, debe dejar abierta la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, lo cual hoy es aceptado en caso todo el mundo, bien sea a través del mecanismo consagrado en el Convenio [del CIADI] ...’²⁴⁶. Puede admitirse sin dificultad que el artículo 22 en efecto deja abierta esa posibilidad, pero ese texto es ambiguo con respecto a la cuestión que el Tribunal debe decidir, específicamente si el artículo 22 constituye una oferta abierta del Estado venezolano para que los inversionistas internacionales recurran al arbitraje del CIADI.
122. Las alegaciones de la Demandada con respecto al contexto histórico no guardan relación directa con el marco de la Ley de Inversiones, sino que se refieren a períodos anteriores de la historia de Venezuela o a otros actos del Presidente de Venezuela, adoptados en relación con otras normas legales. Ambas partes admiten, no obstante, que la Ley de Inversiones fue legítimamente promulgada por el presidente Chávez y ciertamente sigue en vigor. El título de la ley es ‘Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones.’ Su artículo 1 dispone:

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 nacional²⁴⁷.

123. En la medida en que se alega que en el período pertinente Venezuela mantuvo una política contraria al arbitraje de controversias, el Tribunal señala que además del propio artículo 22, la Ley de Inversiones establece en el artículo 23 el derecho de todo inversionista de recurrir

²⁴⁵ Réplica [59].

²⁴⁶ Doc. C-155 fechado el 30 de abril de 1999.

²⁴⁷ Doc. C-9; Doc. EU-1. La traducción [al inglés] proporcionada fue entregada por las Demandantes, pero no existen diferencias sustanciales.

a tribunales arbitrales venezolanos para la resolución de controversias relativas a la aplicación de la Ley de Inversiones.

124. Además Venezuela suscribió el Convenio del CIADI el 18 de agosto de 1993. El Parlamento venezolano promulgó la legislación habilitante necesaria el 10 de agosto de 1994²⁴⁸. Venezuela depositó su instrumento de ratificación el 2 de mayo de 1995. El Convenio entró en vigor para Venezuela el 1 de junio de 1995²⁴⁹. Llegado 1999 Venezuela había celebrado al menos 15 tratados bilaterales de inversiones en que se preveía el arbitraje internacional de controversias entre inversionistas y Estados²⁵⁰, incluido el TIB con Barbados, que fue suscripto el 15 de julio de 1994 y entró en vigor el 31 de octubre de 1995. En virtud de estos actos internacionales, el Tribunal no puede concluir que en 1999 Venezuela mantuviera una política fija y hostil en lo referente al arbitraje internacional de controversias sobre inversiones con la República que pueda arrojar luz sobre la interpretación, en lo pertinente, del artículo 22.

(e) Si el respectivo tratado así lo establece/dispone

125. Por la presente, sin embargo, la cuestión crítica que tiene ante sí el Tribunal consiste en establecer el significado, en el contexto del artículo 22, de la condición aplicable a los tres casos de tratados aquí considerados, según la cual tales controversias ‘serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece/dispone’.
126. A juicio del Tribunal, la aparente dificultad que plantea esta condición obedece en parte a la tensión idiomática a la que da lugar el uso de la mención del precepto ‘serán sometidas al arbitraje internacional’, inmediatamente calificada por la frase ‘si así éste lo establece/dispone.’ No obstante, en el contexto del papel que cumple el artículo 22 dentro del Capítulo IV tomado en su conjunto, esta estructura de precepto y condicionamiento tiene sentido.
127. De forma concisa, el artículo 22 tiene como fin asegurar que se haya dispuesto la opción de resolución de controversias mediante arbitraje internacional en los casos en que Venezuela haya asumido en un tratado una obligación bajo derecho internacional de así hacerlo. De ello se infiere, por lo tanto, que la disposición referente al arbitraje internacional

²⁴⁸ Doc. C-123.

²⁴⁹ Venezuela denunció el Convenio el 24 de enero de 2012. La denuncia se hizo efectiva el 25 de julio de 2012. Conforme al Art. 72 del Convenio, esa notificación no afecta a las obligaciones de un Estado Contratante que emanen del consentimiento de la jurisdicción del Centro dada por él antes de que esa notificación fuera recibida por el depositario.

²⁵⁰ Doc. C-125.

contemplada en el artículo 22 debe ser congruente con las disposiciones del tratado pertinente, ya que el artículo 22 nada dispone sobre arbitraje internacional, salvo en la medida en que el tratado pertinente contenga tal disposición. En otras palabras, el artículo 22 se refiere a y respeta los términos de las obligaciones internacionales de Venezuela de someter controversias a arbitraje internacional, pero a eso se limita.

128. En el Primer caso, es necesario establecer esta condición, porque la categoría de tratados contemplada en el Primer caso es heterogénea y no es uniforme. Cada tratado de inversiones contiene sus propios y singulares términos, inclusive en lo referente al arreglo de controversias entre inversionistas y Estados. De hecho, los ejemplos aducidos por las Demandantes de tratados bilaterales de inversiones de Venezuela muestran diferentes y numerosas formas de disposiciones sobre el arreglo de controversias²⁵¹. Tampoco es necesario que un tratado de inversiones que protege inversiones efectuadas por inversionistas de un Estado en otro Estado disponga en medida alguna la resolución de controversias entre inversionistas y Estados mediante arbitraje internacional. Un tratado de ese tenor puede válidamente comprometer la responsabilidad del Estado de conceder protección a inversionistas extranjeros, pero prever únicamente la resolución de controversias entre Estados, o únicamente el arbitraje entre inversionistas y Estados, o únicamente la resolución a cargo de tribunales de justicia internos. Alternativamente, puede prever el arbitraje entre inversionistas y Estados, pero sólo para una clase de reclamos más limitada *ratione materiae* que las referentes a la totalidad de los derechos sustantivos que gozan de protección en virtud del tratado. Todas las referidas son soluciones que pueden encontrarse en la práctica contemporánea de los tratados de inversiones.
129. Agregando la condición aquí analizada, el legislador venezolano dejó claro en el marco de su legislación sobre protección de inversiones, que todas estas opciones seguían abiertas para el Estado venezolano. Por lo tanto, en el primer caso, el inversionista internacional sólo tendría derecho a recurrir al arbitraje internacional si y en la medida en que el tratado pertinente lo previera, y no en caso contrario.
130. En el Segundo caso, el legislador estipuló nada más ni nada menos el consentimiento obligatorio abierto al arbitraje de diferencias entre el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y los Estados miembros expresamente contenido en el propio Convenio del MIGA-OMGI, del que Venezuela forma parte²⁵².

²⁵¹ Doc. C-125.

²⁵² Art. 57 y Anexo II del Convenio del MIGA.

131. ¿Qué sucede, entonces, con el Tercer caso, es decir la referencia al Convenio del CIADI, en que se basan las Demandantes en las presentes actuaciones? En el Tercer caso, el legislador se ocupa exclusivamente de un tratado: el Convenio del CIADI, del que son partes la mayoría de los Estados del mundo²⁵³. Pero las disposiciones del Convenio del CIADI establecen que la sumisión de una diferencia al arbitraje internacional bajo el mismo está sujeto a los requisitos del artículo 25. Como ya se señaló, un pilar fundamental del Convenio del CIADI es 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, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado’²⁵⁴.
132. Por lo tanto, el Tribunal coincide con las Demandantes en que la materia de la frase ‘si así lo establece/dispone’ es ‘sometido a arbitraje internacional’, por lo cual ‘la condición significa, textualmente: si el Convenio del CIADI dispone la sumisión a arbitraje internacional’²⁵⁵. Pero el Tribunal no admite la interpretación agregada a este texto por las Demandantes, de que la referencia a arbitraje internacional denota arbitraje internacional como *medio* de arreglo de diferencias²⁵⁶, sino que, a juicio del Tribunal, la totalidad del artículo 22 se refiere a casos en los que por aplicación del tratado pertinente, existe, a los efectos de la misma diferencia, un consentimiento a la sumisión a arbitraje internacional. En el caso del Convenio del CIADI, ello sólo puede lograrse si se cumplen, y en la medida en que se cumplan, los requisitos del artículo 25, incluido el consentimiento de ambas partes. De lo contrario se desnaturalizaría el requisito fundamental del Convenio, lo que no coincide con las disposiciones expresas del artículo 22 de la Ley de Inversiones, que exige que la sumisión a arbitraje se realice ‘en los términos del respectivo tratado’.
133. A juicio del Tribunal, el argumento según el cual el propio artículo 22 otorga consentimiento, es circular, ya que la condición enunciada en el artículo 22 se refiere expresamente al respectivo tratado —en este caso, el Convenio del CIADI— para determinar si el mismo establece o prevé la sumisión al arbitraje internacional. El mismo artículo 22 nada agrega en lo referente a esta cuestión, que debe resolverse conforme a las obligaciones del tratado internacional asumidas por Venezuela.

²⁵³ A 1999, 130 Estados (incluida Venezuela) habían depositado instrumentos de ratificación. A julio de 2012, 158 lo habían suscrito y 147 (a excepción de Venezuela) habían depositado instrumentos de ratificación y no habían denunciado el Convenio.

²⁵⁴ Preámbulo del Convenio del CIADI.

²⁵⁵ T1/163/22-164/2.

²⁵⁶ T1/164/3-4.

(f) *Aplicación del principio de eficacia*

134. Las Demandantes alegan que tal interpretación es contraria al principio de *effet utile*, porque privaría de todo efecto útil a este tercer caso previsto en el artículo 22. El Tribunal coincide que al interpretar un instrumento de consentimiento a efectos del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, al aplicar el principio de buena fe debe esforzarse en evitar una interpretación que (i) dé lugar a una imposibilidad o un absurdo o (ii) vacíe la disposición del efecto jurídico previsto por el Estado.
135. No obstante, el Tribunal no considera que una interpretación del Tercer caso previsto en el artículo 22, que requiere el cumplimiento de las disposiciones del propio Convenio del CIADI antes de que se pueda someter la diferencia al arbitraje bajo el Convenio, desemboque en ninguna de estas consecuencias. Naturalmente, como lo contemplaron los Directores del Banco Mundial, un Estado receptor puede ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones la opción de que las controversias sobre inversiones sean sometidas a la competencia del Centro, pero ese no es el único medio a través del cual un Estado puede dar su consentimiento por escrito. Como señalaron artífices del Convenio, '[e]l consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido'²⁵⁷. En el momento en que se elaboró el Convenio, uno de los objetivos más importantes del mismo era el de asegurar la ejecución de los 'acuerdos de arbitraje que se celebraran voluntariamente'²⁵⁸. En tal caso, el consentimiento escrito de las partes está encarnado en un contrato, pero su efecto en el plano del derecho internacional consiste en hacer de la aplicación del Convenio del CIADI el régimen procesal en cuyo marco ha de resolverse su diferencia mediante arbitraje internacional obligatorio. El consentimiento escrito establecido de esta manera proporciona una esfera de operación para la sumisión al arbitraje en el Tercer caso del artículo 22, que es independiente de cualquiera de los casos restantes. Tal sumisión ha sido establecida/dispuesta en el Convenio del CIADI y se rige por las disposiciones de ese convenio.
136. Además del instrumento de consentimiento, el Convenio impone otras restricciones jurisdiccionales a la aplicación del consentimiento de las partes, tales como el requisito de que la controversia surja 'directamente de una inversión', así como los requisitos de nacionalidad del artículo 25. Además, la manera en que el consentimiento de las partes da

²⁵⁷ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio del CIADI [24].

²⁵⁸ Broches (1972) 136 Recueil des Cours 331, 345.

lugar a la sumisión de la diferencia al arbitraje internacional está prescrita en detalle en las disposiciones del Capítulo IV del Convenio, que como es notorio establece condiciones muy diferentes de las que se aplican a otras formas de arbitraje internacional.

137. Si se adoptara la interpretación del artículo 22 de las Demandantes, tendría la consecuencia de que todas las diferencias relativas a inversiones con Venezuela que guarden relación con nacionales de cualquiera de los (actuales) 147 Estados que forman parte del Convenio del CIADI quedarían, sin más, sujetas a la jurisdicción del Centro. A juicio del Tribunal esa interpretación requeriría una redacción más clara de la Ley de Inversiones, que indicara la intención de Venezuela de otorgar ese consentimiento general abierto. Tales palabras no se encuentran en el texto del artículo 22. Por el contrario, una interpretación de buena fe de dicho artículo en virtud del contexto de otros elementos de la Ley de Inversiones aplicables a la resolución de diferencias que involucren a inversionistas internacionales nos lleva a rechazar la existencia de dicha intención.
138. Si se adoptara esa interpretación se produciría una superposición considerable con el Primer caso del artículo 22, lo cual reduciría en gran medida el objeto de esa cláusula. En la mayor parte de los tratados bilaterales de inversiones celebrados por Venezuela con Estados extranjeros antes de 1999 se disponía el arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados en virtud de esos tratados en el marco del Convenio del CIADI. Si todas las diferencias con inversionistas de Estados que forman parte del Convenio del CIADI hubieran de considerarse sometidas a la jurisdicción del Centro en virtud del Tercer caso, se reduciría en gran medida el objeto del Primer caso, que quedaría limitado a la elección de un arbitraje internacional no comprendido en el CIADI, cuando lo permita el tratado bilateral pertinente o, en casos infrecuentes, obligatorio, por el hecho de que el otro Estado no fuera parte del Convenio del CIADI.
139. El planteamiento sostenido por las Demandantes daría lugar, además, a una amplia gama de consecuencias en cuanto a la competencia *ratione materiae* de un tribunal arbitral del CIADI y a la ley aplicable. El artículo 22 no tiene que ver exclusivamente con controversias en virtud de la Ley de Inversiones, sino que más bien se refiere, en general, a controversias que surjan en el marco de tratados. En el Primer caso —un tratado bilateral de inversiones— el alcance de los reclamos y la ley aplicable se determinarán por el texto del propio tratado. Lo mismo cabe decir del Segundo caso: el Convenio del MIGA. En ambos casos ‘los términos del respectivo tratado’ impondrán el alcance de los reclamos que podrán someterse al arbitraje internacional, que serán aquellos que surjan en el contexto del derecho internacional.

140. En el Tercer caso —el del Convenio del CIADI— el mismo tratado no identifica causas de acción sustantivas. En su artículo sobre elección del derecho aplicable —el artículo 42(1)— se refiere a ‘las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de tal acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables’. El Convenio del CIADI, incluido el artículo 42(1), se aplicaría naturalmente si el Tercer caso se interpreta de tal manera que fuera a requerir que el consentimiento del Estado se otorgue por instrumento independiente. En el caso del consentimiento mediante acuerdo de arbitraje, el contrato mismo determinaría el alcance de la causa de acción, que se determinaría de acuerdo al derecho aplicable al mismo. En el caso de consentimiento a la jurisdicción del CIADI mediante un tratado bilateral de inversiones, el tratado determinará el alcance de la causa de acción en el marco del derecho internacional. En ambas situaciones el tribunal del CIADI estaría operando, según lo previsto por el artículo 22, ‘conforme’ a las disposiciones del Convenio del CIADI. Pero si el Tercer caso hubiera de interpretarse como si proporcionara consentimiento en todas las diferencias con inversionistas internacionales de Estados contratantes del Convenio del CIADI, el alcance de las causas de acción sometidas a arbitraje internacional no estaría claramente definido²⁵⁹.

(g) Conclusión del Tribunal sobre el primer fundamento de jurisdicción

141. Por todas las razones precedentes, el Tribunal concluye que el artículo 22 (Tercer caso) no ha de interpretarse en el sentido de que otorga el consentimiento escrito de Venezuela para someter a la jurisdicción del Centro todas las diferencias relativas a inversiones con nacionales de otros Estados contratantes del CIADI. Consecuentemente, se admite la primera excepción a la jurisdicción presentada por la Demandada. Los reclamos de todas las Demandantes, excepto las que se basan en el Tratado, invocan exclusivamente este primer fundamento de la jurisdicción, por lo que no están dentro de la jurisdicción del Centro ni la competencia del Tribunal, y deben por lo tanto rechazarse.

²⁵⁹ El Art. 22 puede ser contrastado con el Art. 23, que permite someter controversias a tribunales de justicia o tribunales arbitrales venezolanos y sí contiene una limitación *ratione materiae* a la resolución de ‘[c]ualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación del presente Decreto-Ley’.

C. Segundo fundamento de jurisdicción: el TIB con Barbados

1. Naturaleza jurídica de esta cuestión jurisdiccional

142. El segundo fundamento aducido por las Demandantes para invocar la jurisdicción del Centro, y por lo tanto la competencia de este Tribunal, se formula en virtud de las disposiciones del artículo 8 del TIB con Barbados, que en lo pertinente establece:

(1) Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante que se refieran a las obligaciones de aquella conforme a este Acuerdo en relación con una inversión, se someterá, a solicitud del nacional o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada mediante conciliación o arbitraje de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

....

(3) La sentencia arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la Parte Contratante en cuestión de sus obligaciones conforme al presente Acuerdo, si ese incumplimiento ha causado daños al nacional o a la Sociedad en cuestión y, si ese fuere el caso, el monto de la indemnización.

(4) Cada Parte Contratante da su consentimiento incondicional para la sumisión de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo.

143. Las Demandantes reconocen que su reclamo basado en el TIB celebrado con Barbados se limita a las Demandantes en virtud del Tratado (Tidewater Barbados y Tidewater Caribe). Admiten asimismo que la jurisdicción del Centro por ese concepto se limita a la supuesta violación de las obligaciones que Venezuela asumió en virtud del Tratado. Dado que el artículo 8(1) requiere que exista una diferencia entre ‘una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante’, las Demandantes reconocen que ‘no podrían haber esperado obtener protección de controversias preexistentes. Espera[ban] obtener una protección a futuro solamente respecto de actos de incumplimientos del Tratado que la demandada [hubiera] ejecutado después de la reestructuración’²⁶⁰.

144. No existe entre las partes un desacuerdo en materia jurisdiccional con respecto a la validez de las disposiciones del TIB, sino que la Demandada cuestiona este segundo fundamento de la jurisdicción por la única razón de que, según ella, Tidewater reestructuró sus operaciones

²⁶⁰ T1/193/14-19.

mediante la constitución de Tidewater Barbados y la adquisición de Tidewater Caribe con el propósito de obtener acceso al CIADI con respecto a una diferencia preexistente o, alternativamente, prevista y previsible, lo cual, según la Demandada, constituye un abuso del Tratado que en tales circunstancias no puede servir de base para atribuirle jurisdicción al Centro.

145. Por lo tanto, el aspecto medular de este tema es una cuestión de hecho que comprende la naturaleza de la controversia entre las partes y una cuestión de cronología que comprende el momento en que la diferencia surgió o pudo razonablemente haberse previsto. Venezuela alega que hubo tan sólo una controversia entre las partes, la cual existía mucho antes de que se constituyera Tidewater Barbados, por lo cual la presente controversia es ajena al ámbito de protección del Tratado. Las Demandantes, por el contrario, sostienen que la controversia que precede a la constitución de Tidewater Barbados era la que existía entre SEMARCA y PDVSA y se refería exclusivamente a los pagos atrasados adeudados a SEMARCA y a la cuestión de si SEMARCA renovarían sus contratos en vista de esos retrasos. Las Demandantes afirman que la diferencia que surgió a raíz de la promulgación de la Ley de Reserva es una controversia diferente, con una parte distinta, y que no fue prevista.
146. A juicio del Tribunal, si se comprueba que las afirmaciones de las Demandantes son correctas en cuanto a los hechos no cabe alegar abuso de tratado. Si en cambio lo que alega la Demandada sobre el desarrollo de los hechos resulta ser correcto, podría constituir una verdadera instancia de abuso de tratado. La distinción fue correctamente resumida por el tribunal del caso *Mobil c. Venezuela*, al formular el siguiente comentario:

Como expresaron las Demandantes, la finalidad de la reestructuración de sus inversiones en Venezuela a través de una compañía controladora holandesa consistió en proteger esas inversiones frente a la violación de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas, al obtener acceso al arbitraje del CIADI a través del TBI. El Tribunal considera que se trató de un objetivo totalmente legítimo en la medida en que se refería a diferencias futuras.

Con respecto a las diferencias preexistentes, la situación es distinta, y el Tribunal considera que reestructurar inversiones a los solos efectos de obtener jurisdicción en el marco de un TBI para esas diferencias constituiría, para utilizar los términos del tribunal que entendió en el caso Phoenix, “una manipulación

abusiva del sistema de protección de las inversiones internacionales en el marco del Convenio del CIADI y de los TBI[²⁶¹].

147. Dado que '[c]onforme al derecho internacional general y a la jurisprudencia del CIADI, el abuso de derecho debe determinarse caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso'²⁶², es preciso que el Tribunal analice cuidadosamente los hechos ocurridos en 2008 y 2009 para determinar la naturaleza de cualesquieras diferencias, las partes de las mismas y el momento en que se produjeron o es razonable asumir que se previeron.

148. El Tribunal procede de este modo para evaluar cada una de las posibilidades a las que se refieren las partes en los argumentos que formulan en sus alegaciones:

- 1) *Controversia existente*: Que las partes ya mantenían una diferencia sobre el mismo asunto antes de la constitución de Tidewater Barbados y de la transferencia a ella de los activos venezolanos el 9 de marzo de 2009, de manera que tal diferencia que es objeto del presente procedimiento ya había surgido. Alternativamente, de no ser así,
- 2) *Controversia previsible*: Que en aquel entonces, Tidewater pudo haber razonablemente anticipado la existencia de la presente diferencia.

149. A los efectos de considerar la primera posibilidad, el Tribunal propone adoptar el criterio enunciado por el tribunal en el caso *Lucchetti c. Perú*, según el cual:

[E]l factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas. El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las "causas reales" de la controversia o en el "objeto" de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior²⁶³.

150. Al evaluar la segunda posibilidad, el Tribunal considerará la cuestión de si 'el propósito objetivo de la reestructuración fue el facilitar el acceso a un tribunal de inversión conforme a un tratado respecto de una reclamación que estaba dentro de lo razonablemente contemplado por el inversionista'²⁶⁴.

151. Las partes colaboraron para producir un conjunto básico de documentos fácticos para la fase oral del procedimiento y lo complementaron con cuidadosos alegatos que han resultado ser

²⁶¹ *Mobil c. Venezuela* [204]–[205], en que se cita *Phoenix c. República Checa* [144].

²⁶² *Ibidem* [177].

²⁶³ *Lucchetti c. Perú* [50].

²⁶⁴ Douglas *The International Law of Investment Claims* (Cambridge UP, 2009) 465.

sumamente útiles para el Tribunal. En la siguiente sección se describen los hechos tal y como el Tribunal entiende que se produjeron.

2. *Consideraciones del Tribunal sobre los hechos*

(a) *Las operaciones de soporte marítimo de Tidewater*

152. Primero, Tidewater estableció sus operaciones en el Lago de Maracaibo en 1957, y ya en 1961 señaló que el ‘complejo’ entorno político venezolano era especialmente problemático. No obstante, siguió operando en Venezuela hasta 2009²⁶⁵.
153. Como se señaló al comienzo de la presente Decisión, las operaciones de las Demandantes en Venezuela se realizaron a través de SEMARCA, compañía constituida en Venezuela. SEMARCA celebró con PDVSA, PDVSA Petróleo y PetroSucre contratos de suministro de apoyo marítimo en el Golfo de Paria y en el Lago de Maracaibo. SEMARCA no mantenía un contrato general de concesión con PDVSA ni con otras compañías a las que prestaba servicios en Venezuela. A pesar de haberse establecido y de haber mantenido operaciones desde hace cincuenta años, esas operaciones se realizaron en base a una cuenta corriente, celebrando contratos individuales por cada prestación de servicios. Así, por ejemplo, en julio de 2008 SEMARCA celebró con PDVSA un contrato con término de seis meses para la prestación de servicios marítimos en el Lago de Maracaibo²⁶⁶.

(b) *Diferencia contractual entre SEMARCA y PDVSA*

154. Las cuentas pendientes de pago adeudadas a SEMARCA comenzaron a devengarse en USD en junio de 2008, y en bolívares en octubre de 2008²⁶⁷. No obstante, SEMARCA siguió suscribiendo nuevos contratos, o contratos renovados, con respecto a sus operaciones en Venezuela a lo largo de 2008. Su contrato de prestación de servicios en el Lago de Maracaibo se prorrogó el 26 de noviembre de 2008²⁶⁸.
155. El 17 de diciembre de 2008 SEMARCA solicitó que Tidewater le transfiriera los fondos que fueran necesarios para mantener sus operaciones en curso, y efectuó solicitudes similares el 5 de febrero, el 11 de marzo, el 20 de marzo, el 27 de marzo, el 3 de abril y el 17 de abril de 2009²⁶⁹.

²⁶⁵ Doc. C-100, 23 y 26.

²⁶⁶ Doc. C-21.

²⁶⁷ Doc. C-25.

²⁶⁸ Doc. C-31.

²⁶⁹ Doc. C-66–C-72.

156. El 16 de enero de 2009 *El Universal* informó que PDVSA estaba teniendo dificultades para pagar a sus proveedores de servicios, pero citó a su Director de Finanzas, Eudomario Carruyo afirmando que los atrasos representaban ‘un monto importante, pero manejable’²⁷⁰.
157. PDVSA Petróleo y PetroSucre siguieron efectuando pagos a SEMARCA desde finales de 2008 hasta mediados de 2009²⁷¹, pero no eliminaron los atrasos adeudados durante ese período. En resumen, PDVSA pagó aproximadamente US\$3 millones en diciembre de 2008 y US\$1 millón adicionales el 6 de marzo de 2009. PetroSucre pagó US\$671 000 en diciembre de 2008, US\$775 000 en febrero de 2009, US\$1 262 000 en abril de 2009 y aproximadamente US\$3 millones adicionales en junio de 2009.
158. El 27 de enero de 2009 Ensko International cerró la plataforma petrolífera Ensko 69 en el Golfo de Paria en respuesta a la falta de pagos atrasados, que según se dijo se estaban negociando desde diciembre de 2008. Los empleados de PetroSucre entonces asumieron el control operativo de la plataforma bajo supervisión de Ensko, con PDVSA calificando la decisión de Ensko de efectuar dicho cierre como un intento de ejercer presión y una violación del contrato por parte de Ensko, que requería un preaviso de 30 días para que cualquiera de las partes pudiera válidamente rescindir del contrato por incumplimiento²⁷². El 30 de enero de 2009 las medidas adoptadas por PetroSucre fueron calificadas por *Forbes* como la ‘evolución natural’ de la nacionalización de activos realizada en Venezuela²⁷³. Posteriormente, en mayo de 2009, Ensko notificó formalmente del incumplimiento del contrato por parte de PetroSucre²⁷⁴, y rescindió el contrato el 6 de junio de 2009²⁷⁵.
159. El 28 de enero de 2009 SEMARCA celebró un contrato con Chevron para la prestación de servicios marítimos de apoyo a las labores de perforación llevadas a cabo off-shore, en el bloque Cardon, en Venezuela²⁷⁶. El 23 de marzo de 2009 se celebró con Chevron un acuerdo de fletamento²⁷⁷, y el 24 marzo de 2009 las Demandantes, en cumplimiento de ese contrato, enviaron dos buques a aguas venezolanas²⁷⁸, en las que permanecieron hasta junio del

²⁷⁰ Doc. R-39.

²⁷¹ Doc. C-27.

²⁷² Doc. R-44, Doc. R-45.

²⁷³ Doc. R-77.

²⁷⁴ Doc. C-42.

²⁷⁵ Doc. C-41.

²⁷⁶ Doc. C-85.

²⁷⁷ Doc. C-86.

²⁷⁸ Doc. C-87.

2009²⁷⁹. Similarmente, el 12 de febrero y el 15 de marzo de 2009 SEMARCA presentó a Repsol una propuesta de servicios²⁸⁰.

160. El 31 de enero de 2009, PDVSA comenzó a pagar de manera directa los salarios y otros beneficios de los empleados de SEMARCA que no habían cobrado desde el 15 de diciembre de 2008, y solicitó que SEMARCA emitiera una carta de crédito por el importe pagado²⁸¹.
161. El 3 de febrero de 2009 PDVSA emitió un comunicado de prensa en que aseguraba a los proveedores de servicios que se pagarían los atrasos, pero sólo si los proveedores cancelaban contablemente el 40% del saldo pendiente. PDVSA solicitó además a dichos proveedores que ‘no se incurra en despidos ni tampoco en retraso en los pagos de sueldos y salarios’²⁸² a causa de la demora de PDVSA en la realización de pagos a los proveedores.
162. El 9 de febrero de 2009, en su examen semestral de desempeño, PDVSA calificó de ‘excelente’ el desempeño de SEMARCA²⁸³.
163. En una serie de mensajes de correo electrónico enviados en febrero del 2009, SEMARCA dejó claro que no accedería a renovar sus contratos a menos que se pagaran los atrasos:
 - (a) El 17 de febrero de 2009 el Sr. Gerard Kehoe (Vicepresidente Principal de Tidewater Inc.) había escrito a Eulogio del Pino, de PDVSA, explicándole que al menos desde junio de 2008 SEMARCA venía tratando de obtener el pago de los atrasos que se le adeudaban. El Sr. Kehoe señalaba:

Lamentablemente Semarca está en su límite de condiciones financieras para mantener una operación continua y la junta directiva de Tidewater no quiere enviar más dinero del extranjero para apoyar las operaciones mientras no recibamos ningún pago de nuestras facturas²⁸⁴.
 - (b) El 18 de febrero de 2009, la Sra. Rosalyn Sierra (Administradora de Contratos de Operaciones Acuáticas) reenvió una solicitud formal remitida por el Sr. Omar Vargas de PDVSA pidiendo la prórroga del contrato 4627 durante 92 días.²⁸⁵.
 - (c) Ese mismo día el Sr. Jacob contestó que SEMARCA se sentía

²⁷⁹ Doc. C-88.

²⁸⁰ Doc. C-91, Doc. C-89.

²⁸¹ Doc. C-29, Doc. R-49.

²⁸² Doc. R-40.

²⁸³ Doc. C-33.

²⁸⁴ Doc. C-25.

²⁸⁵ Doc. R-47.

... complac[ida] [de] que PDVSA desea prorrogar el contrato para las Barcazas.

Semarca existe para servir a las necesidades de buques de PDVSA, sin embargo no nos comprometernos a cualquier prórroga del contrato sin llegar a un acuerdo sobre los pagos.

Nosotros no estamos pidiendo un incremento en las tarifas, sólo que recibamos el pago por los servicios que se han prestado y que continuamos prestando.

Pasado el mes en curso, no tenemos suficiente capital para seguir manteniendo nuestros buques en condiciones buenas y seguras para nuestra tripulación.

Nos encontramos en un punto en el que, sin fondos adicionales, tendremos que poner los barcos en el muelle, uno por uno. No podemos en conciencia tener una nueva obligación contractual que no podemos cumplir con la calidad que nos hemos acostumbrado a proporcionar a PDVSA²⁸⁶.

- (d) El 19 de febrero de 2009 el Sr. Jacob envió a la Sra. Sierra un nuevo correo electrónico. Afirmó que se sentía ‘muy preocupado por esta situación con el contrato de las barcazas’ y que faltando apenas cuatro días para la expiración del contrato aún no estaba claro si PDVSA lo prorrogaría²⁸⁷. El 19 de febrero de 2009 el Sr. Jacob profundizó sobre el correo electrónico del Sr. Kehoe afirmando que:

PDVSA debe a Semarca una cantidad excesiva de dinero, según nuestros estándares operativos, y, sin embargo, continuaremos prestando servicio a PDVSA y no hemos parado las operaciones debido a la falta de pago

....

Estamos cerca del punto donde, no tenemos suficiente capital para seguir manteniendo nuestros buques en condiciones buenas y seguras para nuestra tripulación. No podemos en conciencia tener una obligación contractual que no podemos cumplir con la alta calidad que nos hemos acostumbrado a proporcionar a PDVSA. ...

Lamentablemente, con el fin de continuar, tenemos que recibir los pagos.

....

²⁸⁶ Doc. R-47.

²⁸⁷ Doc. R-47.

Todo lo que pedimos es que hay que pagar por servicios ya prestados y que continúan prestándose a PDVSA.

Al final, esta situación de falta de pago no es sostenible y estamos cerca de nuestro punto de ruptura²⁸⁸.

- (e) El 24 de febrero de 2009 el Sr. del Pino respondió al email del Sr. Jacob del 19 de febrero expresando: “[e]sta semana [PDVSA] comen[zará] a regularizar los pagos’²⁸⁹.
- (f) El 28 febrero de 2009 el Sr. Jacob rechazó formalmente la solicitud de prórroga del contrato formulada por el Sr. Vargas, explicando que PDVSA había ‘alterado la base’ del contrato al optar por pagar directamente a las tripulaciones, señalando que los atrasos seguían impagos, y añadiendo:

Es un hecho que, sin un pago inmediato de PDVSA, no podremos mantener nuestros barcos en condiciones de trabajo, sin embargo, en realidad, por un sentido de responsabilidad hacia la tripulación y a PDVSA, y con optimismo de que pronto se normalice la situación del pago, no vamos a suspender las operaciones /todavía [sic].

En vista de la situación, en lugar de una prórroga directa de 3 meses, proponemos unos 15 días de prórroga, desde el 1 de marzo al 15 de marzo de 2009.

Al final de este período, por supuesto, esperamos que la cuestión de los pagos, al menos, haya sido resuelta, y que esta nueva forma de administrar la nómina y las prestaciones de la tripulación haya finalizado.

Sólo de esta manera podemos aceptar una prórroga a largo plazo²⁹⁰.

- 164. El 2 de marzo de 2009 el Sr. Kehoe y el Sr. Jacob dieron a conocer planes de mandar los empleados expatriados de Tidewater a Venezuela²⁹¹.

(c) Transferencia de operaciones en Venezuela a Tidewater Barbados

- 165. Las Demandantes comenzaron a evaluar la estructura de sus inversiones en Venezuela a finales del 2008²⁹². El 13 de diciembre del 2008, el Sr. Mikael Jacob, gerente de Zona de

²⁸⁸ Doc. C-25.

²⁸⁹ Doc. C-25.

²⁹⁰ Doc. R-48.

²⁹¹ Doc. C-160.

²⁹² Declaración testimonial directa de Carr [9].

SEMARCA, solicitó el asesoramiento del Sr. Ramón Azpurua por primera vez (asesor jurídico externo venezolano) con respecto a las inversiones de las Demandantes en Venezuela²⁹³.

166. Los pasos formales para la constitución de Tidewater Barbados y la adquisición de las acciones de Tidewater Caribe se dieron en Barbados y Venezuela entre el 25 de febrero y el 9 de marzo de 2009:

- a) El 25 de febrero de 2009 Tidewater Barbados inscribió en el Registro de Compañías de Barbados su Convenio Constitutivo como compañía formada con el propósito de '[m]antener y realizar la gestión de operaciones de transporte marítimo'²⁹⁴, junto con su Aviso de Oficina Registrada²⁹⁵ y Aviso de Personal Gerencial²⁹⁶; y obtuvo, en consecuencia, su Certificado de Constitución²⁹⁷;
- b) El 2 de marzo de 2009 la compañía aprobó sus Acta General n.º 1²⁹⁸, y designó al Sr. Lundstrom como Secretario de la Compañía²⁹⁹;
- c) El 4 de marzo de 2009 Tidewater Marine adquirió de Tidewater, Inc. la totalidad de las acciones de Tidewater Caribe (300 acciones)³⁰⁰. Ese mismo día Tidewater Barbados, a su vez, adquirió esas 300 acciones de Tidewater Marine³⁰¹.
- d) El 9 de marzo de 2009 dicha adquisición de acciones fue registrada en el registro de acciones de Tidewater Caribe en Venezuela³⁰², transferencia que fue certificada en el Registro de Comercio de Venezuela el 23 de noviembre de 2009³⁰³.

Tidewater Barbados se convirtió así en la única propietaria de Tidewater Caribe y en la propietaria final de SEMARCA el 9 de marzo de 2009.

(d) Hechos del período marzo-abril de 2009

167. El 6 de marzo de 2009 (hecho sobre el que se informó el 7 de marzo de 2009) el Ministro de Energía y Petróleo y presidente de PDVSA, Rafael Ramírez, declaró: 'el Ejecutivo no permitirá que se paralice la industria petrolera' ni 'que alguna empresa contratista paralice actividades de la industria'. Manifestó asimismo que PDVSA estaba revisando 'todas [sus] estructuras de

²⁹³ Doc. C-19 (calendario de las Demandantes).

²⁹⁴ Doc. R-51.

²⁹⁵ Doc. R-57.

²⁹⁶ Doc. R-53.

²⁹⁷ Doc. R-50.

²⁹⁸ Doc. R-51.

²⁹⁹ Doc. R-54.

³⁰⁰ Doc. R-59.

³⁰¹ Doc. R-60.

³⁰² Doc. R-58

³⁰³ Doc. C-156.

costos y gastos' y que si bien se pagaría la totalidad de lo adeudado al 94% de los proveedores de servicios, había 56 grandes contratistas a quienes no se les pagaría el total. El Sr. Ramírez señaló que el monto de la deuda que PDVSA le pagaría a esos contratistas 'depende [...] de negociaciones'³⁰⁴.

168. Como ya se señaló, en marzo y abril de 2009 Tidewater siguió enviando dinero a Venezuela y tratando de concluir contratos con Repsol y Chevron. El 3 de abril de 2009 SEMARCA finalizó su presupuesto de inversiones en Venezuela (incluidas actividades en dique seco y grandes reparaciones) correspondiente al ejercicio de 2010, con un monto de US\$2 366 000³⁰⁵. El 16 de abril de 2009 Ensco envió a aguas venezolanas otra plataforma petrolífera, Ensco 68, en virtud de un contrato con Chevron. En aquel entonces Ensco 69 aún estaba bajo el control de PetroSucre³⁰⁶.
169. El 6 de abril de 2009 el Sr. Jacob se dirigió a PDVSA para decir que SEMARCA dejaría de prestar servicios a PDVSA una vez finalizados los dos contratos que vencían el 31 de mayo de 2009, a menos que se redujeran los atrasos en los pagos³⁰⁷.
170. El 30 abril de 2009, el Sr. Jacob volvió a dirigirse a PDVSA, manifestando:

... Tampoco hemos recibido ningún pago por las facturas que se mantienen insolutas, lo que hubiese ayudado a mitigar las enormes dificultades que nuestra empresa ha venido enfrentando para continuar prestando servicios a PDVSA.

Así las cosas, nos vemos en la triste necesidad de informarles que nuestra situación ha empeorado y ha llegado ya a su punto de quiebra. Ello es así en virtud de que nuestra matriz nos ha informado que no podrá continuar financiando desde el exterior las operaciones locales. Por tanto, por este medio les informamos que nuestra empresa no extenderá los contratos en referencia más allá del 31 de mayo de 2009, fecha en la cual expira la última extensión mutuamente acordada. Esta determinación únicamente podrá ser modificada por la alta gerencia de nuestro grupo de empresas, si recibimos pagos por las facturas que permanecen insolutas y si se suscriben y cumplen las demás formalidades legales conducentes a formalizar una extensión contractual.

....

³⁰⁴ Doc. R-43.

³⁰⁵ Doc. C-159.

³⁰⁶ Doc. C-43.

³⁰⁷ Doc. C-32.

Tal como lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, nuestra empresa desea seguir prestando servicios a PDVSA, pero para hacerlo, debe recibir los pagos por los servicios que ya ha prestado, en los términos contractualmente acordados³⁰⁸.

(e) Promulgación de la Ley de Reserva y expropiación de mayo de 2009

171. El 4 de mayo de 2009 Venezuela inició el proceso legislativo para la promulgación de la Ley de Reserva. El texto fue aprobado por el Presidente y el Gabinete³⁰⁹ y en esa fecha se remitió al Parlamento³¹⁰. La ‘Primera Discusión’ en el Parlamento se realizó al día siguiente y la ‘Segunda Discusión’ el 7 de mayo de 2009, y la ley se promulgó ese mismo día.³¹¹.

172. La Ley de Reserva³¹² dispone en lo pertinente:

Artículo 2. Quedan reservados al Estado los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que anteriormente eran realizadas directamente por Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) y sus filiales, y que fueron tercerizadas, siendo esenciales para el desarrollo de sus actividades. Los bienes y servicios a los que se refiere el presente artículo son:

....

3. Los vinculados a las actividades en el Lago de Maracaibo: Lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; de barcasas con grúa para transporte de materiales, diésel, agua industrial y otros insumos; de remolcadores; de gabarras planas, boyeras, grúas, de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza.

....

Artículo 4. A partir de la publicación de la presente Ley, Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o la filial que ésta designe, tomará posesión de los bienes, y control de las operaciones referidas a las actividades reservadas.

173. Al día siguiente se expropiaron las operaciones de SEMARCA en el Lago de Maracaibo³¹³, y los empleados pasaron de seguido de la nómina de SEMARCA a la de PDVSA³¹⁴.

³⁰⁸ Doc. C-40 (énfasis en el original).

³⁰⁹ Doc. C-35.

³¹⁰ Doc. C-36.

³¹¹ Doc. C-37.

³¹² Doc. C-12.

³¹³ Doc. RL-7: Resolución n.º 51 del Ministerio del Poder Popular para Energía y Petróleo, [31].

³¹⁴ Doc. C-30.

174. El 9 de mayo de 2009 *El Universal* informó que el ministro Ramírez había manifestado que las expropiaciones se debían a que se temía que las compañías de prestación de servicios sacaran sus buques de Venezuela. El presidente Chávez, entre tanto, confirmó que las expropiaciones ahorrarían US\$700 millones por año, y agregó: ‘El capitalismo lo vamos a enterrar en Venezuela’³¹⁵.
175. El 14 de mayo de 2009 el Sr. Dean Taylor, Director Gerente de Tidewater Inc., declaró en la Séptima Conferencia de Luisiana sobre Energía: ‘no queremos abandonar el mercado [venezolano] a menos que sea absolutamente necesario; a menos que nos sintamos incapaces de trabajar allí de manera segura para nuestros empleados ... vamos a ponernos a cubierto y esperar lo mejor’³¹⁶. Esa declaración fue registrada en la Comisión de Valores y Bolsas de los Estados Unidos el 18 de mayo de 2009.
176. El 4 de junio de 2009 PetroSucre solicitó una prórroga de tres meses de un contrato con SEMARCA para la prestación de servicios en el Golfo de Paria³¹⁷.
177. El 8 de junio de 2009 se publicó una entrevista con el ministro Ramírez, quien declaró que la Ley de Reserva había sido promulgada en respuesta a la negativa de los contratistas a rebajar sus tarifas como mínimo un 40% para seguir operando en el país. Explicó que era inaceptable que ‘un eslabón fundamental de la producción de petróleo [estuviera] ... en manos de un tercero, que te decía: si tú no me pagas la factura que yo te exijo, bueno me voy con mis lanchas y mis barcasas y tú ve a ver cómo produces petróleo’. El ministro Ramírez negó que ‘PDVSA asumió esas empresas por las deudas’ y manifestó: ‘[e]stamos en proceso de revisión. Mucha de esa deuda necesita de su revisión tanto de sus tarifas como contratos.’³¹⁸. Al día siguiente el ministro Ramírez instó a los proveedores de servicios que ‘se mantengan en las conversaciones ... bajo la certeza de que siempre pagaremos nuestras deudas’³¹⁹.
178. El 30 de junio de 2009 PDVSA se dirigió a SEMARCA solicitando información para ‘preparar un calendario de pagos’ de la deuda pendiente³²⁰. El mismo día SEMARCA propuso prorrogar su contrato con PetroSucre en condiciones idénticas a las anteriores³²¹.

³¹⁵ Doc. C-38.

³¹⁶ Doc. C-24.

³¹⁷ Doc. C-98.

³¹⁸ Doc. R-41.

³¹⁹ Doc. C-97.

³²⁰ Doc. C-26.

³²¹ Doc. C-99.

179. El 3 de julio de 2009 PetroSucre accedió a prorrogar el contrato por tres meses ‘bajo los mismos términos y condiciones originalmente suscritos’ y prometió pagar las facturas pendientes ‘según el flujo de caja disponible en PetroSucre’³²².
180. El 6 de julio de 2009 SEMARCA efectuó una oferta para saldar la deuda de PDVSA³²³.
181. El 12 de julio de 2009 se expropiaron los activos y operaciones restantes de las Demandantes en Venezuela³²⁴.

3. *Consecuencias jurídicas de los hechos constatados*

182. Por la presente, el Tribunal considera las consecuencias jurídicas de los hechos constatados, distinguiendo tres aspectos:
- a) planteamientos de las Demandantes sobre el supuesto fundamento tributario de la transferencia a Tidewater Barbados de operaciones de Tidewater en Venezuela;
 - b) planteamiento de la Demandada sobre una diferencia preexistente relativa a la continuidad de los servicios prestados por SEMARCA a PDVSA³²⁵; y,
 - c) planteamiento alternativo de la Demandada según el cual la diferencia actual pudo anticiparse razonablemente antes de la reorganización, en marzo de 2009.

(a) *Relevancia del fundamento tributario*

183. En sus planteamientos, las Demandantes desarrollaron el argumento, haciendo referencia a la prueba testimonial del Sr. Carr, posteriormente respaldada por el informe pericial del Profesor Steines, de que la constitución de Tidewater Barbados y la transferencia a ella de las operaciones de Tidewater en Venezuela se inspiraron en ventajas tributarias ofrecidas por la legislación tributaria estadounidense. El Tribunal no cree necesario pronunciarse acerca de si las supuestas ventajas tributarias que podía obtener Tidewater efectivamente motivaron o explicaron la constitución de Tidewater Barbados o la reorganización de sus operaciones en Venezuela bajo la propiedad intermedia de Tidewater Barbados, puesto que, como el Sr. Carr justamente reconoce en su declaración, la reestructuración fue motivada tanto por consideraciones tributarias como por ‘perspectivas de la disminución de los riesgos’³²⁶. El Sr. Carr señala que ‘Tidewater tenía conocimiento de las nacionalizaciones llevadas a cabo por el gobierno venezolano en 2007 y 2008. Queríamos asegurarnos de tener

³²² Doc. C-101.

³²³ Doc. C-59.

³²⁴ Doc. C-102.

³²⁵ T1/75/5-11.

³²⁶ Declaración testimonial directa de Carr [9].

una estructura que permitiera mitigar cualquiera de dichos riesgos, especialmente porque Tidewater planeaba aumentar su exposición en Venezuela mediante inversiones de capital en su flota venezolana.³²⁷ Por esa razón basta que el Tribunal acepte, para los propósitos actuales, que *una* de las dos razones por las que se llevó a cabo la reorganización fue un deseo de proteger a Tidewater del riesgo de expropiación mediante la constitución de un vehículo de inversión en un Estado que mantuviera un tratado en materia de inversiones con Venezuela.

184. Como ya se señaló, el que un inversionista trate de protegerse de este modo frente al riesgo general de futuras diferencias con un Estado receptor constituye un objetivo completamente legítimo y no un abuso del régimen de un tratado de protección de inversiones. Pero no sucede lo mismo en relación con controversias preexistentes entre el inversionista específico y el Estado. Por lo tanto, la cuestión crítica sigue siendo de hecho: ¿existía una controversia previa? En el presente caso, se desprende claramente de la cronología de los hechos que existía una diferencia entre SEMARCA y PDVSA que precedía la constitución de Tidewater Barbados, en marzo de 2009, y a la transferencia a esta última de operaciones de Tidewater en Venezuela. Por lo tanto, la pregunta que realmente debe proponerse el Tribunal es más limitada; a saber: ¿debe tratarse esa diferencia como parte de la misma controversia que las Demandantes actualmente formulan contra la Demandada en el presente procedimiento? Alternativamente, ¿cabe suponer razonablemente que la presente diferencia pudiera haber sido prevista en marzo de 2009, cuando Tidewater Barbados adquirió la inversión en Venezuela?

(b) Controversia preexistente sobre continuidad de los servicios

185. La Demandada alega que hubo una única controversia continuada con respecto a las obligaciones de SEMARCA de proporcionar continuidad de servicios a PDVSA, y que esa diferencia está inextricablemente vinculada a la subsiguiente decisión de la Demandada de asumir el control de las operaciones de SEMARCA en Venezuela.
186. Para promover ese argumento, la Demandada comienza por alegar que SEMARCA estaba sujeta a las obligaciones enunciadas en el Decreto-Ley de Hidrocarburos de 2001³²⁸, incluida la obligación contenida en el artículo 19 de realizar sus actividades de forma continuada. Las Demandantes sostienen que esta ley no es aplicable a la prestación de sus servicios, ya que la obligación esencial que contiene la Ley del 2001 era la de reservar al Estado ciertas

³²⁷ *Ibíd*em [10].

³²⁸ Doc. RL-6.

actividades petrolíferas primarias, pero ello no se dispuso para los servicios relacionados con esas actividades, como el suministro de buques de transporte del tipo que operaba SEMARCA hasta la promulgación del Decreto de 7 de mayo de 2009.

187. El Tribunal comparte este argumento. El Tribunal concluye que las Demandantes no estaban obligadas, conforme al derecho venezolano, a dar continuidad a sus servicios. No se trata simplemente de una lectura formal de ambos instrumentos legislativos. La relación de las negociaciones mantenidas por las partes en 2008-9, expuesta con anterioridad, demuestra que ambas partes sabían y aceptaban que sus operaciones se basaban simplemente en contratos a corto plazo, cada uno de los cuales fue negociado entre ellas sobre bases comerciales ordinarias. Por lo tanto, en el período pertinente, en lo relativo al Lago de Maracaibo, las obligaciones de las Demandantes de prestar servicios y la obligación correspondiente de la Demandada de pagar por ellos estaban estipuladas en el contrato celebrado por ambas partes con fecha 31 de julio de 2008³²⁹. Este fue posteriormente el objeto de negociaciones para pactar una prórroga a solicitud de la División de Adquisiciones del Distrito de los Lagos de PDVSA, en una reunión con SEMARCA el 26 de noviembre de 2008, en que se mantuvieron conversaciones detalladas sobre la naturaleza de los servicios que habían de prestarse y las cuentas existentes entre ambas partes contratantes³³⁰.
188. Además, las Demandantes no dejaron de prestar sus servicios en ningún momento. Ciertamente escribieron a PDVSA en varias ocasiones a principios del 2009, indicando que tendrían que hacerlo si SEMARCA no recibía el pago de sus facturas pendientes. El Tribunal considera que ello no supone más que una presión comercial ordinaria ejercida por la parte que presta servicios en virtud de un contrato para alentar a la contraparte a efectuar los pagos contractualmente convenidos por esos servicios. Cuando el 30 de abril de 2009 el Sr. Jacob de SEMARCA se dirigió a PDVSA manifestó:

[N]uestra empresa no extenderá los contratos en referencia más allá del 31 de mayo de 2009, fecha en la cual expira la última extensión mutuamente acordada. Esta determinación únicamente podrá ser modificada por la alta gerencia de nuestro grupo de empresas, si recibimos pagos por las facturas que permanecen insolutas y si se suscriben y cumplen las demás formalidades legales conducentes a formalizar una extensión contractual.

....

³²⁹ Doc. C-21.

³³⁰ Doc. C-31.

Tal como lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, nuestra empresa desea seguir prestando servicios a PDVSA, pero para hacerlo, debe recibir los pagos por los servicios que ya ha prestado, en los términos contractualmente acordados³³¹.

El Tribunal lo interpreta como confirmación, por parte de SEMARCA, del hecho de que las partes estaban actuando conforme a obligaciones contractuales mutuamente acordadas para un plazo fijo.

189. El Tribunal constata que la conducta de la Demandada en el mismo período también coincide con el carácter limitado de las obligaciones mutuas de las partes en virtud del contrato. Así, PDVSA y PetroSucre siguieron efectuando pagos parciales a SEMARCA por sus servicios desde finales del 2008 hasta mediados del 2009. Cuando el 31 de enero de 2009 PDVSA efectuó pagos directos de salarios a trabajadores de SEMARCA en el Lago de Maracaibo, trató de obtener una nota de crédito de SEMARCA conforme al contrato en concepto de las sumas abonadas³³². PDVSA ciertamente estaba tratando de negociar con SEMARCA una rebaja de los montos pendientes, pero al mismo tiempo trataba de obtener prórrogas de sus contratos con SEMARCA³³³, prometiendo regularizar los pagos³³⁴. Tan tarde como el 4 de junio de 2009 PetroSucre solicitó una prórroga de tres meses en un contrato con SEMARCA para la prestación de servicios en el Golfo de Paria³³⁵.
190. Por lo expuesto, el Tribunal no puede considerar la controversia entre SEMARCA y PDVSA sino como una controversia comercial ordinaria entre un proveedor de servicios y su contraparte para recuperar los montos a pagar en virtud de los servicios prestados. Ambas partes reconocieron que SEMARCA no tenía obligación alguna de seguir prestando servicios más allá de la expiración de cualquier período contractual fijado de mutuo acuerdo, y la posición de SEMARCA era que no podía renovar sus contratos a menos que se liquidaran los atrasos.
191. Además, la posición expuesta por la Demandada en ese entonces era que las diferencias con proveedores en materia de pagos no fueron la razón que llevó a promulgar la Ley de Reserva el 7 de mayo de 2009. El 8 de junio de 2009 se informó que el Ministro Ramírez negó que 'PDVSA asumió esas empresas por las deudas' mantenidas y manifestó: '[e]stamos en proceso de revisión. Mucha de esa deuda necesita de su revisión tanto de sus tarifas como

³³¹ Doc. C-40 (destaque en el original).

³³² Doc. C-29, R-49.

³³³ Doc. R-47.

³³⁴ Doc. C-25.

³³⁵ Doc. C-98.

contratos'³³⁶. Al día siguiente el Ministro Ramírez instó a los proveedores de servicios a que 'se mantengan en las conversaciones... bajo la certeza de que siempre pagaremos nuestras deudas'³³⁷. Conforme a la Ley de Reserva se expropiaron los activos de alrededor de 39 proveedores de servicios³³⁸. La medida no se limitó simplemente a SEMARCA.

192. Por lo expuesto, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que deba tratar la controversia sobre pagos entre SEMARCA y PDVSA como parte de la misma diferencia que formulan las Demandantes en virtud del Tratado contra la República de Venezuela en el presente arbitraje.

(c) ¿Era previsible la controversia sobre la expropiación?

193. Sigue abierta, no obstante, la posibilidad alternativa de que una controversia entre las Demandantes y la República en relación con la expropiación de activos de las Demandantes en Venezuela hubiera sido razonablemente previsible en marzo de 2009, cuando se constituyó Tidewater Barbados y se le transfirieron las operaciones de las Demandantes en Venezuela.
194. Las Demandantes iniciaron su reestructuración en diciembre de 2008. Se admite que por lo menos una de las razones que llevaron a esa medida fue su deseo de protegerse contra el riesgo de nacionalización. No obstante, ¿cabía entonces, o en marzo de 2009, cuando se consumó la reestructuración, prever razonablemente que esa nacionalización fuera inminente? En vista de las pruebas que tiene ante sí, el Tribunal no considera que así lo fuera. A principios del 2009 Tidewater había venido realizando operaciones de suministro de buques de transporte a la industria petrolífera venezolana durante 50 años y había seguido operando en un contexto de numerosos cambios de Gobierno y de políticas gubernamentales. Los actos que llevó a cabo a finales del 2008 y en el 2009 son consistentes con este planteamiento. Continuó invirtiendo fondos en sus operaciones en Venezuela. Tidewater presentó ofertas para nuevas operaciones con otras compañías petroleras que operaban en Venezuela además de negociar prórrogas de sus contratos con PDVSA y PetroSucre, con esta última aun después de la expropiación de sus operaciones en el Lago de Maracaibo.
195. Al mismo tiempo el Tribunal no considera que las actuaciones de la Demandada hayan dado lugar a que una expropiación de las operaciones de las Demandantes fuera razonablemente previsible. Aunque en enero de 2009 se expropió una plataforma petrolífera perteneciente a

³³⁶ Doc. R-41.

³³⁷ Doc. C-97.

³³⁸ Doc. C-13.

una compañía que no estaba vinculada a ellas, ello ocurrió después de la decisión de las Demandantes de reestructurar sus activos. De todos modos las actividades de PDVSA con respecto a SEMARCA en el mismo período eran compatibles con una continuada voluntad de realizar transacciones. El Ministro Ramírez había manifestado en marzo de 2009: ‘el Ejecutivo no permitirá que se paralice la industria petrolera’ o ‘que alguna empresa contratista paralice actividades de la industria’, pero añadió que PDVSA estaba ‘revisando todas [sus] estructuras de costos y gastos’ y que si bien se pagaría la totalidad de lo adeudado al 94% de los proveedores de servicios, había 56 grandes contratistas a los que no se les pagaría la totalidad. El Sr. Ramírez señaló que el monto de la deuda que PDVSA pagaría a esos contratistas ‘depende [...] de negociaciones’³³⁹. Estas afirmaciones coinciden con una solución contractual negociada, y no con una expropiación.

196. El propio proyecto de Ley de Reserva fue introducido sin previo aviso y se promulgó apenas tres días después del 4 de mayo de 2009, y la incautación de los activos de las Demandantes se hizo efectiva al día siguiente.

(d) Conclusión del Tribunal sobre el segundo fundamento de la jurisdicción

197. Por las razones expuestas, el Tribunal concluye que los actos de expropiación que dan lugar a la presente diferencia no eran razonablemente previsibles por las Demandantes ni en diciembre de 2008, cuando iniciaron la reestructuración, ni en marzo de 2009, cuando se hizo efectiva la reestructuración.
198. De ello se infiere, por lo tanto, que los reclamos de Tidewater Barbados, por estar relacionadas con causas de acción surgidas después de la adquisición de las acciones de Tidewater Caribe, están sujetas a la jurisdicción del CIADI, a la que Venezuela dio su consentimiento en virtud del artículo 8 del TIB con Barbados, y que las Demandantes no incurrieron en un abuso del Tratado del tipo del que pudiera hacer inadmisibles su invocación de dicha jurisdicción.

³³⁹ Doc. R-43.

IV. DECISIÓN

199. **Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal por la presente decide:**

- 1) Declarar que no tiene jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana de 1999;**
- 2) Declarar que tiene jurisdicción sobre los reclamos de Tidewater Barbados y de Tidewater Caribe conforme al artículo 8 del TIB con Barbados, en la medida en que tales reclamos se refieren a supuestos incumplimientos de la Demandada en virtud del Tratado que surgieron después del 9 marzo de 2009;**
- 3) En consecuencia, se admite la excepción a la jurisdicción por parte de la Demandada en la medida en que lo expresa el párrafo (1) que antecede, y se rechaza en la medida en que lo expresa el párrafo (2) previo;**
- 4) En consecuencia el presente procedimiento proseguirá sólo en relación con los reclamos especificados en el párrafo (2), que antecede;**
- 5) Las Demandantes en virtud del Tratado tendrán un plazo de 21 días contados a partir de la fecha en que se despache la presente Decisión sobre la jurisdicción para presentar una copia enmendada de su Solicitud de Arbitraje, en la que indiquen los reclamos que se promueven y las que no se promueven en el presente procedimiento en virtud de la Decisión del Tribunal.**
- 6) El Tribunal, tras consultar con las partes, establecerá mediante una Resolución Procesal un cronograma revisado para la presentación de escritos adicionales sobre el fondo del asunto, en base a la Solicitud revisada, conforme a lo previsto por la Regla de Arbitraje 41(4).**
- 7) Se reservan pronunciamientos sobre todos los costos de y ocasionados por la audiencia relativa a esta excepción a la jurisdicción.**

Dr. Andrés Rigo Sureda
Arbitro
Fecha 12-17-12

Profesora Brigitte Stern
Arbitro
Fecha 12-12-12

Profesor Campbell McLachlan QC
Presidente
Fecha 6 diciembre 2012