

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

**FLUGHAFEN ZÜRICH A.G. y GESTIÓN E INGENIERÍA IDC S.A.**

(Demandantes)

y

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**

(Demandada)

**Caso CIADI No. ARB/10/19**

---

## LAUDO

---

*Miembros del Tribunal*

Juan Fernández-Armesto, Presidente

Henri Alvarez, Q.C., Árbitro

Raúl E. Vinuesa, Árbitro

*Secretaria del Tribunal*

Ann Catherine Kettlewell

*Fecha de envío a las partes:* 18 de noviembre de 2014

**En representación de las Partes**

En representación de las Demandantes:

Dr. Andrés Jana L.  
Dra. Johanna Klein Kranenberg  
Dr. Rodrigo Gil  
**Bofill Mir & Álvarez Jana Abogados**  
Avenida Andrés Bello 2711, Piso 8  
Torre Costanera - Las Condes  
Santiago, Chile

En representación de la Demandada:

Dr. Manuel E. Galindo  
Procurador General (E) de la República  
Av. Los Ilustres, cruce con calle Francisco Lazo  
Martí  
Edif. Procuraduría General de la República, piso 8  
Urb. Santa Mónica  
Caracas 1040  
Venezuela  
y  
Atn. Dr. Osvaldo C. Guglielmino  
Dr. Facundo Pérez Aznar  
**Guglielmino & Asociados**  
Cerrito 1320, Piso 9  
(C1010ABB)  
Buenos Aires  
República Argentina  
y  
Atn. Dr. Diego Brian Gosis  
175 SW 7th Street, Suite 2110,  
Miami, FL 33130  
EE.UU.

## ÍNDICE

|      |                                                                   |    |
|------|-------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | INTRODUCCIÓN Y PARTES EN EL ARBITRAJE.....                        | 2  |
| II.  | HISTORIA PROCESAL .....                                           | 3  |
| III. | PETICIONES DE LAS PARTES.....                                     | 10 |
| 1.   | Breve resumen de las peticiones de las partes .....               | 10 |
| 2.   | Pretensiones de las Demandantes .....                             | 10 |
| 3.   | Pretensiones de la Demandada.....                                 | 12 |
| IV.  | HECHOS PROBADOS .....                                             | 13 |
| 1.   | El Aeropuerto de Isla Margarita .....                             | 13 |
| 2.   | El Decreto 1.188 y el Contrato .....                              | 15 |
| 3.   | Las acciones del nuevo Gobernador .....                           | 17 |
| 4.   | El proceso penal.....                                             | 20 |
| 5.   | La actuación del Tribunal Supremo.....                            | 22 |
| V.   | OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN .....                                | 25 |
| 1.   | Introducción .....                                                | 25 |
| 2.   | Contravención del Derecho público venezolano .....                | 26 |
| 2.1. | Posición de las Partes.....                                       | 26 |
| 2.2. | Decisión del Tribunal Arbitral.....                               | 27 |
| 3.   | Existencia de inversión y riesgo .....                            | 50 |
| 3.1. | Posición de las Partes.....                                       | 50 |
| 3.2. | Decisión del Tribunal.....                                        | 51 |
| 4.   | El carácter de instrumentalidad pública de Flughafen Zürich ..... | 56 |
| 4.1. | Posición de las Partes.....                                       | 56 |
| 4.2. | Decisión del Tribunal.....                                        | 56 |
| 5.   | Las reclamaciones formuladas son puramente contractuales .....    | 61 |
| 5.1. | Posición de las Partes.....                                       | 61 |

|      |                                                                                                                       |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2. | Decisión del Tribunal Arbitral .....                                                                                  | 63  |
| 6.   | La existencia de una cláusula <i>electa una vía</i> y la aplicación de la excepción de <i>lis alibi pendens</i> ..... | 68  |
| 6.1. | Introducción .....                                                                                                    | 68  |
| 6.2. | La cláusula de resolución de controversias de los AAPRI no colisiona con el convenio arbitral del Contrato .....      | 68  |
| 6.3. | Aplicación de la cláusula <i>electa una vía</i> .....                                                                 | 69  |
| 6.4. | La alegación de <i>lis alibi pendens</i> .....                                                                        | 74  |
| 7.   | Objeciones sobre el reclamo de denegación de justicia .....                                                           | 76  |
| 7.1. | Jurisdicción sobre el reclamo de denegación de justicia .....                                                         | 76  |
| 7.2. | Incompatibilidad del reclamo con los de expropiación y TJE .....                                                      | 78  |
| 7.3. | Falta de agotamiento de los recursos internos .....                                                                   | 78  |
| 8.   | La consolidación indebida de dos reclamaciones diferentes .....                                                       | 80  |
| VI.  | RESPONSABILIDAD .....                                                                                                 | 83  |
| 1.   | Introducción .....                                                                                                    | 83  |
| 2.   | Ley Aplicable .....                                                                                                   | 84  |
| 3.   | Expropiación .....                                                                                                    | 85  |
| 3.1. | Introducción .....                                                                                                    | 85  |
| 3.2. | Posición de las Partes .....                                                                                          | 86  |
| 3.3. | Decisión del Tribunal .....                                                                                           | 91  |
| 4.   | Trato justo y equitativo .....                                                                                        | 108 |
| 4.1. | Posición de las Partes .....                                                                                          | 108 |
| 4.2. | Decisión del Tribunal .....                                                                                           | 111 |
| 5.   | La Denegación de Justicia .....                                                                                       | 122 |
| 5.1. | Introducción .....                                                                                                    | 122 |
| 5.2. | Posición de las Partes .....                                                                                          | 123 |
| 5.3. | Decisión del Tribunal .....                                                                                           | 126 |

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| VII. DAÑOS.....                                                                    | 147 |
| 1. Introducción .....                                                              | 147 |
| 2. Fundamento legal de la solicitud de indemnización .....                         | 150 |
| 2.1. Posición de las Partes.....                                                   | 150 |
| 2.2. Decisión del Tribunal.....                                                    | 151 |
| 3. Defensas planteadas por la Demandada y estándar de cálculo de la compensación . | 156 |
| 3.1. Objeciones planteadas por la República Bolivariana.....                       | 156 |
| 3.2. Metodología para el cálculo.....                                              | 160 |
| 4. Cálculo de la Compensación.....                                                 | 163 |
| 4.1. Introducción .....                                                            | 163 |
| 4.2. Valor de mercado de la Compañía Operadora .....                               | 163 |
| 4.3. Valor de la Compañía de Servicios.....                                        | 189 |
| 4.4. Conclusiones y validación del resultado.....                                  | 190 |
| 5. Intereses .....                                                                 | 195 |
| VIII.RECAPITULACIÓN .....                                                          | 199 |
| IX. COSTAS .....                                                                   | 201 |
| X. DECISIÓN.....                                                                   | 205 |

### **TÉRMINOS DEFINIDOS**

|                               |                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AAPRI o Tratados</b>       | Acuerdos para el estímulo y protección recíproca de inversiones celebrado entre la Confederación Suiza y la República Bolivariana de Venezuela (“APRI Suiza-Venezuela”), y entre la República de Chile y la República Bolivariana de Venezuela (“APRI Chile-Venezuela”). |
| <b>ABC-XX</b>                 | Anexos de la opinión legal de Allan Brewer-Carías                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Acta de Primera Sesión</b> | Acta Resumida de la Primera Sesión de 23 de mayo de 2011 y firmada por el Presidente del Tribunal y la Secretaria del Tribunal el 28 de junio de 2011.                                                                                                                   |
| <b>Aeropuerto</b>             | Aeropuerto Internacional del Caribe “General en Jefe Santiago Mariño” ubicado en la Isla Margarita.                                                                                                                                                                      |
| <b>APRI Chile-Venezuela</b>   | Acuerdo para el estímulo y protección recíproca de inversiones celebrado entre la República de Chile y la República Bolivariana de Venezuela, suscripto el 2 de abril de 1993.                                                                                           |
| <b>APRI Suiza-Venezuela</b>   | Acuerdo para el estímulo y protección recíproca de las inversiones celebrado entre la Confederación Suiza y la República Bolivariana de Venezuela, suscripto el 18 de noviembre de 1993.                                                                                 |
| <b>Audiencia</b>              | Audiencia sobre jurisdicción y méritos celebrada en la semana del 24 de junio de 2013.                                                                                                                                                                                   |
| <b>Auditoría Técnica</b>      | Auditoría técnica sobre la ejecución de obras y servicios comprendidos en la conservación, administración y aprovechamiento del Aeropuerto ordenada por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta el 2 de diciembre de 2005.                                             |
| <b>B/R/W</b>                  | Fabián Bello, Andrés Ricover y Carlos Winograd, peritos económicos de la Demandada.                                                                                                                                                                                      |
| <b>B/R/W I</b>                | Informe Económico y Financiero en Respuesta a la Resolución Procesal No. 1 preparado por Fabián Bello, Andrés Ricover y Carlos Winograd de 12 de agosto de 2013.                                                                                                         |
| <b>Bello</b>                  | Fabián Bello, perito económico de la Demandada.                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>Bello I</b>                | Informe Económico y Financiero en Respuesta al Informe Pericial de Navigant preparado por Fabián Bello de 15 de noviembre de 2012.                                                                                                                                       |

|                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Bello II</b>                | Informe Económico y Financiero en Respuesta al Informe Pericial de Navigant preparado por Fabián Bello de 17 de mayo de 2013.                                                                                                                                                                                             |
| <b>Bs.</b>                     | Bolívar Venezolano.                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>C I</b>                     | Memorial de Demanda presentado por las Demandantes el 21 de octubre de 2011.                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>C II</b>                    | Memorial de Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción presentado por las Demandantes el 8 de mayo de 2012.                                                                                                                                                                                                          |
| <b>C III</b>                   | Memorial de Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción presentado por las Demandantes el 29 de agosto de 2012.                                                                                                                                                                                                            |
| <b>C IV</b>                    | Memorial de Réplica presentado por las Demandantes el 15 de febrero de 2013.                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>C V</b>                     | Memorial de Conclusiones presentado por las Demandantes el 30 de septiembre de 2013.                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>CD-XX</b>                   | Anexos de las Demandantes.                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>CIADI o el Centro</b>       | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>CNE 1993</b>                | Constitución del Estado de Nueva Esparta de 1993.                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>CNE 2002</b>                | Constitución del Estado de Nueva Esparta de 2002.                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Compañía de Servicios</b>   | Aeropuertos Asociados de Venezuela, C.A., empresa creada para la administración y prestación de asesoría y servicios administrativos relacionados con la gestión y explotación del Aeropuerto, inscrita en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado de Nueva Esparta el 7 de mayo de 2004. |
| <b>Compañía Operadora</b>      | Administradora Unique IDC C.A., empresa creada para la realización de las funciones gerenciales en relación con la gestión del Aeropuerto, inscrita en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado de Nueva Esparta el 2 de abril de 2004.                                                    |
| <b>Constitución Venezolana</b> | Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.                                                                                                                                                                                                                                                            |

|                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Contrato de Alianza Estratégica o Contrato</b> | Contrato para la prestación de servicios del Aeropuerto Internacional del Caribe “General en Jefe Santiago Mariño” celebrado entre el Consorcio Unique y el Estado de Nueva Esparta el 27 de febrero de 2004.                                                                                                                                                 |
| <b>Convenio del CIADI</b>                         | Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965.                                                                                                                                                                                                                             |
| <b>CVDT</b>                                       | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>DCF</b>                                        | Metodología de valoración por flujo de caja descontado o <i>discounted cash flow</i> .                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Decreto 1.188</b>                              | Decreto No. 1.188 de la Gobernación del Estado de Nueva Esparta, por el que se adjudica la contratación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto Internacional del Caribe “General en Jefe Santiago Mariño” y del Aeropuerto “Teniente Coronel Andrés Miguel Salazar Marcano” de la Isla de Coche al Consorcio Unique IDC, de 27 de febrero de 2004. |
| <b>Decreto 806</b>                                | Decreto No. 806, dictado por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta, de 17 de julio de 2006, que declara el rescate anticipado del Contrato de Alianza Estratégica.                                                                                                                                                                                        |
| <b>Demandada o Venezuela</b>                      | República Bolivariana de Venezuela.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Demandantes</b>                                | Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC, S.A.                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Flughafen Zürich</b>                           | Flughafen Zürich A.G.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>IDC</b>                                        | Gestión e Ingeniería IDC, S.A.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Informe de la OCDE</b>                         | <i>Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Chile-March 2014.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>LCONE</b>                                      | Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos de Nueva Esparta de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Estado de Nueva Esparta No. Extraordinario de 18 de junio de 1997.                                                                                                                                                                              |
| <b>Ley de Asunción de Competencias</b>            | Ley por la cual el Estado de Nueva Esparta asume la administración y el mantenimiento de los puertos aeropuertos públicos de uso comercial ubicados en su territorio, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta No. Extraordinario de 31 de julio de 1991.                                                                                      |

|                                          |                                                                                                                                                                                                   |
|------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Ley de Licitaciones</b>               | Ley de Licitaciones, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta No. Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.                                                                       |
| <b>Ley Orgánica de Descentralización</b> | Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 39.140 de 17 de marzo de 2009. |
| <b>LOPA</b>                              | Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981.                                       |
| <b>LOTSJ</b>                             | Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 37.942 de 20 de mayo de 2004.                                                      |
| <b>LR-XX</b>                             | Anexos legales de la Demandada.                                                                                                                                                                   |
| <b>Navigant</b>                          | Navigant Consulting Inc., firma a la que pertenece Brent C. Kaczmarek, perito económico de las Demandantes.                                                                                       |
| <b>Navigant I</b>                        | Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 21 de octubre de 2011.                                                                                                                             |
| <b>Navigant II</b>                       | Segundo Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 29 de agosto de 2012.                                                                                                                      |
| <b>Navigant III</b>                      | Tercer Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 15 de febrero de 2013.                                                                                                                      |
| <b>Navigant IV</b>                       | Informe Pericial Posterior a la Audiencia de Brent C. Kaczmarek, CFA de 15 de agosto de 2013.                                                                                                     |
| <b>NAV-XX</b>                            | Anexos a los informes de Navigant.                                                                                                                                                                |
| <b>NMF</b>                               | Nación Más Favorecida.                                                                                                                                                                            |
| <b>Oficio</b>                            | Oficio No. DG-5190-05 dictado por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta al Secretario General de Gobierno, de 29 de diciembre de 2005.                                                        |
| <b>R I</b>                               | Memorial de Objeciones a la Jurisdicción presentado por la Demandada el día 8 de febrero de 2012.                                                                                                 |
| <b>R II</b>                              | Memorial de Réplica sobre las Objeciones a la Jurisdicción presentado por la Demandada el día 28 de junio de 2012.                                                                                |

|                                         |                                                                                                                                                            |
|-----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>R III</b>                            | Memorial de Contestación presentado por la Demandada el día 19 de noviembre de 2012.                                                                       |
| <b>R IV</b>                             | Memorial de Dúplica presentado por la Demandada el día 20 de mayo de 2013.                                                                                 |
| <b>R V</b>                              | Memorial de Conclusiones presentado por la Demandada el día 30 de septiembre de 2013.                                                                      |
| <b>R/W</b>                              | Andrés Ricover y Carlos Winograd, peritos económicos de la Demandada.                                                                                      |
| <b>R/W I</b>                            | Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 28 de junio de 2012.                                                                           |
| <b>R/W II</b>                           | Segundo Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 17 de noviembre de 2012.                                                               |
| <b>R/W III</b>                          | Tercer Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 13 de mayo de 2013.                                                                     |
| <b>Reglas de Arbitraje</b>              | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.                                                                                  |
| <b>Resolución</b>                       | Resolución No. 0001-05, dictada por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta en procedimiento administrativo, por la cual se revoca el Decreto No. 1.188. |
| <b>R-XX</b>                             | Anexos de la Demandada.                                                                                                                                    |
| <b>Sentencia de 4 de agosto de 2006</b> | Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 1502 del 4 de agosto de 2006.                                                     |
| <b>Sentencia de 4 de marzo de 2009</b>  | Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 155 del 4 de marzo de 2009.                                                       |
| <b>Solicitud de Arbitraje o SA</b>      | Solicitud de Arbitraje.                                                                                                                                    |
| <b>S-XX</b>                             | Anexos a la Solicitud de Arbitraje presentada por las Demandantes el 25 de junio de 2010.                                                                  |
| <b>TA Día [ ], p. [ ]</b>               | Transcripción de Audiencia, día y página.                                                                                                                  |
| <b>TJE</b>                              | Trato justo y equitativo.                                                                                                                                  |

|                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Unique o el Consorcio o Consorcio Unique</b> | Consortio formado por Flughafen Zürich S.A. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. para la firma del Contrato de Alianza Estratégica, inscrito en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado de Nueva Esparta el 25 de febrero de 2004. |
| <b>USD</b>                                      | Dólar de los Estados Unidos de América.                                                                                                                                                                                                                       |

### **LISTA DE CASOS CITADOS**

|                                  |                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><i>ADF</i></b>                | <i>Archer Daniels Midland Company and Tate &amp; Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007. |
| <b><i>Azinian</i></b>            | <i>Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999.                                                         |
| <b><i>Barcelona Traction</i></b> | <i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium c. Reino de España</i> (New Application: 1962) Sentencia, 5 de febrero de 1970, Voto separado del Juez Tanaka. |
| <b><i>Bayindir</i></b>           | <i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán</i> , Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.        |
| <b><i>Chorzów Factory</i></b>    | <i>Case Concerning the Factory at Chorzów, Germany v. Poland</i> , P.C.I.J. Series A., No. 17, Sentencia, 13 de septiembre de 1928.                                             |
| <b><i>EDF</i></b>                | <i>EDF (Services) Limited c. Rumanía</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009.                                                                               |
| <b><i>ELSI</i></b>               | <i>Elettronica Sical S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)</i> , Méritos, Sentencia, 20 de julio de 1989.                                                         |
| <b><i>Fraport</i></b>            | <i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas</i> , Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007.                                       |
| <b><i>Generation Ukraine</i></b> | <i>Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003.                                                                          |
| <b><i>Glamis</i></b>             | <i>Glamis Gold c. Estados Unidos de América</i> , Arbitraje bajo las Reglas CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009.                                                                  |

|                                                                      |                                                                                                                                                                                              |
|----------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><i>Inmaris</i></b>                                                | <i>Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH y otros c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/08/8, Decisión sobre jurisdicción, 8 de marzo de 2010.                                     |
| <b><i>Jan de Nul</i></b>                                             | <i>Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008.                                                 |
| <b><i>Jan Oostergetel</i></b>                                        | <i>Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca</i> , Arbitraje bajo las Reglas CNUDMI, Laudo, 23 de abril de 2012.                                                           |
| <b><i>Lemire (Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad)</i></b> | <i>Joseph Charles Lemire c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010.                                                      |
| <b><i>Lemire (Laudo)</i></b>                                         | <i>Joseph Charles Lemire c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011.                                                                                              |
| <b><i>LG&amp;E (Decisión sobre Responsabilidad)</i></b>              | <i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006. |
| <b><i>LG&amp;E (Laudo)</i></b>                                       | <i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007.                           |
| <b><i>Loewen</i></b>                                                 | <i>The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003.                                                   |
| <b><i>Malicorp</i></b>                                               | <i>Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011.                                                                                |
| <b><i>Metal-Tech</i></b>                                             | <i>Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán</i> , Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013.                                                                                    |

|                             |                                                                                                                                              |
|-----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><i>Middle East</i></b>   | <i>Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Arab Republic of Egypt</i> , Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002.    |
| <b><i>Mondev</i></b>        | <i>Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002.                   |
| <b><i>MTD</i></b>           | <i>MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004.                     |
| <b><i>Pantechniki</i></b>   | <i>Pantechniki S.A. Contractors &amp; Engineers (Greece) c. República de Albania</i> , Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009. |
| <b><i>Pey Casado</i></b>    | <i>Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 8 de mayo de 2008.           |
| <b><i>Phoenix</i></b>       | <i>Phoenix Action Ltd. c. República Checa</i> , Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009.                                         |
| <b><i>Plama</i></b>         | <i>Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria</i> , Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.                            |
| <b><i>Roberts</i></b>       | <i>Harry Roberts (U.S.A.) c. Estados Unidos Mexicanos</i> , 2 de noviembre de 1926; U.N. Report of International Arbitral Awards, IV.        |
| <b><i>Romak S.A.</i></b>    | <i>Romak SA c. Uzbekistán</i> , Laudo, Caso CPA AA280, 26 de noviembre de 2009.                                                              |
| <b><i>Ronald Lauder</i></b> | <i>Ronald S. Lauder c. República Checa</i> , Arbitraje bajo las Reglas CNUDMI, Laudo final, 3 de septiembre de 2001.                         |
| <b><i>Ross Anderson</i></b> | <i>Alasdair Ross Anderson et al c. República de Costa Rica</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010.                     |

|                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><i>S.D. Myers</i></b> | <i>S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá</i> , Arbitraje bajo las Reglas CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000.                                                                                                                                                                        |
| <b><i>Salini</i></b>     | <i>Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos</i> , Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 31 de Julio de 2001.                                                                                                                                        |
| <b><i>Saluka</i></b>     | <i>Saluka Investments BV (The Netherlands) c. República Checa</i> , Arbitraje bajo las Reglas CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006.                                                                                                                                                        |
| <b><i>Saur</i></b>       | <i>SAUR International SA c. Republic of Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012.                                                                                                                                              |
| <b><i>Sempra</i></b>     | <i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007.                                                                                                                                                                           |
| <b><i>SGS</i></b>        | <i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas</i> , Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 29 de enero de 2004.                                                                                                                          |
| <b><i>Siemens</i></b>    | <i>Siemens A.G. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007.                                                                                                                                                                                               |
| <b><i>Soufraki</i></b>   | <i>Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos</i> , Caso CIADI No. ARB/02/7, Laudo, 7 de julio de 2004.                                                                                                                                                                                   |
| <b><i>Suez I</i></b>     | <i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre jurisdicción, 16 de mayo de 2006 y Decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010.                               |
| <b><i>Suez II</i></b>    | <i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión de jurisdicción, 3 de agosto de 2006 y Decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010 y <i>AWG Group Ltd. c. República Argentina</i> (CNUDMI). |

|                                   |                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b><i>Tecmed</i></b>              | <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.                             |
| <b><i>Vivendi</i></b>             | <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002. |
| <b><i>Vivendi II</i></b>          | <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. República Argentina (Vivendi II)</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007.   |
| <b><i>Waste Management II</i></b> | <i>Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II)</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004.                      |

## **I. INTRODUCCIÓN Y PARTES EN EL ARBITRAJE**

1. El 25 de junio de 2010<sup>1</sup>, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [**“CIADI”** o el **“Centro”**] recibió de la compañía suiza Flughafen Zürich A.G.<sup>2</sup>, [**“Flughafen Zürich”**] constituida bajo las leyes de la Confederación Suiza, con domicilio en Postfach, CH-8058, Zürich-Flughafen, Zúrich<sup>3</sup>, junto con Gestión e Ingeniería IDC, S.A.<sup>4</sup> [**“IDC”**], compañía constituida bajo las leyes de Chile, con domicilio en Avenida Vitacura 2736, piso 3, comuna de Las Condes, Santiago, Chile<sup>5</sup>, [conjuntamente, todas ellas, **“la Demandante”** o **“las Demandantes”**] una Solicitud de Arbitraje [la **“SA”**] dirigida contra la República Bolivariana de Venezuela [ **“Demandada”** o **“Venezuela”**].
2. El 12 de julio de 2010, el CIADI acusó recibo de la Solicitud de Arbitraje, confirmó a las Demandantes la recepción del pago del derecho de registro y les informó que transmitiría una copia de la Solicitud de Arbitraje a la Demandada de conformidad con la Regla 5(2) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI<sup>6</sup>.
3. Esta disputa se refiere a la alegada expropiación del derecho de administración y explotación del Aeropuerto Internacional del Caribe “General Santiago Mariño” ubicado en Isla Margarita, no ajustada a Derecho ni acompañada de compensación efectiva y adecuada. En su solicitud, las Demandantes invocaron las disposiciones de los Acuerdos entre la Confederación Suiza y la República de Venezuela sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones [**“APRI Suiza-Venezuela”**] de 18 de noviembre de 1993 y entre la República de Chile y la de Venezuela sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [**“APRI Chile-Venezuela”**] de 2 de abril de 1993<sup>7</sup>.
4. Las Demandantes están representadas en este procedimiento por el estudio jurídico Bofill Mir & Alvarez Hinzpeter Jana Abogados, con oficinas en Santiago, Chile.
5. La Demandada fue inicialmente representada desde el 31 de diciembre de 2010 hasta el 7 de noviembre de 2011 por el estudio jurídico Arnold & Porter LLP, con oficinas en Washington, D.C., EE.UU. y desde del 4 de enero de 2012, la Demandada ha sido representada por el estudio jurídico Guglielmino y Asociados, con oficinas en Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Comunicación CIADI de 12 de julio de 2010.

<sup>2</sup> SA, p. 4.

<sup>3</sup> SA, p. 5.

<sup>4</sup> SA, p. 4.

<sup>5</sup> SA, pp. 5-6.

<sup>6</sup> Comunicación CIADI de 12 de julio de 2010.

<sup>7</sup> SA, p. 4.

## II. HISTORIA PROCESAL

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [**“Convenio del CIADI”**], el 9 de agosto de 2010 la Secretaria General del CIADI, la Sra. D<sup>a</sup>. Meg Kinnear registró la Solicitud de Arbitraje con el número de caso CIADI ARB/10/19 e invitó a las partes a constituir un Tribunal de Arbitraje de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación<sup>8</sup>.
7. El 18 de agosto de 2010, las Demandantes remitieron una carta al CIADI que contenía su propuesta para la constitución del Tribunal de Arbitraje, número de árbitros y método de nombramiento<sup>9</sup>. El 19 de agosto de 2010, el CIADI acusó recibo de esta carta e invitó a la Demandada a comunicar sus observaciones respecto del método propuesto<sup>10</sup>.
8. Transcurridos más de 60 días desde el registro de la Solicitud de Arbitraje sin haber llegado a un acuerdo sobre el método de constitución del Tribunal, las Demandantes, mediante carta de 3 de noviembre de 2010 invocaron el artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI.
9. El Centro confirmó la propuesta realizada por las Demandantes<sup>11</sup> el 3 de noviembre de 2010<sup>12</sup>.
10. Las Demandantes nombraron como árbitro al Sr. Henri C. Álvarez<sup>13</sup>, de nacionalidad canadiense, que aceptó su cargo el 9 de diciembre de 2010<sup>14</sup>.
11. Transcurridos 90 días después del registro de la Solicitud de Arbitraje sin haberse constituido el Tribunal, las Demandantes solicitaron por carta de 17 de diciembre de 2010 que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI efectuara el nombramiento de los árbitros que aún no hubieren sido designados, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Convenio CIADI y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI [**“Reglas de Arbitraje”**].
12. La Demandada nombró como árbitro al Sr. Raúl F. Vinuesa, de nacionalidad argentina<sup>15</sup>, que aceptó su cargo el 21 de enero de 2011<sup>16</sup>.

---

<sup>8</sup> Comunicación del CIADI de 9 de agosto de 2010.

<sup>9</sup> Comunicación de las Demandantes de 18 de agosto de 2010.

<sup>10</sup> Comunicación del CIADI de 19 de agosto de 2010.

<sup>11</sup> Comunicación de las Demandantes de 3 de noviembre de 2010.

<sup>12</sup> Comunicación del CIADI de 3 de noviembre de 2010.

<sup>13</sup> Comunicación del CIADI de 3 de diciembre de 2010.

<sup>14</sup> Correo electrónico remitido al CIADI el 9 de diciembre de 2010.

<sup>15</sup> Correo electrónico de la Demandada de 13 de enero de 2011.

13. Las Demandantes en su carta de 4 de febrero de 2011 reiteraron su solicitud para que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI realizara el nombramiento del tercer árbitro quien presidiría el Tribunal según lo previsto por el artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.
14. Después de haber consultado a las partes, y de conformidad con el artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Prof. Juan Fernández-Armesto<sup>17</sup>, de nacionalidad española, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal, quien aceptó el cargo el 24 de marzo de 2011<sup>18</sup>.
15. Según lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 24 de marzo de 2011<sup>19</sup> la Secretaria General del CIADI notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, por lo tanto, el Tribunal, se entendía constituido y el procedimiento iniciado en dicha fecha. Asimismo, informó a las partes de que la Sra. Ann Catherine Kettlewell, Consejera Jurídica del CIADI, desempeñaría las funciones de Secretario del Tribunal, de acuerdo con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.
16. De conformidad con la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal celebró su primera sesión por vía telefónica el 23 de mayo de 2011<sup>20</sup>. En representación de las Demandantes comparecieron los Sres. Andrés Jana L. y Johanna Klein Kranenberg, del estudio de abogados Bofill Mir & Álvarez Jana Abogados, Santiago de Chile, Chile<sup>21</sup>. En representación de la Demandada asistieron el Sr. Luis Alberto Torres Dárias, Asesor Legal de la Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela y los Sres. Paolo Di Rosa, Gaela K. Gehring Flores, Patricio Grané, Kelby Ballena, Giselle Fuentes y Geraldine Fuenmayor, del estudio de abogados Arnold & Porter LLP<sup>22</sup>.
17. Durante la primera sesión, las partes mostraron su acuerdo con la fecha de constitución del Tribunal el 24 de marzo de 2011<sup>23</sup> y no formularon ninguna objeción respecto al nombramiento de los miembros del Tribunal. Asimismo acordaron que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje en vigor desde 10 de abril de 2006<sup>24</sup>.
18. Las partes alcanzaron otros acuerdos sobre cuestiones de procedimiento, que incorporaron al acta resumida de la primera sesión, firmada por el Presidente y la

---

<sup>16</sup> Correo electrónico del CIADI de 21 de enero de 2011.

<sup>17</sup> Correo electrónico del CIADI de 11 de marzo de 2011.

<sup>18</sup> Comunicación al CIADI de 24 de marzo de 2011.

<sup>19</sup> Comunicación del CIADI de 24 de marzo de 2011.

<sup>20</sup> Acta Resumida de la Primera Sesión de fecha 23 de mayo de 2011 firmada por el Presidente del Tribunal y la Secretaria del Tribunal el 28 de junio de 2011. [el “**Acta de Primera Sesión**”], p.1.

<sup>21</sup> Acta de Primera Sesión, p 2.

<sup>22</sup> Acta de Primera Sesión, p 3.

<sup>23</sup> Acta de Primera Sesión, p 2.

<sup>24</sup> Acta de Primera Sesión, p 4.

Secretaria del Tribunal<sup>25</sup>. Respecto al calendario de presentación de las actuaciones escritas de las partes, el Tribunal, consultadas las partes, acordó que las Demandantes dispondrían hasta el martes 11 de octubre de 2011 para presentar el Memorial de Demanda y que la Demandada dispondría hasta el martes 28 de febrero de 2012 para presentar su Memorial de Contestación sobre el fondo. Con posterioridad, las Demandantes tendrían de plazo hasta el lunes 28 de mayo de 2012 para presentar su Memorial de Réplica y la Demandada hasta el lunes 27 de agosto de 2012 para el Memorial de Dúplica<sup>26</sup>.

19. En caso de que la Demandada presentara objeciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal<sup>27</sup>, se acordó el siguiente calendario: el Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada debería presentarse, en su caso, antes del lunes 9 de enero de 2012. Si así fuera, las Demandantes dispondrían hasta el lunes 9 de abril de 2012 para presentar su Memorial de Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción, la Demandada tendría de plazo hasta el viernes 8 de junio de 2012 para presentar su Memorial de Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción y las Demandantes hasta el martes 7 de agosto de 2012 para el Memorial de Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción<sup>28</sup>.
20. El 8 de septiembre de 2011, Carlos Escarrá Malavé notificó al CIADI su nombramiento como nuevo Procurador General de la República Bolivariana de Venezuela.
21. El 21 de octubre de 2011, las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda<sup>29</sup> tras obtener una prórroga de 10 días por un retraso en la recepción de ciertos antecedentes necesarios para su elaboración<sup>30</sup>.
22. El 7 de noviembre de 2011, el Procurador General de la República Carlos Escarrá Malavé notificó al CIADI que el estudio de abogados Arnold & Porter LLP había dejado de representar a la República de Venezuela<sup>31</sup>. El 4 de enero de 2012 la República de Venezuela designó al estudio de abogados Guglielmino & Asociados de Buenos Aires, Argentina para ejercer su representación<sup>32</sup>.
23. El 12 de diciembre de 2011, el Procurador General de la República Carlos Escarrá Malavé solicitó una ampliación del plazo para la formulación de objeciones a la jurisdicción previstas originalmente para el 9 de enero de 2012<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Acta de Primera Sesión, p 8.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Memorial de Demanda presentado por las Demandantes el 21 de octubre de 2011 ["C I"].

<sup>30</sup> Escrito de solicitud de prórroga de las Demandantes de 5 de octubre de 2011.

<sup>31</sup> Comunicación de la Demandada de 7 de noviembre de 2011.

<sup>32</sup> Comunicación de la Demandada de 4 de enero de 2012.

<sup>33</sup> Escrito de solicitud de prórroga de la Demandada de 12 de diciembre de 2011.

24. El 15 de diciembre de 2011, el Tribunal ante la no oposición de las Demandantes a la prórroga, amplió el plazo a la Demandada hasta el 18 de enero de 2012<sup>34</sup>, informando asimismo del nuevo calendario procesal.
25. El Tribunal acordó la modificación del calendario procesal<sup>35</sup> a propuesta de la Demandada el 9 de enero de 2012<sup>36</sup>. De acuerdo con el nuevo calendario, el 8 de febrero de 2012 la Demandada interpuso su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal<sup>37</sup>.
26. En esa fecha, el Tribunal declaró suspendido el procedimiento sobre el fondo del asunto de acuerdo con lo dispuesto por la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje e invitó a las Demandantes a presentar su Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción antes del martes 8 de mayo de 2012. El plazo de Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada sería hasta el miércoles 27 de junio de 2012 y el de Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción de las Demandantes hasta el lunes 27 de agosto de 2012.
27. El 14 de febrero de 2012, la República de Venezuela comunicó al CIADI el nombramiento el 13 de febrero de 2012 de Doña Cilia Flores como nueva Procuradora General de la República Bolivariana de Venezuela<sup>38</sup>, luego del fallecimiento del Dr. Escarrá Malavé.
28. El 8 de mayo de 2012, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción del Centro y la Competencia del Tribunal<sup>39</sup>.
29. El 28 de junio de 2012, la Demandada presentó su Memorial de Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción del Centro y la Competencia del Tribunal<sup>40</sup>.
30. El 18 de julio de 2012, las Demandantes recusaron al Sr. D. Andrés Ricover, experto co-autor del Informe Ricover-Winograd presentado por la Demandada en el Memorial de Réplica, con el propósito de que el Sr. Ricover fuera inhabilitado para actuar como experto de la Demandada en el procedimiento<sup>41</sup> y su informe excluido del arbitraje. El 2 de agosto de 2012, la Demandada solicitó al Tribunal que rechazara la recusación formulada por las Demandantes de la información y materiales que resultaran relevantes para la resolución de las cuestiones jurisdiccionales en debate<sup>42</sup>. El 3 de agosto de 2012, las Demandantes se opusieron a la petición de producción documental propuesta<sup>43</sup>. El 29 de agosto de 2012, el Tribunal decidió que no existía razón alguna para inadmitir el Informe pericial cuyo co-autor es el Sr. Ricover. En

<sup>34</sup> Comunicación del CIADI de 15 de diciembre de 2011.

<sup>35</sup> Comunicación del CIADI de 17 de enero de 2012.

<sup>36</sup> Carta de solicitud cambio de calendario procesal de la Demandada de 9 de enero de 2012.

<sup>37</sup> Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de 8 de febrero de 2012 ["R I"].

<sup>38</sup> Escrito de la Demandada de 13 de febrero de 2012.

<sup>39</sup> Memorial de Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción de 8 de mayo de 2012 ["C II"].

<sup>40</sup> Memorial de Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción de 28 de junio de 2012 ["R II"].

<sup>41</sup> Escrito de Recusación de Experto presentado por las Demandantes el 18 de julio de 2012.

<sup>42</sup> Escrito sobre la Recusación de Experto presentado por la Demandada el 2 de agosto de 2012.

<sup>43</sup> Comunicación de las Demandantes de 3 de agosto de 2012.

relación con la petición de la Demandada de la producción documental, el Tribunal desestimó tal petición<sup>44</sup>. El 31 de agosto de 2012, las Demandantes y la Demandada prestaron su consentimiento para que el CIADI publicara en su sitio de internet la decisión del Tribunal sobre la recusación del Sr. Ricover y la petición de producción de documentos.

31. El mismo día 29 de agosto de 2012, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre las Objeciones a la Jurisdicción del Centro y la Competencia del Tribunal<sup>45</sup>.
32. El 4 de septiembre de 2012, el Tribunal remitió comunicación a las partes en la que acusaba recibo de los memoriales de Objeciones a la Jurisdicción del Centro y la Competencia del Tribunal, así como la Contestación, la Réplica y Dúplica a estas objeciones y acordaba unir su decisión sobre la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal al fondo del asunto<sup>46</sup>.
33. El 13 de septiembre de 2012, el Tribunal convocó a las partes, de acuerdo con la Sección 14 de las Minutas de la primera sesión, para la celebración de la Audiencia sobre jurisdicción y méritos que se celebraría en la semana del 24 de junio de 2013 [**“Audiencia”**].
34. El 19 de noviembre de 2012, la Demandada presentó su Memorial de Contestación<sup>47</sup>.
35. El 15 de febrero de 2013, las Demandantes presentaron su Memorial de Réplica<sup>48</sup>.
36. Para la preparación de la Audiencia del arbitraje prevista para los días 24 a 28 de junio de 2013, el 8 de mayo de 2013, el Tribunal remitió comunicación a las partes para la celebración de una conferencia el 3 de junio de 2013 sobre la base de un borrador de Reglas Procesales que les adjuntó y les otorgó un plazo hasta el lunes 26 de mayo de 2013 para que las partes formularan observaciones a dicho borrador.
37. El 20 de mayo de 2013, la Demandada presentó su Memorial de Dúplica<sup>49</sup>.
38. El 28 de mayo de 2013, las partes presentaron sus respectivos comentarios a la agenda y las reglas procesales propuestas<sup>50</sup>.
39. El 29 de mayo de 2013, el Tribunal comunicó a las partes que no sería necesaria la conferencia telefónica prevista para el 3 de junio de 2013<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> Decisión sobre la inhabilitación del Sr. Ricover como experto en este procedimiento, sobre la exclusión del Informe Ricover-Winograd y sobre la Petición Documental de 29 de agosto de 2012.

<sup>45</sup> Memorial de Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción de 29 de agosto de 2012 [**“C III”**].

<sup>46</sup> Comunicación del CIADI de 4 de septiembre de 2012.

<sup>47</sup> Memorial de Contestación de 19 de noviembre de 2012 [**“R III”**].

<sup>48</sup> Memorial de Réplica de 15 de febrero de 2013 [**“C IV”**].

<sup>49</sup> Memorial de Dúplica de 20 de mayo de 2013 [**“R IV”**].

<sup>50</sup> Escrito presentado por las Demandantes el 28 de mayo de 2013 y Escrito presentado por la Demandada el 28 de mayo de 2013.

<sup>51</sup> Comunicación del CIADI de 29 de mayo de 2013.

40. El 4 de junio de 2013, el Tribunal hizo llegar a las partes la Reglas Procesales que habían sido aprobadas para la Audiencia.
41. La Audiencia se celebró entre los días 24 y 28 de junio de 2013. Una vez celebrada la Audiencia, el 9 de julio de 2013, el Tribunal remitió a las partes un borrador de esta Resolución Procesal, otorgando un plazo de cinco días a las partes para que realizaran observaciones<sup>52</sup>.
42. El 22 de julio de 2013<sup>53</sup>, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 1 en la que acordaba un calendario para la presentación por las partes de los siguientes documentos: (i) informe conjunto de peritos<sup>54</sup>, (ii) escrito de conclusiones<sup>55</sup> y (iii) declaración de costas<sup>56</sup>.
43. El 16 de agosto de 2013, a falta de acuerdo de los peritos, cada parte presentó su respectivo informe pericial final.
44. El 9 de septiembre de 2013, el estudio de abogados Guglielmino & Asociados informó al CIADI del cambio de dirección de sus oficinas y de sus nuevos datos de contacto<sup>57</sup>.
45. El 30 de septiembre de 2013, las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones<sup>58</sup>.
46. El día 3 de octubre de 2013, las partes presentaron sus escritos sobre las costas del procedimiento.
47. El 28 de noviembre de 2013, la Demandada presentó una solicitud de producción de documentos en relación al reporte del Sr. Brent Kaczmarek, perito de daños de las Demandantes<sup>59</sup>. El Tribunal invitó a las Demandantes a presentar sus observaciones a más tardar el 12 de diciembre de 2013<sup>60</sup>. El 23 de diciembre de 2013, las Demandada presentó comentarios a las observaciones de las Demandantes<sup>61</sup>. El Tribunal invitó nuevamente a las Demandantes a presentar una contestación a los comentarios de la Demandada a más tardar el 6 de enero de 2014<sup>62</sup>. El 4 de febrero de 2014, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, en la que decidió no admitir la solicitud de introducción de documentos de la Demandada por estar fuera

<sup>52</sup> Las partes presentaron sus comentarios mediante escritos de 15 de julio de 2013.

<sup>53</sup> Resolución Procesal No. 1 de 22 de julio de 2013.

<sup>54</sup> Antes del 15 de agosto de 2013.

<sup>55</sup> Antes del 30 de septiembre de 2013.

<sup>56</sup> Antes del 3 de octubre de 2013.

<sup>57</sup> Comunicación de la Demandada de 9 de septiembre de 2013.

<sup>58</sup> Memorial de Conclusiones de las Demandantes ["C V"] y Memorial de Conclusiones de la Demandada ["R V"].

<sup>59</sup> Comunicación de la Demandada de 29 de noviembre de 2013.

<sup>60</sup> Comunicación del CIADI de 2 de diciembre de 2013.

<sup>61</sup> Comunicación de la Demandada de 23 de diciembre de 2013.

<sup>62</sup> Comunicación del CIADI de 24 de diciembre de 2013.

de tiempo y que dicha información no sería de utilidad para el Tribunal en el estado del caso<sup>63</sup>.

48. El 7 de abril de 2014, el CIADI transmitió a las partes y al Tribunal una declaración del Dr. Raúl Vinuesa en relación con su nacionalidad española<sup>64</sup>.
49. El día 12 de noviembre de 2014 se cerró el procedimiento arbitral.

---

<sup>63</sup> Resolución Procesal No. 2 de 4 de febrero de 2014.

<sup>64</sup> Comunicación del CIADI de 7 de abril de 2014.

### **III. PETICIONES DE LAS PARTES**

#### **1. BREVE RESUMEN DE LAS PETICIONES DE LAS PARTES**

50. Flughafen Zürich e IDC solicitan que el Tribunal declare que la Demandada, respecto de cada una de las Demandantes, ha violado tres estándares de protección del APRI Suiza-Venezuela y del ARPI Chile-Venezuela respectivamente. En concreto las Demandantes solicitan
- la declaración de haber sufrido una expropiación de su inversión;
  - haber sufrido un trato injusto e inequitativo;
  - y haber sido sometida su inversión a medidas arbitrarias y discriminatorias;

Adicionalmente solicitan que el Tribunal declare que Venezuela incurrió en denegación de justicia en violación del Derecho internacional consuetudinario.

51. Como indemnización por los daños sufridos Flughafen Zürich e IDC solicitan una indemnización de CHF 40.376.173 y de CHP 24.002.048.029 respectivamente, más los intereses devengados hasta la fecha de su pago efectivo, así como la adjudicación de las costas de este arbitraje a la Demandada y cualquier otra pretensión que el Tribunal estime apropiada.
52. La Demandada, por su parte, solicita en primer lugar que el Tribunal declare su falta de competencia para conocer la presente disputa y declare inadmisibles las pretensiones de las Demandantes. Con carácter subsidiario, la República Bolivariana Venezuela solicita al Tribunal que desestime en su totalidad los reclamos planteados por las Demandantes y adjudique a éstas las costas generadas por el presente arbitraje.

#### **2. PRETENSIONES DE LAS DEMANDANTES**

53. Las Demandantes solicitan en su Memorial de Demanda<sup>65</sup> y en su Memorial de Réplica<sup>66</sup> que el Tribunal declare y ordene que:

“(i) La inversión de Flughafen Zürich A.G. fue expropiada por la República de Venezuela en violación al artículo 6 del APPI Suiza-Venezuela y sin pago de la debida compensación;  
(ii) La inversión de IDC S.A. fue expropiada por la República de Venezuela en violación al artículo 6(1) del APPI Chile-Venezuela y sin pago de la debida compensación;

---

<sup>65</sup> C I, para. 382.

<sup>66</sup> C IV, para. 387.

- (iii) La inversión de Flughafen Zürich A.G. recibió un trato injusto e inequitativo por parte de la República de Venezuela en violación al artículo 4(1) del APPI Suiza-Venezuela;
- (iv) La inversión de IDC S.A. recibió un trato injusto e inequitativo por parte de la República de Venezuela en violación del artículo 4(2) del APPI Chile-Venezuela;
- (v) La inversión de Flughafen Zürich A.G. fue sometida a medidas arbitrarias o discriminatorias en violación al artículo 4(1) del APPI Suiza-Venezuela;
- (vi) La inversión de IDC, S.A. fue sometida a medidas arbitrarias o discriminatorias en violación al artículo 4(1) del APPI Chile-Venezuela;
- (vii) La República de Venezuela incurrió en una denegación de justicia respecto de Flughafen Zürich A.G., en violación al derecho internacional consuetudinario;
- (viii) La República de Venezuela incurrió en una denegación de justicia respecto de IDC S.A., en violación al derecho internacional consuetudinario;
- (ix) Flughafen Zürich tiene derecho a ser indemnizado por la totalidad de los daños sufridos como consecuencia de las actuaciones violatorias de la República de Venezuela;
- (x) IDC S.A. tiene derecho a ser indemnizado por la totalidad de los daños sufridos como consecuencia de las actuaciones violatorias de la República de Venezuela;
- (xi) La República de Venezuela debe indemnizar a Flughafen Zürich A.G. por los daños sufridos hasta la fecha de la presentación de este Memorial por el monto de CHF 40.376.173 o por el monto que el Tribunal estime representa la reparación integra de los daños sufridos por Flughafen Zürich;
- (xii) La República de Venezuela debe indemnizar a IDC por los daños sufridos a la fecha de la presentación de este Memorial por el monto de CHF 24.002.048.029 o por el monto que el Tribunal estime representa la reparación integra de los daños sufridos por IDC S.A.;
- (xiii) La República de Venezuela debe pagar a Flughafen Zürich A.G. los intereses compuestos sobre el monto de la indemnización establecido por el Tribunal hasta la fecha de su pago efectivo, a una tasa de interés anual compuesta equivalente al LIBOR más 4% o a la tasa de interés comercial que el Tribunal estime aplicable;
- (xiv) La República de Venezuela debe pagar a IDC S.A. los intereses sobre el monto de la indemnización establecido por el Tribunal hasta la fecha de su pago efectivo, a una tasa de interés anual compuesta equivalente a la tasa promedio de interés para préstamos bancarios de 90-365 días en pesos chilenos o la tasa de interés comercial que el Tribunal estime aplicable;
- (xv) La República de Venezuela debe pagar a las Demandantes todos los costos de arbitraje incurridos, incluido los honorarios de abogados y gastos legales;
- (xvi) Se conceda a las Demandantes cualquier otra reparación que el Tribunal estime adecuada.”

54. Para ello, las Demandantes solicitan la desestimación de las objeciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal que ha formulado Venezuela.

En su Memorial de Contestación a las Objeciones<sup>67</sup> y en su Memorial de Dúplica a las Objeciones<sup>68</sup> solicitan que el Tribunal declare y ordene que:

- “(i) El Centro tiene jurisdicción para conocer de todos los reclamos formulados por las Demandantes Flughafen Zürich A.G. e IDC S.A. en su Demanda presentada el 21 de octubre de 2011 contra República de Venezuela;
- (ii) Todos los reclamos presentados por las Demandantes en contra de la República Bolivariana de Venezuela son admisibles ante este Tribunal;
- (iii) Se condene a la República Bolivariana de Venezuela a pagar todos los costos asociados a la etapa de jurisdicción en el presente arbitraje, y
- (iv) Se proceda con la discusión acerca de los méritos de los reclamos presentados por las Demandantes, según el calendario establecido por el Tribunal en el Acta de su primera sesión de 23 de mayo de 2011.”

### **3. PRETENSIONES DE LA DEMANDADA**

55. La Demandada solicita en su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción<sup>69</sup> y en su Memorial de Réplica a la Jurisdicción<sup>70</sup> como primera pretensión, que:

- “En virtud de lo expuesto, y por lo motivos enunciados en el Memorial y esta presentación, la República Bolivariana de Venezuela solicita al Tribunal:
- (a) que declare que el Centro carece de jurisdicción, y el Tribunal de competencia, para entender en la presente controversia, y rechace por ese motivo todas y cada una de las pretensiones de las Demandantes;
  - (b) que declare que los reclamos presentados por las Demandantes no pueden resultar admisibles en los términos que han sido presentados, y los rechacen en consecuencia; y
  - (c) que ordene a las Demandantes pagar todos los gastos y las costas que surjan de este procedimiento arbitral.”

56. Con respecto al fondo, la Demanda solicita en su Memorial de Contestación<sup>71</sup> y en su Memorial de Dúplica<sup>72</sup> que:

- “(a) en subsidio de las objeciones a la jurisdicción del Centro, la competencia del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos incoados que fueran oportunamente expresados por la República Bolivariana de Venezuela, rechace todas y cada una de las pretensiones de las Demandantes en su totalidad; y
- (b) ordene a las Demandantes pagar todos los gastos y las costas que surjan de este procedimiento arbitral, e intereses sobre ellas a la tasa libre de riesgo que se discute en este memorial y las presentaciones anteriores de la República Bolivariana de Venezuela.”

---

<sup>67</sup> C II, para. 341.

<sup>68</sup> C III, para. 336.

<sup>69</sup> R I, para. 196.

<sup>70</sup> R II, para. 209.

<sup>71</sup> R III, para. 350.

<sup>72</sup> R IV, para. 408.

## IV. HECHOS PROBADOS

### 1. EL AEROPUERTO DE ISLA MARGARITA

57. El Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño ubicado en la Isla Margarita [el “**Aeropuerto**”] es el segundo más grande de Venezuela, después del de Caracas. En los años noventa del siglo pasado la gestión del Aeropuerto se traspasó al Estado de Nueva Esparta, en el marco de una política nacional de descentralización administrativa. El 18 de junio de 1991 el Estado de Nueva Esparta aprobó su propia Ley, asumiendo la administración y el mantenimiento de los aeropuertos ubicados en su territorio<sup>73</sup>.
58. Dos años después, en 1993, el Estado encomendó la gestión y administración del Aeropuerto a una empresa privada venezolana, el Consorcio CVA, C.A. La concesión no fue un éxito y en octubre de 2001 la Gobernación la rescindió y reasumió la gestión directa; para ello, el Estado creó una estructura organizativa temporal en forma de patrimonio separado<sup>74</sup>.
59. Tras asumir el control del Aeropuerto, Nueva Esparta comenzó a buscar un nuevo operador privado capaz de mejorar su rendimiento. En el mismo mes de octubre de 2001 tuvo lugar un primer encuentro entre representantes de Flughafen Zürich e IDC, que actuaban conjuntamente bajo la denominación Consorcio Unique, y el entonces Gobernador de Nueva Esparta, Alexis Navarro Rojas. Simultáneamente, el Estado estaba negociando con otras dos empresas: Fraport de Alemania y el operador del aeropuerto de Fort Lauderdale en Florida<sup>75</sup>.

#### La CNE 2002

60. Mientras esto ocurría, el Consejo Legislativo de Nueva Esparta sancionó y promulgó el 14 de mayo de 2002 una nueva Constitución del Estado de Nueva Esparta [“**CNE 2002**”]<sup>76</sup>, que vino a sustituir a la entonces vigente de 1993 [“**CNE 1993**”]<sup>77</sup>. Esta actuación se realizó con la manifiesta oposición del Gobernador, que se negó a publicar la nueva Constitución en el boletín oficial. La CNE 2002 finalmente tuvo que ser publicada el 17 de mayo de 2002 en un periódico local<sup>78</sup>. Ante esta situación, el Gobernador impugnó judicialmente la validez de la CNE 2002 aprobada por el Parlamento, interponiendo una acción ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la que pedía la anulación de la CNE 2002 y solicitaba como medida

---

<sup>73</sup> CD-4.

<sup>74</sup> CD-16.

<sup>75</sup> C I, para. 26; véase Declaración de Mariano Valle, 18 de octubre de 2011, para. 28; Declaración de Alejandro Villouta, 20 de octubre de 2011, para. 8; Declaración de Omar Becerra, 19 de octubre de 2011, para. 17.

<sup>76</sup> CD-203.

<sup>77</sup> LR-63.

<sup>78</sup> CD-203.

cautelar su suspensión. Sin embargo, el 11 de marzo de 2003 el Tribunal Supremo rechazó la medida cautelar, y permitió la aplicación temporal de la nueva Constitución estatal<sup>79</sup>.

61. En el ínterin, las conversaciones entre el Gobernador y el Consorcio Unique proseguían, pero se toparon con un problema jurídico: el hecho de que los dos socios del Consorcio fueran extranjeros parecía exigir que la operación fuera autorizada por la Asamblea Nacional, es decir, por el parlamento de la República Bolivariana de Venezuela. Ante la duda, el Gobernador parece que planteó una consulta a la Procuraduría General de la República, porque consta en el expediente que el 9 de agosto de 2002 la Procuradora General informó que<sup>80</sup>

“por ser el contrato a suscribirse con el Consorcio Unique IDC, un contrato de interés público estatal a celebrarse con una sociedad extranjera, el mismo requiere, como requisito *sine qua non*, la aprobación de la Asamblea Nacional.”

62. Exigencia legal que según la Procuraduría se induce del artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [**“Constitución Venezolana”**]<sup>81</sup>.
63. Siguiendo la recomendación de la Procuraduría, el 26 de agosto de 2002 el Gobernador de Nueva Esparta solicitó a la Asamblea Nacional autorización para celebrar un Contrato de Alianza Estratégica con IDC y Flughafen Zürich [el **“Contrato de Alianza Estratégica”** o el **“Contrato”**]<sup>82</sup>.
64. Pocos días más tarde, el Consejo Legislativo de Nueva Esparta instó al Gobernador a cumplir la nueva Constitución – la CNE 2002 – y a solicitar autorización a ese Parlamento antes de otorgar el Contrato de Alianza Estratégica con el Consorcio<sup>83</sup>.
65. Mientras tanto, la Asamblea Nacional había constituido una Comisión Especial para el análisis del Contrato. Esta Comisión rindió su informe el 19 de agosto de 2003, y en él recomendaba al plenario que solicitara a la Gobernación de Nueva Esparta la realización de un nuevo proceso de selección de concesionario, sugiriendo la aplicación de un proceso licitatorio internacional. También planteó la conveniencia de que el Contrato fuera sometido al Ministerio de Infraestructura y que contara con dictamen expreso de la Procuraduría General<sup>84</sup>.
66. Sin embargo, no parece que el informe de la Comisión Especial fuera sometido al pleno de la Asamblea Nacional, y lo cierto es que el tiempo fue pasando, sin que la Asamblea Nacional se pronunciara definitivamente sobre la solicitud de la Gobernación de Nueva Esparta para que el Contrato se aprobara.

---

<sup>79</sup> CD-204.

<sup>80</sup> R-11.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> R-5.

<sup>83</sup> R-28.

<sup>84</sup> R-12.

67. Así las cosas, el Gobernador cambió de opinión, y buscó una vía alternativa. El 25 de febrero de 2004 IDC y Flughafen Zürich se domiciliaron en Venezuela y registraron sendas sucursales en el Registro Mercantil de Nueva Esparta<sup>85</sup>. Además, ese mismo día ambas empresas otorgaron el acta constitutiva del Consorcio Unique, que también fue inscrita en el mismo Registro<sup>86</sup>.

## 2. EL DECRETO 1.188 Y EL CONTRATO

68. Un día después, el 26 de febrero de 2004 se promulgó el Decreto No. 1.188 [el “**Decreto 1.188**”], por el que la Gobernación del Estado adjudicaba la prestación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto de Isla Margarita al Consorcio. Y al día siguiente, se firmó el Contrato de Alianza Estratégica entre el Estado de Nueva Esparta y el Consorcio.

### El Decreto 1.188

69. El Decreto 1.188<sup>87</sup> fue dictado por el Gobernador de Nueva Esparta en ejecución de las atribuciones otorgadas en las disposiciones legales vigentes y, tras una larga serie de considerandos y explicaciones, adjudica directamente la contratación del servicio público aeroportuario al Consorcio Unique, y autoriza la celebración del Contrato de Alianza Estratégica. A continuación, el Decreto regula la fiscalización y control de la prestación del servicio aeroportuarios, el régimen tarifario, la aprobación del Plan Maestro, el régimen jurídico de los bienes aeroportuarios, la intervención de la concesión, y finalmente la obligación del Consorcio de realizar inversiones y de prestar fianza suficiente.

### El Contrato de Alianza Estratégica

70. Las principales características del Contrato<sup>88</sup> son las siguientes:
- El documento está extendido en folios con el timbre de la Procuraduría General del Estado de Nueva Esparta.
  - Lo otorga el “Estado de Nueva Esparta”, representado por su Gobernador, Ciudadano Alexis Navarro Rojas, por un lado, y el Consorcio Unique IDC, inscrito en el Registro Mercantil de Nueva Esparta, por otro; este Consorcio está formado por IDC y Flughafen Zürich, sociedades constituidas la primera en Chile y la segunda en Suiza, con sendas sucursales inscritas en ese mismo Registro Mercantil.
  - En el Considerando No. 1, el Estado declara que se han analizado y apreciado distintas propuestas emanadas de empresas nacionales y extranjeras y que es necesario contratar directamente al Consorcio.

---

<sup>85</sup> CD-13 y CD-14.

<sup>86</sup> C I, para. 37; CD-15.

<sup>87</sup> CD-16.

<sup>88</sup> CD-17.

- La vigencia es de 20 años, hasta el 1 de marzo de 2024.
  - Su objeto es la conservación, administración y aprovechamiento del Aeropuerto.
  - Las utilidades generadas por el Aeropuerto se dividen entre el Consorcio y el Estado en proporción 50/50; si el Aeropuerto incurriera en una pérdida antes de impuestos, Nueva Esparta no tendría obligación de cubrir el 50% de dicha pérdida.
  - El Consorcio se compromete a invertir una suma de USD 12 millones en un plazo de cuatro años.
  - Las inversiones se deben financiar a través de una cuenta de fideicomiso, a la que el Consorcio debe destinar el 27% de los ingresos brutos obtenidos; si los fondos en el fideicomiso fueran insuficientes, el Consorcio está obligado a cubrir el déficit; el fideicomiso también se nutre con las utilidades antes de impuestos recibidas por el Estado de Nueva Esparta en los dos primeros años.
  - Establece una serie de actividades obligatorias para el Consorcio, que deben ser desarrolladas para beneficio de la comunidad, así como un Plan Maestro, Plan de Inversiones, Plan de Negocios, Plan de Mercadeo, Plan de Operaciones, Programa de Recursos Humanos y Entrenamiento de Personal, Régimen de Arrendamiento y Tarifas y Reglamento de servicio.
71. En marzo de 2004 el Consorcio asumió el control y la operación del Aeropuerto, cumpliendo lo previsto en el Contrato de Alianza Estratégica. Unos meses más tarde, en diciembre de 2004, se creó el fideicomiso previsto en el Contrato, administrado por el Consorcio, y bajo la supervisión del Estado de Nueva Esparta.
72. Adicionalmente, las Demandantes crearon dos estructuras societarias en Venezuela:
- Para organizar la operativa del Aeropuerto se constituyó la empresa de nacionalidad venezolana Administradora Unique IDC C.A. [la “**Compañía Operadora**”]<sup>89</sup>;
  - Por otro lado, se creó la sociedad Aeropuertos Asociados de Venezuela, C.A. [la “**Compañía de Servicios**”], cuyos fondos provenían del pago de un canon del 5% de los ingresos brutos del Aeropuerto. La composición accionarial de la Compañía de Servicios era del 49,5% de cada una de las Demandantes y el 1% a nombre del Gerente General de la Compañía de Servicios, Alejandro Villouta<sup>90</sup>.
73. Pocos días después, el 1 de marzo de 2004, el Gobernador se dirigió a la Asamblea Nacional para desistir formalmente de la solicitud de autorización del Contrato de

---

<sup>89</sup> CD-21; CD-22.

<sup>90</sup> CD-25.

Alianza Estratégica, pidiendo que la Asamblea suspendiera cualquier consideración al respecto y ordenase el archivo del caso<sup>91</sup>.

74. La relación entre el Gobernador y el Consejo Legislativo de Nueva Esparta no mejoró a raíz de la promulgación del Decreto 1.188 y de la firma del Contrato de Alianza Estratégica. Tanto es así, que el 27 de julio de 2004 el Consejo Legislativo de Nueva Esparta tomó la decisión de demandar la nulidad del Contrato ante el Tribunal Supremo de la Nación<sup>92</sup>.

### 3. **LAS ACCIONES DEL NUEVO GOBERNADOR**

75. En noviembre de 2004 se produjo un hecho que a la postre tendrá gran repercusión sobre el cumplimiento del Contrato: resultó electo un nuevo Gobernador del Estado de Nueva Esparta, el ciudadano Morel Rodríguez Ávila.
76. A los pocos meses de llegar al poder, el nuevo Gobernador del Estado de Nueva Esparta ordenó la incoación de un procedimiento administrativo, para verificar la legalidad de la adjudicación y cuyo objetivo último era la revocación del Decreto 1.188<sup>93</sup>. El 6 de junio de 2005, el Consorcio reaccionó frente a esta iniciativa presentando una solicitud de amparo constitucional y una medida cautelar ante el Juzgado Superior de la Región Nor-Oriental<sup>94</sup>; y el 10 de junio de 2005 el Juzgado concedió la medida cautelar, ordenando a la Gobernación de Nueva Esparta mantener al Consorcio en el ejercicio de sus derechos contractuales<sup>95</sup>.

#### La Resolución anulando el Contrato

77. Ese mismo día, el Gobernador dictó la Resolución No. 0001-5 [la “**Resolución**”]<sup>96</sup>, que incorporaba dos decisiones:
  - Por un lado, revocaba el Decreto 1.188, dictado por el anterior Gobernador y que había servido para adjudicar directamente la gestión del Aeropuerto al Consorcio; y
  - Por otro lado, declaraba la inexistencia del Contrato y lo dejaba sin efectos, por vicios en el procedimiento y en la declaración de voluntad del Estado de Nueva Esparta:

“deja sin efecto el Contrato de Alianza Estratégica ... debido a que el mismo se suscribió con prescindencia del procedimiento previsto para ello, lo cual vicia la voluntad administrativa, que configura requisito esencial para su existencia y eficacia jurídica, toda vez que se inobservaron normas constitucionales y legales de imperativa aplicación, lo cual trae como consecuencia que las obligaciones

<sup>91</sup> R-5.

<sup>92</sup> R-38; TA Día 1, p. 285.

<sup>93</sup> C I, para. 137; CD-61.

<sup>94</sup> C I, para. 141; R III, para. 78; CD-64.

<sup>95</sup> C I, para. 141; CD-68.

<sup>96</sup> CD-69.

contenidas en el referido contrato sea inexistentes y, por ende, no susceptibles de producir efecto jurídico alguno”<sup>97</sup>.

78. Tres días después, un contingente policial, acompañado de altos funcionarios de la Gobernación de Nueva Esparta, tomó el control del Aeropuerto por la fuerza<sup>98</sup>.
79. A raíz de estos hechos, el Consorcio solicitó nuevamente amparo judicial, y el 21 de julio de 2005 el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental ordenó a la Gobernación de Nueva Esparta restituir al Consorcio en la prestación de los servicios aeroportuarios, y reponer la situación al estado anterior a la intervención del Aeropuerto<sup>99</sup>.
80. Cinco días después, la Gobernación de Nueva Esparta, en cumplimiento de la orden judicial, restituyó al Consorcio en la gestión del Aeropuerto<sup>100</sup>.
81. Pareció pues que la situación se normalizaba, pero el 2 de diciembre de 2005 la Gobernación de Nueva Esparta encargó una auditoría técnica del Aeropuerto, para examinar si se había incumplido el Contrato [la “**Auditoría Técnica**”]<sup>101</sup>. Diez días después, el 12 de diciembre de 2005, se emitió el informe final de dicha Auditoría Técnica<sup>102</sup>.
82. Cuatro días después, el Gobernador del Estado de Nueva Esparta dispuso la iniciación de un procedimiento administrativo para la terminación del Contrato<sup>103</sup>, acción frente a la cual el Consorcio interpuso nuevamente acción de amparo constitucional y cautelar<sup>104</sup>, que nuevamente fue otorgada el 22 de diciembre de 2005<sup>105</sup>.

#### El Oficio de intervención del servicio público

83. A pesar de ello, el 29 de diciembre de 2005 el Gobernador del Estado de Nueva Esparta dictó Oficio DG-5190-05 [el “**Oficio**”]<sup>106</sup> mediante el cual  

“se ordena la intervención de la prestación del servicio aeroportuario objeto del Contrato de Alianza Estratégica”
84. Además se designa a una persona física interventor del Aeropuerto, a cuya disposición quedan todos los bienes<sup>107</sup>. Al día siguiente la Gobernación de Nueva

<sup>97</sup> C I, para. 143; R III, para. 78; CD-69.

<sup>98</sup> C I, para. 146; CD-72.

<sup>99</sup> C I, para. 154; CD-86.

<sup>100</sup> C I, para. 155; CD-92.

<sup>101</sup> C I, para. 160; CD-97.

<sup>102</sup> C I, para. 161; R III, para. 53; CD-104.

<sup>103</sup> C I, para. 162; CD-107.

<sup>104</sup> C I, para. 163; R III, para. 84; CD-109.

<sup>105</sup> C I, para. 164; CD-110.

<sup>106</sup> CD-114.

<sup>107</sup> C I, para. 4; R III, para. 86; CD- 114.

Esparta tomó nuevamente el control del Aeropuerto, con la colaboración de fuerzas policiales<sup>108</sup>.

85. El Consorcio volvió a solicitar amparo judicial y el 13 de junio de 2006, el Juzgado Superior de la Región Nor-Oriental sentenció que la Gobernación de Nueva Esparta había incurrido en violaciones al debido proceso en el procedimiento administrativo de intervención del Aeropuerto<sup>109</sup>. El 29 de junio de 2006, el mismo Juzgado dictó la ejecución forzada de esta sentencia, lo que debería conllevar la entrega inmediata del Aeropuerto al Consorcio<sup>110</sup>.

#### El Decreto 806 que ordena el rescate anticipado de la Concesión

86. Anticipándose a esta decisión judicial, el 17 de julio de 2006 la Gobernación de Nueva Esparta reaccionó dictando el Decreto No. 806/2006 [el “**Decreto 806**”]<sup>111</sup>. Este Decreto tenía el siguiente contenido:

- En primer lugar, revocaba la Resolución por la que el Gobernador había declarado nulo e inexistente el Contrato;
- En segundo lugar, revocaba el Oficio de intervención del servicio aeroportuario;
- En tercer lugar, ordenaba el rescate anticipado de la concesión otorgada al Consorcio Unique, en aplicación de la cláusula 41 del Contrato; esta cláusula permite al Estado  
  
“por razones de interés público debidamente motivadas, asumir la prestación directa del servicio aeroportuario y declarar resuelto este Convenio”;
- En cuarto lugar, reconocía al Consorcio derecho a una indemnización por el valor no recuperado de la inversión y por el 50% del valor presente de los beneficios no obtenidos por la empresa.

87. En cumplimiento de este Decreto, la Gobernación de Nueva Esparta asumió nuevamente el control y gestión del Aeropuerto, excluyendo al Consorcio. (Posteriormente, a raíz de varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, la gestión del Aeropuerto terminará en manos del Poder Nacional – esta cuestión será tratada *in extenso* en los paras. 97 *et seq infra*).

88. Unos meses después el Consejo Legislativo volvió a tomar cartas en el asunto, y en febrero de 2007 declaró la “responsabilidad política” del ex Gobernador Ciudadano Alexis Navarro Rojas, por su decisión de conceder la gestión del Aeropuerto al Consorcio Unique<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> C I, paras. 4 y 167; CD-115; CD-116.

<sup>109</sup> C I, para. 177; CD-138.

<sup>110</sup> C I, para. 180; CD-144.

<sup>111</sup> C I, para. 182; R III, para. 94; CD-147.

<sup>112</sup> R IV, para. 85; R-67.

#### 4. EL PROCESO PENAL

89. Existen indicios de que pocos meses después, en mayo de 2007, la Fiscalía del Estado de Nueva Esparta comenzó una investigación, para determinar si la adjudicación del Contrato al Consorcio podría haber constituido un delito – así se desprende de una citación que consta en autos, dirigida al ciudadano Jaime Verde, Secretario General de Gobierno, para que compareciera ante el Fiscal el 7 de junio de 2007<sup>113</sup>.
90. Por razones desconocidas, la investigación de la Fiscalía procedió con lentitud. Y no fue hasta tres años más tarde, el 27 de mayo de 2010, cuando el Fiscal presentó escrito de acusación contra el ciudadano Alexis Navarro Rojas, el Gobernador del Estado que había adjudicado el Contrato al Consorcio Unique, como autor de un delito de evasión de procedimientos de licitación y concierto de funcionario público con contratista. La acusación también se dirigió contra los ciudadanos Leopoldo Espinoza Prieto y Jaime Verde Aldana, a la sazón Secretario General de Gobierno y Procurador del Estado de Nueva Esparta<sup>114</sup>.
91. El escrito de acusación ha sido aportado al expediente por la Demandada. En él la Fiscalía resalta los siguientes hechos:
  - El Gobernador no habría acatado lo establecido en los artículos 20 y 28 de la Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos del Estado de Nueva Esparta [**“LCONE”**<sup>115</sup>], ni el 36 de la Ley de Licitaciones de 2001[**“Ley de Licitaciones”**<sup>116</sup>];
  - El Consorcio Unique no estaba inscrito en los Registros Nacional y Estatal de Contratistas<sup>117</sup>;
  - Las sucursales de las empresas consorciadas únicamente se inscribieron el 25 de febrero de 2004, un día antes del Decreto 1.188;
  - El Decreto alega falsamente una situación de emergencia;
  - Existió una concertación entre el ciudadano Alexis Navarro, Gobernador de Nueva Esparta, y el Sr. Arturo Valle, directivo del Consorcio Unique, que “originó a todas luces el descrédito de las instituciones del estado, así como la flagrante violación a los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad consagrados en la Constitución y las leyes...”<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> R-65; no existen en el expediente otros documentos sobre esta fase inicial de la investigación.

<sup>114</sup> R-70; tercer documento-Acusación Fiscal.

<sup>115</sup> CD-7.

<sup>116</sup> R-25.

<sup>117</sup> R-70, tercer documento-Acusación Fiscal.

<sup>118</sup> *Ibid.*

92. En opinión de los Fiscales, los delitos cometidos por el entonces Gobernador Alexis Navarro Rojas y los altos funcionarios estarían tipificados en los artículos 58 y 70 de la Ley contra la Corrupción<sup>119</sup>:

Artículo 58

“El funcionario público que, con el objeto de evadir la aplicación de los procedimientos de licitación u otros controles o restricciones que establece la ley para efectuar determinada contratación, o alegare ilegalmente razones de emergencia, será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años. Con igual pena serán sancionados los funcionarios que otorgaren las autorizaciones o aprobaciones de tales contrataciones”.

Artículo 70

“El funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato u otra operación, se concierte con los interesados o intermediarios para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, será penado con prisión de dos (2) a cinco (5) años. Si el delito tuvo por objeto obtener dinero, dádivas o ganancias indebidamente que se le dieran u ofrecieran a él o a un tercero, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de hasta el cien por ciento (100%) del beneficio dado o prometido. Con la misma pena será castigado quien se acuerde con los funcionarios, y quien diere o prometiére el dinero, ganancias o dádivas indebidamente a que se refiere este artículo”.

93. Presentado el escrito de acusación por el Fiscal, el Tribunal Penal de Nueva Esparta parece que convocó una audiencia preliminar a celebrar el 3 de diciembre de 2010. Así se desprende indirectamente de un documento presentado por la República<sup>120</sup>. Sin embargo, la Demandada no ha aportado al expediente ninguna información sobre el desarrollo de la audiencia preliminar.
94. También es de destacar que no consta en el expediente ninguna decisión, ningún auto, ninguna providencia, ningún otro documento sea cual sea su finalidad o contenido emitido por el Tribunal Penal de Nueva Esparta en relación con la querella interpuesta contra el Gobernador de Nueva Esparta.
95. Durante la Audiencia de este procedimiento, el Tribunal Arbitral pidió a las partes, y en especial a Venezuela (pues las Demandantes no son partes en el proceso penal), que aportaran información sobre el proceso penal en curso<sup>121</sup>.
96. A pesar de esta solicitud expresa, lo cierto es que la Demandada no ha aportado ningún documento adicional y únicamente ha incluido la siguiente información en sus Memoriales de Dúplica y Conclusiones:
- “Actualmente el procedimiento sigue su curso”<sup>122</sup>;

<sup>119</sup> R-33.

<sup>120</sup> R-70, segundo documento-Citación al Acto de Audiencia Preliminar del Consultor Jurídico del Ministerio Popular para el Transporte.

<sup>121</sup> TA Día 1, p. 33.

<sup>122</sup> R IV, para. 86.

- “se ha pautado una audiencia [de control] a celebrarse en los próximos meses”, sin que se haya aportado documento alguno, ni se haya señalado la fecha concreta de la audiencia<sup>123</sup>.

## 5. LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

97. El 5 de septiembre de 2005 – es decir, tras la promulgación de la Resolución anulando el Contrato, y antes del Oficio de intervención - la Compañía Operadora del Consorcio, Administradora Uniqe IDC, C.A., presentó un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Supremo<sup>124</sup>, alegando que la Jueza D<sup>a</sup>. Ana Emma Longart Guerra había ordenado ilícitamente la intervención de las cuentas del Consorcio<sup>125</sup>.
98. Esta acción de amparo fue admitida a trámite por el Tribunal Supremo el 20 de octubre de 2005<sup>126</sup>. Casi un año después, el 4 de agosto de 2006, el Tribunal Supremo dictó una sentencia [la “**Sentencia de 4 de agosto de 2006**”] resolviendo<sup>127</sup>:
  - Asumir de oficio el conocimiento mediante “avocamiento” de todas las causas pendientes en ese momento entre las dos partes, por considerar que la diversidad de actos promulgados por la Gobernación del Estado de Nueva Esparta, incluido el rescate anticipado de la Concesión acordado a través del Decreto 806<sup>128</sup>, había generado una situación de inseguridad jurídica que afectaba el interés público<sup>129</sup>;
  - Crear una Junta Interventora para la administración del Aeropuerto durante la pendencia del proceso que asumía<sup>130</sup>.
99. El 17 de enero de 2007 las Demandantes interpusieron directamente ante el Tribunal Supremo un recurso de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad contra el Decreto 806, por el que la Gobernación había decidido (*inter alia*) el rescate de la Concesión<sup>131</sup>.
100. El 9 de febrero de 2007 el Tribunal Supremo dictó una sentencia donde rechazó la solicitud de desistimiento del recurso de nulidad contra la Resolución<sup>132</sup>, que estaba siendo tramitado y del que las Demandantes intentaron desistir el 6 de junio de 2005 (esa solicitud se realizó ante el tribunal que conocía del asunto antes del avocamiento del Tribunal Supremo)<sup>133</sup>. El Tribunal Supremo también informó a las partes de que

<sup>123</sup> R V, para. 56.

<sup>124</sup> R IV, np. 457; CD-94.

<sup>125</sup> C I, para. 156; R III, paras. 260-261; CD-94.

<sup>126</sup> C I, para. 156; CD-95.

<sup>127</sup> CD-148.

<sup>128</sup> C I, para. 182; R III, para. 94; CD-148.

<sup>129</sup> CD-148.

<sup>130</sup> C I, para. 189; R III, para. 95; R IV, paras. 213-216, CD-148.

<sup>131</sup> R III, para. 96.

<sup>132</sup> CD-178.

<sup>133</sup> R III, para. 78; R IV, paras. 217-221.

su intervención alcanzaba a todas las disputas entre las partes<sup>134</sup> y acordó mantener la intervención del Aeropuerto.

101. El 6 de marzo de 2008<sup>135</sup> el Tribunal Supremo dictó una sentencia<sup>136</sup> mediante la que decidió, entre otras cuestiones, que el recurso contra el Decreto 806 se resolvería conjuntamente ante el Tribunal Supremo<sup>137</sup>.
102. A pesar de todas estas decisiones, el 4 de marzo de 2009, el Tribunal Supremo dictó otra sentencia [la “**Sentencia de 4 de marzo de 2009**”] dando por finalizado el avocamiento y declinó su competencia en el Juzgado Superior de lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Nor-Oriental.

#### Cesión al Poder Nacional

103. También acordó que la administración del Aeropuerto (el “manejo y control”) se pusiera a cargo del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, dependiente del ejecutivo nacional, cesando en consecuencia las funciones de la Junta Interventora que el Tribunal Supremo había creado en 2005<sup>138</sup>.
104. El 5 de marzo de 2009, las Demandantes solicitaron al Tribunal Supremo que aclarara si la entrega del Aeropuerto al Poder Nacional era definitiva o simplemente cautelar<sup>139</sup>. En esa fecha, la Demandada también solicitó aclaración de la Sentencia de 5 de marzo de 2009<sup>140</sup>. El 23 de julio de 2009 el Tribunal Supremo reaccionó, dictando una sentencia aclaratoria en la que afirmó lo siguiente<sup>141</sup>:

“Al resolver las causas en materia de amparo, esta Sala determinó que, dada su naturaleza, los juicios contencioso administrativos debían volver a la jurisdicción correspondiente; sin embargo, dado el conflicto aún existente, la administración de los aeropuertos no podía asignársele a ninguna de las partes, por lo que se ordenó su entrega al Poder Nacional, al corresponderle la competencia general en materia de servicios públicos, la cual, estaría supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente. No obstante, debe entenderse que los efectos de la sentencia No. 155, del 4 de marzo de 2009, no abarcan las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos”.

105. Es decir, lo que el Tribunal Supremo parece querer indicar es que la asignación al Poder Nacional quedaba a expensas de la resolución del recurso contencioso administrativo que ahora se desarrollaría ante Juzgado Superior Nor Oriental, a salvo de las medidas que el Ejecutivo Nacional pueda adoptar en esta materia.

<sup>134</sup> R IV, para. 218.

<sup>135</sup> R III, para. 98; ABC-49.

<sup>136</sup> ABC-49.

<sup>137</sup> R IV, paras. 222-224.

<sup>138</sup> C I, para. 198; C V, para. 96; CD-153, pp. 32 a 35.

<sup>139</sup> R IV, para. 229; CD-185.

<sup>140</sup> R IV, para. 229; CD-186.

<sup>141</sup> R III, para. 108; CD-187, p. 12 y 13.

### Asunción de competencias por el Poder Nacional

106. En julio de 2007 la Procuraduría General de la República solicitó una interpretación vinculante a la sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre el alcance del artículo 164(10) de la Constitución Venezolana. En abril de 2008 – es decir unos meses antes de dar por finalizado el avocamiento - la Sala Constitucional resolvió la solicitud entregando la competencia sobre los aeropuertos al Poder Nacional y ordenándole a la Asamblea Nacional que dictara la ley correspondiente<sup>142</sup>.
107. Posteriormente, en el mes de marzo de 2009 se precipitaron los hechos:
- Por un lado, la Asamblea Nacional efectivamente aprobó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público [**“Ley Orgánica de Descentralización”**]<sup>143</sup>. Entre otras disposiciones, esta ley facultó al Ejecutivo Nacional para “revertir” la transferencia de competencias concedidas a los Estados para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general (artículo 8) e intervenir bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos para su conservación, administración y aprovechamiento (artículo 9);
  - Por otro lado, el Tribunal Supremo, dio por finalizada la actuación de la Junta Interventora y le entregó la administración del Aeropuerto de Isla Margarita al Poder Nacional (que en ese mes creó la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos adscrita al Poder Nacional)<sup>144</sup>;
  - El 15 de marzo de 2009 el Presidente Chávez hizo una declaración pública en la que reveló que en cumplimiento de la Ley Orgánica de Descentralización el Poder Nacional estaba recuperando una serie de puertos y aeropuertos y especificó que “otro aeropuerto que recuperaremos será el de Margarita”<sup>145</sup>.

\* \* \*

108. Al día de hoy, la administración del Aeropuerto de Isla Margarita continúa en manos del Poder Nacional.
109. No se ha aportado prueba de que el proceso contencioso administrativo en su día avocado por el Tribunal Supremo y después remitido al Juzgado Superior, ni ninguno de los múltiples otros procedimientos iniciados por las partes, haya finalizado con la emisión de una sentencia firme que resolviera la disputa.

---

<sup>142</sup> ABC 61.

<sup>143</sup> C IV, para. 271; CD-154.

<sup>144</sup> ABC-65.

<sup>145</sup> Véase artículos de prensa en CD-155 y video en CD-156.

## V. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN

110. La República Bolivariana de Venezuela formula seis objeciones a la jurisdicción,

- La Primera Objeción alega que las reclamaciones formuladas por las Demandantes son puramente de carácter contractual.
- La Segunda Objeción se divide en dos: la primera aduce que los dos AAPRI carecen de “cláusula paraguas” que permita la reclamación de derechos contractuales. La segunda está basada en la cláusula *electa una vía* del AAPRI Chile-Venezuela y en una excepción *lis alibi pendens* respecto de las reclamaciones fundadas en el AAPRI Suiza-Venezuela.
- La Tercera Objeción se sustenta en la falta de agotamiento de los recursos internos, que impediría formular a las Demandantes una reclamación por denegación de justicia.
- La Cuarta Objeción se centra en el carácter de instrumentalidad pública de la Demandante Flughafen Zürich.
- La Quinta Objeción se basa en la inexistencia de inversiones protegidas bajo el Convenio CIADI y los AAPRI y también se divide en dos: en primer lugar, alega Venezuela que la inversión habría sido realizada en contravención del Derecho público venezolano y en segundo lugar, que las Demandantes nunca habrían realizado una contribución ni habrían asumido un riesgo.
- La Sexta Objeción se fundamenta en la imposibilidad de consolidar dos reclamaciones diferentes realizadas por las Demandantes.

111. El Tribunal analizará

- en primer lugar la Quinta Objeción de carácter *ratione materiae*, distinguiendo entre la alegada contravención del Derecho público venezolano (2. *infra*) y la ausencia de contribución y riesgo (3. *infra*),
- a continuación y atendiendo a su importancia la Cuarta Objeción de carácter *ratione personae* (4. *infra*),
- para finalizar con las restantes objeciones en el orden en el que fueron planteadas por la Demandada – naturaleza contractual de la reclamación (5. *infra*), la existencia de una cláusula *electa una vía* y la aplicación de la excepción de *lis alibi pendens* (6. *infra*), la falta de agotamiento de los recursos internos (7. *infra*) y la imposibilidad de consolidación (8. *infra*).

## **2. CONTRAVENCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO**

### **2.1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

112. La Demandada alega que la inversión no merece protección al amparo de los AAPRI, y que el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia, por concurrir dos circunstancias: en primer lugar, la gestión del Aeropuerto se adjudicó al Consorcio merced a actos corruptos imputables al entonces Gobernador de Nueva Esparta, Ciudadano Alexis Navarro Rojas<sup>146</sup>, y por otro lado el Contrato fue aprobado por el Estado de Nueva Esparta en clara contravención del Derecho público venezolano<sup>147</sup>.
113. En concreto, la Demandada alega que el Contrato fue adjudicado<sup>148</sup>
- Habiendo incurrido el Gobernador de Nueva Esparta y otras autoridades públicas de ese Estado en actos corruptos penados por la Ley venezolana contra la Corrupción;
  - En violación de la Constitución Venezolana
  - En violación de la Constitución de Nueva Esparta y finalmente
  - En violación de la LCONE.
114. Venezuela también imputa a las Demandantes falta de diligencia en la indagación de la validez del Contrato: las Demandantes conocían o debían haber conocido el incumplimiento de los requisitos legales exigibles para la autorización del Contrato<sup>149</sup>.
115. Las Demandantes discrepan: niegan radicalmente haber realizado ningún acto corrupto y alegan que la inversión fue hecha de conformidad con el Derecho venezolano<sup>150</sup>.
116. Además, en opinión de los inversores, las ilegalidades imputadas por la Demandada obedecen a actos propios de la Gobernación del Estado de Nueva Esparta y no pueden ser invocados para evadir la jurisdicción del Centro<sup>151</sup>.
117. Finalmente, las Demandantes resaltan que el Contrato no ha sido declarado nulo por ningún tribunal o autoridad venezolanos, lo que impide a la Demandada alegar ahora en un foro internacional su supuesta invalidez<sup>152</sup>.

---

<sup>146</sup> R IV, paras. 4-5 y 86-89

<sup>147</sup> R I, para. 151.

<sup>148</sup> R I, paras. 157-167; R IV, paras. 4 y 5.

<sup>149</sup> R I, para. 170

<sup>150</sup> C I, paras. 172-193

<sup>151</sup> C II, para. 153.

<sup>152</sup> C II, paras. 141 y 171.

## 2.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

### A. Introducción

118. La República Bolivariana de Venezuela plantea como primera objeción jurisdiccional un alegato de gran trascendencia jurídica y política: asevera que la adjudicación del Contrato para la gestión del Aeropuerto de Isla Margarita, hecha por el entonces Gobernador de Nueva Esparta, Ciudadano Alexis Navarro Rojas, a favor del Consorcio, está tintada de corrupción y además que el Contrato fue aprobado en clara contravención del Derecho público venezolano. Las Demandantes niegan vehementemente ambos alegatos.

119. La resolución de la presente objeción, que tomará como punto de partida los hechos declarados probados, ya relatados en el capítulo IV *supra*, exige un detallado análisis. En su estudio el Tribunal procederá así:

- En primer lugar, distinguirá entre el requisito general, exigido por los AAPRI, de que las inversiones sean realizadas “de conformidad con las leyes y reglamentos” del Estado receptor, y el requisito concreto de que todo contrato de concesión haya sido otorgado “de conformidad con el Derecho Público” **(B)**.
- En segundo lugar, analizará si las Demandantes han realizado la inversión “de conformidad con las leyes y reglamentos” que rigen en Venezuela **(C)**.
- En tercer lugar, estudiará si el Contrato ha sido otorgado “de conformidad con el Derecho Público” venezolano, para lo que establecerá cuál era la normativa aplicable **(D)**, y después determinará si ésta ha sido respetada **(E)**.

### B. El doble requisito establecido en los AAPRI

120. El artículo 2 del AAPRI entre Venezuela y Suiza reza así:

“El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas en el territorio de una Parte Contratante, de conformidad con sus leyes y reglamentos, por inversores de la otra Parte Contratante antes o después de su entrada en vigor”.

121. El artículo 2 del AAPRI entre Venezuela y Chile se expresa en términos similares:

“El presente acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de su entrada en vigor en el territorio de una Parte Contratante, de conformidad con sus leyes y reglamentaciones, por inversionistas de la otra Parte Contratante”.

122. Los dos preceptos establecen un principio ampliamente admitido en el Derecho internacional: sólo merecen protección las inversiones realizadas sin contravenir el ordenamiento jurídico del Estado receptor. En la especie, toda inversión en Venezuela, para poder gozar de la protección de los respectivos AAPRI, debe haber sido realizada de conformidad con sus leyes y reglamentos – y a la inversa, un

inversor que al efectuar su inversión viola la normativa aplicable, pierde toda posibilidad de accionar en base al APRI correspondiente.

123. En el presente caso, la inversión que las Demandantes alegan haber realizado en Venezuela toma la forma de un contrato administrativo, por el cual el Estado de Nueva Esparta les encomendó la gestión del Aeropuerto.
124. Siendo esto así, existe un segundo requisito legal que también resulta relevante: ambos AAPRI incluyen dentro del término “inversiones” los contratos por los que las administraciones públicas otorgan concesiones para prestar servicios públicos; los Tratados confirman pues que una inversión protegida puede consistir en un contrato administrativo; pero ambos AAPRI lo hacen añadiendo la exigencia de que las concesiones tienen que haberse otorgado “de conformidad con el Derecho público”:

APRI Suiza-Venezuela, artículo 1.2:

“El término “inversiones” incluye todo tipo de bienes y particularmente, aunque no exclusivamente:

....

e) Las concesiones y otros derechos otorgados de conformidad con el Derecho Público.”

APRI Chile-Venezuela artículo I.2:

“El término “inversiones”, incluye todas las categorías de activos, y en particular:

...

e) los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales, así como cualquier otro derecho conferido por la ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad a la ley”.

125. En resumen, la objeción jurisdiccional *ratione materiae* interpuesta por Venezuela se concreta en dos líneas argumentales:
  - que los inversionistas no realizaron su inversión “de conformidad con las leyes y reglamentos venezolanos”, porque medió corrupción en la adjudicación del Contrato de gestión del Aeropuerto, y además
  - que el Contrato tampoco se otorgó “de conformidad con el Derecho público”, tal como exigen los AAPRI, y que en consecuencia no existe inversión digna de protección iusinternacional, ni el Centro tiene jurisdicción ni el Tribunal competencia<sup>153</sup>.
126. El Tribunal analizará en primer lugar la acusación de corrupción (C), para después estudiar si el Contrato se otorgó en violación del Derecho público (D y E).

---

<sup>153</sup> TA Día 5, p. 1389.

### **C. La acusación de corrupción**

127. Venezuela acusa a los inversionistas de haber obtenido la concesión del Contrato para gestionar el Aeropuerto de Nueva Esparta a través de la corrupción del Gobernador de dicho Estado, ciudadano Alexis Navarro Rojas<sup>154</sup>. Las Demandantes lo niegan<sup>155</sup>.

128. La acusación es de extraordinaria gravedad.

#### **Efectos de la corrupción**

129. Si fuera cierto – tal como asevera Venezuela – que Flughafen Zürich e IDC se concertaron con el Gobernador del Estado de Nueva Esparta, para que éste les otorgara el Contrato, en violación de los artículos 58 y 70 de la Ley venezolana contra la Corrupción<sup>156</sup>, en el plano iusinternacional los inversores habrían violado el orden público internacional y habrían incumplido las condiciones exigidas por los AAPRI para acceder a su protección (amén de haber incurrido en un ilícito penal). En consecuencia

- las Demandantes carecerían de legitimación activa,
- el Centro de jurisdicción y
- el Tribunal de competencia para enjuiciar la disputa.

130. Las Demandantes no dispondrían de legitimación activa, porque un inversor que ha obtenido el contrato en el que se materializa su inversión, corrompiendo a la más alta autoridad política del Estado, logrando que se lo adjudique arbitrariamente, tiene las manos manchadas y ha perdido todo derecho a invocar el Derecho internacional en defensa de su inversión.

131. La anterior conclusión se vería reforzada por los artículos 2 de los AAPRI, que para permitir la protección iusinternacional, exigen que el inversor haya realizado su inversión “de conformidad con [las] leyes y reglamentos” de Venezuela. Una inversión realizada en violación de una norma de orden público, como es la Ley venezolana contra la Corrupción, caería de plano dentro de esta exclusión.

132. Y aun si no existiera esta referencia expresa en los AAPRI, el requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico del Estado receptor sería una condición tácita, ínsita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado está ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión cuando el inversor, para alcanzar esa protección, ha incurrido en una actuación gravemente antijurídica<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> R IV, paras. 4 y 5; TA Día 1, pp. 99-100 y Día 5, pp. 1377, 1388.

<sup>155</sup> C V, paras. 9 y 10.

<sup>156</sup> R IV, paras. 5 y 86.

<sup>157</sup> *Plama*, paras. 138-139; *Phoenix*, para. 101; *Saur*, para. 308

133. La cuestión en este caso no es pues de Derecho material: si ha mediado corrupción del Gobernador del Estado de Nueva Esparta en la adjudicación del Contrato, y en ella ha colaborado o participado el Consorcio, la consecuencia necesaria sería la pérdida de protección iusinternacional. La cuestión es si los actos corruptos están o no probados.
134. Para dar contestación a esta cuestión, es preciso
  - clarificar quién corre con la carga de la prueba,
  - determinar cuál es el estándar de prueba exigible y finalmente
  - valorar la aprueba aducida por las partes.

#### La carga de la prueba

135. En cuanto a la primera cuestión, en Derecho internacional rige el principio *actori incumbit probatio* para dirimir cuál es la parte a quien le incumbe probar un determinado hecho: el que lo alega soporta la carga de probarlo<sup>158</sup>. El Tribunal no ve razón alguna para apartarse de este principio.
136. Dado que es Venezuela la que alega que el Contrato se obtuvo mediante la corrupción del Gobernador del Estado de Nueva Esparta, es a ella a quien le corresponde probarlo.

#### El estándar de prueba

137. La segunda cuestión es la del estándar de prueba exigible.
138. Esta cuestión se ve enturbiada por la existencia – en paralelo con este arbitraje - de una acción penal en Venezuela, en la que el Ministerio Público acusa al Gobernador y a otros dos altos cargos del Gobierno de Nueva Esparta, de haber cometido dos delitos, tipificados en la Ley contra la Corrupción y que están castigados con penas de prisión: los delitos de evasión de procedimientos de licitación y de concierto de funcionario público con contratista<sup>159</sup>.
139. ¿Cuál es la relación entre el proceso penal venezolano y el presente arbitraje?
140. El proceso penal y este arbitraje se mueven en diferentes esferas jurídicas – uno en la esfera iusinternacional, en la que se ventila la responsabilidad bajo Derecho internacional del Estado venezolano, y otro en la esfera de Derecho interno sancionador de conductas ilícitas. Las dos esferas no se solapan. Y los estándares de prueba son diferentes en cada uno de los sistemas jurídicos.
141. Por ello, las decisiones que se pueden alcanzar en ambos procedimientos no tienen que coincidir. Puede ocurrir que la justicia penal venezolana absuelva a los acusados

<sup>158</sup> *Metal-Tech*, para. 237; *Middle East*, para. 89; *Soufraki*, para. 58.

<sup>159</sup> R IV, para. 86.

por corrupción y que un tribunal arbitral llegue a la conclusión contraria y por esta causa descarte su propia competencia. Y viceversa: aunque la justicia penal venezolana condenara a los acusados, un tribunal arbitral retendría la facultad de realizar una valoración independiente de los hechos y podría llegar a una conclusión diferente (aunque sin duda daría el valor que se merece a la prueba y las conclusiones del proceso penal).

142. En la esfera iusinternacional, ni los AAPRI, ni el Convenio contienen reglas sobre la carga de la prueba, ni sobre el estándar de convencimiento exigible para que un tribunal arbitral pueda aceptar o desechar la existencia de corrupción. Por lo tanto el Tribunal goza de amplia libertad para valorar la prueba<sup>160</sup>.
143. En el ejercicio de esta facultad, uno de los elementos que un tribunal ciertamente tomará en cuenta serán las investigaciones y conclusiones alcanzadas por la justicia penal interna. Pero no son los únicos. La prueba aducida en el proceso arbitral – en forma de testigos, peritos o documentos - también puede ser relevante. Y el tribunal arbitral tomará su decisión valorando conjuntamente todo el acervo de prueba del que disponga.
144. Sentadas estas conclusiones generales, la siguiente tarea es la de valorar *hic et nunc* la prueba aducida por ambas partes.

#### Prueba aducida por la Demandada

145. Venezuela ha presentado dos elementos probatorios:
  - El escrito de acusación del Ministerio Público, presentado el 27 de mayo de 2010 ante el Juzgado de lo Penal de Nueva Esparta<sup>161</sup>. Este escrito es extenso y su relato fáctico no difiere en su esencia de los hechos probados aceptados por este Tribunal<sup>162</sup>. En él, el Fiscal acusa al Gobernador de Nueva Esparta y a los dos cargos públicos de adjudicar el Contrato sin haber convocado una licitación, en violación del artículo 23.4 de la LCONE y en concertación fraudulenta con el Consorcio Unique;
  - Un informe de la OCDE [**“El Informe de la OCDE”**]<sup>163</sup> sobre la aplicación en Chile del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. El Informe de la OCDE contiene una simple referencia al procedimiento penal iniciado en Nueva Esparta por la posible concurrencia de corrupción en la concesión del Contrato de Alianza Estratégica.

---

<sup>160</sup> *Metal-Tech*, para. 238.

<sup>161</sup> R-70.

<sup>162</sup> Ver capítulo IV *supra*.

<sup>163</sup> “Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Chile-March 2014”, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ChilePhase3ReportEN.pdf> [**“Informe de la OCDE”**]. La Demandada solicitó la incorporación de este informe al expediente el 27 de mayo de 2014. El Tribunal autorizó su incorporación mediante Resolución Procesal No. 3.

### Prueba aducida por las Demandantes

146. En la Audiencia las Demandantes presentaron como testigo al Sr. Valle, la persona que, según la acusación de la Fiscalía de Nueva Esparta, se habría concertado con el Gobernador de Nueva Esparta para amañar la adjudicación del Contrato. El Sr. Valle, que declaró bajo juramento, negó, a preguntas del Tribunal, haber pagado ninguna coima por la adjudicación de ningún contrato y afirmó que IDC tiene una política de tolerancia cero frente a la corrupción<sup>164</sup>.
147. El Tribunal también tuvo la oportunidad de interrogar al Sr. Daniel Schmucki, alto directivo de Flughafen Zürich responsable del proyecto en Nueva Esparta. Bajo juramento, el Sr. Schmucki afirmó tajantemente que nunca se le pidió a su empresa un pago irregular de dinero en relación al Contrato<sup>165</sup>.

### Valoración por el Tribunal

148. Los elementos probatorios aducidos por Venezuela son el escrito de acusación del Ministerio Público, presentado en 2010<sup>166</sup> y el Informe de la OCDE de marzo de 2014.
149. El escrito de acusación del Ministerio Público en esencia relata los mismos hechos declarados ante este Tribunal<sup>167</sup>, y alega que serían constitutivos de sendos delitos sancionados por la Ley venezolana contra la Corrupción.
150. El valor de este elemento probatorio se ve cercenado por los siguientes factores:
  - Se trata de un escrito del Ministerio Público, del órgano del Estado encargado de actuar como acusador en procesos penales; es por lo tanto un escrito surgido en el ámbito de control del propio Estado venezolano, no una decisión que emane de un órgano imparcial de la Administración de Justicia;
  - Es llamativa la falta de reacción del Juzgado de lo Penal de Nueva Esparta, ante el que se presentó la acusación, a pesar del tiempo transcurrido. Lo único que consta en el expediente es una prueba indirecta de que el Tribunal Penal convocó una audiencia preliminar para el 3 de diciembre de 2010<sup>168</sup>. No hay prueba de que esa audiencia se llegara a realizar. Ni tampoco de sus resultados. Ni de que desde esa fecha el Tribunal Penal haya adoptado ninguna medida de impulsión del procedimiento<sup>169</sup>. Todo lo que existe en el procedimiento es una simple alegación en el Escrito de Conclusiones presentado por Venezuela de

---

<sup>164</sup> TA Día 2, pp. 397-398.

<sup>165</sup> TA Día 4, p. 1040.

<sup>166</sup> R-70.

<sup>167</sup> Ver capítulo IV *supra*.

<sup>168</sup> R-70, segundo documento-Citación al Acto de Audiencia Preliminar del Consultor Jurídico del Ministerio Popular para el Transporte.

<sup>169</sup> A pesar de que el abogado de la Demandada reconoció haber visitado al juez para indagar qué estaba pasando; TA Día 1, p. 33.

que “se ha pautado una audiencia de control a celebrarse en los próximos meses”; esta aseveración no está soportada por prueba alguna<sup>170</sup>.

- La falta de información sobre el desarrollo del procedimiento penal es especialmente llamativa, porque en la Audiencia el Tribunal mostró su interés por conocer los detalles.
- Es importante también resaltar que en la prueba pericial y testimonial aducida por Venezuela no existen elementos que corroboren la existencia de un delito de corrupción. La Demandada no llamó como testigos a los Fiscales que redactaron el escrito acusatorio, ni a ningún otro testigo que pudiera aclarar los hechos. Tampoco los peritos de la Demandada dedicaron atención alguna a la cuestión de la alegada corrupción.

151. En cuanto al Informe de la OCDE, éste se limita a mencionar la existencia del procedimiento penal anteriormente descrito y a señalar que las autoridades chilenas también están investigando los alegados hechos de corrupción de funcionarios venezolanos por el inversor chileno<sup>171</sup>. Sin embargo, la Demandada no ha aportado ninguna otra prueba relacionada con la investigación en Chile<sup>172</sup>. El Informe de la OCDE sólo constata, a través de medios informativos digitales, la iniciación de actuaciones penales en Venezuela y la afirmación de las autoridades chilenas de estar investigando el caso, pero no aporta ningún elemento probatorio adicional de que el Contrato de Alianza Estratégica fuese procurado mediante corrupción.
152. Las Demandantes, por su lado, presentaron como testigos a los directivos que alegaba Venezuela podrían haber participado en la corrupción, o haber ordenado el pago de cantidades irregulares en beneficio del Gobernador de Nueva Esparta, y éstos, bajo juramento, negaron radicalmente las imputaciones<sup>173</sup>.
153. La corrupción es una de las mayores lacras de nuestras sociedades. Es rechazable cuando ciudadanos de un país corrompen a sus propios gobernantes. Pero es especialmente insidiosa y abyecta cuando son inversores extranjeros los que obtienen contratos o prebendas sobornando a las autoridades políticas de los países receptores, y cometiendo irregularidades que nunca se atreverían a realizar en sus países de origen. Conductas de este tipo no merecen la protección del Derecho internacional sino el más absoluto desamparo jurídico.

---

<sup>170</sup> R V, para. 56.

<sup>171</sup> Informe de la OCDE, paras. 26 y 27.

<sup>172</sup> En su solicitud de 27 de mayo de 2014, la Demandada no solo requirió la aportación del Informe de la OCDE, un documento ya entonces existente, sino también la aportación de la documentación de la investigación en Chile, que en el futuro pudiera generarse. El Tribunal decidió en su Resolución Procesal No. 3 autorizar la presentación del Informe y rechazar *pro tem* la incorporación de la documentación futura - sin perjuicio de que, en el momento en que la Demandada obtuviese cualquier documentación relevante relacionada con la investigación sustanciada en Chile, formulase una nueva solicitud para aportar esos documentos. Al cierre de la instrucción la Demandada no había formulado solicitud adicional para incorporar nueva prueba.

<sup>173</sup> Ver paras. 146 y 147.

154. El Tribunal es consciente de la dificultad que comporta probar alegaciones de corrupción. La carga de probarla incumbe a quien la alega, y para ello únicamente puede valerse de los medios probatorios disponibles en un arbitraje. Cuando esta tarea se torne excesivamente gravosa, por falta de cooperación de la contraparte, de forma que *de facto* se imposibilite la prueba de la corrupción, es legítimo que el Tribunal, acogiendo petición expresa de la alegante, extraiga inferencias negativas. Nada de eso ha ocurrido en el presente caso: la Demandada se ha limitado a acusar a los inversores de prácticas corruptas, sin acompañar esta aseveración de un intento mínimo de actividad probatoria. Tampoco los tribunales penales venezolanos, con su superior capacidad de investigación, han perseguido esta causa.
155. Por tanto, valorada la prueba presentada por ambas partes, el Tribunal concluye que la Demandada no ha cumplido con la carga que le incumbía: no ha probado que la adjudicación del Contrato de gestión del Aeropuerto en beneficio del Consorcio Unique se obtuvo mediante corrupción del Gobernador del Estado de Nueva Esparta, ciudadano Alexis Navarro Rojas y de otras autoridades de su gobierno.

**D. La concesión del Contrato de acuerdo con el Derecho público**

156. Una vez rechazada la alegación de que el Contrato fue adjudicado mediante actos corruptos, queda por analizar si el Contrato fue otorgado “de conformidad con el Derecho Público” venezolano, tal como exigen los artículos 1.2.e) del APRI Suiza-Venezuela y 1.2.e) del APRI Chile-Venezuela. Para ello, el Tribunal determinará en esta sección cuál es la normativa aplicable, y decidirá después si la normativa ha sido respetada (E).

La Constitución Venezolana

157. Comenzando por la cúspide de la pirámide normativa venezolana, la primera norma relevante es el artículo 150 de la Constitución Venezolana, que reza así<sup>174</sup>:

“La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”.

158. En lo que afecta al presente procedimiento, la Constitución Venezolana prohíbe pues que un Estado de Venezuela celebre contrato alguno “de interés estatal” con “sociedades no domiciliadas en Venezuela” sin obtener “la aprobación de la Asamblea Nacional”, es decir, del Parlamento de la Nación.

---

<sup>174</sup> CD-161.

### La Constitución de Nueva Esparta

159. En Venezuela, cada uno de los Estados tiene su propia Constitución. Así ocurre también en el caso de Nueva Esparta. El problema en este caso es la existencia de varias Constituciones estatales sucesivas, que han dado soluciones diferentes a la cuestión de si el Gobernador de Nueva Esparta tenía potestad para aprobar por sí solo un contrato para la gestión de un aeropuerto o si precisaba de autorización del Consejo Legislativo del Estado de Nueva Esparta – es decir del Parlamento estatal.
160. En el inicio del proceso, tanto Venezuela como las Demandantes trataron esta cuestión a la luz del artículo 50 de la CNE 1993<sup>175</sup>. Este artículo establecía que<sup>176</sup>:

“sin la aprobación del Consejo Legislativo o de su Comisión Delegada, no podrá celebrarse ningún contrato de interés estatal, salvo los casos permitidos por Ley”.
161. Es decir, según la CNE 1993 la celebración de contratos de interés estatal por regla general exigía autorización del Parlamento estatal, salvo que una ley dispusiera lo contrario.
162. Sin embargo, en un documento anexo al Memorial de Dúplica de la Demandada<sup>177</sup> apareció una referencia a una hipotética Constitución del Estado de Nueva Esparta de 14 de mayo de 2002<sup>178</sup> (la CNE 2002), diferente a la discutida por ambas partes en sus escritos iniciales.
163. Las Demandantes plantearon la cuestión frontalmente durante la Audiencia, alegando no haber tenido noticia<sup>179</sup> de esta segunda Constitución hasta que no apareció una referencia en el Memorial de Dúplica de la Demandada<sup>180</sup>. El propio experto legal de Venezuela, Prof. Mouriño Vaquero, reconoció no haber tenido conocimiento de la CNE 2002 hasta que las Demandantes plantearon su existencia durante la Audiencia<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> CD-167.

<sup>176</sup> CD-167, Artículo 50 (texto según la enmienda del 14 de diciembre de 2000).

<sup>177</sup> R-28

<sup>178</sup> CD-203.

<sup>179</sup> TA Día 5, p. 1342:

“SEÑOR JANA: Las demandantes tomaron conocimiento de la existencia de esta Constitución con ocasión del documento R-28 presentado por la Demandada en el escrito de su dúplica de méritos”.

<sup>180</sup> En la Audiencia, este Tribunal desconocía cuál de ambas Constituciones era aplicable. Ver TA Día 3, pp. 774-775:

“PRESIDENTE FERNÁNDEZ-ARMESTO: Este es un tema de enorme transcendencia. Tenemos a dos equipos jurídicos, dos expertos. Estamos en un tema del Estado de Nueva Esparta en el cual la Constitución del Estado de Nueva Esparta es fundamental, y tenemos que saber cuál es la Constitución vigente en cada momento y si es la del año 2000 o es la anterior o si es una del 2002, si entró en vigor o no. Permítame que exprese mi sorpresa que en este momento del procedimiento por un lado surja una nueva Constitución, y ahora surja un nuevo argumento de que la hubo pero no entró en vigor. Esto tenemos que clarificarlo”.

<sup>181</sup> TA Día 3, p. 773:

“SEÑOR GIL (Abogado de las Demandantes): ¿Usted recién ahora acaba de tomar conocimiento de la existencia de esa Constitución?

164. La vigencia o no de la CNE 2002 es muy relevante para el caso, pues contiene una solución jurídica opuesta a la de la CNE 1993.

165. En efecto, el artículo 24 de la CNE 2002 se aparta de la redacción del artículo 50 de la CNE 1993, estableciendo:

“La celebración de los contratos de interés público estatal requerirá la aprobación del Consejo Legislativo Estatal, en los casos que determine la Ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público estatal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional”.

166. Es decir: en el primer párrafo del artículo 24 de la CNE 2002 estatal solo exige aprobación del Parlamento Estatal, cuando una ley así lo establezca; y en el segundo, reproduce el artículo 150 de la Constitución Venezolana (que exige autorización del Parlamento Nacional – no del Estatal – para celebrar contratos con sociedades no domiciliadas en Venezuela).

#### ¿Qué Constitución estaba en vigor?

167. Las Demandantes sostienen que la CNE 2002 estaba en vigor cuando sucedieron los hechos discutidos, pues fue debidamente promulgada el 14 de mayo de 2002 y no se anuló hasta el 23 de octubre de 2012<sup>182</sup>; en esa fecha una Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la anuló por no haber sido sometida a referéndum<sup>183</sup>. Ahora bien: esta Sentencia estableció expresamente que la nulidad de la CNE 2002 sólo operaría con efectos hacia el futuro (*ex nunc*), para no afectar la seguridad jurídica<sup>184</sup>. Por tanto, la CNE 2002 ha estado en vigor entre su publicación el 17 de mayo de 2002 y el 2 de noviembre de 2012 (fecha de publicación de la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo)<sup>185</sup>, y por lo tanto la norma constitucionalmente relevante en lo que atañe a la celebración de contratos es el artículo 24 de la CNE 2002.

168. La República Bolivariana de Venezuela ha sostenido que la CNE 2002 no llegó a entrar en vigor<sup>186</sup> y que el Contrato debería haber sido autorizado por el Consejo

---

PROF MOURIÑO VAQUERO: Sí”.

<sup>182</sup> C V, para. 52.

<sup>183</sup> CD-205.

<sup>184</sup> TA Día 5, p. 1341:

“SEÑOR JANA: Ahora, desde el punto jurídico, que es lo que debe interesar a este Tribunal, no cabe duda que la Constitución del 2002 estuvo vigente hasta el año 2012 y que sus efectos se aplicaron en ese período solamente dejando de regir hacia el futuro, como lo dijo la propia Sala Constitucional”.

<sup>185</sup> C V, para. 54; CD-205.

<sup>186</sup> TA Día 3, p. 774:

“SEÑOR PÉREZ AZNAR: Perdón, una pequeña aclaración. Esa Constitución no está en el récord porque nunca entró en vigor”.

Ver también TA Día 3, p. 775:

“SEÑOR GOSIS: [...] En el año 2002 hubo ciertos trámites legislativos que llevaron a la preparación y publicación de cierto documento que no llegó nunca a perfeccionarse en una nueva Constitución del Estado Nueva Esparta [...]”.

Legislativo del Estado Nueva Esparta, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 50 de la CNE 1993<sup>187</sup>.

169. En esta discusión, el Tribunal estima que la Sentencia de 23 de octubre de 2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela debe servir de guía. Esta decisión anula la CNE 2002, y declara la renovada vigencia de la CNE 1993. Sin embargo, la Sentencia expresamente declara, por razones de seguridad jurídica, que los efectos de la anulación solo se producirán *ex nunc*, lo que implica que la CNE 2002 estuvo en vigor entre su fecha de aprobación y la de anulación.
170. En consecuencia, el Tribunal considera que la norma relevante es el artículo 24 de la CNE 2002.

#### Ley de Concesiones de Nueva Esparta

171. Las concesiones para la explotación y conservación de servicios públicos en Nueva Esparta se rigen por la LCONe<sup>188</sup>, cuyo artículo 2 incluye la gestión de aeropuertos como obra pública estatal y por consiguiente dentro de su ámbito de aplicación. Un contrato para otorgar la gestión y administración del Aeropuerto de Isla Margarita se rige pues por esta ley.
172. El artículo 3 define qué ha de entenderse por concesión:
- “A los efectos de esta Ley se entiende por concesión de servicios públicos el modo indirecto de gestionar, mediante contrato, los servicios públicos de competencia estatal que tengan un contenido económico y sean susceptibles de explotación por los concesionarios, quienes asumen por su cuenta y riesgo, la responsabilidad de explotar el servicio a cambio de percibir de los usuarios una cantidad de dinero que se determinará mediante tarifa”:
173. El Contrato celebrado por el Estado y el Consorcio Unique encaja dentro del concepto de concesión de servicios públicos definido por este precepto.
174. El artículo 17 regula la selección del concesionario, estableciendo como regla general que deberá hacerse por licitación:
- “La selección del concesionario se hará por licitación, la que será anunciada en la Gaceta Oficial del Estado, sin perjuicio de anunciarse en medios privados de difusión del país o del extranjero, si esto se estimare conveniente”.
175. Sin embargo, el artículo 23 establece excepciones a la regla general de obligatoriedad del procedimiento licitatorio:
- “No será necesario abrir el procedimiento licitatorio en los siguientes casos:  
1.- Cuando se trate de una empresa de capital mixto en que la participación accionaria del sector público fuere igual o superior al 50%.  
[...]

---

<sup>187</sup> R I, para. 165; R II, para. 197; R III, para. 32; R IV, para. 111.

<sup>188</sup> CD-7.

4.- Cuando la adjudicación tenga por objeto continuar la ejecución de obras o la prestación de servicios cuyos contratos hayan sido resueltos por el Ejecutivo Estadal, ya sea por incumplimiento del concesionario, rescate anticipado de la concesión o quiebra del concesionario, conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

176. En consecuencia, la LCONe no exige que se elija al concesionario a través de una licitación pública, si median circunstancias excepcionales o de reconocida urgencia, o cuando se trate de continuar la prestación de servicios cuyos contratos originales – esos sí, adjudicados por licitación – hubieran sido resueltos por el Ejecutivo por incumplimiento, rescate o quiebra del concesionario.

#### La Ley de Licitaciones nacional

177. A nivel nacional, el equivalente a la LCONe es la Ley de Licitaciones<sup>189</sup>. El artículo 20 de la LCONe tiene una remisión a la norma estatal:

“Los procedimientos de Licitación selectiva y adjudicación directa previstas en la Ley de Licitaciones serán aplicables al proceso de Licitación de concesiones en cuanto sean aplicables”.

178. Es decir: la LCONe se remite a la estatal, pero únicamente en materia de “procedimientos de licitación selectiva y adjudicación directa”.

179. A su vez, el artículo 61 de la Ley de Licitaciones define los supuestos en los que se debe proceder por licitación general, y el artículo 70 los casos en los que cabe una licitación selectiva (es decir, más restringida y simplificada). Finalmente, el artículo 92 regula la adjudicación directa. Su tenor es el siguiente:

“Se podrá proceder por licitación general, licitación selectiva o adjudicación directa:

[...]

11.- Si se trata de obras o bienes regulados por contratos resueltos o rescindidos y del retardo por la apertura de un nuevo proceso licitatorio pudieren resultar perjuicios para el organismo promovente”.

180. La Ley de Licitaciones nacional llega pues a conclusiones análogas a las alcanzadas por la Ley de Concesiones estatal: por regla general, los contratos de concesión se deben otorgar por licitación, pero cabe una adjudicación directa siempre que el contrato previo, otorgado en su momento por licitación, haya sido rescindido o resuelto por incumplimiento del anterior concesionario.

---

<sup>189</sup> R-25.

## **E. Respeto al Derecho público en la concesión del Contrato**

### **a. Introducción**

181. Clarificada cuál es la normativa aplicable, es posible analizar el argumento de la Demandada de que la supuesta ilegalidad del Contrato constituye un obstáculo para la jurisdicción del Centro<sup>190</sup>.

#### Posición de la Demandada

182. Venezuela alega que el otorgamiento del Contrato violó literalmente:

- la Constitución Venezolana<sup>191</sup>
- La CNE<sup>192</sup>,
- Las normas sobre licitación contenidas en la LCONE<sup>193</sup> y en la Ley de Licitaciones.

En consecuencia, el Contrato no habría sido otorgado conforme a Derecho público como exigen los AAPRI aplicables<sup>194</sup>.

183. La Demandada ha destacado la falta de diligencia de las inversoras para verificar si la Gobernación de Nueva Esparta cumplió o no con todos los requisitos legales para su celebración. Esa falta de diligencia sería suficiente para impedir el acceso de las Demandantes a la protección de los AAPRI<sup>195</sup>. En el caso *Ross Anderson* ya se habría confirmado que todo inversor debe comprobar la legalidad de su inversión<sup>196</sup>.

#### Posición de las Demandantes

184. Las Demandantes han sostenido que el Contrato fue celebrado de conformidad con la Constitución de Venezuela<sup>197</sup> y del Estado de Nueva Esparta<sup>198</sup>, así como de la LCONE<sup>199</sup>.

185. Subsidiariamente, las Demandantes han alegado que:

- el Contrato tendría validez mientras que no fuera declarado nulo por la Justicia venezolana y que esto no se habría cuestionado desde que se dictara el Decreto 806<sup>200</sup>;

<sup>190</sup> R I, paras. 150-174.

<sup>191</sup> R I, paras. 157 y 159; R IV, paras. 69 y 70.

<sup>192</sup> R I, paras. 157-160. Para propósitos de los alegatos de la Demandada desarrollados a continuación, las referencias a la CNE son a la CNE de 1993.

<sup>193</sup> R I, paras. 157 y 161.

<sup>194</sup> R I, para. 158.

<sup>195</sup> R I, para. 170.

<sup>196</sup> *Ross Anderson*, paras. 57-58; R I, para. 171.

<sup>197</sup> C II, para. 182; C III, paras. 157-160.

<sup>198</sup> C II, para. 190.

<sup>199</sup> C II, para. 176; C III, para. 150.

- El Contrato sería una inversión protegida por los AAPRI de conformidad con el Derecho internacional y Venezuela no podría invocar supuestas ilegalidades sólo a ella atribuibles para negar la legalidad del Contrato<sup>201</sup>.
- El principio de *estoppel* o la doctrina de los actos propios impediría a la Demandada evadir la jurisdicción del Centro, alegando actos del propio Estado, como se habría confirmado en *Fraport*<sup>202</sup>.

#### **b. La validez del Contrato**

186. Los artículos 1.2.e) del APRI Suiza- Venezuela y 1.2.e) del APRI Chile-Venezuela exigen que un contrato de concesión, para poder ser considerado como inversión protegida, debe haber sido otorgado “de conformidad con el Derecho público”. Este requisito legal equivale a exigir que el contrato sea válido a los ojos del Derecho público venezolano, por reunir los requisitos exigibles y por no estar su otorgamiento afectado por vicios del consentimiento.
187. Se plantea pues la cuestión de si el Contrato otorgado entre Nueva Esparta y el Consorcio Unique es válido o nulo a la luz del Derecho administrativo venezolano.
188. El punto de partida debe ser un principio básico, que el Derecho administrativo venezolano comparte con otros sistemas jurídicos de entronque civil: los actos administrativos, y por ende los contratos administrativos, se presumen válidos en tanto no hayan sido anulados – así lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1 de julio de 1981 [“LOPA”]<sup>203</sup>. Y la anulación de un contrato administrativo tiene que ser declarada en vía judicial – no pudiendo ser declarada unilateralmente por la autoridad administrativa<sup>204</sup>. Únicamente cabe la excepción de los actos “absolutamente nulos”, entre los que están los dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido<sup>205</sup>. En estos casos los actos pueden ser revisados de oficio<sup>206</sup>.
189. Es un hecho que el Contrato nunca ha sido declarado nulo por ningún tribunal venezolano – ni que nunca se llegó a dar comienzo a un procedimiento de esta naturaleza. Así fue confirmado por el Prof. Mouriño, perito designado por la Demandada, en el curso de la Audiencia<sup>207</sup>. Y así lo ha reconocido Venezuela, al aceptar que la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de noviembre de

<sup>200</sup> C II, para. 169; CD-147.

<sup>201</sup> C II, para. 163.

<sup>202</sup> C II, para. 141-148; *Fraport*, para. 346.

<sup>203</sup> Así fue confirmado por los peritos de ambas partes, Prof. Brewer y Prof. Mouriño; TA Día 3, pp. 945-952. Ver también CD-166.

<sup>204</sup> Confirmado por el perito Prof. Mouriño, TA Día 3, p. 954.

<sup>205</sup> CD-166, Artículo 19.4.

<sup>206</sup> CD-166, Artículo 83.

<sup>207</sup> TA Día 3, p. 731:

SEÑOR MOURIÑO VAQUERO: “[...] no conozco que haya ninguna sentencia que declare la nulidad absoluta”.

2004<sup>208</sup>, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por el Presidente del Consejo Legislativo del Estado de Nueva Esparta pidiendo la declaración de nulidad del Contrato<sup>209</sup>.

190. En cuanto a la vía administrativa, la situación actual es la de confirmación de la validez del Contrato. En efecto: el último acto administrativo emanado del Gobierno de Nueva Esparta es el Decreto 806<sup>210</sup>, que declaró la validez del Contrato (revocando la Resolución de 2005<sup>211</sup> que había pretendido establecer su nulidad). Además, el Decreto 806 ordenó el rescate anticipado del Contrato, aplicando precisamente una de sus cláusulas – la 41. Solo se puede rescatar un contrato válido y que está en vigor. Declarado en vía administrativa el rescate, éste nunca se llegó a materializar, por la intervención del Tribunal Supremo venezolano, que paralizó la actuación del Gobierno de Nueva Esparta y finalmente ha encomendado la gestión del Aeropuerto al Gobierno central.
191. En resumen: a los ojos del Derecho venezolano, la situación actual del Contrato es la de un contrato administrativo válido, pero privado de objeto por un acto judicial, la decisión del Tribunal Supremo de poner el servicio público que constituía el objeto del Contrato en manos del Poder Nacional.

#### La facultad autónoma del Tribunal Arbitral para decidir

192. Ahora bien: una cuestión es la situación del Contrato a efectos del Derecho interno, y otra su consideración a efectos iusinternacionales. Es al Tribunal Arbitral a quien le corresponde determinar si una inversión reúne los requisitos para ser protegida por los AAPRI en general, y si un contrato de concesión ha sido otorgado de conformidad con el Derecho público venezolano en particular.
193. En este análisis, la situación del Contrato a la luz del Derecho interno venezolano sin duda es un indicio relevante – pero no determinante. El Tribunal Arbitral mantiene su capacidad de decisión en ambos sentidos. Y para fundamentar su decisión, es necesario que el Tribunal analice las tres causas de nulidad alegadas por Venezuela.

#### **c. Las tres causas de nulidad alegadas por Venezuela**

194. Venezuela alega que el otorgamiento del Contrato violó (i) la Constitución Venezolana, (ii) la CNE y (iii) las normas sobre licitación contenidas en la LCONe y en la Ley de Licitaciones.

##### (i) La Constitución Venezolana

195. El artículo 150 de la Constitución Venezolana exige autorización del Parlamento Nacional para que cualquiera de los Estados que conforman la República celebre

---

<sup>208</sup> R-42.

<sup>209</sup> R-38.

<sup>210</sup> CD-147.

<sup>211</sup> CD-69.

contratos “con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”.

196. Venezuela alega que el Contrato precisaba de esta autorización, y que al no obtenerse, lo viciaría de nulidad<sup>212</sup>. Las Demandantes, por su parte, alegan que tal autorización no era necesaria, pues habiendo creado e inscrito en el Registro Mercantil de Nueva Esparta sendas sucursales, que a su vez constituyeron el Consorcio Unique, la autorización no es necesaria<sup>213</sup>.
197. Constituyen hechos probados:
  - En 2002 el Gobernador de Nueva Esparta pidió autorización a la Asamblea Nacional para celebrar un Contrato de Alianza Estratégica con las Demandantes;
  - La autorización nunca se llegó ni a denegar ni a otorgar;
  - Dos años después IDC y Flughafen Zürich registraron sendas sucursales en el Registro Mercantil y, actuando a través de estas sucursales, constituyeron el Consorcio Unique, que también fue registrado en dicho Registro;
  - Al día siguiente se promulgó el Decreto 1.188, adjudicando la gestión del Aeropuerto al Consorcio Unique, y se otorgó el Contrato;
  - Finalmente, el Gobernador de Nueva Esparta desistió de su solicitud de autorización a la Asamblea Nacional, antes de que ésta hubiera decidido.
198. Así las cosas, se plantea la cuestión de si el otorgamiento del Contrato en estas circunstancias precisaba de la autorización de la Asamblea Nacional.
199. El artículo 150 de la Constitución Venezolana solo exige la autorización del Parlamento Nacional para la celebración de contratos entre los Estados que conforman la República y “entidades estatales extranjeras” o “sociedades no domiciliadas en Venezuela”.
200. ¿Qué se ha de entender por “sociedades no domiciliadas en Venezuela”?

#### El Código de Comercio

201. El Código de Comercio<sup>214</sup> contiene una expresa regulación de las sociedades extranjeras y de la creación de sucursales en Venezuela. Su artículo 354 III permite a las sociedades por acciones extranjeras crear sucursales en el país, siempre que inscriban en el Registro de Comercio<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> R V, para. 8.

<sup>213</sup> C V, para. 59.

<sup>214</sup> ABC-41.

<sup>215</sup> *Ibid.*

“el contrato social y demás documentos necesarios a la constitución de la compañía, conforme a las leyes de su nacionalidad y una copia debidamente legalizada de los artículos referentes a esas leyes”.

202. El siguiente artículo exige que las sociedades extranjeras con sucursal tengan en Venezuela un representante investido de plenas facultades.

203. A cambio del cumplimiento de esos requisitos, el Código de Comercio les otorga el privilegio de conservar su nacionalidad de origen, pero ser consideradas sociedades “domiciliadas en Venezuela”<sup>216</sup>:

“Las sociedades que constituidas también en el extranjero sólo tuvieran en la República sucursales, o explotaciones que no constituyan su objeto principal conservan su nacionalidad pero se les considerará domiciliadas en Venezuela”.

204. El artículo 354 Código de Comercio establece pues que una sociedad extranjera, por el hecho de inscribir una sucursal en el Registro de Comercio, mantiene la nacionalidad extranjera pero adquiere domicilio en Venezuela. El precepto distingue con claridad entre

- “sociedades extranjeras” – las constituidas fuera de Venezuela,
- “sociedades nacionales” – las constituidas de acuerdo con el Derecho venezolano y que tienen la nacionalidad venezolana,
- “sociedades domiciliadas en Venezuela” – las sociedades nacionales y además las sociedades constituidas fuera de Venezuela, pero que hayan cumplido con los requisitos exigidos para inscribir una sucursal en Venezuela.

205. Esta clara distinción terminológica tiene su reflejo en la redacción del artículo 150 de la Constitución Venezolana. Este precepto exige autorización parlamentaria para la celebración de contratos estatales con “entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”. Nótese que la norma se refiere a “entidades estatales extranjeras” y a “sociedades no domiciliadas” – no a “sociedades extranjeras”. La precisión terminológica no puede ser casual:

- En el caso de “entidades estatales extranjeras”, la autorización es preceptiva, aun cuando la entidad estatal extranjera tuviera sucursal en Venezuela;
- En el caso de “sociedades no domiciliadas”, la creación de una sucursal y la subsiguiente domiciliación excluyen la necesidad de intervención parlamentaria.

206. Existen razones de política legislativa que pueden justificar este tratamiento diferenciado: la contratación con una entidad estatal extranjera puede afectar a cuestiones de soberanía; mientras que la contratación con una sociedad extranjera, que se haya sometido a los requisitos de inscripción y transparencia exigidos por el Registro Mercantil venezolano, y disponga de un representante en territorio de la

---

<sup>216</sup> *Ibid.*

República, puede ser equiparada a la contratación con una sociedad venezolana – que no requiere autorización parlamentaria.

¿Fraude de ley?

207. Queda por analizar si la actuación del Gobernador de Nueva Esparta obedeció – como dice la Demandada – “a la voluntad de circunvalar los requisitos de control legislativo”<sup>217</sup>.
208. El Tribunal no lo ve así.
209. No nos encontramos ante un supuesto de fraude de ley – de un caso en que se evita irregularmente la aplicación de una norma, amparándose formalmente en otra. Lo que ocurre es que el Derecho venezolano ofrece una alternativa: toda sociedad extranjera que desee contratar con un Estado venezolano puede legítimamente optar
- entre contratar directamente, en cuyo caso la sociedad extranjera sin ningún arraigo en Venezuela precisará de la autorización de la Asamblea Nacional;
  - o alternatively constituir una sucursal en Venezuela, sometiéndose a los requisitos de registro y transparencia del ordenamiento venezolano, y designando un apoderado con poderes generales que resida en el país, en cuyo caso la sociedad extranjera queda equiparada a una sociedad nacional y decae la necesidad de autorización parlamentaria.
210. Confrontados con esta opción, las Demandantes y el Estado de Nueva Esparta legítimamente se decantaron por la segunda alternativa.

(ii) La CNE

211. La Demandada arguye en segundo lugar que el Contrato violaría el Derecho público venezolano por incumplir los requisitos exigidos por la CNE, y en concreto por el artículo 50 CNE 1993, que exigía aprobación del Consejo Legislativo para la celebración de contratos administrativos por el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley<sup>218</sup>.
212. El argumento no puede prosperar, porque en el año 2004, cuando se otorgó el Contrato para la gestión del Aeropuerto, la CNE 1993 no estaba en vigor – había sido sustituida por la CNE 2002, que siguió siendo aplicable hasta que en el año 2012 fue anulada con efectos *ex nunc* por una Sentencia del Tribunal Supremo<sup>219</sup>.
213. El artículo relevante es el 24 CNE 2002, que ordena:

“La celebración de los contratos de interés público estatal requerirá la aprobación del Consejo Legislativo Estatal, en los casos que determine la Ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público estatal con Estados o

---

<sup>217</sup> R V, para. 9.

<sup>218</sup> R V, para. 19.

<sup>219</sup> Ver paras. 167-170 *supra*.

entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional”.

214. Este precepto solo requiere la aprobación del Parlamento estatal para el otorgamiento de un contrato “en los casos que determine la ley” – y Venezuela no ha hecho referencia a ninguna ley que exija dicho requisito para contratos de concesión de aeropuertos. En su segunda frase, el artículo 24 no hace otra cosa que reproducir el tenor literal del artículo 150 de la Constitución Venezolana – precepto que ya se ha analizado en la sección precedente.

(iii) Normativa sobre licitación

215. En tercer lugar, la Demandada alega que el único procedimiento válido para la concesión de servicios públicos compatible con la legislación estatal es la licitación pública, y que en este caso no se siguió este procedimiento y en consecuencia el Contrato sería absolutamente nulo<sup>220</sup>.

216. Las Demandantes rechazaron que el Contrato debiera adjudicarse por licitación. Para ellas, la LCONE excluía el procedimiento licitatorio

“cuando la adjudicación tenga por objeto continuar la ejecución de obras o la prestación de servicios cuyos contratos hayan sido resueltos por el Ejecutivo Estatal...”.

Según las Demandantes, la Gobernación de Nueva Esparta adjudicó directamente el Contrato al Consorcio amparándose en este precepto<sup>221</sup>.

217. La Demandada alega a este respecto que no podría considerarse nunca que el Contrato fuera una continuación del servicio, puesto que las actividades habrían sido desarrolladas por el Estado de Nueva Esparta durante los dos años y medio anteriores<sup>222</sup> y que, además, la Ley de Concesiones no sería aplicable frente a la Ley de 1991 de asunción por Nueva Esparta de servicios aeroportuarios<sup>223</sup>.

Hechos probados

218. Constituyen hechos probados:

- En 1993 el Gobierno de Nueva Esparta encomendó la gestión del Aeropuerto al Consorcio CVA;
- En octubre de 2001 la Gobernación de Nueva Esparta rescindió el contrato y reasumió la gestión directa del Aeropuerto;
- A continuación la Gobernación de Nueva Esparta inició negociaciones con tres posibles candidatos, entre los que estaba el Consorcio Unique;

<sup>220</sup> R V, para. 31.

<sup>221</sup> C V, para. 60.

<sup>222</sup> R II, para. 187.

<sup>223</sup> R II, para. 188.

- En febrero de 2004 se aprueba el Decreto 1.188 de la Gobernación de Nueva Esparta por el que adjudicaba la prestación del servicio público de gestión del Aeropuerto al Consorcio Unique.

El Decreto 1.188

219. El Decreto 1.188<sup>224</sup> fue dictado por el Gobernador de Nueva Esparta en ejecución de las atribuciones otorgadas en las disposiciones legales vigentes. En sus considerandos,

- describe la historia del Aeropuerto, que en ese momento estaba siendo gestionado directamente por el Estado,
- señala que se da una situación de emergencia por desbordamiento de aguas pluviales y falta de personal, que pone en peligro a los usuarios y crea inestabilidad en la prestación del servicio,
- declara que no es necesario abrir procedimiento licitatorio alguno, porque el contrato de concesión original fue resuelto por el Ejecutivo en virtud del incumplimiento del concesionario,
- reconoce que el Estado carece de medios económicos urgentes para la puesta en marcha del Aeropuerto, y que éste requiere de cuantiosas inversiones,
- afirma que el Estado ha analizado y comparado distintas propuestas de empresas nacionales y extranjeras para la gestión del Aeropuerto,
- reconoce que el Consorcio Unique está formado por empresas con larga y demostrada experiencia en la gestión de aeropuertos, lo que garantiza la óptima gestión del Aeropuerto de Isla Margarita,
- declara que el Contrato no requiere de aprobación por parte de la Asamblea Nacional, por celebrarse con sociedades mercantiles domiciliadas en Venezuela.

220. El texto del Decreto 1.188 es importante, porque en él, el Gobernador de Nueva Esparta

- afirma que tiene atribuciones para otorgarlo,
- justifica que no es necesario abrir un procedimiento licitatorio nuevo, porque el contrato de concesión original había sido resuelto,
- explica que la licitación ha sido sustituida por un análisis y comparación de distintas propuestas obtenidas de diversos oferentes;
- finalmente afirma que existe una situación de emergencia en el Aeropuerto y que la Gobernación carece de medios para abordar las deficiencias.

---

<sup>224</sup> CD-16.

221. La decisión del Gobernador *prima facie* es compatible con la normativa del Estado de Nueva Esparta. La concesión de la gestión aeroportuaria se halla regulada por la LCONE<sup>225</sup>, que en su artículo 2 engloba dentro de su ámbito de aplicación los “aeropuertos” y que en su artículo 23 exime de la obligación general de elegir al concesionario mediante una licitación aquellos supuestos en los que medien “circunstancias excepcionales” o “de reconocida urgencia” o “cuando la adjudicación tenga por objeto continuar la ... prestación de servicios cuyos contratos hayan sido resueltos por el Ejecutivo Estatal”. El Decreto 1.188 invoca las tres causas mencionadas en el artículo 23 de la LCONE como justificante para no convocar una licitación formal, sino para adjudicar el contrato tras obtener y comparar ofertas de varias empresas nacionales y extranjeras.

Contra-argumentos de la Demandada

222. Venezuela argumenta ahora que el Gobernador de Nueva Esparta se excedió en sus poderes; para ello alega<sup>226</sup>
- que la Ley aplicable sería la Ley por la cual el Estado de Nueva Esparta asume la administración y el mantenimiento de los puertos aeropuertos públicos de uso comercial ubicados en su territorio, de 31 de julio de 1991 [**Ley de Asunción de Competencias**], y no la LCONE de 1997,
  - que no es cierto que existieran circunstancias excepcionales o de reconocida urgencia, que justificaran prescindir de la licitación, y
  - que entre la resolución al anterior concesionario y el otorgamiento del Decreto 1.188 habían transcurrido más de dos años.
223. El primer argumento no puede prevalecer, porque la LCONE es posterior a la Ley de Asunción de Competencias, y expresamente incluye dentro de su ámbito la regulación de los contratos por los que se conceda la gestión de aeropuertos. *Lex posterior derogat anteriorem*.
224. En cuanto a los dos argumentos adicionales, es indiscutido
- que el Gobernador era la autoridad competente para adjudicar un contrato de concesión de servicios aeroportuarios y
  - que el artículo 23 de la LCONE le autoriza a prescindir del procedimiento de licitación, si se dan circunstancias excepcionales o de reconocida urgencia, o si se trata de continuar la prestación de servicios cuyos contratos hayan sido resueltos – sin establecer un límite temporal.

La autoridad que tiene que adoptar el juicio de valor de si esas circunstancias se dan es el propio Gobernador de Nueva Esparta. Y en el caso del Decreto 1.188, el Gobernador de Nueva Esparta razonadamente explicó en los considerandos de la

<sup>225</sup> CD-7; ver paras. 171 y ss *supra*.

<sup>226</sup> R V, paras. 31 y ss.

decisión por qué entendía que se reunían las exigencias legales para excluir la licitación y sustituirla por una negociación directa con ciertas empresas nacionales y extranjeras.

225. Un inversor extranjero, confrontado con el Decreto 1.188, podía legítimamente asumir su validez: había sido dictado por autoridad competente, y razonadamente justificaba el procedimiento administrativo seguido.
226. El estándar de diligencia que se le puede exigir a un inversor extranjero no puede ser superior al que la Ley venezolana exige para la revisión de oficio de los actos administrativos. La LOPA solo permite la revisión de un contrato por la propia administración si es “absolutamente nulo” al haber sido otorgado
  - por autoridad manifiestamente incompetente o
  - con prescindencia “total y absoluta” del procedimiento legalmente establecido<sup>227</sup>.
227. En el presente caso, no hay lugar para declarar una nulidad absoluta: el Contrato ha sido adjudicado por el Gobernador de Nueva Esparta, que aparentemente es la autoridad competente, y el propio Gobernador de Nueva Esparta declara que ha seguido el procedimiento administrativo previsto en la LCONE.
228. Existe un argumento final: el Decreto 1.188 continúa en vigor, y no ha sido anulado, ni por la propia administración pública, ni por la Justicia venezolana:
  - La Resolución dictada en 2005 por el nuevo Gobernador de Nueva Esparta, que pretendía anular el Decreto 1.188, fue paralizada por la Justicia venezolana y finalmente revocada por el propio Gobernador en su Decreto 806;
  - El recurso de nulidad interpuesto en 2004 por el Presidente del Consejo Legislativo ante el Tribunal Supremo de Justicia<sup>228</sup> fue rechazada por la Sala Político Administrativa de este Tribunal el 10 de noviembre de ese año<sup>229</sup>.
229. En resumen: no queda probado que el Decreto 1.188, por el que el Gobernador de Nueva Esparta adjudicó el Contrato al Consorcio Unique, fuera dictado en violación de la normativa administrativa venezolana.

#### **d. Conclusión**

230. La cuestión a dilucidar es si el Contrato a favor del Consorcio Unique, que constituye la inversión que las Demandantes alegan no ha recibido el trato garantizado por los AAPRI, fue otorgado “de conformidad con el Derecho público” venezolano. De no ser así, la inversión no cumpliría con los requisitos exigidos por los Tratados, con la

---

<sup>227</sup> CD-166, Artículos 19.4 y 83.

<sup>228</sup> R-38.

<sup>229</sup> R-42.

consecuencia de que el Centro carecería de jurisdicción y el Tribunal de competencia.

231. La Demandada no logra prevalecer en su propósito de probar que el Gobernador de Nueva Esparta, cuando adjudicó y otorgó el Contrato, no actuó “de conformidad con el Derecho público”: no queda acreditado que el Gobernador adjudicara el Contrato en contravención ni de la Constitución Venezolana, ni la CNE que era aplicable en el momento de los hechos, ni las normas administrativas vigentes en Nueva Esparta. Además, el argumento de que el Contrato no se otorgó “de conformidad con el Derecho público” es incompatible con la presunción de validez de los actos administrativos y con el hecho de que ni el Decreto 1.188 ni el Contrato han sido anulados – tanto en vía administrativa como judicial.
232. Siendo esto así, no es preciso analizar los argumentos subsidiarios planteados por las Demandantes.

### 3. EXISTENCIA DE INVERSIÓN Y RIESGO

#### 3.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

233. La Demandada añade un segundo argumento, para justificar su objeción jurisdiccional: las Demandantes no serían titulares de una inversión, porque faltaría aportación económica y asunción de riesgo.
234. Para Venezuela, el elemento clave de la contribución económica es que sea “significativa”<sup>230</sup>. Y Venezuela entiende que Flughafen Zürich e IDC no han realizado una contribución significativa, ya que:
- No se ha realizado ninguna aportación, al menos antes del surgimiento de la controversia, y no se podría computar como inversión ninguna otra realizada después<sup>231</sup>.
  - Los gastos que las Demandantes cuentan como inversión son “meras liquidaciones de sumas a cobrar” realizadas, además, con las sumas generadas por la propia operación del Aeropuerto<sup>232</sup>.
  - Tampoco el *know how* que las Demandantes incluyen como parte de su aportación constituye inversión, pues todos los recursos aportados en especie fueron íntegramente costeados por las utilidades generadas por la operación del Aeropuerto<sup>233</sup>.
  - Además, en su Memorial de Réplica a las Objeciones, la Demandada aportó un informe de los expertos Ricover y Winograd<sup>234</sup> para acreditar que todas las inversiones realizadas en el Aeropuerto se habían sufragado con las mismas utilidades generadas.
235. En opinión de Venezuela, las Demandantes tampoco asumieron ningún “riesgo de inversión”, y de haber existido algún riesgo para las Demandantes éste sería sólo el propio de sus actividades comerciales – que no sería suficiente, de acuerdo con las conclusiones en *Romak S.A.*<sup>235</sup>. Además, el Contrato blindaba al Consorcio contra cualquier riesgo<sup>236</sup>.
236. Las Demandantes alegan que en un contrato de concesión la inversión consiste en la prestación de un servicio público, sin que sea necesaria la realización de un pago inicial. El Consorcio se encargó de la operación del Aeropuerto entre 2004 y 2005, y

---

<sup>230</sup> R II, para. 164: “la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal dependen de que se compruebe que las Demandantes han realizado un aporte significativo”.

<sup>231</sup> R II, para. 165.

<sup>232</sup> R II, para. 166 ynp. 178.

<sup>233</sup> R II, para. 167.

<sup>234</sup> Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 28 de junio de 2012 [“**R/W I**”].

<sup>235</sup> R V, para. 78.

<sup>236</sup> R V, para. 80.

además desarrolló el Plan Maestro, con un valor económico de USD 652.000, facturado pero no recuperado por el Consorcio<sup>237</sup>.

237. La inversión de las Demandantes también supuso un significativo riesgo *ex ante*: la infraestructura era precaria, requería importantes obras de mejoramiento y la posibilidad de no generar las utilidades esperadas era inherente a un proyecto a largo plazo. El Consorcio asumía el 100% del riesgo si el Aeropuerto incurría en pérdidas<sup>238</sup>.

### 3.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

238. Para resolver esta objeción jurisdiccional, es preciso en primer lugar resumir los hechos probados que guardan relación:

- En 2004 las Demandantes firmaron con el Gobierno de Nueva Esparta el Contrato por el que el Consorcio se comprometía a asumir la gestión del Aeropuerto; este Contrato, en el que se materializó la inversión realizada por las Demandantes no preveía ningún pago a cargo del concesionario y en beneficio del Estado;
- Otorgado el Contrato, el Consorcio efectivamente asumió la gestión del Aeropuerto, y la mantuvo a lo largo de los años 2004 y 2005 – hasta que a finales de este año fue privada de ella a raíz de una decisión del nuevo Gobernador del Estado;
- Durante este periodo, el Consorcio no solo explotó el Aeropuerto, sino que también elaboró un nuevo Plan Maestro, cuyo coste en factura de USD 652.000 se halla pendiente de pago, y – con los fondos provenientes de la explotación – realizó inversiones por importe de USD 3,9 millones<sup>239</sup>; durante el mismo periodo de tiempo, el Consorcio recibió dividendos por un importe de aproximadamente USD 600.000<sup>240</sup>.

239. Definidos los hechos, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Reúne el Contrato celebrado con el Estado de Nueva Esparta para la gestión del Aeropuerto los requisitos necesarios para ser considerado una inversión a efectos de los AAPRI y del Convenio del CIADI?

240. Ambas partes aceptan que un contrato administrativo, por el que una entidad territorial de la República otorga a un empresario la concesión para gestionar un servicio público como un aeropuerto, está expresamente incluido entre los tipos de inversión protegidos por ambos AAPRI: en efecto,

---

<sup>237</sup> C V, para. 33.

<sup>238</sup> C V, para. 45.

<sup>239</sup> Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA 21 de octubre 2011 [“**Navigant I**”], para. 67.

<sup>240</sup> **Navigant I**, para. 88.

- El artículo 1.2.e) del APRI Suiza-Venezuela incluye dentro del término inversiones “las concesiones y otros derechos otorgados de conformidad con el Derecho público” y
- El artículo 1.2.e) del APRI Chile-Venezuela hace lo propio para “los derechos obtenidos conforme al Derecho público”, mencionando a continuación varios tipos de concesiones.

241. Las dudas se plantean en relación al encaje del Contrato dentro del concepto de inversión exigido por el Convenio del CIADI.

242. Ambas partes aceptan que una inversión, aparte de cumplir con la definición de inversión de los AAPRI, también debe cumplir con las exigencias del artículo 25 del Convenio del CIADI:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

243. Donde las partes difieren es la determinación de si el Contrato de gestión del Aeropuerto encaja dentro del concepto de inversión del artículo 25 del Convenio del CIADI.

#### El test de *Salini*

244. El problema de si un contrato está incluido en el ámbito de inversión del artículo 25 del Convenio del CIADI y puede ser considerado como una inversión protegida, es una cuestión clásica del arbitraje de inversión. Se planteó por primera vez en *Salini*, un caso en el que la pretendida inversión consistía en la construcción de una autopista en Marruecos. El tribunal en ese caso llegó a la conclusión que el contrato de construcción encajaba dentro del concepto de inversión del APRI correspondiente y del artículo 25 del Convenio del CIADI, al reunir los siguientes requisitos:

- Existió una contribución por el inversor, en dinero, en especie y en industria<sup>241</sup>;
- Que se desarrolló durante un cierto espacio de tiempo, siendo el mínimo entre dos y cinco años<sup>242</sup>;
- Asumiendo el inversor ciertos riesgos, que fluyen de la naturaleza del contrato<sup>243</sup>;
- El tribunal finalmente también tomó en consideración que el contrato había contribuido al desarrollo económico de Marruecos<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> *Salini*, para. 53.

<sup>242</sup> *Salini*, para. 54.

<sup>243</sup> *Salini*, para. 55.

245. Ambas partes coinciden que el test desarrollado en *Salini* se ha convertido en la fórmula comúnmente aplicada para discernir si un determinado contrato puede ser considerado como inversión y gozar de la protección del sistema CIADI<sup>245</sup>. En lo que las partes discrepan es si *hic et nunc* se cumplen dos de los criterios desarrollados en *Salini*: la existencia de una contribución y la asunción de un riesgo por el inversor extranjero.
246. Venezuela niega que las Demandantes sean titulares de una inversión digna de protección, porque en su opinión no se cumplirían dos de los requisitos establecidos en el test de *Salini*:
- no habría contribución, porque los inversores no habrían aportado fondos de procedencia exterior;
  - y no habría riesgo de inversión, sino exclusivamente riesgo comercial.
247. El argumento de Venezuela no puede prosperar porque las Demandantes, al gestionar el Aeropuerto en cumplimiento del Contrato, (i) hicieron contribuciones significativas y (ii) asumieron un riesgo empresarial, típico de inversiones.
- (i) Contribuciones
248. Constituyen hechos probados que los dos inversores extranjeros
- crearon sendas sucursales en Venezuela y designaron a un representante local con plenos poderes,
  - diseñaron un Plan Maestro para el desarrollo del Aeropuerto,
  - asumieron la gestión de una empresa de servicio público en funcionamiento, con sus activos y pasivos, sus relaciones contractuales y su personal y la dirigieron durante casi dos años,
  - como fruto de su actividad generaron utilidades y con los fondos generados ordenaron inversiones por importe de USD 3,9 millones<sup>246</sup>.
249. Los hechos probados muestran que el inversor realizó una contribución
- en industria – su propia experiencia y *know how*<sup>247</sup>,
  - en especie – el diseño del Plan Maestro<sup>248</sup>, del Plan de Mercadeo<sup>249</sup>, del Manual de Operaciones<sup>250</sup>, del Programa de Recursos Humanos y

---

<sup>244</sup> *Salini*, para. 57; este último criterio ha dado lugar a una mayor discusión; el tribunal en *Salini* lo añadió con cierta cautela (“*one may add*” – para. 52)

<sup>245</sup> C V, 23; R I, 133.

<sup>246</sup> Informe Navigant I, Tabla 3, p. 32; NAV-18.

<sup>247</sup> CD-17-Considerando No. 2.

<sup>248</sup> CD-33.

<sup>249</sup> CD-36.

<sup>250</sup> CD-41.

Entrenamiento de Personal<sup>251</sup>, del Régimen de Arrendamiento y Tarifas<sup>252</sup>, del Reglamento de Servicio<sup>253</sup> y del Plan de Emergencia y Evacuación<sup>254</sup>.

- y en dinero<sup>255</sup> – los fondos invertidos que, tras la finalización de la concesión, beneficiarán al Estado.

#### Procedencia de los fondos

250. La Demandada ha enfatizado la necesidad de que el aporte dinerario proceda de fuentes financieras del propio inversor; en el presente caso, este requisito no se cumple, pues los fondos proceden de las utilidades generadas por el funcionamiento del Aeropuerto. Y en base a este argumento, Venezuela pretende desconocer el carácter de inversión protegida.
251. El Tribunal no coincide con la posición de la Demandada.
252. Es cierto que en muchas inversiones ocurrirá que los fondos invertidos procedan de fuentes del propio inversor. Pero no necesariamente.
253. En el propio caso *Salini* – y en otros casos en los que la inversión consiste en un proyecto de construcción, como *Bayindir*<sup>256</sup> - los fondos no provienen del inversor exterior, sino de los pagos debidos por el Estado en virtud del contrato de construcción.
254. Lo importante no es la fuente, sino que el inversor haya realizado una contribución – y en el presente caso, está demostrado que hizo aportaciones de industria y en especie y que destinó sus propias utilidades a financiar inversiones en el Aeropuerto, inversiones que redundaron en beneficio del Estado al cancelarse el Contrato.

#### (ii) Riesgo

255. La otra cara de la contribución es el riesgo asumido.
256. El Tribunal en *Romak S.A.* ha diferenciado con acierto entre riesgo contractual y de inversión. Los contratos conllevan un riesgo de incumplimiento por la contraparte, mientras que las inversiones generan un *alea* de otro tipo: el inversor desconoce *ab initio* si su inversión va a arrojar beneficios y en qué cuantía<sup>257</sup>.
257. En el presente caso, el riesgo incurrido por los inversores cumple con este requisito: la cláusula 28 del Contrato prevé que los ingresos netos – tras deducir costos, canon de administración y tributos - se dividirían al 50% entre el Estado y el Consorcio.

---

<sup>251</sup> CD-39.

<sup>252</sup> CD-42.

<sup>253</sup> CD-40.

<sup>254</sup> CD-38.

<sup>255</sup> Navigant I, para. 67.

<sup>256</sup> *Bayindir*, para. 130: se trata de la construcción de una autopista en Pakistán; el tribunal aplica el test *Salini* y llega a la conclusión de que nos encontramos ante una inversión protegida.

<sup>257</sup> *Romak S.A.*, paras. 229 y 230.

Durante los dos años de su gestión, la actividad del Aeropuerto parece que fue exitosa, y los inversores lograron cobrar dividendos por USD 600.000. Pero esa remuneración no estaba garantizada: dependía del desarrollo del negocio. Si hubiera habido menos ingresos, la remuneración habría sido más baja, pudiendo llegar a ser nula. Y si el Aeropuerto entraba en pérdidas – como bien podía ocurrir – el riesgo correspondía al Consorcio. Los riesgos asumidos por los inversores fueron pues los típicos de una inversión.

258. En resumen: el Tribunal rechaza esta objeción jurisdiccional, por reunir la inversión realizada por los inversores y materializada en el Contrato los requisitos exigidos por los respectivos AAPRI y también por el artículo 25 del Convenio del CIADI.

#### **4. EL CARÁCTER DE INSTRUMENTALIDAD PÚBLICA DE FLUGHAFEN ZÜRICH**

##### **4.1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

259. La cuarta objeción que formula Venezuela tiene naturaleza *ratione personae* y se refiere a la naturaleza jurídica de la Demandante de nacionalidad suiza, Flughafen Zürich. Venezuela ha objetado a la calidad de “nacional de otro Estado Contratante” de Flughafen Zürich, a efectos del artículo 25(1) del Convenio CIADI, por su supuesta calidad de “organismo público” del Estado suizo, en primer lugar por contar entre sus accionistas subdivisiones de ese Estado<sup>258</sup> y adicionalmente por ejercer actividades estrictamente gubernamentales, como el control del espacio aéreo de Suiza<sup>259</sup>.
260. Como instrumentalidad pública, Flughafen Zürich sólo puede ser considerado inversor protegido, si el Estado suizo la hubiera autorizado para ello. Sin embargo, el Estado suizo no lo ha hecho, por lo que en opinión de la Demandada este Tribunal carecería de competencia, pues el Convenio del CIADI excluye disputas entre Estados contratantes y cualquier subdivisión política u organismo de otro Estado contratante<sup>260</sup>. Flughafen Zürich tampoco ha sido autorizada por Suiza para que pueda dar su consentimiento a un arbitraje CIADI, al amparo del artículo 25(3) del Convenio del CIADI<sup>261</sup>.
261. Las Demandantes niegan que Flughafen Zürich sea una entidad estatal y que cumpla una función pública<sup>262</sup>. Para las Demandantes, los requisitos de autorización y acreditación a los que Venezuela se refiere -contenidos en el artículo 25 del Convenio del CIADI- no son aplicables a los inversores, sino a subdivisiones políticas u organismos públicos del Estado receptor de la inversión, que es parte de la disputa<sup>263</sup>.

##### **4.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL**

262. Para dar contestación a esta objeción jurisdiccional, el Tribunal resumirá en primer lugar los hechos probados (A), para después establecer cuál es el Derecho aplicable (B) y aplicar la normativa a los hechos (C).

###### **A. Hechos probados**

263. Flughafen Zürich es una sociedad anónima de economía mixta (“gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft”) de Derecho suizo, cuyo objeto social es la construcción y explotación de infraestructuras de transporte en general, y la gestión del Aeropuerto Intercontinental de Zürich en particular<sup>264</sup>. Cotiza en la bolsa

---

<sup>258</sup> R I, para. 115.

<sup>259</sup> R I, paras. 111-115.

<sup>260</sup> R I, para. 105; R II, para. 152.

<sup>261</sup> R I, para. 116-120.

<sup>262</sup> C II, para. 69; C III, para. 30 y 31; C V, para. 13.

<sup>263</sup> C III, para. 42; TA Día 1, p. 140.

<sup>264</sup> CD-01.2, Artículos 1 y 2.

de valores suiza (SIX Swiss Exchange) y entre sus accionistas se encuentran el Cantón de Zúrich (que ostenta 1/3 más una acción del capital) y la ciudad de Zúrich (5%). El Cantón de Zúrich tiene el derecho a designar una minoría de los miembros del Directorio<sup>265</sup>.

264. Las actividades de Flughafen Zürich tienen carácter comercial. Gestiona el aeropuerto de Zúrich – en virtud de un contrato de concesión con duración hasta el año 2051 - y otros aeropuertos en diversos países del mundo, incluyendo el de Curazao y Bogotá.
265. Los estatutos de la compañía regulan la figura del “Flughafenleiter”, es decir del director del aeropuerto de Zúrich. Su designación se hace por el Directorio de Flughafen Zürich, con aprobación del organismo de supervisión, y sus funciones se rigen por la normativa suiza<sup>266</sup>.
266. Una cosa es la operación del aeropuerto de Zúrich, y otra diferente es el control del espacio aéreo civil y militar de la Confederación Helvética.
267. La Ley suiza permite que el control de su espacio aéreo suizo se realice por una empresa privada, siempre que la Confederación tenga una participación mayoritaria en ella<sup>267</sup>. La sociedad que cumple con esta función es “Skyguide, Swiss Civil and Military Air Navigation Ltd.”, que es propiedad al 100% de la Confederación Suiza<sup>268</sup>. Esta sociedad ejerce el control del espacio aéreo de Suiza tanto para vuelos civiles como militares<sup>269</sup>.

## **B. Normativa aplicable**

268. La Demandada invoca los artículos 25(1) y 25(3) del Convenio del CIADI.

### Artículo 25(1)

269. El artículo 25(1) reza así:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

270. El artículo 25(1) abre la jurisdicción *ratione personae* del Centro (y la competencia de este Tribunal) a diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un inversor, nacional de un Estado Contratante, y otro Estado

---

<sup>265</sup> CD-190.

<sup>266</sup> CD-01.2, artículos 19.3.8 y 20.

<sup>267</sup> CD-189, artículo 40 a.2.c).

<sup>268</sup> CD-188.

<sup>269</sup> *Ibid.*

Contratante (o una subdivisión política u organismo público de ese Estado, siempre que esté acreditado ante el Centro). El precepto prevé pues como situación normal la de un inversor reclamante y la de un Estado (o una subdivisión u organismo público de ese Estado) como reclamado, en la que el inversor es un nacional, persona física o jurídica, de un Estado Contratante.

271. ¿*Quid* si el inversor reclamante no fuera un nacional de un Estado Contratante, sino el propio Estado Contratante, que habiendo invertido en el extranjero, tuviera una diferencia con otro Estado Contratante receptor de la inversión?
272. Es indiscutido – y así ha sido reconocido por ambas partes – que en situaciones como la descrita el Centro carecería de jurisdicción; disputas que pudieran surgir directamente entre dos Estados deben ser resueltas en otros foros, pero no tienen cabida en el sistema del CIADI<sup>270</sup>.
273. Las dudas se circunscriben a situaciones en las que el inversor reclamante no es el propio Estado, sino una sociedad propiedad de ese Estado, o controlada por él. ¿Debe considerarse a esta sociedad pública como un “nacional” del Estado Contratante, o debe levantarse el velo, y considerarla como encarnación del propio Estado?
274. Para dar contestación a esta duda, ambas partes han invocado como criterio de autoridad la opinión manifestada por Broches en 1972<sup>271</sup>:

*“[I]n today’s world, the classical distinction between private and public investment, based on the source of the capital, is no longer meaningful, if not outdated. There are many companies which combine capital from private and governmental sources and corporations all of whose shares are owned by the government, but who are practically indistinguishable from the completely privately owned enterprise both in their legal characteristics and in their activities. It would seem, therefore, that for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as “a national of another Contracting State” unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function.”*

275. De acuerdo con la opinión de Broches, que el Tribunal también hace suya, una sociedad estatal o de economía mixta perteneciente a un Estado Contratante, que haya invertido en otro Estado Contratante, está legitimada para invocar la jurisdicción del Centro, siempre que no actúe como agente del gobierno o ejerza una función esencialmente gubernamental.

### Artículo 25(3)

276. La Demandada también ha invocado el artículo 25(3) del Convenio del CIADI. Su texto es el siguiente:

<sup>270</sup> C II, para. 53; R I, para. 105. Ver también Schreuer: “The ICSID Convention: A Commentary”, Cambridge University Press (2da edición, 2009), p. 161.

<sup>271</sup> C II, para. 54; R I, para. 105; Broches: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, 136 *Receuil des Cours de L’académie de Droit International* 337 (1972-II), pp. 354-355.

“El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”

277. Este precepto completa la regulación de los arbitrajes CIADI en los que el inversor reclama contra una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante.
278. De acuerdo con el artículo 25(1) – analizado *supra* - un inversor que desee reclamar contra una subdivisión política u organismo público del Estado Contratante receptor de la inversión (y no directamente contra el Estado), solo podrá hacerlo si la subdivisión u organismo está “acreditada ante el Centro”. El artículo 25(3) añade un segundo requisito: no basta que la subdivisión u organismo esté “acreditado ante el Centro”; adicionalmente se exige que la subdivisión u organismo haya prestado su consentimiento a la jurisdicción de CIADI, con aprobación específica del Estado (o notificación de que tal aprobación no es necesaria).

### **C. Aplicación al presente caso**

279. Venezuela argumenta que Flughafen Zürich no encaja en el concepto de “nacional de otro Estado Contratante”, a efectos del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, y que en consecuencia el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia para dirimir la diferencia.
280. Flughafen Zürich es una sociedad anónima suiza, que goza de nacionalidad suiza y que *prima facie* debe ser considerada como un “nacional” de Suiza, que a su vez es un Estado Contratante del Convenio del CIADI.
281. Las dudas podrían surgir porque Flughafen Zürich, aunque cotiza en bolsa, es considerada como una sociedad de economía mixta, en la que subdivisiones de la Confederación Helvética tienen una participación. Aplicando el criterio desarrollado por Broches, y aceptado por las partes y por el Tribunal, la duda puede ser reducida a una cuestión bastante simple: ¿actúa Flughafen Zürich como un agente del Estado helvético o ejerce una función esencialmente gubernamental?
282. Si la contestación a esta duda fuera en sentido negativo, existiría jurisdicción *ratione personae*, porque la personalidad de la sociedad no se solaparía con la del Estado helvético. Y viceversa.
283. El Tribunal resuelve la cuestión en sentido negativo: en su opinión no existe duda de que Flughafen Zürich ni es agente público ni ejerce funciones gubernamentales.
284. No es agente público, porque no actúa por cuenta y en beneficio del Estado suizo; los accionistas de Flughafen Zürich son mayoritariamente privados (el Cantón y la ciudad de Zürich ostentan menos del 40% del capital, y tienen una posición minoritaria en el Directorio de la sociedad), la sociedad cotiza en la bolsa suiza y su objetivo es crear valor para sus accionistas, no defender el interés público del Estado suizo.

285. Y Flughafen Zürich tampoco ejerce funciones gubernamentales, pues su objeto social es el negocio de gestión aeroportuaria, tanto en la propia Zúrich como en otras ciudades del mundo.
286. Este negocio no es esencialmente gubernamental, porque no forma parte del núcleo de actividades públicas indelegables. La gestión de un aeropuerto puede ser ejercida directamente por un Estado, o éste la puede confiar a un organismo público. Además los Estados frecuentemente ceden la gestión de sus aeropuertos a empresas del sector privado. Buena prueba de ello es este arbitraje: el Estado de Nueva Esparta decidió no gestionar directamente el aeropuerto de Isla Margarita, sino que le otorgó al Consorcio la concesión para hacerlo.

Segundo argumento

287. La Demandada adicionalmente argumenta que el Estado suizo debería haber acreditado Flughafen Zürich a los efectos del artículo 25(1), y que Flughafen Zürich debería haber prestado su consentimiento, con aprobación del Estado suizo, a efectos del artículo 25(3)<sup>272</sup>.
288. El Tribunal no puede acoger la alegación de la Demandada.
289. En primer lugar, los requisitos a los que la Demandada se refiere, solo son aplicables a “cualquier subdivisión política u organismo público de un estado Contratante”. El Tribunal ya ha sentado la conclusión que Flughafen Zürich no es un “organismo público” (y menos una “subdivisión política”) de la Confederación Helvética.
290. Existe un segundo argumento: la acreditación y el consentimiento solo se predicán para que una subdivisión política u organismo público disponga de legitimación pasiva y un inversor protegido pueda reclamar contra ella en un arbitraje CIADI. La situación que se plantea en esta objeción es justamente la inversa: lo que Venezuela pretende es negar a Flughafen Zürich la legitimación para demandarla. A estos efectos, los requisitos de acreditación y consentimiento enunciados en los artículos 25(1) y 25(3) son irrelevantes.

---

<sup>272</sup> C II, para. 57.

## **5. LAS RECLAMACIONES FORMULADAS SON PURAMENTE CONTRACTUALES**

### **5.1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

#### Posición de la Demandada

291. La primera objeción tiene naturaleza material. Para la Demandada, el Centro carece de jurisdicción porque las reclamaciones de las Demandantes son puramente contractuales y se rigen por el Derecho interno de la República de Venezuela, sin que exista ninguna violación del Derecho internacional. Para resolverlas las partes deben acudir a los mecanismos convenidos en el Contrato – un arbitraje interno pactado en su cláusula 49<sup>273</sup>.
292. Estima la Demandada que cuando se alega expropiación de una inversión constituida por derechos contractuales, no basta invocar la violación de ese derecho, sino que debe alegarse la presencia de un elemento adicional de carácter extracontractual que constituya un ilícito internacional<sup>274</sup>. Sólo existiría jurisdicción del Centro si las Demandantes demostraran que su reclamación está amparada en el Derecho internacional de inversiones por alguna razón adicional a la existencia de un Contrato entre ambas partes<sup>275</sup>.
293. En el presente caso, las Demandantes no han identificado los elementos contractuales a través de los cuales Venezuela habría expropiado su inversión<sup>276</sup>. Los Demandantes incurren en un típico caso de etiquetamiento: simplemente etiquetan como ilícito internacional lo que son ilícitos de derecho contractual<sup>277</sup>. Para que exista ilícito internacional debe mediar un ataque al Contrato y ese ataque debe ser en calidad de soberano<sup>278</sup>.
294. El Estado de Nueva Esparta nunca hizo uso de prerrogativas exorbitantes al margen del derecho contractual. Cuando el 29 de diciembre de 2005 el Gobernador de Nueva Esparta intervino la Concesión, no ejerció una potestad exorbitante, sino un derecho permitido por el Contrato, y en concreto por su cláusula 42<sup>279</sup>. Posteriormente, el Gobernador de Nueva Esparta únicamente intentó restituir la legalidad violada por los patentes vicios del procedimiento<sup>280</sup>.
295. Para Venezuela, “la controversia gira exclusivamente alrededor de las reglas contractuales, legales y constitucionales que rigen la celebración, el cumplimiento y la extinción del Contrato de Alianza Estratégica”. La Demandada alega que no hay referencia a elementos extracontractuales que justificaran la jurisdicción del Centro. La demanda no logra identificar ninguna violación al Derecho internacional, a las

---

<sup>273</sup> R I, para. 22.

<sup>274</sup> R I, para. 19.

<sup>275</sup> R I, para. 18.

<sup>276</sup> R I, paras. 25 y 26.

<sup>277</sup> R II, para. 33.

<sup>278</sup> R II, para. 44.

<sup>279</sup> R II, paras. 65 y 66.

<sup>280</sup> R II, para. 67.

disposiciones del Contrato, ni al Derecho sustantivo venezolano. Las Demandantes tampoco han explicado por qué los actos que atribuyen a la Demandada constituyen una expropiación de sus derechos contractuales y una denegación de trato justo y equitativo. Todo ello, porque la reclamación en realidad es una mera disputa contractual.

296. Finalmente, Venezuela considera que las Demandantes han modificado sus pretensiones durante el procedimiento, para alegar la existencia de actos de *puissance publique* de Venezuela, que les permitan escapar de la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato. Pero en realidad el Gobernador de Nueva Esparta no actuó invocando una prerrogativa pública, sino legitimado por la cláusula 42 del Contrato, conforme a criterios técnicos y con soporte judicial. No existe ninguna actuación soberana o de *puissance publique* que este Tribunal pudiera evaluar a la luz de los AAPRI<sup>281</sup>.

#### Posición de las Demandantes

297. Las Demandantes alegan que su demanda no se justifica por el incumplimiento de ningún Contrato, sino porque existen violaciones de dos AAPRI<sup>282</sup>.
298. Para las Demandantes, la Gobernación de Nueva Esparta abusó de su *puissance publique* como autoridad gubernamental mediante actos administrativos ilícitos, al haber intentado terminar el Contrato en tres ocasiones distintas<sup>283</sup>.
299. Según alegan las Demandantes, las autoridades de Venezuela adoptaron acuerdos y decisiones judiciales en violación de los AAPRI que:
- Dieron lugar una expropiación ilícita de la inversión;
  - Causaron trato injusto e inequitativo a las inversoras;
  - Conllevaron la adopción de medidas discriminatorias o arbitrarias;
  - Constituyeron denegación de justicia.
300. No cabe aplicar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato, porque las acciones ejercitadas no tendrían relación con incumplimientos del Contrato<sup>284</sup>, sino con actos administrativos y decisiones judiciales, que no violan el Contrato, sino los AAPRI suscritos por Venezuela<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> R II, para. 52.

<sup>282</sup> C II, para. 75 y 77; Ver TA Día 1, p. 141 “Las Demandantes han presentado un reclamo por violación de sus derechos bajo derecho internacional. No han presentado jamás un reclamo por incumplimiento de sus derechos contractuales”.

<sup>283</sup> C II, para. 98.

<sup>284</sup> C II, para. 105; C III, para. 63.

<sup>285</sup> C III, para. 62. Estos actos habrían sido realizados en ejercicio de su *puissance publique*; Ver TA Día 1, p. 141: “La demandada parece olvidar que todas las actuaciones contra las cuales las demandantes reclaman, son actos de autoridades públicas efectuados en su calidad de tales”.

## 5.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

301. La objeción encuentra su fundamento en la disputada calificación jurídica de la disputa. Para Venezuela, la controversia es meramente contractual: las Demandantes pretenden la restitución de derechos contractuales, mientras que la Gobernación se limitó a extinguir el Contrato, haciendo uso de remedios contractuales. Por el contrario, las Demandantes sostienen que sus pretensiones surgen de violaciones de los AAPRI, cometidas por la Gobernación de Nueva Esparta y por el Poder Judicial venezolano en el ejercicio de potestades *iure imperii*.
302. El Tribunal coincide con las Demandantes y desestima esta objeción jurisdiccional.
303. En todo procedimiento es al demandante al que le corresponde definir las pretensiones que pretende someter para su adjudicación por el tribunal. La objeción de la Demandada parece estar basada en una errónea comprensión de cuáles son las pretensiones que las Demandantes someten a este Tribunal.
304. Por ello, es necesario en primer lugar clarificar qué es y qué no es lo que las Demandantes alegan y pretenden.
305. Las Demandantes no alegan un incumplimiento del Contrato, y no están sometiendo a este Tribunal ninguna disputa contractual – y así lo reconocen explícitamente<sup>286</sup>.
306. Lo que las Demandantes sí alegan es que habían realizado una inversión en Venezuela, plasmada en los derechos contractuales surgidos del Contrato, y que la Demandada expropió esa inversión (y además la sometió a otros actos contrarios al Derecho internacional). Estas actuaciones imputables a Venezuela, constituyen – según alegan las Demandantes - ilícitos internacionales, por violentar las obligaciones iusinternacionales asumidas en los AAPRI correspondientes<sup>287</sup>.
307. Las concretas actuaciones irregulares que las Demandantes alegan deben imputarse a Venezuela son cuatro:
- Resolución No. 0001-05 de 10 de junio de 2005 [la “**Resolución**”]<sup>288</sup>, que revocó el Decreto por el que se había adjudicado la concesión del servicio público aeroportuario al Consorcio<sup>289</sup>, Resolución que dejó “sin efecto el Contrato” por la existencia de “vicios de ilegalidad en la adjudicación”;
  - Oficio de 29 de diciembre de 2005<sup>290</sup>, que ordenó la intervención del Aeropuerto por incumplimiento de las obligaciones que el Contrato imponía a las Demandantes<sup>291</sup>. El Gobernador de Nueva Esparta previamente había ordenado la Auditoría Técnica sobre el grado de cumplimiento del Contrato,

---

<sup>286</sup> C II, para. 89.

<sup>287</sup> C II, paras. 139-193; C III, paras. 73-75.

<sup>288</sup> CD-69.

<sup>289</sup> CD-16, Artículo 1.

<sup>290</sup> CD-114.

<sup>291</sup> C I, para. 135.

informe que provocó la apertura de un procedimiento administrativo para la terminación del Contrato que a su vez desembocó en la promulgación del Oficio;

- Decreto No. 806 de 17 de julio de 2006<sup>292</sup>, en el que la Gobernación de Nueva Esparta acordó el rescate anticipado de la concesión contenida en el Contrato de Alianza Estratégica por interés público<sup>293</sup>;
- Las Sentencias de 4 de agosto de 2006<sup>294</sup> y 4 de marzo de 2009<sup>295</sup> del Tribunal Supremo de Venezuela, en las que se acordó el avocamiento para conocer las reclamaciones que las partes se habían interpuesto recíprocamente<sup>296</sup>, se ordenó la intervención temporal del Aeropuerto por una Junta Interventora<sup>297</sup> y se acordó, finalmente, entregar la gestión del Aeropuerto al Poder Ejecutivo Nacional<sup>298</sup>.

308. Lo que las Demandantes alegan en este arbitraje es que el Estado de Nueva Esparta, al haber intentado poner término al Contrato en tres oportunidades, con justificaciones contradictorias entre sí y mediante decretos, resoluciones e intervenciones *de facto*, abandonó su rol de contraparte contractual y usó y abusó de su *puissance publique* como autoridad gubernamental para interferir derechamente en la ejecución del Contrato con actos administrativos ilícitos<sup>299</sup>. De igual modo, las sentencias del Tribunal Supremo tampoco pueden generar una reclamación de naturaleza contractual, cuando el órgano que las dictó, el Tribunal Supremo, no era parte del Contrato y las dictó en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.
309. Las Demandantes se han decantado por alegar determinados hechos y por imputar a Venezuela que esos hechos representan incumplimientos de las obligaciones iusinternacionales asumidas en los AAPRI. Si los hechos resultan probados, y si efectivamente dan lugar o no a una responsabilidad para el Estado venezolano, es una cuestión de fondo, que no corresponde analizar en este momento.
310. Pero sobre lo que no puede caber duda es que la disputa, tal como la definen los Demandantes, representa un conflicto entre un inversor protegido y Venezuela, en la que el inversor – válida o erróneamente, eso ya se verá – alega que Venezuela ha violado las garantías iusinternacionales formalizadas en los AAPRI. Siendo esto así, se impone como consecuencia necesaria que el Centro tiene jurisdicción (pues así lo prevén los artículos 9(2) y 8(2) del APRI Suiza-Venezuela y del APRI Chile-Venezuela, respectivamente) y el Tribunal (constituido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje CIADI) tiene competencia para dirimir la disputa.

---

<sup>292</sup> CD-147.

<sup>293</sup> C I, para. 182.

<sup>294</sup> CD-148.

<sup>295</sup> CD-153.

<sup>296</sup> C I, para. 189.

<sup>297</sup> C I, paras. 190 y 191; S-25.

<sup>298</sup> C I, para. 198; S-26.

<sup>299</sup> C II, para. 98.

311. La cláusula de arbitraje pactada en el Contrato no puede ser de aplicación, porque las acciones ejercitadas no guardan relación con incumplimientos del Contrato<sup>300</sup>, sino con actos administrativos y decisiones judiciales<sup>301</sup> de autoridades por las que asume responsabilidad Venezuela y con violaciones no del Contrato o del derecho contractual venezolano, sino con infracciones de obligaciones iusinternacionales asumidas por Venezuela en tratados internacionales.

#### ¿Re-etiquetaje?

312. Tampoco estamos ante un caso de “re-etiquetaje”.
313. No es que las Demandantes hayan ejercitado, ante otras jurisdicciones o en una fase anterior de este procedimiento, acciones de naturaleza contractual, y ahora pretendan “re-etiquetar” esos mismos hechos como un ilícito iusinternacional de Venezuela. Eso no ha ocurrido y por lo tanto la acusación de la Demandada de que nos encontramos ante un supuesto de “re-etiquetaje” sencillamente carece de sustento fáctico.

#### Precedentes

314. Los precedentes que invoca la Demandada para sustentar sus argumentos no resultan aplicables al caso.
315. En *Azinian*, el tribunal estableció que el inversor “puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad”<sup>302</sup>. En aquel caso, el inversor alegó ante todas las instancias judiciales ordinarias internas (de México) que el ayuntamiento de Naucalpan había incumplido su contrato. Se alegaba que aquel incumplimiento contractual equivalía a expropiación.
316. En este caso, la situación es distinta, al menos por dos motivos:
- El primero es que las Demandantes no alegan que se haya producido una expropiación por el incumplimiento de un contrato. Lo que alegan es que se ha producido una expropiación por una serie de acciones derivadas de las prerrogativas públicas del Estado de Nueva Esparta y otros organismos públicos (el Tribunal Supremo), que son ajenas a cualquier contrato.
  - En segundo lugar, porque dentro de esa serie de acciones que las Demandantes alegan, algunas de ellas nunca podrían entenderse dentro de una relación contractual, pues las adoptó una autoridad que no era parte del Contrato: el Tribunal Supremo.

---

<sup>300</sup> R II, para. 63.

<sup>301</sup> C II, para. 105.

<sup>302</sup> R I, para. 23, con cita del caso *Azinian*, paras. 83-87 de laudo. El subrayado es del Tribunal.

317. Igualmente, el precedente de *Waste Management II* tampoco es aplicable a este caso<sup>303</sup>.
318. Allí se alegaba un incumplimiento contractual, que a la vez constituía una violación del tratado. En aquel caso se afirmó que, para que un incumplimiento contractual equivaliera a un incumplimiento del tratado, la violación contractual debía ser una conspiración deliberada o un repudio del contrato<sup>304</sup>.
319. Esa discusión carece de sentido para esta disputa. En este caso, las Demandantes afirman que los actos violan los AAPRI<sup>305</sup>, pero no que constituyan un incumplimiento del Contrato, por lo que no tiene sentido discutir si existió un elemento adicional de repudio o conspiración deliberada.
320. En *Pantechniki*, la reclamación había sido la misma ante los tribunales internos y frente al tribunal arbitral del CIADI y la reclamación de daños también era idéntica. En ese caso, el árbitro único puso de manifiesto que la diferencia entre una reclamación contractual y una de Derecho internacional no puede estar en el “re-etiquetaje” que haga la parte que reclama<sup>306</sup>.
321. En nuestro caso, sin embargo, los hechos muestran que nunca ha habido un “re-etiquetaje”, precisamente porque las Demandantes nunca han alegado la existencia de ningún incumplimiento contractual. Además las reclamaciones ante este tribunal y ante los tribunales internos son fácilmente distinguibles si se compara el contenido de las pretensiones. En este procedimiento las inversoras exigen una compensación por una expropiación ilegal en Derecho internacional, mientras que en sus acciones ante los tribunales internos habían reclamado la anulación de unas decisiones administrativas para que se les devolviera la gestión del Aeropuerto.
322. En *SGS*, la demandante alegaba que el Estado tenía contraída una deuda contractual, junto con otras reclamaciones relacionadas (costes de arrendamientos para el cumplimiento del contrato, intereses contractuales, etc.)<sup>307</sup>. Era esta misma deuda la que a su vez constituía una violación al Derecho internacional, por la situación en que ponía a la demandante.
323. De nuevo, el presente caso difiere de *SGS*, pues no se invoca el carácter dual, de ilícito interno e internacional, de ningún acto.
324. El test de *Malicorp*<sup>308</sup> - que los hechos constituyan una actuación ilegal bajo el contrato, y que exista un instrumento extracontractual que haya provocado el desmantelamiento de los derechos que el contrato define - es irrelevante en este caso. El tribunal de aquella disputa entendió que, para que una ruptura de un contrato constituya también una violación del Derecho internacional, debe demostrarse que

---

<sup>303</sup> C II, paras. 91.

<sup>304</sup> *Waste Management II*, paras. 73 y ss.

<sup>305</sup> C II, para. 92.

<sup>306</sup> C II, para. 93.

<sup>307</sup> *SGS*, paras. 19-25.

<sup>308</sup> R II, paras. 48 y 49.

los mecanismos contractuales para resolver la disputa son insuficientes para dar una solución a la controversia. En aquel caso se entendió que esto sucedería, por ejemplo, cuando la violación del contrato por el Estado receptor surja de decisiones amparadas por prerrogativas públicas (actos de *puissance publique*) que los tribunales ordinarios internos deban respetar. Venezuela entiende (erróneamente) que nos encontramos ante una disputa contractual y que no se ha superado este test, porque los remedios contractuales (arbitraje) eran un procedimiento útil para resolver la controversia<sup>309</sup>.

325. Las actuaciones de varias autoridades de Venezuela, que las Demandantes alegan, no derivan del Contrato. Y puesto que no derivan del Contrato, el ejercicio de buscar actuaciones adicionales o “extracontractuales” añadidas no tiene sentido.
326. La Demandada también se remite al laudo de *Generation Ukraine*<sup>310</sup>: este laudo declaró improcedente que un tribunal arbitral de inversión se convierta en una “corte de revisión administrativa”, pues la función de revisar actos administrativos es tarea ajena a la jurisdicción arbitral.
327. Lo resuelto en el caso *Generation Ukraine* no es relevante aquí, al menos por dos motivos:
- En primer lugar, porque en este caso las Demandantes no invocan, como se ha explicado, un incumplimiento contractual del Estado, y
  - En segundo lugar, porque en *Generation Ukraine* el tribunal reprochó al inversor que hubiera abandonado toda reclamación interna del incumplimiento que achacaba al Estado ucraniano, y pretendiera después reclamar por una especie de expropiación indirecta. En este caso, sin embargo, las Demandantes llevaron a cabo una activa defensa de sus derechos, por lo que no puede alegarse que exista ningún “abandono” de sus acciones, como sucedió en *Generation Ukraine*. De hecho, la activa defensa de los derechos de los Demandantes en el ámbito interno permite a la Demandada plantear otra objeción a la competencia de este Tribunal (la aplicación de la cláusula *electa una vía*), que este Tribunal discutirá *infra*.

---

<sup>309</sup> *Malicorp*, para. 103 c).

<sup>310</sup> R I, para. 20.

**6. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA *ELECTA UNA VÍA* Y LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE *LIS ALIBI PENDENS***

**6.1. INTRODUCCIÓN**

328. La segunda objeción jurisdiccional planteada por la Demandada en realidad engloba varias objeciones distintas:

- En primer lugar, la Demandada alega que el Tribunal carece de competencia para conocer de reclamaciones contractuales, porque los dos AAPRI invocados carecen de una “cláusula paraguas” (es decir una cláusula de incorporación de incumplimientos contractuales)<sup>311</sup>.
- En segundo lugar, el Centro tampoco tendría jurisdicción, puesto que el APRI Chile -Venezuela contiene una cláusula *electa una vía* (*fork in the road*<sup>312</sup>), que habría operado a favor de los tribunales de Venezuela, impidiendo a la Demandante chilena el acceso al Centro.
- Por otra parte, a la Demandante suiza, cuyo APRI no tiene cláusula *electa una vía*, le sería oponible una excepción de *lis alibi pendens*. Esta excepción también impediría la continuación de este procedimiento<sup>313</sup>.

329. A continuación se analizan con detenimiento las posiciones de las partes y la decisión del Tribunal ante cada una de estas alegaciones:

- aplicación de la cláusula de arbitraje del Contrato (6.2 *infra*);
- la cláusula *electa una vía* (6.3 *infra*)
- y la excepción de *lis alibi pendens* (6.4 *infra*).

**6.2. LA CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LOS AAPRI NO COLISIONA CON EL CONVENIO ARBITRAL DEL CONTRATO**

330. La Demandada argumenta que las reclamaciones que formulan las Demandantes son de naturaleza contractual. Añade que reclamaciones contractuales sólo pueden ser conocidas por un tribunal internacional cuando el APRI contenga una “cláusula paraguas”, que extienda la jurisdicción a este tipo de disputas. La Demandada alega

---

<sup>311</sup> R I, paras. 30-38.

<sup>312</sup> La cláusula *fork in the road* estaría contenida en el artículo 8 del AAPRI Chile-Venezuela. El artículo 8(1) determinaría el alcance de la cláusula y de las consultas amigables, mientras que el artículo 8(4) determinaría el alcance del arbitraje. Ver Alegato de Apertura de Jurisdicción de la República Bolivariana de Venezuela, p. 42 y del Alegato de Cierre de la República Bolivariana de Venezuela, p. 11.

<sup>313</sup> R I, paras. 45-48.

que ninguno de los AAPRI aplicables incluye esta cláusula, por lo que este Tribunal carecería de competencia<sup>314</sup>.

331. El Tribunal rechaza la objeción: la Demandada yerra al caracterizar las reclamaciones de las Demandantes como contractuales. Las Demandantes vienen argumentando reiteradamente que sus reclamos no son de naturaleza contractual y no derivan del Contrato. Por tanto, la discusión de si existe o no una cláusula paraguas en los AAPRI es estéril.
332. Venezuela también arguye que la atribución de competencia contenida en los AAPRI es genérica y anterior al convenio arbitral pactado en el Contrato. Este convenio, al ser posterior y de carácter especial, debería aplicarse con preferencia a la cláusula de compromiso contenida en los AAPRI<sup>315</sup>.
333. El Tribunal rechaza también esta alegación de la Demandada:
- Primero, porque las reclamaciones de las Demandantes no son contractuales, lo que descarta de plano la aplicación de una cláusula arbitral cuyos efectos se circunscriben al Contrato.
  - En segundo lugar, porque el supuesto conflicto entre ambas disposiciones es ficticio: no existe conflicto entre una alegada *lex posterior specialis* (el Contrato) y una *lex prior generalis* (los AAPRI), como pretende la Demandada, porque cada uno de los procedimientos surge en órdenes jurisdiccionales distintos, con ámbitos de aplicación que no se solapan: la cláusula arbitral del Contrato se inscribe en el ordenamiento interno de un Estado, mientras que las reclamaciones nacidas de los AAPRI pertenecen al Derecho internacional.

### 6.3. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *ELECTA UNA VÍA*

#### A. Posición de las Partes

334. La Demandada alega que las reclamaciones de IDC quedan sujetas al principio *electa una vía* enunciado en el artículo 8 del APRI Chile-Venezuela, una cláusula de bifurcación definitiva, que obliga al inversor a elegir entre la jurisdicción nacional y la de CIADI<sup>316</sup>. En su opinión, IDC ha optado a favor de los tribunales ordinarios venezolanos<sup>317</sup> y con esta elección, ha perdido su derecho al presente arbitraje<sup>318</sup>. Los dos recursos contencioso-administrativos de nulidad iniciados por las Demandantes serían sustancialmente análogos a la reclamación articulada en este arbitraje<sup>319</sup>. La única diferencia residiría en la solicitud de indemnización<sup>320</sup>.

---

<sup>314</sup> R I, para. 30.

<sup>315</sup> R I, para. 36.

<sup>316</sup> R I, para. 40.

<sup>317</sup> R I, paras. 39 y ss.

<sup>318</sup> R I, para. 38.

<sup>319</sup> R I, para. 44.

335. Para la Demandada, la cláusula de bifurcación del APRI Chile-Venezuela sólo exige que las disputas sustanciadas ante las jurisdicciones nacional e internacional sean sustancialmente análogas, existiendo un cierto riesgo de que resulten en decisiones contradictorias<sup>321</sup>. Esta es, según aduce la República, la posición mantenida por los tribunales de *Pantechniki*, *Waste Management II* y *Vivendi*<sup>322</sup>.
336. Para Venezuela, el artículo 8(3) del APRI Chile-Venezuela debe interpretarse conforme al artículo 8(4), que delimita los casos en los que un demandante puede acudir a la jurisdicción internacional. Esta sería, para la Demandada, la única forma de interpretar el APRI de forma consistente con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [“CVDT”]<sup>323</sup> y con los “Artículos sobre Responsabilidad de los Estados”<sup>324</sup>.
337. Por el contrario, para las Demandantes los recursos contenciosos de nulidad interpuestos ante los tribunales venezolanos no afectan a la admisibilidad de este proceso y, en cualquier caso, no se cumplen los requisitos de identidad entre las reclamaciones, necesarios tanto para la aplicación de la cláusula de *electa una vía*, como para la excepción de *lis pendens*.

#### **B. Decisión del Tribunal Arbitral**

338. La excepción de *electa una vía* invocada por la Demandada no puede prosperar.

#### **Hechos**

339. Las Demandantes interpusieron dos recursos ante los tribunales internos de la República Bolivariana de Venezuela, que guardan alguna relación con los hechos alegados en el presente arbitraje:
340. (i) En primer lugar, el 6 de junio de 2005 las Demandantes presentaron ante el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental un recurso de nulidad, conjuntamente con una acción de amparo constitucional, contra la Resolución dictada en su día por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta.
341. En el suplico del citado recurso, las Demandantes solicitaban que

“Por lo antes expuesto solicitamos expresa y formalmente, que este Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental declare con lugar el presente recurso de nulidad y en efecto declare nulo el acto administrativo contenido en la resolución No. 0001-05 de fecha 10 de mayo junio de 2005.

---

<sup>320</sup> R II, para. 78.

<sup>321</sup> R I, para. 42.

<sup>322</sup> R I, para. 43.

<sup>323</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

<sup>324</sup> R I, para. 42; R II, para. 74.

Asimismo solicitamos respetuosamente que se acuerde la protección de amparo cautelar en los términos en que ha sido solicitada”<sup>325</sup>.

342. (ii) En segundo lugar, el 16 de enero de 2007 las Demandantes presentaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recurso de nulidad contra el Decreto 806, emitido el 17 de julio de 2006 por el Gobernador del Estado de Nueva Esparta. Las Demandantes solicitaban que:

“Por todas las razones de hecho y de derecho que quedan expresadas solicitamos a esta Honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que admita, tramite, y en definitiva declare con lugar el presente recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad y, en consecuencia, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto No. 806 de fecha 17 de julio de 2006, notificado a nuestra representada el 18 de julio de 2006, mediante el cual se acordó el rescate anticipado de la concesión contenida en el contrato de Alianza Estratégica para la Prestación de los Servicios del Aeropuerto Internacional del Caribe “General en Jefe Santiago Mariño” y del Aeropuerto de la Isla de Coche “Teniente Coronel Andrés Salazar Marcano” y declaró extinguido dicho contrato de concesión”<sup>326</sup>.

343. ¿Cuál es la situación de estos recursos en la actualidad?

344. Las Demandantes aseveran que ambos recursos formulados ya habían decaído antes de que formularan la Solicitud de Arbitraje en este procedimiento<sup>327</sup>:

- El recurso de nulidad interpuesto contra la Resolución habría perdido su objeto a partir del 17 de julio de 2006, cuando la Gobernación revocó la Resolución por medio del Decreto 806<sup>328</sup>;
- Y el segundo recurso de nulidad interpuesto contra el Decreto 806, habría perdido su objeto a partir de la Sentencia de la Sala Constitucional de 4 de marzo de 2009 que (i) declaró agotado el avocamiento de los recursos de nulidad; (ii) declinó la competencia para seguir conociendo de ambas causas en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental; (iii) declaró concluido el régimen de intervención temporal del aeropuerto; y (iv) entregó la administración del Aeropuerto al Poder Nacional<sup>329</sup>.

#### Normativa

345. El artículo 8 del APRI Chile-Venezuela reza así:

“1. En caso de surgir una controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el

<sup>325</sup> R-76.

<sup>326</sup> R-60.

<sup>327</sup> C III, para. 236.

<sup>328</sup> C II, paras. 250-252; CD-147.

<sup>329</sup> C II, paras. 254-255.

ámbito del presente Acuerdo, el inversionista y la Parte Contratante de que se trate celebrarán consultas para lograr una solución amigable.

2. De no lograrse una solución amistosa, el inversionista podrá someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. [...]

3. Una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva.

[...]”.

346. El artículo 8 del APRI está dedicado a lo que la propia norma denomina “controversias entre una parte contratante y un inversionista de otra parte contratante”.

347. Estas controversias tienen que reunir dos características:

- En primer lugar, tienen que ser controversias “en relación con una inversión en el ámbito del presente Acuerdo”, como se encarga de aclarar el propio artículo 8(1);
- En segundo lugar, las controversias tienen que surgir en el ámbito de los derechos iusinternacionales reconocidos al inversionista en el propio APRI; controversias de otra naturaleza (por ejemplo por incumplimiento de una norma interna) no se hallan comprendidas en el artículo 8 del APRI y en ningún caso pueden ser resueltas por vía de un arbitraje CIADI.

348. Surgida una controversia, si las consultas entre las partes no desembocan en una solución amistosa, el inversionista dispone de la opción de someterla a la jurisdicción nacional del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión, o alternativamente a un arbitraje internacional administrado por CIADI.

349. El artículo 8(3) del Tratado añade el principio conocido como *electa una vía*: la elección de una u otra modalidad “será definitiva”. Es decir: si la controversia está comprendida en el ámbito del artículo 8 del APRI, y si el inversionista decide plantearla en vía judicial interna, le está vedado después desdecirse y comenzar un arbitraje internacional; y viceversa: la interposición del arbitraje precluye la vía de reclamación ante la justicia nacional.

#### La cuestión a decidir

350. La cuestión que el Tribunal tiene que dirimir es relativamente sencilla.

351. Con anterioridad a la interposición del presente arbitraje, las Demandantes habían sometido dos controversias a los tribunales venezolanos. ¿Ha perdido el inversionista chileno por esta causa su derecho a someter a arbitraje CIADI las controversias que subyacen al presente procedimiento?

352. Para dar contestación a esta duda, es necesario analizar cuáles son las “controversias” que IDC – conjuntamente con Flughafen Zürich – sometió a los tribunales venezolanos.
353. En los dos recursos planteados ante la Justicia venezolana, lo que las Demandantes solicitaban era la declaración de nulidad y la revocación de determinados actos administrativos, la Resolución y el Decreto 806, por haber incurrido – según alegaban las Demandantes - en violaciones del Derecho interno venezolano.
354. Las pretensiones articuladas en este arbitraje son radicalmente diferentes. Lo que las Demandantes alegan aquí es que Venezuela habría incurrido en violaciones de las obligaciones de carácter iusinternacional asumidas en los AAPRI, y que dichas violaciones habrían producido un daño a sus inversiones, cuya reparación pretenden a través del presente arbitraje<sup>330</sup>.
355. Es decir:
- el fundamento de ambas acciones es distinto: mientras que ante los tribunales internos se invocan disposiciones de Derecho venezolano, ante este Tribunal Arbitral la argumentación jurídica es iusinternacional;
  - el objeto de los procesos también es diferente: sendos actos administrativos en el caso de los recursos internos, un conjunto de actuaciones soberanas, imputables a Venezuela, en el presente procedimiento;
  - las pretensiones también son diferentes: en los recursos internos, la declaración de nulidad de determinados actos administrativos, en el presente, una declaración de que Venezuela ha violado los compromisos iusinternacionales asumidos en el APRI Chile-Venezuela y una condena a indemnizar los daños causados.
356. No existe pues identidad entre una reclamación administrativa de nulidad dirigida a restaurar el *status quo* de los derechos del Consorcio en Venezuela y una reclamación en sede arbitral por daños sufridos como consecuencia de violaciones a derechos protegidos en instrumentos internacionales<sup>331</sup>.

#### Ratio legis

357. La finalidad de una cláusula *electa una vía* (como la articulada en el artículo 8(2) del APRI Chile-Venezuela) es evitar que un inversionista pueda mejorar su situación jurídica, avanzando en paralelo una misma acción ante los tribunales internos y ante un tribunal arbitral internacional. Además la norma busca evitar que el desarrollo de dos acciones paralelas pueda resultar en sentencias contradictorias<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> C III, para. 217.

<sup>331</sup> C III, para. 212 y ss.

<sup>332</sup> Yannaca-Small: “Parallel Proceedings” en *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press: Muchlinski/Ortino/Schreuer, eds.), Oxford University Press (2008), p. 1025.

358. Ahora bien: para que estos riesgos se puedan materializar, es necesario que las controversias planteadas en ambas vías sean idénticas, o al menos que presenten un solape significativo.
359. Estos requisitos no se dan en el presente caso.
360. Las acciones internas que las Demandantes han emprendido en Venezuela solo pueden conducir a una declaración de nulidad del Decreto 806 o de la Resolución. Nunca pueden resultar en la declaración de que Venezuela ha violado los compromisos asumidos en el APRI, ni en una indemnización a favor del inversionista. Y a la inversa: este arbitraje sólo puede declarar el incumplimiento de las obligaciones iusinternacionales por Venezuela y condenar a una indemnización de los daños causados.
361. Las Demandantes alegan que los dos recursos ante la Justicia venezolana ya habían decaído antes de que comenzara el presente arbitraje. Aunque las Demandantes no han podido presentar ninguna decisión judicial que así lo atestigüe formalmente, es cierto que hechos sobrevenidos imputables a la República han dejado los recursos vacíos de contenido. Como han argumentado las Demandantes, los dos recursos interpuestos en su día han decaído, por haber desaparecido su objeto. En efecto:
- El recurso de nulidad interpuesto contra la Resolución dejó de tener objeto el 17 de julio de 2006, cuando la Gobernación de Nueva Esparta revocó la Resolución por medio del Decreto 806;
  - Y el segundo recurso de nulidad dirigido contra el Decreto 806, perdió su objeto cuando la Sentencia de la Sala Constitucional de 4 de marzo de 2009 entregó el Aeropuerto al Poder Nacional.
362. Sea cual sea la situación procesal de los recursos internos, lo que no deja lugar a dudas es que un hipotético desarrollo en paralelo de ambas acciones nunca resultaría en una mejora de la situación de las Demandantes: el que el Decreto 806 o la Resolución sean válidos o nulos a efectos del ordenamiento interno venezolano, es irrelevante a la hora de decidir la responsabilidad iusinternacional del Estado por violación del APRI. Las sentencias que en su caso pudieran recaer en ambos procesos podrán coexistir, pues cada una resolverá pretensiones en ámbitos jurídicos separados que no se solapan.

#### **6.4. LA ALEGACIÓN DE LIS ALIBI PENDENS**

363. La Demandada entiende que este Tribunal tampoco tiene jurisdicción frente al inversor suizo, Flughafen Zürich, aunque el APRI Suiza-Venezuela no contenga reglas específicas sobre bifurcación de vías. Para Venezuela operaría una excepción *lis alibi pendens*<sup>333</sup>, al existir reclamaciones pendientes ante los juzgados internos. Al ser las reclamaciones sustancialmente análogas<sup>334</sup> y estar pendientes los recursos

---

<sup>333</sup> R V, para. 94.

<sup>334</sup> R I, para. 48.

formulados ante los tribunales internos<sup>335</sup>, debe aplicarse la regla de prioridad y declararse que el Centro no tiene jurisdicción para conocer del presente arbitraje

364. Las Demandantes niegan que pueda surgir un conflicto normativo entre un procedimiento interno y un arbitraje internacional, que obligara al Tribunal a aplicar la excepción de *lis alibi pendens*<sup>336</sup>. Los tribunales internacionales no están obligados por decisiones de tribunales internos, al pertenecer ambas reclamaciones a distintos sistemas normativos<sup>337</sup>.

#### Análisis del Tribunal

365. El Tribunal rechaza también la excepción de *lis alibi pendens*.
366. En primer lugar, en el presente caso, no existe una segunda litis aun en vigor, pues los recursos planteados ante la jurisdicción venezolana en realidad han perdido su objeto y han decaído.
367. Habiéndose extinguido la segunda litis, la excepción de *lis alibi pendens* carece de toda virtualidad.
368. Con independencia de este argumento, si se asumiera que alguno de los recursos aún no ha decaído (*quod non*), tampoco se podría llegar a la conclusión de que su existencia impida a Flughafen Zürich iniciar la presente acción arbitral.
369. La aplicación del principio *lis alibi pendens* está restringida a conflictos de jurisdicción dentro del mismo sistema normativo<sup>338</sup>. Entre un tribunal internacional de arbitraje, que enjuicia violaciones de obligaciones iusinternacionales de un Estado, surgidas de tratados internacionales, y un tribunal nacional que dictamina la validez de actos y disposiciones administrativas aplicando el derecho administrativo interno, nunca puede surgir una excepción de litispendencia internacional, porque ambos órganos operan a niveles totalmente diferentes, sin que exista riesgo de decisiones contradictorias.
370. En realidad, lo que acontece es que la Demandada pretende someter a la inversora suiza a una cláusula *electa una vía*, a pesar de que esta cláusula no existe en el APRI Suiza-Venezuela<sup>339</sup>.

---

<sup>335</sup> R II, para. 86.

<sup>336</sup> C V, para. 74.

<sup>337</sup> C II, para. 200.

<sup>338</sup> C II, para. 243; C V, para. 74.

<sup>339</sup> C III, para. 233; C V, para. 73.

## **7. OBJECIONES SOBRE EL RECLAMO DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA.**

371. La tercera de las objeciones planteadas por la Demandada se dirige a combatir exclusivamente una de las causas de pedir de las Demandantes: la denegación de justicia que alegan haber sufrido a manos de los tribunales venezolanos y por la que Venezuela es responsable. Esta objeción se divide a su vez en tres:

- El Centro no tiene jurisdicción para conocer sobre reclamos por denegación de justicia<sup>340</sup> (7.1);
- El reclamo de denegación de justicia es incompatible con los reclamos de expropiación y trato injusto e inequitativo (7.2);
- Las Demandantes no habrían cumplido con el requisito jurisdiccional o de admisibilidad de agotar los recursos internos ante los Tribunales de Venezuela<sup>341</sup> (7.3).

### **7.1. JURISDICCIÓN SOBRE EL RECLAMO DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA**

#### Posición de las Partes

372. La República Bolivariana de Venezuela sostiene que las Demandantes formulan un reclamo autónomo de denegación de justicia que no está incluido dentro de los estándares de protección de los AAPRI<sup>342</sup>. En consecuencia, el Tribunal carecería de jurisdicción, porque el artículo 8(1) del APRI Chile-Venezuela y el artículo 9(4) del APRI Suiza-Venezuela limitan la jurisdicción del Tribunal al conocimiento de violaciones de obligaciones contenidas en los AAPRI<sup>343</sup>.

373. Las Demandantes por su parte niegan que su reclamación de denegación de justicia se formule como un ilícito autónomo, sino que está contenida dentro del estándar de trato justo y equitativo de los AAPRI, posibilidad que ha sido reconocida por distintos tribunales<sup>344</sup>.

374. Pero aunque el reclamo de denegación de justicia se formulase de forma autónoma, este Tribunal aún tendría competencia para juzgar una violación del Derecho internacional consuetudinario cuyas normas son de aplicación a la presente controversia<sup>345</sup>

- para el inversor chileno en virtud del artículo 8(7) del APRI Chile-Venezuela y del artículo 42 del Convenio CIADI y
- para el inversor suizo en aplicación del artículo 42 del Convenio CIADI.

---

<sup>340</sup> R IV, paras. 310-314; R V, para. 139.

<sup>341</sup> R I, para. 64.

<sup>342</sup> R III, paras. 242 y 243.

<sup>343</sup> R IV, paras. 308 y ss.

<sup>344</sup> C IV, paras. 236-238; *Jan de Nul*, para. 188; *Pey Casado*, para. 656.

<sup>345</sup> C IV, paras. 241 y 242.

### Decisión del Tribunal

375. La objeción jurisdiccional planteada por la República Bolivariana está abocada al fracaso.
376. La denegación de justicia constituye – como correctamente arguyen las Demandantes – una violación del TJE garantizado en los AAPRI. Tribunales y doctrina vienen manteniendo unánimemente que la garantía de TJE contenida en tratados de protección de inversión incluye como especie la prohibición de denegación de justicia<sup>346</sup>.
377. Venezuela garantizó a los inversores chilenos y suizos un trato justo y equitativo. Al estar la denegación de justicia contenida en el ámbito de protección de este estándar, Venezuela consintió a que el Centro tuviera jurisdicción para conocer de este ilícito iusinternacional. Por lo tanto, este Tribunal tiene competencia para conocer el reclamo de denegación de justicia formulado por las Demandantes.
378. Y aunque la denegación de justicia no estuviera contenida en el estándar de TJE, adicionalmente, la denegación de justicia representa en todo caso un ilícito sancionado por el Derecho internacional consuetudinario. Como dice Paulsson<sup>347</sup>
- “the duty to provide decent Justice to foreigners arises from customary international law. Indeed, it is one of the oldest principles”.*
379. Una vez tipificado como ilícito internacional, un inversor ante el CIADI puede válidamente invocar su violación según el artículo 42(1) del Convenio, por el que el Tribunal deberá tomar en consideración “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.
- El APRI Suiza-Venezuela no especifica el derecho aplicable. Entra en juego el artículo 42(1) del Convenio CIADI que encomienda al Tribunal tomar en cuenta las normas de Derecho internacional
  - El artículo 8(7) del APRI Chile-Venezuela, por el contrario, establece el derecho aplicable, incluyendo “los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables”.
380. Ya sea a través del artículo 42(1) o a través del APRI, ambos inversores y la República de Venezuela acordaron la aplicación de las normas del derecho internacional. El Tribunal debe decidir la diferencia conforme a las normas de derecho internacional que a su vez incluyen el derecho internacional consuetudinario<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> Jan de Nul, para. 188; Jan Oostergetel, para. 272; Pey Casado, para. 655.

<sup>347</sup> Paulsson: “Denial of Justice in International Law”, Cambridge University Press, (edición 2010), p. 1.

<sup>348</sup> LG&E (Decisión sobre Responsabilidad), para. 89; ADC, para. 290.

381. En consecuencia, dado que el derecho internacional consuetudinario forma parte de la ley aplicable a la controversia, el Tribunal tiene jurisdicción para conocer el reclamo de denegación de justicia.

## **7.2. INCOMPATIBILIDAD DEL RECLAMO CON LOS DE EXPROPIACIÓN Y TJE**

382. La Demandada ha objetado con carácter previo que sólo puede producirse una denegación de justicia si la expropiación y el trato injusto no se hubieran consumado antes, porque ambas violaciones son incompatibles<sup>349</sup>.
383. Para las Demandantes no existe contradicción ya que un mismo hecho puede recibir varias calificaciones jurídicas. En este caso, la Sentencia de 4 de marzo de 2009 es el acto que hace irreversible la expropiación, pero además constituye en sí una denegación de justicia<sup>350</sup>.
384. Esta objeción no puede prosperar. El Tribunal coincide con las Demandantes en que una conducta puede ser constitutiva de una o varias violaciones de Derecho internacional. Un mismo acto, la intervención del Tribunal Supremo, pudo producir la expropiación del Aeropuerto y, al mismo tiempo, constituir una denegación de justicia.
385. No existe por tanto inconsistencia cuando se produce una doble reclamación por un mismo hecho.

## **7.3. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS**

386. En esta objeción la Demandada arguye que sólo puede existir denegación de justicia en el ámbito internacional una vez que el Tribunal de última instancia del Estado receptor ha tenido oportunidad de decidir sobre la cuestión; y las Demandantes coinciden en la existencia de este requisito como condición necesaria para un reclamo de denegación de justicia.
387. Sin embargo, para la Demandada, éste constituye un requisito de admisibilidad que ha de ser tratado preliminarmente por el Tribunal<sup>351</sup>, o alternatively, de carácter jurisdiccional, pues es una precondition al consentimiento de los Estados<sup>352</sup>.
388. Las Demandantes por el contrario sostienen que por virtud del artículo 26 de Convenio CIADI los Estados contratantes han renunciado al agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad o jurisdicción de los reclamos que formulen<sup>353</sup>. Por esta razón el agotamiento de los recursos internos para los reclamos de denegación de justicia no es, como sostiene Venezuela, un requisito de

<sup>349</sup> R III, paras. 247-251.

<sup>350</sup> C IV, paras. 228-230.

<sup>351</sup> R I, para. 71; R II, paras. 103 y ss.

<sup>352</sup> R II, paras. 121 y 137. La Demandada añade que el agotamiento de los recursos internos es además requisito sustantivo que, en su caso, ha de analizarse en la fase de fondo. Ver R I, para. 71; R II, para. 136.

<sup>353</sup> C II, para. 274.

admisibilidad o jurisdicción, sino un requisito sustantivo, que ha de ser analizado en el fondo y que no afecta a la jurisdicción del Tribunal<sup>354</sup>.

Decisión del Tribunal

389. El Tribunal entiende que en este trámite de análisis jurisdiccional no es necesario examinar si las Demandantes han agotado los recursos internos o no.

390. El artículo 26 del Convenio del CIADI prevé que

“Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”

391. Por virtud de esta norma, en los arbitrajes CIADI los Estados renunciaron al agotamiento de los recursos internos como requisito de jurisdicción o admisibilidad, salvo que un Estado Contratante lo exigiera específicamente como condición de su consentimiento a un arbitraje CIADI<sup>355</sup>. Venezuela no incluyó en ninguno de los AAPRI, ni en ningún otro documento, la excepción permitida por el artículo 26 del Convenio del CIADI<sup>356</sup>. En consecuencia, el agotamiento de recursos internos no puede constituir un requisito de admisibilidad del reclamo o para la jurisdicción del Centro o la competencia del Tribunal.

392. Cuestión diferente es que el agotamiento de recursos internos pueda constituir un requisito de carácter sustantivo para apreciar la existencia de denegación de justicia. No puede existir responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia si existe un remedio interno efectivo contra la decisión interna que es atacada<sup>357</sup>. Pero esta condición, al ser intrínseca al tipo de denegación de justicia, será analizada en la parte de fondo, en los paras. 600 *et seq infra*.

---

<sup>354</sup> C II, paras. 285-303.

<sup>355</sup> C II, para. 274.

<sup>356</sup> C II, para. 275.

<sup>357</sup> *Loewen*, para. 154.

## 8. LA CONSOLIDACIÓN INDEBIDA DE DOS RECLAMACIONES DIFERENTES

393. Como sexta y última objeción, la Demandada alega que las Demandantes habrían formulado conjuntamente dos reclamaciones diferentes, que no podían ser consolidadas, porque Venezuela no habría dado su consentimiento ni el consentimiento podría deducirse en aplicación de la cláusula de nación más favorecida [“NMF”].
394. Para Venezuela, los AAPRI aplicables contienen acuerdos de arbitraje incompatibles entre sí y sólo el consentimiento de las partes permitiría la consolidación de reclamaciones, lo que no ha ocurrido<sup>358</sup>. Además, las normas de derecho sustantivo en aplicación del APRI Suiza-Venezuela<sup>359</sup> serían distintas de las del APRI Chile-Venezuela<sup>360</sup> y su confusión podría violar el derecho de defensa de la Demandada<sup>361</sup>.
395. La Demandada observa que para suplir la falta de su consentimiento a la consolidación de reclamaciones, las Demandantes habrían aplicado la cláusula NMF. Sin embargo, esto no es posible, porque el APRI Chile-Venezuela limita la aplicación de la cláusula NMF al tratamiento justo y equitativo, por lo que no resulta aplicable con respecto a la Demandante suiza, ni en alegaciones respecto de expropiación o para la cuantificación de daños<sup>362</sup>.
396. Para las Demandantes la situación es totalmente distinta. Las inversoras afirman que no estamos ante un caso de consolidación, porque la consolidación supondría juntar en un único arbitraje dos o más procedimientos pendientes que fueron iniciados separadamente<sup>363</sup>, sino una única disputa entre la Demandada y dos Demandantes<sup>364</sup>, que no han pretendido consolidar reclamaciones empleando la cláusula NMF. Además, los AAPRI aplicables no son incompatibles<sup>365</sup>.

### Decisión del Tribunal

397. Esta sexta objeción presentada por Demandada no puede prosperar<sup>366</sup>.
398. La Demandada ha alegado repetidamente que en el presente arbitraje se ha producido una consolidación, que no podría realizarse sin su consentimiento.

<sup>358</sup> R I, paras. 178 y 180.

<sup>359</sup> En el AAPRI Suiza-Venezuela no contendría disposiciones específicas respecto del derecho que debe aplicar el Tribunal. Ver R I, para. 181.

<sup>360</sup> En el AAPRI Chile-Venezuela sí contendría disposiciones específicas respecto del derecho que debe aplicar un Tribunal. Ver R I, para. 181.

<sup>361</sup> R I, para. 182; R II, para. 201.

<sup>362</sup> R I, paras. 184 y 185.

<sup>363</sup> C III, para. 309.

<sup>364</sup> C III, para. 306.

<sup>365</sup> C II, para. 324 y ss.

<sup>366</sup> Esta objeción en realidad no es de carácter jurisdiccional, sino de admisibilidad: Venezuela no alega que el Tribunal carezca de competencia, sino que los Demandantes han actuado de forma incorrecta al presentar la demanda conjuntamente, y deben ser obligados a presentarla por separado.

399. En realidad, no existe consolidación de ningún tipo; lo que se ha producido es una demanda conjunta interpuesta por dos Demandantes, que habían constituido un Consorcio en Venezuela, y que alegan que un mismo conjunto de hechos, imputables a Venezuela, ha causado daños a su inversión. Las dos Demandantes acordaron actuar conjuntamente en este arbitraje, bajo la dirección de una misma representación letrada.
400. La consolidación en el arbitraje internacional consiste en unificar en un único arbitraje dos o más procedimientos iniciados separadamente<sup>367</sup>. En este arbitraje desde el principio sólo hubo una disputa que plantearon conjuntamente dos Demandantes contra una Demandada – estamos ante una multiplicidad de demandantes, no ante una consolidación de procedimientos.

¿Caben demandantes múltiples cuando hay una misma disputa?

401. La cuestión que en realidad plantea la Demandada es si en un arbitraje CIADI, dos demandantes protegidos por dos AAPRI diferentes, pero que han hecho una inversión conjunta y que se han visto afectados por un mismo conjunto de hechos imputables al Estado, pueden interponer conjuntamente una demanda.
402. La contestación debe ser en sentido afirmativo.
403. En los AAPRI con Suiza y Chile, Venezuela consintió en ser demandada por inversionistas chilenos y por inversionistas suizos. Ninguno de los AAPRI contiene una prohibición de que inversionistas amparados por diferentes tratados actúen conjuntamente. Por lo tanto no se está quebrantando el consentimiento del Estado demandado a someter a arbitraje CIADI las controversias.
404. El Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI tampoco incluyen ninguna norma que prohíba la presentación de demandas conjuntas por varios inversores.
405. En el presente caso, ambos Demandantes comparten una única visión acerca de los hechos y de los derechos que alegadamente fueron violados por las actuaciones de la Demandada. Entre los inversores y Venezuela ha surgido una sola disputa y los inversores pretenden su resolución en un único arbitraje. La forma de actuación de las Demandantes es razonable; así se evita la existencia de dos procedimientos paralelos, que versarían sobre los mismos acontecimientos, una alternativa que incrementaría los costes y que crearía el riesgo de decisiones contradictorias. No hay razón alguna que justifique rechazar la demanda conjunta presentada por las dos Demandantes, y obligarlas a pleitear por separado.
406. Por lo demás, existen precedentes en los que en situaciones similares se alcanzó el mismo resultado.

---

<sup>367</sup> Schreuer: “The ICSID Convention: A Commentary”, Cambridge University Press (2da edición, 2009), p. 383: “Consolidation is the joinder of separate proceedings on the basis of common questions of law or fact in the underlying dispute”.

407. En *Suez I*, Suez invocó el APRI Francia-Argentina y Sociedad General de Aguas de Barcelona e Interagua Servicios Integrales invocaron el APRI España-Argentina. En *Suez II*, Suez y Vivendi invocaron el APRI con Francia y Sociedad General de Aguas de Barcelona el tratado con España. *Suez I* y *Suez II* fueron admitidos sin que la multiplicidad de AAPRI y de partes diera lugar a problemas en el registro del caso ni a una objeción de jurisdicción<sup>368</sup>.

Las Demandantes no emplean la cláusula NMF para consolidar reclamaciones

408. La Demandada también alega que las Demandantes invocaron la cláusula NMF para ampliar el ámbito del consentimiento ofrecido por Venezuela<sup>369</sup>.
409. Sin embargo, en realidad las Demandantes no lo han hecho, y en todo caso la existencia y el ámbito de la cláusula de NMF es irrelevante a los efectos de esta excepción jurisdiccional.

Los AAPRI no son incompatibles

410. Venezuela alega en último lugar que los AAPRI contienen acuerdos de arbitraje incompatibles<sup>370</sup>. Así el APRI Suiza-Venezuela no especifica el derecho aplicable, y en consecuencia sería de aplicación el artículo 42(1) del Convenio del CIADI<sup>371</sup>. Mientras tanto, el APRI Chile-Venezuela sí especifica el derecho aplicable en su artículo 8(7).
411. Es cierto que a cada una de las Demandantes le es aplicable un APRI diferente. Sin embargo, estos Tratados no son radicalmente distintos y mucho menos incompatibles. El ámbito de protección que ofrecen a los inversores extranjeros es análogo. Las diferencia que existen son fácilmente identificables – como por ejemplo con respecto a la cláusula *electa una vía*, que afecta a IDC pero no a Flughafen Zürich. El Tribunal tomará en consideración estas diferencias a la hora de adjudicar el fondo de la disputa.

---

<sup>368</sup> *Suez I* y *Suez II* fueron posteriormente consolidados por acuerdo de las partes (junto con un tercer procedimiento).

<sup>369</sup> C II, para. 323.

<sup>370</sup> C III, para. 318; C V, para. 87.

<sup>371</sup> C II, para. 326.

## **VI. RESPONSABILIDAD**

### **1. INTRODUCCIÓN**

412. Una vez establecido que el Centro tiene jurisdicción para administrar el procedimiento y que este Tribunal es competente para dirimir la disputa, debe examinarse su fondo.
413. El primer punto de este análisis es la determinación del Derecho aplicable (2). A continuación se examinará, conforme a la ley aplicable, la alegación principal de las Demandantes: la expropiación de su inversión (3). En secciones posteriores se examinará la alegación sobre violación del trato justo y equitativo (4), y finalmente la alegación de denegación de justicia (5).

## 2. LEY APLICABLE

414. La ley aplicable a las reclamaciones de cada una de las Demandantes debe determinarse conforme a lo dispuesto en su propio APRI y, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 42(1) del Convenio CIADI.

415. El APRI Chile-Venezuela dispone en su artículo 8(7) lo siguiente:

“El tribunal arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones del presente Acuerdo y de otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, de los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, del derecho de la parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, como los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables”.

416. El Tribunal Arbitral aplicará pues en primer lugar las disposiciones del propio APRI, y en ausencia de otros acuerdos relevantes entre Chile y Venezuela, los términos de los acuerdos particulares concluidos en relación a la inversión – el Contrato de Alianza Estratégica, el Derecho venezolano y los principios y normas de Derecho internacional que resulten aplicables.

417. El APRI Suiza-Venezuela no contiene ninguna disposición sobre la Ley aplicable. Por tanto, para su determinación debe acudir al artículo 42(1) del Convenio CIADI<sup>372</sup> que establece que:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de 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”.

418. Las fuentes previstas en el artículo 42(1) no difieren en lo sustancial de lo previsto en el artículo 8(7) del APRI Chile-Venezuela: los acuerdos entre Estado e inversor, el Derecho venezolano y las normas de derecho internacional, incluyendo el propio APRI.

419. El orden en que se enuncian las normas aplicables no es el mismo en cada una de las fuentes. Esto no es relevante, dado que no existe una relación jerárquica entre fuentes, sino de especialidad.

---

<sup>372</sup> C II, para. 324.

### 3. EXPROPIACIÓN

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

420. Las Demandantes alegan que República Bolivariana de Venezuela incurrió en cuatro violaciones de los AAPRI.

421. Primero, la Demandada habría expropiado, con efectos el 30 de diciembre de 2005, los derechos dimanantes del Contrato por el que la Gobernación del estado de Nueva Esparta había adjudicado el servicio público aeroportuario del Aeropuerto de Isla Margarita al Consorcio<sup>373</sup>.

422. Esta alegada “expropiación directa” se habría materializado en varios actos sucesivos, cada una de los cuales constituiría una violación del Derecho internacional. Las Demandantes agrupan esta cadena de actuaciones en lo que denominan un *íter expropriatorio*<sup>374</sup>, compuesto por tres actos administrativos, realizados por la Gobernación de Nueva Esparta, y dos sentencias del Tribunal Supremo:

- la Resolución de 10 de junio de 2005<sup>375</sup>, mediante la cual la Gobernación de Nueva Esparta revocó el Decreto 1.188 de adjudicación del Contrato;
- el Oficio de 29 de diciembre de 2005<sup>376</sup>, que ordenó la intervención del Aeropuerto;
- el Decreto 806 de 17 de julio de 2006, que acordó el rescate anticipado de la Concesión por razones de interés público<sup>377</sup>, y finalmente
- dos Sentencias, de 4 de agosto de 2006<sup>378</sup> y 4 de marzo de 2009<sup>379</sup> respectivamente, dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo; en la primera, la Alta Magistratura instituyó una Junta Interventora, a la que encomendó provisionalmente la dirección del Aeropuerto y avocó el conocimiento de todas las causas relacionadas con el Contrato; en la segunda, declaró terminado el proceso de intervención y entregó “el manejo y control” del Aeropuerto al Ministerio para la Infraestructura del Gobierno central.

423. La República de Venezuela por su parte niega la existencia de expropiación ilícita en violación de los AAPRI, alegando<sup>380</sup>

---

<sup>373</sup> C I, paras. 1 y 249; C IV, para. 103.

<sup>374</sup> C IV, para. 18.

<sup>375</sup> CD-69; ver paras. 77-82 *supra*.

<sup>376</sup> CD-114; ver paras. 83-85 *supra*.

<sup>377</sup> CD 147; ver paras. 86-88 *supra*.

<sup>378</sup> CD-148.

<sup>379</sup> CD-153.

<sup>380</sup> R III, paras. 125–133; R V, paras. 97-123.

- La existencia de vicios originarios en el otorgamiento del Contrato;
- La inexistencia de inversión por falta de contribución y riesgo;
- La naturaleza contractual de todas las medidas adoptadas por las Autoridades venezolanas;
- La naturaleza inexpropiable de derechos *in persona*;
- El incumplimiento de sus obligaciones por el Consorcio;
- Y la naturaleza temporal de la atribución del Aeropuerto al Gobierno central.

### 3.2. POSICIÓN DE LAS PARTES

#### A. Posición de las Demandantes

424. La principal alegación de las Demandantes es que la Demandada expropió su inversión, los derechos dimanantes del Contrato, a través de un *iter expropriatorio* que se compone de varias actuaciones sucesivas, realizadas por la Gobernación de Nueva Esparta primero y por el Tribunal Supremo después<sup>381</sup>.

#### Actos imputables a la Gobernación

425. La primera de las actuaciones tuvo lugar el 10 de junio de 2005, cuando la Gobernación dictó la Resolución<sup>382</sup> revocando el Decreto 1.188 de concesión del servicio público del Aeropuerto al Consorcio<sup>383</sup>. Esta Resolución se justificó por la existencia de vicios de ilegalidad en la adjudicación del Contrato<sup>384</sup>.

426. La Gobernación empleó esta Resolución como base para intervenir físicamente el Aeropuerto. Para las Demandantes, esta actuación ya les privó de su inversión<sup>385</sup>, aunque seis semanas después les fuera restituida la gestión del Aeropuerto por orden judicial<sup>386</sup>.

427. El 29 de diciembre de 2005, el Gobernador de Nueva Esparta ordenó mediante Oficio la intervención del Aeropuerto por el incumplimiento del Contrato de Concesión<sup>387</sup>. Las Demandantes afirman que la expropiación se consumó definitivamente al día siguiente, 30 de diciembre de 2005, con la toma por fuerzas policiales del Aeropuerto, pues desde aquella fecha no han vuelto a disponer de la administración del Aeropuerto<sup>388</sup>.

---

<sup>381</sup> C IV, para. 103.

<sup>382</sup> CD-69.

<sup>383</sup> CD-16.

<sup>384</sup> CD-69.

<sup>385</sup> C I, para. 245.

<sup>386</sup> C I, para. 246; CD-68.

<sup>387</sup> CD-114.

<sup>388</sup> C I, para. 167.

428. El Gobernador de Nueva Esparta acordó la intervención del Aeropuerto sobre la base de unos incumplimientos del Contrato de Alianza Estratégica<sup>389</sup> constatados por la Auditoría Técnica iniciada el 2 de diciembre de 2005. Las Demandantes entienden que aquella Auditoría Técnica padeció graves defectos en su tramitación y en sus conclusiones, que la invalidan para fundar cualquier decisión<sup>390</sup>.
429. La Gobernación de Nueva Esparta dictó el 17 de julio de 2006 el Decreto 806 por el que declaraba el término anticipado del Contrato invocando motivos de interés público<sup>391</sup>.
430. A juicio de las Demandantes, las razones aducidas por la Gobernación de Nueva Esparta para el rescate de la Concesión (“resolver la situación de impasse o *deadlock* que se había creado y para dar una solución a la irregularidad en que se encontraba el Consorcio”<sup>392</sup> y el “esfuerzo de la Gobernación de Nueva Esparta por plantear la disputa en otros términos”)<sup>393</sup> no constituyen razones de interés público, ni se corresponden con la situación real, ni con su verdadera intención.
431. Para las Demandantes, esta decisión no estuvo justificada porque:
- Primero, el artículo 141 de la Constitución Venezolana<sup>394</sup>, que dota de contenido al concepto de interés público en la República de Venezuela, lo hace como “una evaluación objetiva e imparcial que toma en consideración principios legales y constitucionales como el de eficacia y eficiencia, y los derechos fundamentales del afectado”<sup>395</sup>; esta formulación es incompatible con la intención manifestada por la Demandada de “resolver la situación de impasse o *deadlock*”.<sup>396</sup>
  - Segundo, el Decreto 806 no resolvió la situación de “impasse” a la que alude la Demandada<sup>397</sup>.
  - Tercero, no hubo un perjuicio para los usuarios del servicio, ni disminución de las utilidades del Aeropuerto que justificaran el rescate anticipado de la Concesión tal como dispone el Decreto 806<sup>398</sup>.

#### Actos imputables al Tribunal Supremo

432. La cuarta y última de las actuaciones que las Demandantes entienden como parte de la conducta expropiatoria de la República de Venezuela son dos Sentencias emanadas del Tribunal Supremo.

---

<sup>389</sup> C IV, para. 118.

<sup>390</sup> Ver paras. 523-525 *infra*.

<sup>391</sup> CD-147.

<sup>392</sup> C IV, para. 156, con cita de R III, para. 94.

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> CD-161.

<sup>395</sup> C IV, para. 159.

<sup>396</sup> *Ibid.*

<sup>397</sup> C IV, para. 158.

<sup>398</sup> CD-147; C IV, np. 216.

433. En primer lugar, la Sentencia de 4 de agosto de 2006 por la que el Tribunal Supremo avocó diversos recursos pendientes planteados entre ambas partes<sup>399</sup>. Con esta Sentencia, el Tribunal Supremo también acordó someter la administración del Aeropuerto a una Junta Interventora compuesta por cinco miembros, tres de ellos designados por el Poder Nacional, uno por el Estado de Nueva Esparta y uno por el Consorcio<sup>400</sup>, cuyas decisiones estarían supervisadas por dos veedores nombrados por el Tribunal Supremo. La misma Sentencia dispuso que la intervención del Aeropuerto se mantendría hasta que se resolviera el proceso contencioso administrativo que se estaba tramitando contra la revocación de la Concesión acordada por la Resolución. Para las Demandantes, esto carece de sentido, pues la Resolución ya había sido revocada por el Decreto 806<sup>401</sup> el 17 de junio de 2006.
434. Posteriormente, en la Sentencia de 4 de marzo de 2009, el Tribunal Supremo acordó remitir los recursos que en 2006 había avocado, al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental para que sea éste quien los resuelva<sup>402</sup>. Al mismo tiempo, declaró terminada la intervención del Aeropuerto y ordenó que se entregara la administración al Poder Nacional<sup>403</sup>. Las Demandantes alegan que éste fue “el paso final del íter expropiatorio que privó a las Demandantes de su inversión”, pues entienden que “la Sala Constitucional entregó el Aeropuerto al Poder Nacional (...) privando al Consorcio de cualquier posible restitución de sus derechos”<sup>404</sup>.

## **B. Posición de la Demandada**

435. La República Bolivariana de Venezuela alega que se vio obligada a llevar a cabo todas las actuaciones para el rescate de la Concesión debido, en primer lugar, a la existencia de “graves y esenciales vicios en el procedimiento de contratación”<sup>405</sup> que dejaron el Contrato sin efecto<sup>406</sup>. Adicionalmente la deficiente administración del Aeropuerto por las Demandantes hizo necesaria la terminación del Contrato<sup>407</sup>. En tercer lugar, la decisión de ordenar el rescate anticipado de la Concesión también fue necesaria para garantizar el servicio pacífico a los usuarios. Finalmente, las actuaciones de los tribunales de Venezuela fueron ajustadas a Derecho. Además, aún existían recursos a disposición de las Demandantes cuando éstas decidieron presentar

---

<sup>399</sup> C I, paras. 188 y ss; CD-148, pp. 83-84.

<sup>400</sup> CD-148.

<sup>401</sup> C I, para. 190.

<sup>402</sup> C II, para. 255.

<sup>403</sup> C I, para. 253. Se acordó la entrega al Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura. En la fecha de presentación de la demanda a 21 de octubre de 2011, Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y la Vivienda.

<sup>404</sup> C IV, paras. 168 y 170.

<sup>405</sup> R III, para. 77.

<sup>406</sup> R V, para. 129.

<sup>407</sup> R III, para. 77.

esta demanda ante el Centro<sup>408</sup>. Por todo ello, a juicio de la Demandada, no se habría demostrado la existencia de una expropiación<sup>409</sup>.

436. La República también se opone a la figura del *iter expropriatorio*, pues alega que sería imposible sostener que existió expropiación directa y, a la vez, una expropiación indirecta o progresiva. En todo caso, la fecha de expropiación no podría ser el 30 de diciembre de 2005, sino únicamente el momento final de estos actos sucesivos<sup>410</sup>.
437. La Demandada realiza las siguientes consideraciones sobre cada uno de los hechos que componen el *iter expropriatorio*.

#### Actos imputables a la Gobernación

438. La Resolución acordó la terminación del Contrato por la ilegalidad de la contratación. Fue el resultado de un procedimiento administrativo iniciado el 10 de mayo de 2005 que respetó el derecho de defensa de las Demandantes.
439. La Demandada alega que ni los recursos de nulidad que las Demandantes plantearon contra esta Resolución, ni las decisiones posteriores del Estado de Nueva Esparta, que se han invocado en este arbitraje, son relevantes para la decisión de este Tribunal.
440. Segundo, para la República de Venezuela ni el Oficio<sup>411</sup>, ni el Decreto 806<sup>412</sup> tienen relevancia sobre los “cuestionamientos de la legalidad del Contrato” que trata la Resolución.
441. En diciembre de 2005 se nombró una Auditoría Técnica sobre la ejecución de las obras y la prestación de los servicios del Contrato. El nombramiento tuvo lugar el 5 de diciembre de 2005, y el informe final se emitió el 12 de diciembre de 2005<sup>413</sup>. Para la Demandada este Informe de Auditoría evidenció “situaciones que podrían representar un incumplimiento de los niveles mínimos de calidad de servicio” exigidos por la cláusula 13ª del Contrato. Esto, junto con una Nota emitida por la autoridad aeronáutica venezolana, el INAC, de 23 de diciembre de 2005<sup>414</sup>, justificó para la República de Venezuela la intervención del Aeropuerto por el Gobierno de Nueva Esparta.
442. La Demandada entiende que este Informe de Auditoría es plenamente válido y legítimo, al ser todas sus conclusiones constataciones objetivas de la situación del Aeropuerto<sup>415</sup>, formuladas provisionalmente, y ratificadas cuando se examinó toda la

---

<sup>408</sup> R III, para. 152; R IV, para. 225.

<sup>409</sup> R V, paras. 126 y ss.

<sup>410</sup> R III, para. 249.

<sup>411</sup> R IV, para. 193.

<sup>412</sup> R IV, paras. 194 y 195.

<sup>413</sup> R III, para. 53.

<sup>414</sup> R IV, np. 426; R-57.

<sup>415</sup> R IV, para. 197.

documentación de las Concesionarias, a quienes dio audiencia el 22 de diciembre de 2005<sup>416</sup>. En consecuencia, en aplicación de la cláusula 25ª del Contrato<sup>417</sup>, el Gobernador adoptó la decisión de intervenir el Aeropuerto mediante un acto administrativo de 29 de diciembre de 2005<sup>418</sup>.

443. El 17 de julio de 2006 la Gobernación de Nueva Esparta dictó, de acuerdo con la cláusula 41ª del Contrato<sup>419</sup>, el Decreto 806 por el que ordenó el “rescate anticipado de la Concesión, buscando así superar el impasse o *deadlock* que se había creado y para dar una solución a la irregularidad en que se encontraba el Consorcio debido a la adjudicación ilícita del Contrato, las deficiencias en la administración del Aeropuerto y en la prestación del servicio y la falta de inversiones”<sup>420</sup>.
444. Para la República de Venezuela, la decisión del rescate se fundó en<sup>421</sup>:
  - el informe del Contralor General de la República de 17 de febrero de 2006 sobre la no aplicación “de las normas y procedimientos previstos en los instrumentos legales” en la contratación<sup>422</sup>;
  - el informe final de la Comisión Especial de la Asamblea Nacional de 7 de abril de 2005<sup>423</sup> de investigación de “las denuncias relacionadas con el Contrato”<sup>424</sup>.
445. El objetivo “primordial del acto de rescate anticipado fue preservar la continuación de la prestación del servicio público, cuya finalidad esencial e inherente es la satisfacción del interés general”<sup>425</sup>.
446. La Demandada sostiene que el Decreto 806 revocó la decisión de intervenir el Aeropuerto<sup>426</sup> pero ello “bajo ningún punto de vista implicó reconocer la legalidad del contrato y el cumplimiento con el mismo”<sup>427</sup>.
447. La Demandada añade que en realidad el Decreto 806 no debe ser parte de la discusión en este arbitraje porque “nunca entró en vigencia” pues “el Consorcio solicitó [su] anulación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo”. Además el Decreto establecía una posible compensación a las Demandantes por el daño que

<sup>416</sup> Esta audiencia se habría realizado el 22 de diciembre de 2005, R IV, np. 429.

<sup>417</sup> CD-17. Esta cláusula establece: “El Estado podrá ordenar la intervención de la prestación del servicio aeroportuario objeto de este Contrato en los siguientes supuestos: 25.1. Con carácter definitivo, cuando el Consorcio abandone el Aeropuerto, interrumpa el servicio de manera injustificada, incumpla el presente Contrato injustificadamente o sea declarado en quiebra”.

<sup>418</sup> R-8.

<sup>419</sup> R IV, para. 205.

<sup>420</sup> R III, para. 94.

<sup>421</sup> R IV, para. 204.

<sup>422</sup> R IV, np. 440.

<sup>423</sup> R IV, np. 443; R-48.

<sup>424</sup> R IV, para. 204.

<sup>425</sup> R IV, para. 203.

<sup>426</sup> R IV, para. 206.

<sup>427</sup> *Ibid.*

sufrieran<sup>428</sup>, que se habría satisfecho si las Demandantes no hubieran recurrido al Decreto ante el Tribunal Supremo<sup>429</sup>.

#### Actos imputables al Tribunal Supremo

448. La República de Venezuela entiende que el Tribunal Supremo resolvió correctamente cuando, después de varios recursos formulados por las partes y tras haber adoptado diversas resoluciones<sup>430</sup>, dictó la Sentencia de 4 de marzo de 2009, en la que acordó devolver las actuaciones al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor Oriental y mantener, conjuntamente, la intervención del Aeropuerto hasta la resolución del fondo por el Tribunal competente. El Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo con sede en el Estado de Nueva Esparta era el órgano judicial apropiado para conocer del fondo<sup>431</sup>. Para la Demandada, fueron las Demandantes quienes voluntariamente dejaron decaer el procedimiento al no instar ante el Juzgado Superior el trámite judicial que habían interpuesto oportunamente.

449. La Demandada entiende que la entrega al Poder Nacional del Aeropuerto fue temporal:

“(...) claramente estaba manifestando que no tenía carácter definitivo. Era la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente la que supeditaba la entrega al poder nacional y no a la inversa. Al mismo tiempo, la Sala Constitucional expresamente indicó que la sentencia ‘no abarca[ba] las decisiones que el Ejecutivo Nacional pudiera dictar en materia de Aeropuertos’<sup>432</sup>.

450. La Demandada afirma que el Tribunal Supremo clarificó el alcance temporal de su decisión en la Sentencia de 23 de julio de 2009<sup>433</sup>, dictada en aclaración de la Sentencia de 4 de marzo de 2009, que estableció que

“la ‘entrega al Poder Nacional estaba supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente’, con lo cual claramente estaba manifestando que no tenía carácter definitivo”<sup>434</sup>.

### **3.3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL**

#### **A. Introducción**

451. Las Demandantes alegan que la República Bolivariana de Venezuela ha expropiado su inversión en Venezuela, el Contrato para la administración del Aeropuerto. La

---

<sup>428</sup> R IV, para. 210.

<sup>429</sup> R-60.

<sup>430</sup> R III, paras. 96-108.

<sup>431</sup> R IV, para. 233.

<sup>432</sup> R IV, para. 231.

<sup>433</sup> CD-187; R IV, para. 229.

<sup>434</sup> R IV, para. 231; R V, para. 125.

Demandada lo niega. Para resolver esta disputa, el Tribunal procederá de la siguiente forma:

- En primer lugar, explicará la regulación de la expropiación en los AAPRI (**B**);
- En segundo lugar, establecerá los hechos probados (**C**);
- A continuación, determinará si los hechos pueden ser subsumidos dentro del *Tatbestand* de expropiación (**D**);
- O si constituyen una expropiación legítima, autorizada por los AAPRI (**E**);
- Para posteriormente evaluar las defensas invocadas por la República (**F**).

**B. La regulación de la expropiación en los AAPRI**

452. Como punto de partida conviene recordar el tenor literal de los artículos 6 de los AAPRI entre Chile y Venezuela y entre Suiza y Venezuela:

ARTICULO 6(1) APRI Chile-Venezuela:

“EXPROPIACION Y COMPENSACION. 1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente al de nacionalización o expropiación, salvo que dichas medidas no sean discriminatorias, que se ajusten a la ley y que den lugar al pago de una compensación efectiva y adecuada. El importe de la compensación, incluyendo sus intereses, si fuere el caso, se efectuará en moneda de libre convertibilidad y se pagará sin demora al beneficiario. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la compensación deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario”<sup>435</sup>.

Artículo 6 APRI Suiza-Venezuela:

“Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medida alguna de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que tuviere la misma naturaleza o efecto contra las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante salvo que dichas medidas se tomen por causas de interés público, que no sean discriminatorias, se ajusten a la Ley, y den lugar a una compensación efectiva y adecuada. Dicha compensación representará el valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias fueren tomadas o se hicieran del conocimiento público, si ocurriera antes; incluirá intereses desde la fecha de expropiación, será pagada sin demora en moneda de libre convertibilidad a las personas autorizadas para ello y será libremente transferible”<sup>436</sup>.

453. Los preceptos transcritos se expresan en términos de prohibición: imponen a la República Bolivariana de Venezuela (y también al otro Estado) que se abstenga de

<sup>435</sup> Se ha añadido el subrayado.

<sup>436</sup> Se ha añadido el subrayado.

adoptar “medidas expropiatorias”, salvo que éstas reúnan determinados requisitos: interés público<sup>437</sup>, no discriminación, legalidad y compensación adecuada<sup>438</sup>.

#### Medidas

454. El concepto de “medida”, que no se halla definido en ninguno de los AAPRI, debe entenderse en sentido amplio. Así se desprende (aplicando el artículo 31.1 de la CVDT) del propio texto de los AAPRI, que añade al sustantivo el adjetivo “alguna”, para indicar la omni-comprensividad. El concepto por lo tanto abarca todo tipo de actos administrativos, legislativos o judiciales, realizados por cualquiera de los poderes que constituyen la República (o por cualquier otra entidad de cuyos actos la República sea responsable de acuerdo con el Derecho internacional), y prohíbe que dichos actos resulten en una expropiación o en una nacionalización, o en una medida equivalente que produzca un efecto similar de desposesión.
455. Los AAPRI no definen los conceptos de “expropiación”, “nacionalización” ni “medida equivalente”, y esta laguna debe integrarse en base a los principios del Derecho internacional.

#### Expropiación

456. La “expropiación” radica en que el Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, desposee a un inversor protegido por el Tratado, privándole del control o de la titularidad de una inversión protegida violando los condicionamientos exigidos por el APRI. Desposesión implica que el inversor sufre la pérdida del uso y disfrute (y no necesariamente de la propiedad) sobre la inversión. La definición de los AAPRI se centra pues en el inversor, no en el Estado. No exige que la desposesión del inversor resulte en una apropiación en beneficio del Estado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el empobrecimiento del inversor provocará el recíproco enriquecimiento de un ente público, lo que facilitará la consideración de la actuación como expropiatoria. La definición de los Tratados tampoco exige que exista intención de desposeer.
457. Inversor e inversión son conceptos definidos en los propios AAPRI, y el Tribunal ya ha llegado a la conclusión que las dos empresas Demandantes son inversores a los efectos de los Tratados, y que los inversores son titulares de una inversión protegida, materializada en los derechos dimanantes del Contrato de gestión del Aeropuerto<sup>439</sup>.

<sup>437</sup> El APRI Chile-Venezuela no menciona expresamente el interés público.

<sup>438</sup> Ambos AAPRI establecen un nivel de protección equivalente. No hay pues necesidad de aplicar ninguna cláusula de nación más favorecida.

<sup>439</sup> Ver secciones 2, 3 y 4 de las Objeciones a la Jurisdicción *supra*.

### Nacionalización

458. “Nacionalización” es un concepto análogo al de expropiación, con el añadido de que en este caso el Estado sí que hace suya la inversión de la que ha desposeído al inversor<sup>440</sup>.

### Medidas equivalentes

459. El tercer concepto utilizado por el artículo 6 de los AAPRI es el de “medida equivalente que tenga un efecto similar”<sup>441</sup>. El circunloquio engloba lo que se suele conocer como expropiación regulatoria o indirecta. Se trata de actos legislativos o administrativos adoptados por un Estado, en ejercicio de sus facultades de regulación o policía, que no llegan a privar al inversor de la titularidad y control de su inversión, pero sí interfieren significativamente en su goce y disfrute.

### Excepciones

460. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias, nacionalizadoras o equivalentes no es absoluta. Los AAPRI las permiten, siempre que se cumpla una triple condición (y además se pague la correspondiente indemnización):
- Que obedezcan a causa de utilidad pública (aunque el APRI Chile-Venezuela no incluye *verbatim* esta exigencia);
  - Que no sean discriminatorias; y
  - Que se ajusten a la ley.
461. Una expropiación legítima obliga al pago de una compensación “efectiva y adecuada”, que
- Debe “representar el valor de mercado de la inversión expropiada”<sup>442</sup>;
  - En el momento “inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias fueren tomadas o se hicieran de conocimiento público, si ocurriere antes”;
  - “incluirá intereses desde la fecha de la expropiación”; y
  - “será pagada sin demora”;
  - “en moneda de libre convertibilidad ... libremente transferible”<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> En la práctica, el concepto de nacionalización se suele reservar a la expropiación en beneficio del Estado o de un ente público de recursos naturales o sectores industriales; ver Brownlie: “Principles of Public International Law”, 7ª ed. (2008), p. 532.

<sup>441</sup> El APRI Suiza-Venezuela se refiere a una medida que tenga “la misma naturaleza o efecto”; se trata de una mera precisión semántica, sin trascendencia en el ámbito material de la protección.

<sup>442</sup> Esta precisión solo se encuentra en el APRI Suiza-Venezuela.

<sup>443</sup> Aunque hay pequeñas diferencias en la redacción utilizada por ambos Tratados, no hay diferencia material en la regulación jurídica; las citas son del APRI Suiza-Venezuela.

Relación con un procedimiento judicial ordinario

462. El artículo 6(1) *in fine* del APRI Chile-Venezuela contiene una frase final que da lugar a una duda interpretativa (duda que no surge en el APRI Suiza-Venezuela, por carecer de la mención).
463. La frase es la siguiente:
- “La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable y el monto de la compensación deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario”.
464. Las partes han dado interpretaciones diferentes de cómo debe leerse este precepto.
465. Para la Demandada, este precepto obliga a los inversores a acudir a los tribunales internos con carácter previo (requisito procesal) y limita la cuantía que podría reclamarse, que no podría ser distinta de la reclamable ante tribunales venezolanos (requisito sustantivo)<sup>444</sup>.
466. Las Demandantes por el contrario entienden que esta disposición impone a los Estados la obligación de establecer mecanismos en su sistema judicial ordinario para que se pueda establecer, no sólo la existencia de una expropiación, sino también el importe de la compensación<sup>445</sup>.
467. El Tribunal coincide con las Demandantes.
468. El artículo 6(1) tiene que ser leído en conexión con el artículo 8(3):
- “Una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una y otra modalidad será definitiva”.
469. Este precepto ofrece al inversionista la alternativa de someter una controversia a un tribunal nacional del Estado receptor de la inversión, o a arbitraje internacional – correspondiendo la elección al inversor y siendo la decisión definitiva.
470. El artículo 6(1) – un tipo de cláusula muy frecuente en los AAPRI chilenos<sup>446</sup> - no hace más que desarrollar este principio: obliga a los Estados contratantes a establecer los cauces para que un inversor pueda acudir a un tribunal nacional, y éste comprobar a través de un procedimiento ordinario tanto la legalidad de la expropiación como el monto de compensación debido. El término “comprobable” indica una posibilidad ofrecida al inversionista, no una obligación.
471. Esta interpretación en realidad es la única razonable, porque la propuesta por la Demandada lleva a un contrasentido:

---

<sup>444</sup> R V, para. 131.

<sup>445</sup> C V, para. 105.

<sup>446</sup> C V, np. 182.

- según la República todo inversor expropiado estaría siempre obligado a optar por un recurso previo a los tribunales internos;
  - existiendo la cláusula *electa una vía*, una vez que el inversor interpusiera la acción ordinaria ante la justicia venezolana, tal elección significaría la exclusión para siempre del arbitraje internacional;
  - con la consecuencia de que ninguna disputa expropiatoria se podría someter nunca a arbitraje internacional: el inversor siempre debería acudir previamente a la vía interna y toda elección por la vía interna sería final.
472. Tal interpretación es a todas luces contraria al artículo 8 del Tratado y por ello debe ser desechada.
473. La conclusión alcanzada por el Tribunal en la interpretación del artículo 6(1) APRI Chile-Venezuela coincide con la adoptada por otros tribunales, interpretando tratados de tenor similar<sup>447</sup>.

### C. **Hechos probados**

474. Constituyen hechos probados los siguientes:
475. (i) El 24 de mayo de 2005 el Secretario General de Gobierno de Nueva Esparta inició un procedimiento administrativo, por orden del Gobernador Ciudadano Morel Rodríguez, para verificar la legalidad del Contrato y revocar el Decreto 1.188.
476. (ii) El 6 de junio de 2005 el Consorcio presentó una solicitud de amparo constitucional y de medida cautelar por violación del derecho a la defensa, al debido proceso y al honor, frente al procedimiento iniciado el 24 de mayo de 2005. La medida cautelar fue otorgada el 10 de junio de 2005. El Juzgado ordenó a la Gobernación de Nueva Esparta mantener la situación del Aeropuerto conforme a lo establecido en el Contrato.

### La Resolución

477. (iii) En esa misma fecha, 10 de junio de 2005, la Gobernación dictó la Resolución que revocaba el Decreto 1.188 y anulaba el Contrato. El 13 de junio de 2005, un contingente policial acompañado de altos funcionarios de la Gobernación de Nueva Esparta tomó el control del Aeropuerto.
478. El 13 de junio de 2005 el Gobernador de Nueva Esparta ordenó que las cuentas bancarias del Consorcio fueran puestas a disposición de la Gobernación. Dos días después, el 15 de junio de 2005, D<sup>a</sup>. Ana Emma Longart Guerra, Juez del Juzgado Superior de Nueva Esparta, ordenó el cambio de titularidad de las cuentas bancarias del Consorcio en favor de la Gobernación de Nueva Esparta.

---

<sup>447</sup> *Inmaris*, para. 302; *Siemens* para. 261.

479. (iv) El 21 de julio de 2005 el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental ordenó a la Gobernación restituir al Consorcio en la prestación de los servicios aeroportuarios; cinco días después la Gobernación cumplió el mandato y restituyó al Consorcio en la gestión del Aeropuerto.
480. (v) El 5 de septiembre de 2005 la Compañía Operadora del Consorcio presentó un amparo constitucional frente a las actuaciones de la Juez Longart Guerra, alegando que las cuentas del Consorcio se habían intervenido ilícitamente. Esta acción de amparo fue admitida a trámite por el Tribunal Supremo el 20 de octubre de 2005.
481. (vi) El 2 de diciembre de 2005 la Gobernación de Nueva Esparta solicitó que se realizara una Auditoría Técnica de la situación del Aeropuerto, ante el temor de que se estuviera incumpliendo el Contrato. El 12 de diciembre de 2005 se emitió el Informe Final de Auditoría Técnica del Aeropuerto, sobre el cual se inició un procedimiento administrativo para la terminación del Contrato el 16 de diciembre de 2005.
482. (vii) El 21 de diciembre de 2005 el Consorcio interpuso una nueva acción de amparo constitucional contra la Gobernación de Nueva Esparta y solicitó la suspensión del procedimiento administrativo para la terminación del Contrato. Esta medida se otorgó el 22 de diciembre de 2005.

#### El Oficio

483. (viii) A pesar de ello, el 29 de diciembre de 2005 el Gobernador de Nueva Esparta dictó un Oficio ordenando la intervención del Aeropuerto. El 30 de diciembre de 2005, la Gobernación tomó el control del Aeropuerto con el amparo de fuerzas policiales.
484. Desde el 30 de diciembre de 2005 el Consorcio ha sido apartado de la administración del Aeropuerto y no ha podido ejercer los derechos dimanantes del Contrato.
485. (ix) El 13 de junio de 2006 el Juzgado Superior Contencioso Administrativo confirmó que en el proceso administrativo previo a la intervención del Aeropuerto la Gobernación había incurrido en violaciones al debido proceso. Esto dio lugar a que el 29 de junio de 2006 ese Juzgado ordenara la entrega inmediata del Aeropuerto al Consorcio, en ejecución forzosa de sentencia.

#### El Decreto 806

486. (x) Poco tiempo después, el 17 de julio de 2006 la Gobernación de Nueva Esparta promulgó el Decreto 806, mediante el que
  - revocaba la Resolución que había declarado el Contrato nulo e inexistente,
  - revocaba el Oficio por el que se había ordenado la intervención del Aeropuerto y
  - ordenaba el “rescate anticipado” del Contrato.

487. El Decreto 806 reconocía al Consorcio derecho a una indemnización por el valor no recuperado de la inversión y por el 50% del valor presente de los beneficios no obtenidos. La indemnización nunca se ha llegado a pagar.

#### La Junta Interventora

488. (xi) El 4 de agosto de 2006 el Tribunal Supremo, tras avocar todas las causas pendientes en relación al Aeropuerto, nombró una Junta Interventora para la administración del Aeropuerto, controlada por el Poder Nacional, y supervisada por dos veedores nombrados por el propio Tribunal.

#### Traspaso del Aeropuerto al Poder Nacional

489. (xii) El 4 de marzo de 2009 el Tribunal Supremo acordó devolver las causas avocadas al Tribunal de instancia, y encomendar la administración del Aeropuerto al Ejecutivo Nacional. En aclaración de Sentencia el Tribunal Supremo clarificó que la decisión no era definitiva, pero que no abarcaba las decisiones que el Ejecutivo Nacional pudiera dictar en materia de aeropuertos.

#### Asunción definitiva por el Poder Nacional

490. (xiii) En julio de 2007 la Procuraduría General de la República había solicitado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo una interpretación vinculante sobre el alcance del artículo 164(10) de la Constitución Venezolana. En abril de 2008 – es decir unos meses antes de dar por finalizado el avocamiento - la Sala Constitucional resolvió la solicitud, reconociendo la competencia sobre los aeropuertos al Poder Nacional y ordenándole a la Asamblea Nacional que dictara la ley correspondiente<sup>448</sup>.
491. Posteriormente, en el mes de marzo de 2009 – coetáneamente con la decisión del Tribunal Supremo de entregar la administración del Aeropuerto al Poder Nacional- la Asamblea Nacional aprobó Ley Orgánica de Descentralización<sup>449</sup>, que permitía al Ejecutivo Nacional “revertir” la transferencia de competencias sobre bienes o servicios de interés público general (como por ejemplo, aeropuertos), en su día cedidas a los Estados.
492. (xiv) El 15 de marzo de 2009 el Presidente Chávez hizo una declaración pública en la que reveló que en cumplimiento de la Ley Orgánica de Descentralización el Poder Nacional estaba recuperando una serie de puertos y aeropuertos y especificó que “otro aeropuerto que recuperaremos será el de Margarita”<sup>450</sup>.

#### Resumen de los hechos

493. Al día de hoy,

---

<sup>448</sup> ABC-61.

<sup>449</sup> C IV, para. 271; CD-154.

<sup>450</sup> Véase artículos de prensa en CD-155 y video en CD-156.

- la administración del Aeropuerto de Isla Margarita continúa en manos del Poder Nacional, mientras que las Demandantes se ven impedidas de ejercer los derechos derivados del Contrato;
- no se ha aportado prueba de que el proceso contencioso administrativo en su día avocado por el Tribunal Supremo y después remitido al Juzgado Superior, ni ninguno de los múltiples otros procedimientos iniciados por las partes, haya finalizado con la emisión de una sentencia firme que resolviera la disputa entre las partes;
- el Consorcio no ha recibido ninguna compensación por la pérdida del Contrato, a pesar de que el Decreto 806 le reconoció este derecho.

**D. Subsunción de los hechos en el concepto de expropiación**

494. Los hechos probados muestran

- que el Consorcio en su momento recibió de la Gobernación de Nueva Esparta el encargo – formalizado en el Contrato – de gestionar el Aeropuerto de Isla Margarita,
- que en la actualidad ha sido privado de la gestión y de los derechos que el Contrato le otorgaban, y
- que, a consecuencia de diversas medidas adoptadas por la Gobernación de Nueva Esparta y del Tribunal Supremo, la gestión ha sido traspasada al Poder Nacional.

495. En opinión del Tribunal, la República Bolivariana de Venezuela ha incumplido la prohibición, establecida en los artículos 6 de ambos AAPRI, de no adoptar medida alguna para expropiar o nacionalizar una inversión cuyo titular sea un inversionista protegido por los Tratados.

496. Las Demandantes alegan concretamente que la expropiación que han sufrido debe ser calificada como una expropiación directa<sup>451</sup>.

497. El Tribunal coincide.

498. La doctrina y jurisprudencia aceptan comúnmente que la diferencia entre la expropiación directa e indirecta se encuentra en “*whether the legal title of the owner is affected by the measure in question*”<sup>452</sup>. En este caso, los derechos dimanantes del Contrato han pasado íntegramente de las Demandantes a la República, sin que las expropiadas conserven ni si quiera un derecho nominal sobre la inversión.

499. La decisión de entender que las medidas adoptadas por Venezuela constituyen una expropiación directa se fundamenta en los siguientes razonamientos:

<sup>451</sup> C I, paras. 243 y ss; C IV, para. 103.

<sup>452</sup> Dolzer & Schreuer: “Principles of International Investment Law”, Oxford University Press, (2da edición 2012), p. 101.

Medidas expropiatorias...

500. Las Demandantes señalan que la expropiación adoptó la forma de un *íter expropriatorio*, en el que sucesivas medidas imputables a la República terminaron produciendo la desposesión de los derechos.
501. Nada hay que objetar a esta concepción.
502. Los AAPRI no exigen que la expropiación se realice a través de un solo acto. Al contrario, si varias medidas pueden dar lugar a una medida equivalente a la expropiación (en esos casos, comúnmente se habla de “*creeping expropriation*”), varias medidas también pueden dar lugar a una expropiación directa. Inversamente, una única actuación pública puede dar lugar tanto a una expropiación directa, como constituir una medida equivalente.
503. La República Bolivariana es responsable, de acuerdo con los principios del Derecho internacional, por los actos realizados por la Gobernación de Nueva Esparta y por el Tribunal Supremo. La Gobernación y el Tribunal Supremo ha adoptado varias medidas sucesivas con el resultado que las Demandantes, inversores protegidos titulares de una inversión protegida, han sido desposeídos de dicha inversión. La desposesión fue provocada<sup>453</sup>
- Inicialmente a través del Oficio de 29 de diciembre de 2005 por el que la Gobernación decretó la intervención del Aeropuerto – una decisión *iure imperii* que apartó a los inversores de la gestión del Aeropuerto y les privó del uso y disfrute de los derechos dimanantes del Contrato; un día después la Gobernación tomó el control físico del Aeropuerto mediante el uso de fuerzas policiales y asumió directamente su gestión;
  - (Es cierto que en 2006, el Decreto 806 revocó el Oficio, sustituyendo por el rescate de la concesión; pero los efectos de la intervención no desaparecieron: las Demandantes nunca fueron reinstauradas en los derechos dimanantes del Contrato);
  - Posteriormente las Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de agosto de 2006 y de 4 de marzo de 2009 traspasaron la gestión del Aeropuerto a una Junta Interventora y posteriormente al Poder Nacional;
504. La República ha puesto mucho énfasis en la aclaración del Tribunal Supremo de que la cesión de la gestión al Poder Nacional no tenía carácter definitivo, y quedaba a expensas de la decisión final que adoptase el Tribunal de instancia<sup>454</sup>. El propio Tribunal Supremo, sin embargo, condiciona su interpretación a las decisiones del Poder Nacional. En realidad, desde marzo de 2009 el Poder Nacional ha asumido la administración del Aeropuerto, sin que exista expectativa de que la gestión pueda ser restituida ni a las Demandantes ni al Estado de Nueva Esparta.

<sup>453</sup> Hubo una desposesión inicial, causada por la Resolución; pero esta desposesión solo fue temporal, pues la Gobernación restituyó la gestión al Consorcio y no es causa de la expropiación.

<sup>454</sup> R IV, paras. 230 y 231.

### ...y de nacionalización

505. Las medidas de la República no son simplemente expropiatorias, sino también nacionalizadoras. Los derechos de los que han sido privados los inversores extranjeros, han pasado a integrarse al patrimonio del Poder Nacional, reforzándose así el convencimiento de que las medidas adoptadas tienen carácter expropiatorio<sup>455</sup>. En realidad lo que ha ocurrido es que el Estado central ha tomado la decisión de re-nacionalizar la prestación de un servicio – la gestión aeroportuaria – que la Gobernación de un estado había decidido privatizar. Estamos nítidamente ante lo que los AAPRI consideran “medidas de nacionalización”.

### De naturaleza soberana

506. Las medidas adoptadas por un Estado, para poder ser calificadas como expropiatorias o de nacionalización, exigen adicionalmente que hayan sido ejecutadas en ejercicio de poderes soberanos – no que se trate de meros actos de naturaleza contractual. Este requisito se cumple en el presente caso:

- La intervención decretada por la Gobernación de Nueva Esparta no es un acto de naturaleza contractual, que pueda ser ejercitado en la contratación entre privados; la intervención es una potestad excepcional de naturaleza administrativa, de la que únicamente dispone un Estado, y que forma parte de las funciones de policía y/o de los poderes de regulación de los que las administraciones públicas disponen en determinados sectores; esta potestad autoriza al Estado a interferir, por razones de interés público, a interferir en la forma en la que una empresa privada está proveyendo un servicio público<sup>456</sup>;
- Las Sentencias del Tribunal Supremo son actos de naturaleza judicial, ejecutados en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, por uno de los poderes del Estado venezolano.

### Fecha relevante

507. Los hechos descritos permiten también establecer la fecha relevante a efectos de la expropiación.
508. Esta fecha debe coincidir con el momento en que se produjo la desposesión efectiva del inversor. En nuestro caso, se trata del 30 de diciembre de 2005, fecha en la que la Gobernación de Nueva Esparta, con el auxilio de la fuerza pública, asumió el control efectivo del Aeropuerto, expulsando al Consorcio y privándole de la posesión sobre las instalaciones, de la que legítimamente disponía en cumplimiento del Contrato. El

---

<sup>455</sup> La dualidad desposesión/apropiación constituye una prueba *prima facie* de que el Estado ha expropiado el activo; ver Newcombe: “The Boundaries of regulatory expropriation in International Law”, (2005) 20:1 ICSID REVIEW, p. 6, n. 19.

<sup>456</sup> La intervención está comprendida dentro de las sanciones sustitutivas que forman parte del elenco de potestades exorbitantes de la Administración, ver Bercaitz: “Teoría general de los contratos administrativos”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 420; Saur, para. 387.

manejo y control del Aeropuerto pasó en 2009 al Poder Nacional, pero en ningún momento ha sido recuperado por los inversores.

509. En resumen: el Tribunal Arbitral concluye que las medidas adoptadas por la Gobernación del Estado de Nueva Esparta y por el Tribunal Supremo constituyen una expropiación directa, y más concretamente una nacionalización de la inversión perteneciente a las Demandantes, que gozan del estatuto de inversores protegidos por los AAPRI.

**E. Las medidas no constituyen una expropiación legítima**

510. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias o nacionalizadoras no es absoluta: los AAPRI permiten – como hemos visto<sup>457</sup> – que los estados expropien o nacionalicen inversiones pertenecientes a inversores protegidos, siempre que se cumplan ciertas condiciones:

- Que obedezcan a causa de utilidad pública (aunque el APRI Chile-Venezuela no incluye *verbatim* esta exigencia);
- Que no sean discriminatorias;
- Que se ajusten a la ley; y
- Que el Estado pague una compensación efectiva y adecuada, que represente su valor de mercado.

511. En el presente caso, varios requisitos no se han cumplido, impidiendo que la expropiación pueda ser considerada como legítima:

- la intervención del Aeropuerto decretada por la Gobernación de Nueva Esparta no se ajustó a la propia ley venezolana: el Juzgado Superior Contencioso Administrativo confirmó la existencia de violaciones al debido proceso en el procedimiento administrativo que dio lugar a la intervención y ordenó la devolución inmediata del Aeropuerto al Consorcio –devolución que la Gobernación pretendió evitar promulgando el Decreto 806 y ordenando el rescate de la concesión;
- las Demandantes no han recibido compensación alguna por la pérdida de su inversión - el Decreto 806 le reconoció a las Demandantes el derecho a ser indemnizados, pero la indemnización ni se ha concretado ni se ha satisfecho.

**F. Defensas invocadas por la República**

512. La República Bolivariana ha aducido una serie de defensas, que en su opinión justificarían la re-nacionalización del Contrato:

---

<sup>457</sup> Ver paras. 460 y 461 *supra*.

- En primer lugar la Demandada estima que los inversores no tenían una inversión protegida por los AAPRI, porque el otorgamiento de la concesión no se habría ajustado al Derecho venezolano y porque no asumieron ningún riesgo ni realizaron contribución<sup>458</sup> (a);
- En segundo lugar, la Demandada alega que la intervención del Aeropuerto estuvo justificado por la defectuosa prestación del servicio, lo que se habría constatado en la Auditoría Técnica de 12 de diciembre de 2005, de carácter independiente y realizada con plenas garantías para las Demandantes<sup>459</sup> (b);
- En tercer lugar, los derechos otorgados por el Contrato no serían susceptibles de ser expropiados<sup>460</sup> (c);

**a. Inexistencia de inversión protegida**

513. La Demandada afirma que las Demandantes no acreditan tener una inversión protegida al amparo de los AAPRI, al no haberse otorgado la Concesión conforme a Derecho venezolano<sup>461</sup>. Por tanto, al no haber inversión conforme a los AAPRI, no puede haber expropiación. Para la República de Venezuela,

*“any investment susceptible to being expropriated must be a right or asset duly constituted, defined, formed and recognized under the laws of the host State that is granting the protection under the IIA (McLachlan et al., 2007, pp. 181–183). This is due to the fact that international law of expropriation is only concerned with the protection of property rights or other economic interests and does not regulate their process of creation”*<sup>462</sup>.

514. El Tribunal ya ha tenido la ocasión de analizar este mismo argumento, pues la Demandada lo ha utilizado también como excepción a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. En aquella ocasión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la Demandada no ha logrado probar que el Gobernador de Nueva Esparta al adjudicar el Contrato al Consorcio, hubiera violado el Derecho público venezolano o hubiera contravenido la Constitución Venezolana, la Constitución de Nueva Esparta ni la normativa administrativa por la que se regía la Gobernación del Estado<sup>463</sup>.
515. La Demandada añade que no existiría inversión, porque las Demandantes no habrían realizado contribución ni asumido riesgo en el desarrollo de la actividad<sup>464</sup>.
516. Esta también fue utilizada como excepción jurisdiccional, y también ha sido rechazada por el Tribunal, que ha sentado la conclusión de que los inversores, al gestionar el Aeropuerto en cumplimiento del Contrato,

<sup>458</sup> R III, paras. 125-129.

<sup>459</sup> R IV, para. 253

<sup>460</sup> R III, paras. 140-147.

<sup>461</sup> R III, paras. 125 y ss.

<sup>462</sup> UNCTAD: “Expropriation-A Sequel”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 22; R III, np. 133.

<sup>463</sup> Ver paras. 301 y ss. *supra*.

<sup>464</sup> R III, para. 131.

- hicieron contribuciones significativas y
- asumieron un riesgo empresarial típico de inversiones<sup>465</sup>.

**b. La intervención del Aeropuerto estuvo justificada**

517. El Tribunal ya ha concluido que la Resolución del Gobernador decretando la intervención de la concesión fue la medida que desencadenó la desposesión definitiva del Consorcio y con ello la expropiación de los derechos dimanantes del Contrato.
518. Frente a esta conclusión, se alza la Demandada alegando que la intervención del Aeropuerto estuvo justificada, y que su causa debía buscarse en la defectuosa prestación del servicio. Estos defectos se habrían constatado en la Auditoría Técnica de 12 de diciembre de 2005, que tuvo carácter independiente y fue el resultado de un proceso con plenas garantías para las Demandantes<sup>466</sup>.
519. El Tribunal no comparte la posición de la Demandada, por dos razones:
- El Gobernador decretó la intervención pese a que previamente un juez había dictado una medida cautelar que ordenaba la suspensión del procedimiento administrativo; y además
  - Se advierten claras deficiencias en la tramitación de la Auditoría Técnica y en el proceso administrativo de intervención.
520. Constituyen hechos probados:
- El 2 de diciembre de 2005 la Gobernación de Nueva Esparta encargó la Auditoría Técnica del Aeropuerto, para examinar si se había incumplido el Contrato<sup>467</sup>.
  - Diez días después, el 12 de diciembre de 2005, se emitió el informe final de dicha Auditoría<sup>468</sup>.
  - El 16 de diciembre el Gobernador del Estado de Nueva Esparta dispuso la iniciación de un procedimiento administrativo para la intervención del Contrato<sup>469</sup>, acción frente a la cual el Consorcio interpuso nuevamente acción de amparo constitucional y cautelar<sup>470</sup>.

---

<sup>465</sup> Ver paras. 255-258 *supra*.

<sup>466</sup> R IV, para. 253.

<sup>467</sup> C I, para. 160; CD-97.

<sup>468</sup> C I, para. 161; R III, para. 53; CD-104.

<sup>469</sup> C I, para. 162; CD-108.

<sup>470</sup> C I, para. 163; R III, para. 84; CD-109.

- El 22 de diciembre de 2005 el Juzgado de Primera Instancia ordenó “la suspensión del procedimiento administrativo”<sup>471</sup> que la Gobernación había iniciado el 5 de diciembre de 2005<sup>472</sup>.
- A pesar de ello, el 29 de diciembre de 2005 el Gobernador del Estado de Nueva Esparta dictó el Oficio<sup>473</sup> mediante el cual  

“se ordena la intervención de la prestación del servicio aeroportuario objeto del Contrato de Alianza Estratégica”

#### Violación de orden judicial

521. Existiendo una orden judicial que ordenaba la suspensión del procedimiento administrativo, la decisión del Gobernador de intervenir la concesión en ningún caso puede considerarse justificada en Derecho. Toda Autoridad administrativa está sujeta a la Ley y a los mandatos de los Tribunales de Justicia.
522. Pero no solo es eso.

#### Deficiencias en la tramitación administrativa

523. Existen también graves deficiencias en la Auditoría Técnica y en la tramitación administrativa.
524. La Auditoría Técnica fue ordenada el 2 de diciembre de 2005, inició sus trabajos el 5 de diciembre y el 12 de diciembre ya había dictado sus conclusiones “provisorias”. Estas conclusiones se alcanzaron *inaudita parte*, sin que las Demandantes tuvieran oportunidad de alegar lo que a su derecho conviniera<sup>474</sup>. Este gravísimo vicio procesal socava el valor de la Auditoría: es un principio básico de justicia que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la oportunidad de hacer oír sus argumentos<sup>475</sup>.
525. En todo caso, las conclusiones de la Auditoría son bastante limitadas: solo imputa un único incumplimiento al Consorcio, consistente en que en el Aeropuerto se estarían violando ciertas normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Es de resaltar que la Auditoría no advierte incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consorcio en el Contrato, ni de ninguna obligación en materia de seguridad aeronáutica.

---

<sup>471</sup> CD-110, p. 3.

<sup>472</sup> C I, para. 164; CD-110.

<sup>473</sup> CD-114.

<sup>474</sup> CD-104, que en su pág. 3 se refiere a dos conversaciones con los arquitectos del Consorcio, para que informaran de un aspecto muy concreto de la Auditoría (del progreso de las obras); no hay referencia alguna a que los auditores hubieran dado al Consorcio la oportunidad de alegar sobre las conclusiones del informe antes de su emisión.

<sup>475</sup> Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito el 4 de noviembre de 1950.

526. A pesar de estas conclusiones, lo cierto es que el 16 de diciembre – apenas cuatro días después de la emisión de la Auditoría – el Gobernador ordenó iniciar un procedimiento administrativo que desembocaría en la intervención<sup>476</sup>, citando las conclusiones alcanzadas en la Auditoría como única causa de su decisión. El procedimiento solo preveía un trámite adicional: la audiencia del Consorcio, que tendría lugar el tercer día hábil subsiguiente, en el despacho del propio Gobernador. No consta en autos si la audiencia se llegó a celebrar, puesto que en el ínterin el Juez ordenó la suspensión del procedimiento.
527. El 29 de diciembre de 2005, sin que conste que se hubieran practicado trámites administrativos adicionales, y a pesar de la medida cautelar promulgada por el Juez, el Gobernador publicó el Oficio, decretando la intervención de la concesión, nombrando al ciudadano Henry Millán Lugo como interventor y asignándole los más amplios poderes. El contenido del Oficio – un documento de escasamente dos folios - se limita a ordenar la intervención y a establecer las facultades del interventor, careciendo de todo razonamiento justificativo. En especial, el Oficio no razona ni en términos fácticos ni en términos jurídicos cómo las conclusiones alcanzadas en la Auditoría – el incumplimiento de ciertas obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo - puede justificar una medida tan excepcional como es la intervención del Aeropuerto, apartando al Consorcio de la gestión y nombrando en su sustitución a un interventor con plenas facultades de administración.
528. En resumen: el Tribunal constata que la República Bolivariana no ha sido capaz de probar que la intervención
- fue una medida justificada,
  - precedida de una Auditoría seria e independiente,
  - adoptada tras una tramitación garantista,
  - fundada en incumplimientos del Contrato o de la normativa específica por la que se rigen los aeropuertos en Venezuela,
  - y necesaria por razones de utilidad pública o para preservar los legítimos derechos de los usuarios.
529. Los hechos más bien parecen indicar lo contrario: el Gobernador adoptó la decisión de intervenir de forma precipitada, en contra de una medida cautelar dictada por un Juez, en base a una Auditoría emitida *inaudita parte*, y sin razonar ni justificar los motivos de la medida.

**c. Los derechos del Contrato no eran susceptibles de ser expropiados**

530. Alega finalmente la Demandada que el Contrato solo otorga a las Demandantes derechos *in personam*, dado que “no tenían ningún derecho en virtud del Contrato

---

<sup>476</sup> CD-107.

que se pudiera describir como derechos que tengan una base de propiedad”<sup>477</sup>. En su Memorial de Dúplica, la República de Venezuela concretó su argumento afirmando que

“para poder alegarse que se expropió un servicio público, entre otras cosas, tendría que probarse que el contrato en cuestión es una materialización de un derecho *in rem* del inversor y que el inversor realizó contribuciones substanciales. Sólo una vez que esto se encuentre probado, el tribunal podrá analizar si se cumplen los requisitos para configurar una expropiación en los términos de los TBIs invocados”.<sup>478</sup>

531. El Tribunal no comparte el razonamiento de la Demandada.

532. En primer lugar, por una cuestión de hecho. Como se ha explicado *supra*<sup>479</sup> al celebrar y ejecutar el Contrato, las Demandantes realizaron una contribución y asumieron un riesgo. Existe una inversión, realizada por los inversores y materializada en el Contrato, que cumple con los requisitos exigidos por los AAPRI y por el Convenio del CIADI. Por tanto, dado que el razonamiento de la Demandada descansa en que “su inversión fue igual a 0”<sup>480</sup> y que este razonamiento no se corresponde con los hechos, la alegación de la Demandada no puede prosperar.

533. En segundo lugar, la Demandada define un derecho *in rem* como aquel que puede ser opuesto frente a terceros. Al analizar este tipo de derechos en el ámbito contractual, la propia Demandada los define como aquéllos que toman la forma de “*intangible property*”, tales como derechos sobre recursos naturales u otros “*granted by a public act of the host state*”<sup>481</sup>. Este es, precisamente, el caso en el que nos encontramos: las Demandantes obtuvieron, mediante adjudicación por el Poder Estatal, un derecho *erga omnes* para la explotación de un bien de titularidad pública, la concesión para explotar el Aeropuerto de Isla Margarita.

---

<sup>477</sup> R III, para. 139.

<sup>478</sup> R IV, para. 66.

<sup>479</sup> Ver paras. 238 y ss.

<sup>480</sup> R III, para. 138.

<sup>481</sup> R III, para. 136.

#### **4. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

##### **4.1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

###### **A. Posición de las Demandantes**

534. Las Demandantes entienden que las mismas actuaciones de la Gobernación de Nueva Esparta que han dado lugar a la expropiación ilegítima, constituyen también una violación de la obligación de brindar trato justo y equitativo [en adelante “TJE”] al inversor protegido por los AAPRI.
535. Según las Demandantes, tales actuaciones (llevadas a cabo en tres momentos distintos, usando tres procedimientos diferentes y bajo premisas de hecho y derecho incongruentes entre sí) evidencian la voluntad del Gobernador de Nueva Esparta de terminar el Contrato por cualquier medio<sup>482</sup>. Las inversoras entienden que todas estas actuaciones fueron contradictorias, incoherentes, arbitrarias y violaron el derecho al debido proceso<sup>483</sup>.
536. El primer hecho que señalan las Demandantes es la revocación por la Gobernación del Decreto 1.188 por medio de la Resolución dictada en junio de 2005. El Gobernador de Nueva Esparta había realizado declaraciones en prensa<sup>484</sup> en las que afirmaba la libertad del Gobierno para revocar el Contrato<sup>485</sup>. Para las Demandantes, estas declaraciones negaron el derecho a la presunción de inocencia de las Demandantes. Entienden además que así lo afirmó una resolución del Juzgado Superior de la Región Nor Oriental<sup>486</sup>.
537. El segundo hecho relevante es el procedimiento administrativo iniciado por la Gobernación de Nueva Esparta en diciembre de 2005, y que concluyó en la intervención del Aeropuerto. Las Demandantes afirman que la Gobernación de Nueva Esparta no respetó el plazo de diez días que concede la LOPA para que el particular presente alegaciones<sup>487</sup>, por lo que el Consorcio no tuvo oportunidad real de defenderse<sup>488</sup>. Entienden que también lo reconoció así la autoridad judicial<sup>489</sup>.
538. El tercer hecho relevante es el rescate anticipado de la Concesión por interés público. Para las Demandantes, la República de Venezuela, por un lado, reconoció que sus

---

<sup>482</sup> C I, para. 303.

<sup>483</sup> C I, para. 302.

<sup>484</sup> CD-63. Artículo de prensa, “Único IDC aún no se defiende”, Diario del Caribe-Venezuela, 27 de mayo de 2005, p. 3 “...es potestad del Gobierno regional si desea continuar o no siendo socios comerciales con la operadora del aeropuerto”.

<sup>485</sup> C I, para. 304.

<sup>486</sup> C I, np. 370; CD-86.

<sup>487</sup> C I, para. 308; CD-166, Artículo 48.

<sup>488</sup> C I, para. 308.

<sup>489</sup> CD-132 y CD-86.

dos actuaciones anteriores no estuvieron justificadas<sup>490</sup>. Por otro lado, evidenció que todas sus actuaciones tuvieron por objeto tomar el control del Aeropuerto, cualquiera que fuera el modo para lograrlo.

539. Finalmente, las Demandantes sostienen que la orden del Tribunal Supremo de entregar el Aeropuerto al Poder Nacional sin tomar en consideración los derechos de las Demandantes bajo el Contrato, contraviniendo principios básicos de la Constitución y legislación venezolana, también violó la obligación de brindar un trato justo y equitativo<sup>491</sup>.
540. Las Demandantes entienden la República de Venezuela tenía la obligación de proteger las inversiones de las Demandantes con una actitud proactiva y que las legítimas expectativas de las inversoras son relevantes para establecer el estándar de protección que era exigible. Para las Demandantes, éste es un estándar autónomo de Derecho internacional.
541. Las Demandantes afirman que el TJE también impone una prohibición de dar un trato arbitrario o discriminatorio al inversor. Tanto el conjunto de las medidas de la República de Venezuela, como la terminación del Contrato por causa de interés público (aisladamente) fueron instrumentales para privar al Consorcio del Contrato, y constituyen medidas arbitrarias prohibidas<sup>492</sup>.
542. Por último, las Demandantes entienden que las medidas también fueron discriminatorias, porque el Gobernador de Nueva Esparta declaró en prensa que “se bajen de las nubes aquellos que piensan que entregaremos a manos extranjeros nuestro aeropuerto”<sup>493</sup>.

#### **B. Posición de la Demandada**

543. La Demandada sostiene que sus acciones no incumplieron la obligación de dar TJE. Primero, porque fueron actuaciones “razonables, justas y válidas dentro del régimen legal y reglamentario aplicable”<sup>494</sup>. Segundo, porque los Tribunales venezolanos siempre brindaron a las Demandantes un proceso justo, en el que tuvieron la oportunidad de presentar prueba y defenderse.
544. La Demandada también disiente sobre el derecho que se debe aplicar. Para la República de Venezuela, las Demandantes entienden erróneamente el estándar de protección de TJE. En primer lugar, la Demandada sostiene que los artículos 4(1) y 4(2) de los AAPRI definen una norma de trato mínimo en Derecho internacional. La norma de trato mínimo de Derecho consuetudinario tiene un contenido determinado, por lo que no puede ser integrado por un tribunal internacional<sup>495</sup>. El umbral de este

---

<sup>490</sup> C I, para. 311.

<sup>491</sup> C I, para. 314.

<sup>492</sup> C I, para. 321.

<sup>493</sup> C I, para. 326; CD-141.

<sup>494</sup> R III, para. 155.

<sup>495</sup> R III, para. 155.

estándar es alto y sólo se satisface en casos en los que la violación por el Estado sea “inaceptable desde una perspectiva internacional”<sup>496</sup>.

545. Si las Demandantes hubieran querido establecer otro estándar diferente, deberían haber demostrado que su posición estaba fundada sobre una *opinio iuris* y respaldada por una práctica real de los Estados<sup>497</sup>.
546. Incluso aunque se aceptara que el estándar TJE debe interpretarse conforme al estándar subjetivo que las Demandantes pretenden<sup>498</sup>, la Demandada entiende que deben considerarse todas las circunstancias para tomar una decisión. En este caso, “la obtención del Contrato de forma ilícita, las inversiones insuficientes, y los problemas en la administración del Aeropuerto y en la prestación de los servicios aeroportuarios”<sup>499</sup> impiden, a juicio de la Demandada, que pueda haber violación del TJE.
547. Las “expectativas” del inversor que emplean las Demandantes para justificar el estándar de trato exigido, no pueden simplemente “transformar las expectativas de los inversores en obligaciones internacionales”<sup>500</sup>. Además estas expectativas sólo podrán tenerse en cuenta por el Tribunal si están basadas en “obligaciones jurídicamente exigibles”. Para la Demandada las inversoras no tenían una inversión digna de protección.
548. Por último, la Demandada alega que el Contrato<sup>501</sup> preveía otro foro para la impugnación de todas las acciones que ahora pretenden los Demandantes, bajo el prisma del estándar de TJE. Este Tribunal no puede crear “*an open-ended mandate to second guess government decision-making*” utilizando el estándar de TJE para ello<sup>502</sup>.
549. La Demandada considera que tampoco se ha comportado de manera arbitraria o discriminatoria. El umbral de arbitrariedad es alto, pues no basta con que una decisión sea contraria a “*a rule of Law*”, sino que debe serlo a “*the rule of Law*”<sup>503</sup>. Esto habría obligado a las Demandantes a acreditar que las medidas de la República de Venezuela “*amount to a bad faith, a wilful disregard of due process of law or an extreme insufficiency of action*”<sup>504</sup>, algo que las Demandantes no han logrado hacer.

---

<sup>496</sup> R III, para. 168.

<sup>497</sup> R III, para. 162.

<sup>498</sup> R III, para. 174.

<sup>499</sup> R III, para. 182.

<sup>500</sup> R III, para. 184.

<sup>501</sup> Ver cláusula 2, parágrafo segundo, cláusula 15, parágrafo único, cláusula 17, cláusula 20, cláusula 24.3, cláusula 41, cláusula 49, cláusula 50, CD-17.

<sup>502</sup> R III, para. 156, citando el caso *S.D. Myers*.

<sup>503</sup> R III, para. 194, citando el caso *ELSI*.

<sup>504</sup> R III, para. 195, citando el caso *Genin*.

## 4.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

### A. Introducción

550. En sus alegaciones y en su *petitum* las Demandantes plantean que los mismos hechos que dieron lugar a la expropiación de su inversión – y que ya han sido analizados en la sección anterior – también constituyen un ilícito iusinternacional adicional, sancionado por los AAPRI. En concreto, piden que el Tribunal declare que las Autoridades venezolanas sometieron sus inversiones

- a un trato injusto e inequitativo y
- a medidas arbitrarias y discriminatorias

en contravención de los AAPRI.

551. Sin embargo, las Demandantes no reclaman una indemnización adicional por estas alegadas violaciones: la solicitada por la expropiación de su inversión también engloba el daño causado por estos ilícitos.

552. La Demandada por su parte niega la existencia de trato injusto o inequitativo o de medidas arbitrarias o discriminatorias.

553. El Tribunal ya ha concluido que la República expropió la inversión de las Demandantes, y en consecuencia está obligada a indemnizarlas por el daño sufrido. Los inversores ahora piden que el Tribunal declare que los actos imputables a la Demandada también constituyen otro tipo de ilícito iusinternacional.

### Delimitación del ámbito de análisis

554. Las Demandantes engloban en la alegada violación del estándar de TJE no solo las actuaciones realizadas por la Gobernación de Nueva Esparta, sino también determinadas decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo. Además, solicitan que se condene separadamente a la República

- por haber dado a las inversiones un trato en violación de las exigencias del estándar de TJE, y
- por haber sometido a las inversiones a medidas arbitrarias o discriminatorias.

555. En este capítulo el Tribunal únicamente revisará los actos de la Gobernación; las decisiones del Tribunal Supremo serán enjuiciadas en el siguiente, bajo el prisma de la denegación de justicia. Y en su análisis de los actos de la Gobernación, el Tribunal no diferenciará entre TJE y medidas arbitrarias o discriminatorias, pues en realidad se trata de un mismo ilícito iusinternacional; este tipo de medidas no representan más que una de las múltiples formas a través de las cuales un Estado puede incumplir el estándar de TJE.

556. Para establecer si los actos de la Gobernación incidieron en una violación del TJE, el Tribunal establecerá en primer lugar cuál es el estándar de protección que establecen los dos Tratados (**B**). Una vez se aclare cuál es el estándar de protección, se podrá examinar si los hechos – que son los mismos que se han discutido para concluir que existió una expropiación ilícita - conducen también a su violación (**C**).

## **B. Definición del estándar de TJE en los Tratados**

### **a. Introducción**

557. La obligación de dar a las inversiones protegidas TJE se reconoce en los artículos 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y el artículo 4(2) del APRI Chile-Venezuela.

558. El artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela establece:

“1. Cada Parte Contratante acordará, de conformidad con las normas y criterios del Derecho Internacional, a las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante un trato justo y equitativo y seguridad y protección plenas; ninguna de ellas obstaculizará con medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, gestión, mantenimiento, uso, disfrute, ampliación, venta o liquidación de dichas inversiones”.

559. El artículo 4(2) del APRI Chile-Venezuela establece:

“2. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.”

560. El criterio general para la interpretación de la cláusula de TJE se encuentra en el artículo 31(1) de la CVDT. Las normas de Derecho internacional deben interpretarse

“de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y tomando en cuenta su objeto y fin”.

### **b. TJE y estándar mínimo consuetudinario**

561. Un debate clásico en arbitraje de inversión consiste en discutir si el estándar de TJE establecido en el APRI correspondiente coincide o difiere del estándar mínimo de protección de los extranjeros (y más concretamente de la propiedad perteneciente a extranjeros) desarrollado por el Derecho internacional consuetudinario.

562. El punto de partida en este análisis debe ser la propia definición del estándar de trato mínimo en el Derecho internacional consuetudinario – una cuestión erizada de dificultades<sup>505</sup>. Para supuestos que se refieran a actos administrativos o legislativos emanados de Gobiernos la primera formulación parece haber sido *Roberts*<sup>506</sup>, una decisión arbitral dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones de

<sup>505</sup> Tudor: “The fair and Equitable Standard in the International Law of Foreign Investment” (2008), p. 28

<sup>506</sup> *Roberts*, p. 71.

Estados Unidos y México, que definió el estándar mínimo como aquel requerido “*in accordance with ordinary standards of civilization*”.

563. El Sr. Roberts, un ciudadano norteamericano, había estado encarcelado en México en lo que él entendía fueron condiciones inhumanas. México argüía que los ciudadanos mexicanos eran encarcelados en condiciones idénticas. Y el Tribunal decidió:

*“Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment”<sup>507</sup>.*

564. El estándar definido en *Roberts* (“*in accordance with ordinary standards of civilization*”) fue fijado en los años 20 del siglo pasado, y en un contexto de lesión a los derechos individuales de un ciudadano extranjero. Es de dudosa relevancia para la protección de inversores extranjeros bien entrado el siglo XXI. Quizá lo más importante de la sentencia sea el principio de que una actuación imputable al Estado puede generar responsabilidad iusinternacional, a pesar de que las medidas afecten por igual a nacionales y a extranjeros y aun si no mediara ni mala fe ni incumplimiento doloso de obligaciones.
565. El estándar mínimo consuetudinario no ha permanecido congelado, y desde sus primeras formulaciones hace 100 años se ha beneficiado de un desarrollo importante, impulsado por el asentamiento de los Derechos Humanos y la implantación del Estado de Derecho. Lo relevante no es el estándar, tal como se definió en el siglo XX, sino el estándar tal como existe y se acepta hoy – pues tanto el Derecho internacional consuetudinario como propio estándar se hallan en constante evolución<sup>508</sup>. Es tarea que incumbe a cada tribunal arbitral definir qué se ha de entender por TJE, tomando en cuenta el estándar mínimo consuetudinario, en el estado de desarrollo actual del Derecho internacional. El presente Tribunal lo hará en las secciones (d) y (e) *infra*, pero antes explicará la posición de las partes (c).

### c. Posición de las Partes

566. La República Bolivariana ha insistido a lo largo del arbitraje en que el alcance de la garantía de TJE definido en los AAPRI se circunscribe al estándar de trato mínimo de Derecho internacional. Y en apoyo de su tesis ha invocado el tenor literal del artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y del artículo 4(2) del APRI Chile-Venezuela, que cualifican la protección “de conformidad con las normas y criterios

---

<sup>507</sup> Subrayado del Tribunal

<sup>508</sup> ADF para. 179.

del Derecho internacional” en el primer caso y “conforme al derecho internacional” en el segundo<sup>509</sup>.

567. Las Demandantes por el contrario entienden que el estándar reflejado en los artículos 4 de los AAPRI no coincide con el trato mínimo consuetudinario, sino que representa un estándar autónomo. En su opinión, la mera referencia al Derecho internacional no puede ser entendida como una equiparación del TJE con el trato mínimo consuetudinario, sino únicamente como una exigencia de que el principio se interprete usando principios de Derecho internacional<sup>510</sup>.

**d. Aplicación del estándar mínimo consuetudinario**

568. El Tribunal en esta cuestión coincide con la Demandada.
569. El artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y el artículo 4(2) del APRI Chile-Venezuela otorgan a los inversores la protección del TJE “de conformidad con las normas y criterios del Derecho internacional” en el primer caso y “conforme al Derecho internacional” en el segundo. Los AAPRI exigen pues que la garantía de TJE se dispense de conformidad con el Derecho internacional. Es de resaltar que los AAPRI ofrecen a los inversores protegidos varias garantías y derechos adicionales. Ninguno de ellos contiene una referencia al Derecho internacional - la exigencia de conformidad con el Derecho internacional solo se aplica al estándar de TJE.
570. El artículo 31(1) CVDT exige que los tratados se interpreten “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto”.
571. Aplicando este principio hermenéutico, las propias Demandantes aceptan que la referencia en el artículo 4 de los AAPRI al Derecho internacional condiciona la interpretación de la regulación del TJE: todo intérprete de esta norma está obligado a tomar en consideración los principios de Derecho internacional, incluyendo también los de naturaleza consuetudinaria<sup>511</sup>. A pesar de aceptar que el Derecho internacional condiciona la interpretación, las Demandantes mantienen sin embargo que el trato mínimo consuetudinario definido en el Derecho internacional es irrelevante para establecer el alcance de la garantía de TJE.
572. En opinión del Tribunal, la postura de las Demandantes encubre una irresoluble contradicción en sí misma.
573. Si los AAPRI se deben interpretar de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, y si el trato mínimo forma parte de ese conjunto de usos y costumbres, se impone la conclusión que un intérprete, a la hora de dilucidar si una determinada actuación viola o no los artículos 4 de los AAPRI, deberá tomar en cuenta cómo define el Derecho internacional consuetudinario el TJE. Por ello, el

---

<sup>509</sup> R III, para. 158.

<sup>510</sup> C IV, para. 188.

<sup>511</sup> C IV, para. 192; en el mismo sentido UNCTAD: “Fair and Equitable Treatment”, UNCTAD Series on Issues of IIA II (2012) p. 22, CL 46.

Tribunal estima que la previsión contenida en los AAPRI, exigiendo que el TJE se defina de conformidad con el Derecho internacional, necesariamente incorpora una referencia al nivel de protección que el Derecho internacional otorga a los extranjeros, es decir a lo que se conoce como estándar mínimo consuetudinario.

#### Un argumento adicional de las Demandantes

574. Las Demandantes por su parte han presentado un argumento adicional, en defensa de su posición. Alegan que cuando Venezuela ha tenido la intención de incorporar dicho estándar, lo ha señalado expresamente. Así, por ejemplo, el Protocolo del APRI Países Bajos-Venezuela establece que el trato será justo y equitativo si se conforma “a la norma mínima para el trato de nacionales extranjeros bajo derecho internacional”<sup>512</sup>.
575. El Tribunal no lo ve así, pues no aprecia diferencias de fondo en la regulación del TJE en los AAPRI con Suiza, Chile o Países Bajos.
576. Los tres tratados contienen una misma invocación del Derecho internacional, pero utilizando una semántica y unas formulaciones ligeramente diferentes, derivadas del hecho que en unos casos el principio se formula en sentido afirmativo (en los AAPRI con Suiza y Chile, Venezuela se compromete a otorgar TJE de conformidad con el Derecho internacional, incluyendo el consuetudinario) y en el otro en sentido negativo (en el APRI con los Países Bajos, Venezuela declara que no se producirá una violación del TJE si ha aplicado el estándar mínimo de TJE que exige el Derecho internacional consuetudinario). En opinión del Tribunal, de estas diferencias terminológicas no puede inducirse una voluntad de la República Bolivariana para definir de forma diferente el nivel de protección ofrecido a inversores suizos, chilenos u holandeses.

#### Un argumento adicional de la Demandada

577. La Demandada también ha alegado que las pretensiones de las Demandantes no pueden prosperar, porque no han logrado probar la existencia de una norma de Derecho consuetudinario, con sus requisitos de “*opinio iuris*” y “práctica estatal”<sup>513</sup>.
578. El Tribunal Arbitral no comparte este argumento.
579. La discusión sobre cuándo nace una costumbre no tiene sentido en este caso, en el que las Demandantes están invocando una norma cuya fuerza de obligar nace de dos Tratados. La duda reside en cómo debe interpretarse el alcance de la norma definida en los AAPRI, y cuál es la función del Derecho internacional en esa tarea. Los requisitos que puedan existir en Derecho internacional para el surgimiento de una norma consuetudinaria son totalmente irrelevantes para la cuestión en disputa.

---

<sup>512</sup> C IV, para. 191.

<sup>513</sup> R III, para. 163.

**e. El alcance del TJE**

580. Sentado el principio que el estándar de TJE, incluyendo el ámbito de protección ofrecido, debe ser interpretado en conformidad con los principios de Derecho internacional, se plantea la cuestión de definir el concreto alcance del TJE. Los artículos 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y 4(2) del APRI Chile-Venezuela no son de demasiada utilidad en esta tarea, pues se limitan a enunciar la obligación, en este caso a cargo de la República Bolivariana, de otorgar un TJE a las inversiones de inversores protegidos.
581. ¿Qué se ha de entender por TJE?
582. Nos encontramos ante un concepto jurídico, que se predica con respecto al Estado en su conjunto, y que obliga a todos los poderes que lo integran. Un Estado viola éste estándar mínimo de conducta cuando adopta un acto (o una cadena de actos) manifiestamente antijurídicos o que desconocen las exigencias básicas que el *rule of law*<sup>514</sup> impone. La obligación de TJE se puede violar
- Mediante actos regulatorios del Estado, que contradigan las legítimas expectativas de los inversores – una cuestión que no se plantea en la presente litis;
  - O también mediante actos judiciales, cuando éstos impliquen denegación de justicia – una alegación que se estudiará en el próximo capítulo; y finalmente también
  - A través de actos administrativos, adoptados por autoridades administrativas de las que el Estado es responsable, y dirigidos directamente en contra del inversor.
583. En nuestro caso, las Demandantes alegan que la Gobernación incurrió en esta última categoría de violaciones: dictó actos administrativos dirigidos específicamente contra los inversores que – según argumentan éstos - son incompatibles con el estándar de TJE.
584. El APRI Suiza-Venezuela contiene una referencia específica a este tipo de actos administrativos: prohíbe que los Estados obstaculicen una inversión “con medidas arbitrarias o discriminatorias”. Aunque el APRI Chile-Venezuela carece de una mención equivalente, no existe duda alguna que la prohibición general de trato injusto o inequitativo de por sí proscribiera toda medida arbitraria o discriminatoria<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> En el mismo sentido *Glamis* manifestó que para la violación del trato mínimo consuetudinario se requiere “[...] *an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reason [...]*”. (*Glamis*, para. 616).

<sup>515</sup> *Lemire* (Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad), para. 259.

¿Qué se debe entender por “medidas arbitrarias o discriminatorias”?

585. La idea fundamental de la arbitrariedad consiste en que la legalidad, el debido proceso, el derecho al recurso judicial, la objetividad y la transparencia son sustituidos en la gestión de la cosa pública por privilegio, preferencia, parcialidad, preclusión y ocultamiento<sup>516</sup>. El Profesor Schreuer ha definido (y el tribunal en *EDF* ha aceptado<sup>517</sup>) como arbitraria:

*“a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference; a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker; a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure”.*

586. La discriminación por su parte requiere que una inversión sea tratada de forma diferente a otras inversiones, sin que exista causa objetiva que lo justifique; que una medida afecte al inversor extranjero y no a otros, precisamente por su naturaleza de extranjero, o por su pertenencia a determinado grupo étnico, religioso o nacional.

587. En resumen: En el presente caso, los AAPRI exigen que la existencia o inexistencia de TJE se determine “de conformidad con el Derecho internacional”<sup>518</sup>. Los Tratados ordenan pues que el Derecho internacional – incluyendo el Derecho internacional consuetudinario – sirva como vara de medir para determinar si la actuación imputable a uno de los Estados, y que perjudica a un inversor protegido, se ajusta o contradice el estándar de TJE asumido en los AAPRI.

---

<sup>516</sup> Ver entre otros muchos: *Ronald Lauder*, para. 221; *Tecmed*, para. 154; *Loewen*, para. 131; *Saluka*, para. 307.

<sup>517</sup> *EDF*, para. 303; el Profesor Schreuer actuó como experto en este procedimiento y su opinión fue citada y adoptada por el Tribunal.

<sup>518</sup> La conclusión alcanzada por este Tribunal de que cuando un APRI prevé que el TJE se dispensará “de conformidad con el Derecho internacional” esto conlleva una remisión (*inter alia*) al trato mínimo consuetudinario, se halla confirmada por la práctica bajo el TLCAN. En efecto: la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha adoptado una interpretación vinculante del artículo 1105(1) TLCAN, que garantiza un trato justo y equitativo “acorde con el derecho internacional”, en el mismo sentido defendido en este laudo. Aunque esta interpretación evidentemente no es vinculante para este Tribunal, se ajusta al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos en el contexto conforme al artículo 31 de la CVDI. Cfr. para. 570 *supra*.

Este enfoque también se plasma en la opinión disidente del Juez Nikken dada en el caso *Suez*, cuando afirmó que la referencia al derecho internacional en el artículo 3 del APRI Argentina-Francia (que garantiza “un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios de derecho internacional”) sería superflua si no significara la equiparación del estándar mínimo de trato y el trato justo y equitativo. (*Suez*, Opinión Disidente Nikken, para. 16).

En sentido contrario el Tribunal en *Vivendi II*, interpretando el artículo 3 del APRI Argentina-Francia, manifestó: “El Tribunal no encuentra fundamento para equiparar los principios del derecho internacional a la norma mínima de trato. Primero, la referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima. Segundo, según la redacción del artículo 3, el trato justo y equitativo debe ser conforme a los principios del derecho internacional, pero este requisito de conformidad puede servir tanto de límite mínimo como máximo de la norma de trato justo y equitativo del Tratado.” (*Vivendi II*, para. 7.4.7)

588. En el presente caso, en el que las Demandantes alegan que la violación del TJE ha sido provocado por actos administrativos inapropiados, el alcance del análisis se reconduce: lo que le incumbe al Tribunal establecer es si los actos administrativos pueden ser calificados como arbitrarios o discriminatorios.

**C. Aplicación del estándar de TJE a los hechos**

589. Las Demandantes efectivamente alegan que las actuaciones de la Gobernación violaron la garantía de TJE por ser arbitrarias y discriminatorias: las tres intervenciones se basaron en motivaciones manifiestamente contradictorias, y su verdadero objetivo era hacerse con el control del Aeropuerto, desplazando a las Demandantes. Las Demandantes sostienen que “la máxima expresión de esta arbitrariedad habría sido el rescate anticipado, que revocó las actuaciones previas, reinstauró la validez del Contrato, finalizó la intervención administrativa del servicio y decretó el rescate anticipado de la concesión, con la única finalidad de liberarse de las causas judiciales” favorables al Consorcio<sup>519</sup>.

590. La República de Venezuela por su parte alega que no ha habido ninguna falta al debido proceso, porque las pretendidas falencias en los procesos administrativos seguidos por la Gobernación fueron inmediatamente corregidos por los Tribunales de justicia, lo que demostraría el correcto funcionamiento del Estado de derecho<sup>520</sup>.

**Hechos probados**

591. Constituyen hechos probados:

- El 10 de junio de 2005 la Gobernación dictó la Resolución, por la que revocaba el Decreto 1.188 y anulaba el Contrato; y tres días después un contingente policial acompañado de altos funcionarios de la Gobernación tomó el control del Aeropuerto.
- El 21 de julio de 2005 – apenas seis semanas después de promulgarse la Resolución - el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental ordenó a la Gobernación restituir al Consorcio en la prestación de los servicios aeroportuarios; cinco días después la Gobernación cumplió el mandato y restituyó al Consorcio en la gestión del Aeropuerto.
- El 29 de diciembre de 2005 el Gobernador de Nueva Esparta dictó un Oficio, ordenando la intervención del Aeropuerto, en base a la Auditoría Técnica que había ordenado realizar. Al día siguiente la Gobernación tomó el control del Aeropuerto con el amparo de fuerzas policiales.
- Seis meses después el Juzgado Superior Contencioso Administrativo confirmó que en el proceso administrativo previo a la intervención del Aeropuerto, la Gobernación había incurrido en violaciones al debido proceso. Por ello el 29 de

---

<sup>519</sup> C V, para. 117.

<sup>520</sup> R V, para. 133.

junio de 2006 el Juzgado ordenó la entrega inmediata del Aeropuerto al Consorcio, en ejecución forzosa de su sentencia.

- Poco tiempo después, el 17 de julio de 2006 la Gobernación de Nueva Esparta promulgó el Decreto 806, revocando la Resolución que había declarado el Contrato nulo e inexistente, revocando el Oficio por el que se había ordenado la intervención del Aeropuerto y ordenando el rescate anticipado del Contrato.
- El Decreto 806 reconocía al Consorcio derecho a una indemnización por el valor no recuperado de la inversión y por el 50% del valor presente de los beneficios no obtenidos. La indemnización nunca se ha llegado a pagar.

592. Los hechos descritos muestran efectivamente que el nuevo Gobernador, el ciudadano Morel Rodríguez Ávila, persiguió por todos los medios administrativos a su alcance la anulación del Contrato, que su predecesor en el cargo, ciudadano Alejo Navarro Rojas, había otorgado al Consorcio. Para ello estuvo dispuesto a iniciar sucesivos procedimientos administrativos, aunque estos fueran incompatibles entre sí:

- En un primer momento dictó la Resolución, declarando la nulidad radical del Decreto 1.188 por el que se había otorgado el Contrato;
- En un segundo momento decidió, mediante el Oficio, intervenir la actividad aeroportuaria, en base a una Auditoría Técnica de muy escasa capacidad de convicción y alegando la existencia de razones de utilidad pública;
- Finalmente anuló su propia declaración de nulidad del Contrato, permitiendo que éste recuperara vigencia, así como el Oficio de intervención, y en sustitución ordenó una figura administrativa alternativa: el rescate anticipado del Contrato.

#### Arbitrariedad

593. Vistas las actuaciones de la Gobernación así descritas aisladamente, es bien posible que pudieran ser tildadas de arbitrarias y violatorias de la garantía de TJE.

594. Pero – como acertadamente ha resaltado la República – el debido proceso no termina con la promulgación de la medida administrativa, sino que incluye también la apelación a los tribunales de justicia internos. Así ocurrió en el presente caso, donde las Demandantes repetidamente recurrieron en vía contencioso-administrativa contra las decisiones del Gobernador. Y lo cierto y verdad es que los tribunales venezolanos protegieron eficazmente a los inversores contra las decisiones jurídicamente incorrectas promulgadas por la Gobernación:

- Apenas seis semanas después de promulgarse la Resolución decretando la nulidad del Contrato, el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental ordenó a la Gobernación restituir al Consorcio en la prestación de los servicios aeroportuarios;

- Apenas seis meses después de publicarse el Oficio, el Juzgado Superior Contencioso Administrativo ordenó la entrega inmediata del Aeropuerto al Consorcio, en ejecución forzosa de su propia sentencia estimatoria.

595. El Tribunal Arbitral concluye que la actuación del Gobernador, que en sí misma quizá pudiera ser considerada como un trato injusto o inequitativo, fue eficazmente controlada y corregida por la Justicia contencioso administrativa venezolana. Esta intervención de los juzgados venezolanos, en defensa de la legalidad interna, precluye que la República Venezolana pueda haber incurrido en un ilícito iusinternacional. Para que se pueda apreciar un incumplimiento de la garantía de TJE prevista en los AAPRI es preciso que la actuación de la administración pública en su conjunto pueda ser tildada de arbitraria. Y esto no ocurre en el presente caso, pues la jurisdicción contencioso administrativa actuó eficazmente para restablecer el Estado de Derecho.

596. Es cierto que la protección de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo ya no pudo surtir efectos frente a la tercera medida de la Gobernación, el Decreto 806 declarando el rescate anticipado de la Concesión. La razón hay que buscarla en el hecho de que el 4 de agosto de 2006 – unos días después de la promulgación del Decreto 806 – el Tribunal Supremo avocara todas las causas pendientes, incluyendo el recurso contra dicho Decreto, y nunca llegara a pronunciarse. Las Demandantes han alegado que esta decisión del Tribunal Supremo constituye una denegación de justicia – una cuestión que se tratará en el siguiente capítulo.

#### Discriminación

597. Respecto de las medidas discriminatorias, la Demandada alega que las Demandantes no aportan ninguna evidencia de que las decisiones que se adoptaron estuvieran motivadas por la condición extranjera de las Demandantes, o que existan otros casos en los que, en idénticas circunstancias, se adoptaran soluciones diferentes<sup>521</sup>.

598. En efecto, la única evidencia que aportan las Demandantes de que existiera una conducta discriminatoria son unas declaraciones de prensa hechas por el Gobernador, en las que éste declaró “que se bajen de las nubes aquéllos que piensen que entregaremos a manos extranjeras nuestros aeropuertos”<sup>522</sup>. Estas declaraciones, cuya veracidad no está constatada, deben entenderse en el plano de la comunicación política, sin que se haya probado que condicionaran la actuación de ningún poder público.

\* \* \*

599. En resumen: El Tribunal desestima las pretensiones presentadas por las Demandantes, pidiendo que el Tribunal declare que la República Bolivariana sometió a sus inversiones a un trato injusto o inequitativo o a medidas arbitrarias o discriminatorias, en violación de los artículos 4(2) del APRI Chile-Venezuela o del

<sup>521</sup> R III, para. 212.

<sup>522</sup> C I para. 326, CD-141.

artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela (sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente capítulo sobre denegación de justicia).

## 5. LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

### 5.1. INTRODUCCIÓN

600. En la sección de jurisdicción, el Tribunal estimó que la prohibición de denegación de justicia forma parte del estándar de TJE garantizado en los AAPRI y que el agotamiento de los recursos internos es un requisito de carácter sustantivo que debe ser analizado en el presente capítulo<sup>523</sup>.
601. Además, el Tribunal estableció que para poder invocar la denegación de justicia, el inversionista debe, previamente, haber agotado los recursos internos y que esta exigencia no es un requisito de procedibilidad, sino uno intrínseco al fondo de la denegación de justicia<sup>524</sup>, y por tanto, será objeto de análisis en el presente capítulo.
602. A continuación el Tribunal resolverá la alegación de fondo formulada por las Demandantes sobre denegación de justicia.
603. Las Demandantes alegan que la República de Venezuela incurrió en denegación de justicia por la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo plasmada en dos decisiones:
- La Sentencia de 4 de agosto de 2006, mediante la cual la Sala Constitucional avocó el conocimiento de las causas entre el Consorcio y la Gobernación y acordó someter la administración del Aeropuerto a una Junta Interventora; y
  - La Sentencia 4 de marzo de 2009, por la que remitió las causas que había avocado al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental y entregó la administración del Aeropuerto al Poder Nacional.
604. Para las Demandantes se cumple el requisito del agotamiento de los recursos internos, pues ambas decisiones provienen de la más alta instancia judicial de Venezuela, y no existe un remedio interno que pueda revertir los fallos de la Sala Constitucional y restituir a las Demandantes en sus derechos sobre el Aeropuerto.
605. Las Demandantes sostienen que la denegación de justicia es manifiesta, ya que la Sala Constitucional estaba obligada a resolver la disputa entre la Gobernación y el Consorcio que se había avocado en 2006, y no lo hizo; y entregó el Aeropuerto al Poder Nacional sin competencia ni fundamento para hacerlo<sup>525</sup>. La postura de las Demandantes se plasma en una solicitud de carácter declarativo: piden que el Tribunal declare que la República Bolivariana incurrió en una denegación de justicia.

---

<sup>523</sup> Ver para. 392 *supra*.

<sup>524</sup> Ver paras. 386-392 *supra*.

<sup>525</sup> C I, para. 342 y 343.

Sin embargo, las Demandantes no reclaman una indemnización adicional por esta causa<sup>526</sup>.

606. La Demandada por su parte sostiene en primer lugar que no es posible estimar que ha habido denegación de justicia, ya que las Demandantes no han agotado los recursos internos disponibles. La Sala Constitucional declino su competencia en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental, que era el competente para resolver el fondo de la controversia entre el Consorcio y la Gobernación del Estado de Nueva Esparta. Las Demandantes renunciaron a sustanciar estos recursos<sup>527</sup>.
607. En cualquier caso las decisiones de la Sala Constitucional son ajustadas a derecho y en ningún caso constitutivas de denegación de justicia.

## **5.2. POSICIÓN DE LAS PARTES**

### **A. Posición de las Demandantes**

608. Las Demandantes alegan que la conducta del Tribunal Supremo es constitutiva de denegación de justicia: en primer lugar, porque el requisito de agotamiento de los recursos internos se cumple, ya que las decisiones de la Sala Constitucional son definitivas y no cabe un remedio efectivo contra ellas (**a**); en segundo lugar, porque el Tribunal Supremo avocó ilegítimamente la disputa entre el Consorcio y la Gobernación de Nueva Esparta durante dos años y siete meses, se negó a resolver la disputa y entregó de forma definitiva la administración del Aeropuerto al Poder Nacional (**b**).

#### **a. Agotamiento de los recursos internos**

609. Las Demandantes resaltan que no existían remedios efectivos contra la decisión del Tribunal Supremo de traspasar el Aeropuerto al Ejecutivo Nacional<sup>528</sup>.
610. La orden de entregar el Aeropuerto al Poder Nacional fue una decisión definitiva y frente a la que nada podía hacer ningún tribunal inferior<sup>529</sup> – menos aún después de la promulgación de la Ley Orgánica de Descentralización en la que se amparan las cesiones de aeropuertos a favor del Ejecutivo Nacional.
611. Para las Demandantes es irrelevante que la Sala Constitucional remitiese las causas de nulidad al Juzgado Superior, ya que cualquier decisión que adoptara este tribunal administrativo nunca podría afectar a “las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos”<sup>530</sup>. Tampoco los recursos de “Plena

---

<sup>526</sup> C IV, para. 229.

<sup>527</sup> R IV, paras. 357-363.

<sup>528</sup> C II, para. 301.

<sup>529</sup> C IV, para. 287.

<sup>530</sup> C IV, para. 300; ABC-60, p. 9.

Jurisdicción” o el mecanismo de arbitraje previsto en el Contrato podrían restituir el Aeropuerto al Consorcio<sup>531</sup>.

612. No existen por tanto remedios efectivos contra la decisión del Tribunal Supremo y en esta situación han de entenderse agotados los recursos internos.

**b. Avocación ilegítima, desconocimiento del fondo y desposesión definitiva**

613. El Consorcio no titubea al afirmar que Venezuela incurrió en denegación de justicia como consecuencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de agosto de 2006 y de 4 de marzo de 2009 en las que la primera avocó las causas judiciales pendientes entre el Consorcio y la Gobernación del Estado de Nueva Esparta; y la segunda entregó la gestión del Aeropuerto al Poder Nacional<sup>532</sup>.

614. La Sentencia de 4 de agosto de 2006 fue para las Demandantes una decisión tomada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de forma ilegítima, puesto que la competencia de avocamiento correspondía en rectitud a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo. El Consorcio entiende que la Sala Constitucional se avocó arbitrariamente y en abuso de unas facultades extraordinarias<sup>533</sup>.

615. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 también plantea, según las Demandantes, irregularidades.

- La decisión de terminar el avocamiento y entregar las causas de nulidad al Juzgado Superior violó el derecho de obtener justicia, porque de acuerdo con la ley venezolana aplicable, el Tribunal Supremo estaba obligado a decidir el fondo de la disputa<sup>534</sup>.
- Además, y sin estar facultada para ello, la Sala traspasó la gestión del Aeropuerto al Poder Nacional, violando así el artículo 164(10) de la Constitución Venezolana, que establece competencia exclusiva de los Estados en materia de administración de aeropuertos<sup>535</sup>.

616. Estas decisiones reflejan una evidente colusión<sup>536</sup> entre el Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo para llevar a cabo una política de centralización. A través de sus sentencias, el Supremo “adelantó” los efectos de la Ley Orgánica de Descentralización, pues a pesar de que aún no estaba promulgada, entregó al Ejecutivo Central la gestión del Aeropuerto<sup>537</sup>.

---

<sup>531</sup> C IV, paras. 287-292.

<sup>532</sup> C I, para. 328.

<sup>533</sup> C IV, paras. 250 y ss.

<sup>534</sup> C IV, paras. 262 y ss.

<sup>535</sup> C IV, para. 265.

<sup>536</sup> C V, para. 128.

<sup>537</sup> C I, para. 338 y 339.

## **B. Posición de la Demandada**

617. La Demandada se opone al reclamo de las Demandantes alegando en primer lugar, que no se cumple el requisito de agotamiento de los recursos internos (a); y en cualquier caso, la Demandada entiende que la actuación de la Sala Constitucional es conforme a Derecho (b).

### **a. Agotamiento de los recursos internos**

618. Según Venezuela, las Demandantes no han logrado probar el cumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos. De hecho, las Demandantes aún disponen de un remedio efectivo para sus reclamos bien sea ante el Juzgado Superior, bien en el arbitraje previsto en el contrato. Así lo han reconocido las propias Demandantes, puesto que en su solicitud de aclaración las Demandantes se refirieron al Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo del Estado de Nueva Esparta como el competente para el conocimiento de la disputa entre el Consorcio y la Gobernación<sup>538</sup>.

619. En todo caso, no es cierto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se haya pronunciado de forma final y definitiva sobre la controversia entre el Consorcio y la Gobernación<sup>539</sup>. Y aun, de entenderse definitiva, se habría tornado así por causas enteramente atribuibles a las Demandantes:

- Pudiendo hacerlo, no interpusieron un recurso de “Plena Jurisdicción” que les habrían permitido obtener una compensación por el daño sufrido<sup>540</sup>
- Y además, abandonaron los recursos que tenían ante el Juzgado Superior, que de haber resuelto que el Contrato era lícito, hubiera abierto las puertas a obtener una compensación por vía del arbitraje contractual<sup>541</sup>.

### **b. La actuación de la Sala es correcta**

620. Sobre el fondo, la República entiende que la actuación de su Tribunal Supremo fue fundada en derecho. La Demandada sostiene que la decisión de avocarse estaba justificada debido al “bloqueo” de amparos constitucionales cruzados entre Consorcio y Gobierno, que hacían inviable la normal continuación de los procedimientos<sup>542</sup>.

621. En cuanto a la decisión del Tribunal Supremo de crear una Junta para administrar el Aeropuerto, es de nuevo justa y razonable dada la “dimensión de los intereses públicos comprometidos” en el caso particular y conforme a los poderes cautelares

---

<sup>538</sup> R IV, paras. 361-362.

<sup>539</sup> R IV, paras. 357-362.

<sup>540</sup> R III, para. 281.

<sup>541</sup> R III, para. 285, np. 341.

<sup>542</sup> R III, paras. 267-269.

de todo tribunal de justicia – en general – y a los poderes especiales del Tribunal Supremo<sup>543</sup>.

622. Tampoco en la decisión de entrega del Aeropuerto al Ejecutivo Nacional ve la Demandada irregularidad alguna. En su entender, la decisión se ajusta al artículo 164(10) de la Constitución Venezolana que atribuye la competencia sobre carreteras, autopistas nacionales, puertos y aeropuertos al Ejecutivo Nacional, y la Sentencia no hace sino garantizar la prestación del servicio público a quien compete<sup>544</sup>.
623. Y la Sentencia de 23 de julio de 2009 simplemente aclaró que el traspaso no era definitivo y quedaba supeditado a la resolución del juicio contencioso administrativo ante el juzgado inferior al que remitió las causas de nulidad contra los actos de la Gobernación<sup>545</sup>.
624. La Demandada niega que del anterior relato se pueda deducir una colusión entre el Tribunal Supremo y el Poder Ejecutivo de la República y afirma que
- “un informe de un organismo no gubernamental de derechos humanos anterior a la decisión cuestionada no prueba en absoluto que el Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Ejecutivo central hayan conspirado para dejar en manos de éste, el Aeropuerto Internacional del Caribe y/o otros aeropuertos”<sup>546</sup>.
625. Por último, Venezuela resalta que en las múltiples ocasiones que las Demandantes se dirigieron al Tribunal Supremo nunca alegaron que éste fuera un tribunal parcial<sup>547</sup>.
626. En definitiva, la República concluye que las Demandantes enmascaran en esta reclamación contra la actuación del Tribunal Supremo, su oposición a Ley Orgánica de Descentralización – cuyos efectos que, les gusten o no, en ningún caso pueden constituir denegación de justicia<sup>548</sup>.

### 5.3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

#### A. Introducción

627. Las Demandantes entienden que dos sentencias del Tribunal Supremo venezolano - la de 4 de agosto de 2006 avocando el conocimiento de las causas y la de 4 de marzo de 2009, remitiendo esas mismas causas a un Juzgado de instancia y entregando la administración del Aeropuerto al Poder Nacional – son manifiestamente injustas y arbitrarias<sup>549</sup>. Aunque las Demandantes se refieren a ambas sentencias, el énfasis de su argumento se centra en la segunda, pues es ésta la que culmina y consuma la

---

<sup>543</sup> R III, para. 268.

<sup>544</sup> R IV, paras. 346 y 347; CD-153, p. 32 y 33.

<sup>545</sup> R IV, paras. 348 y 349; CD-187, p. 12-14.

<sup>546</sup> R III, para. 270.

<sup>547</sup> R III, paras. 271-275.

<sup>548</sup> R III, para. 279.

<sup>549</sup> C V, para. 128.

alegada denegación de justicia<sup>550</sup>. Desde el punto de vista jurídico, la reclamación se fundamenta en dos normas diferentes<sup>551</sup>:

- En primer lugar, la denegación de justicia constituiría una especie dentro del género de trato injusto o inequitativo, prohibido por los artículos 4 de ambos AAPRI;
- En segundo lugar, la denegación de justicia también constituiría una violación de una regla del Derecho internacional consuetudinario, que los inversores pueden invocar al amparo de los AAPRI.

628. La República Bolivariana, por su parte, plantea como defensa una doble negación: en primer lugar, los inversores no habrían cumplido con el requisito, de naturaleza sustantiva, de haber agotado todos los recursos internos. En segundo lugar, la actuación del Tribunal Supremo no alcanzaría los niveles de antijuridicidad requeridos para incurrir en el ilícito de denegación de justicia.

629. Para zanjar la disputa, el Tribunal en primer lugar analizará la normativa y los requisitos de la denegación de justicia (**B**), a continuación establecerá los hechos probados (**C**), y seguidamente comprobará si se reúnen los requisitos exigidos para declarar que Venezuela incurrió en denegación de justicia (**D** y **E**) y si se cumple con el requisito de agotamiento de los recursos internos (**F**).

#### **B. Normativa y requisitos de la denegación de justicia**

630. La denegación de justicia constituye – como correctamente arguyen las Demandantes – una violación del TJE garantizado en los AAPRI. Tribunales y doctrina vienen manteniendo unánimemente que la garantía de TJE contenida en tratados de protección de inversión incluye como especie la prohibición de denegación de justicia<sup>552</sup>.

631. Adicionalmente, la denegación de justicia representa un ilícito sancionado por el Derecho internacional consuetudinario, que un inversor protegido por los AAPRI puede válidamente invocar.

632. En efecto: según el artículo 42 del Convenio, el Tribunal deberá tomar en consideración “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. Dado que el APRI Suiza-Venezuela no especifica el derecho aplicable, prevalece directamente lo establecido en el artículo 42 del Convenio. El artículo 8(7) del APRI Chile-Venezuela, por el contrario, establece el derecho aplicable, incluyendo “los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables”. En consecuencia, bajo ambos AAPRI el Tribunal debe decidir la diferencia tomando en consideración normas del Derecho internacional<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> C IV, para. 245.

<sup>551</sup> C IV, para. 244.

<sup>552</sup> *Jan de Nul*, para. 188; *Jan Oostergetel*, para. 272; *Pey Casado*, para. 655.

<sup>553</sup> C IV, para. 242.

633. Y es indudable que la prohibición de denegación de justicia constituye un principio de derecho internacional consuetudinario firmemente establecido<sup>554</sup>.
634. En resumen, el Tribunal no alberga duda alguna que las Demandantes están en su derecho cuando pretenden reclamar contra la República Bolivariana por una alegada denegación de justicia.
635. Cuestión diferente es que los hechos acaecidos realmente reúnan los requisitos exigidos para poder ser considerados como un ilícito iusinternacional de denegación de justicia. Para que esto ocurra es lugar común que la parte que alega el ilícito debe probar dos requisitos
- El primero es de naturaleza material y se puede describir diciendo que el sistema judicial del Estado de acogida debe haber dado un trato al inversor extranjero de una antijuridicidad clara y manifiesta (i),
  - El segundo consiste en que el extranjero debe haber agotado todos los recursos internos existente para combatir la decisión judicial antijurídica, o debe probar que la interposición de tales recursos sería claramente fútil (ii).

(i) Antijuridicidad clara y manifiesta

636. Los tribunales internos deben administrar justicia en conformidad con los estándares generalmente aceptados internacionalmente. Se desvían de esos estándares, si se niegan a admitir o tramitar sin dilaciones indebidas una demanda de un extranjero, o si dictan una sentencia tras un procedimiento profundamente viciado o cuyo contenido sea manifiestamente inadmisibles y antijurídico. En estos casos nos encontramos con una denegación de justicia<sup>555</sup>. En una afortunada frase, el Juez Tanaka en *Barcelona Traction* afirmó que una sentencia judicial constituye denegación de justicia en casos como éstos:

*“Conspicuous examples would be: corruption, threats, unwarranted delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgement dictated by the executive or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it”*<sup>556</sup>.

637. Sentado este principio general, es preciso realizar una serie de precisiones, para evitar que la denegación de justicia degenere en una instancia de apelación ordinaria, que los recurrentes mal utilicen para intentar revisar sentencias de las que simplemente discrepan. En esta labor, el punto de partida debe ser el principio de que todos los actos emanados de un Estado gozan de una presunción de legalidad, y es el que alega la denegación de justicia a quien compete la carga de probarla.

<sup>554</sup> Como dice Paulsson “...the duty to provide decent Justice to foreigners arises from customary international law. Indeed, it is one of the oldest principles”. Paulsson: “Denial of Justice in International Law”, Cambridge University Press, (edición 2010), p. 1.

<sup>555</sup> Pastor Ridruejo: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, (Tecnos 11ª ed.) 2007, p. 553, LR 20.

<sup>556</sup> *Barcelona Traction*, Voto separado del Juez Tanaka, p. 159, en el que concluye que el sistema judicial español no incurrió en denegación de justicia frente a los inversores canadienses.

638. La forma más tradicional y clara de denegación de justicia ocurre cuando un Estado impide el acceso a los tribunales a un extranjero que busca la tutela de sus derechos, discriminándolo frente a sus propios nacionales<sup>557</sup>. Y equivaldrá a una denegación de justicia cuando, aun dando acceso a los tribunales, exista una demora injustificada, o habiendo obtenido el inversor un fallo favorable, vea impedida su ejecución en las cortes del Estado receptor<sup>558</sup>.
639. También supondrá la denegación de justicia cuando exista una violación de los principios fundamentales del debido proceso; en palabras del tribunal *ELSI* un “*disregard of due process, [...] which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety*”<sup>559</sup>. Esta categoría puede a su vez dividirse en tres supuestos:
- Violación de los derechos intrínsecos a la naturaleza equitativa de un procedimiento; entre ellos el derecho a ser notificado del procedimiento y de su desarrollo<sup>560</sup>, derecho a ser oído<sup>561</sup> o el derecho a proponer prueba;
  - Decisiones manifiestamente arbitrarias que carezcan de motivación, justificación alguna o de toda lógica jurídica y que excedan de un mero error judicial<sup>562</sup>;
  - Resoluciones dictadas por tribunales faltos de independencia o imparcialidad, cuyas decisiones se vean afectadas por injerencias externas<sup>563</sup>.
640. La violación del derecho interno no es en sí misma constitutiva de denegación de justicia<sup>564</sup>. El error judicial no puede dar lugar a un reclamo por denegación de justicia. Para que ello ocurra es preciso que el juez haya incurrido en
- “clear and malicious misapplication of the law”*<sup>565</sup>
641. Es decir, la denegación de justicia por regla general no podrá fundamentarse en que el juez interno ha aplicado erróneamente la ley interna – porque entender lo contrario abriría las compuertas para que el ilícito iusinternacional se convirtiera en una nueva oportunidad de apelación, extinguidos todos los recursos internos. Para que exista denegación de justicia, es necesario que medie un elemento volitivo, una voluntad del juzgador nacional de aplicar torcidamente el Derecho en contra del extranjero<sup>566</sup> -

---

<sup>557</sup> Paparinskis, Martins: “The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment”, (2013), p. 190.

<sup>558</sup> Paparinskis, *op. cit.* p. 192.

<sup>559</sup> *ELSI*, p. 76.

<sup>560</sup> *Barcelona Traction*, Voto separado del Juez Fitzmaurice, p. 75.

<sup>561</sup> *Pantechniki*, para. 100.

<sup>562</sup> *ELSI*, p. 76.

<sup>563</sup> *Loewen*, paras. 135-137.

<sup>564</sup> *Azinian*, para. 99.

<sup>565</sup> *Mondev*, para. 126, citando el caso de *Azinian*.

<sup>566</sup> De nuevo el Juez Tanaka: “*we may sum up these circumstances [which give rise to denial of Justice] under the single head of bad faith*”. *Barcelona Traction*, Voto separado del Juez Tanaka, p. 159.

actitud que frecuentemente se evidenciará a través del desprecio hacia las reglas de debido proceso<sup>567</sup>.

(ii) Agotamiento o futilidad de recursos internos

642. La denegación de justicia presupone un segundo requisito: el inversor debe haber agotado todos los recursos internos contra la decisión antijurídica del sistema judicial interno. Como dijo *Loewen*

*“a court decision which can be challenged through the judicial process does not amount to denial of justice”*<sup>568</sup>.

Ahora bien, esta regla general tiene una importante matización: el recurrente no está obligado a agotar los recursos internos cuando se le niega el acceso a la justicia, cuando existen demoras irrazonables en la decisión o cuando ulteriores recursos prometen ser fútiles, por existir dudas razonables sobre su existencia o sobre su posibilidad de éxito.

643. Es cierto que mediante el Artículo 26 del Convenio, los Estados Contratantes renuncian al agotamiento de recursos internos como condición para su consentimiento al arbitraje CIADI. Pero – como reconocen las propias Demandantes<sup>569</sup> – la renuncia contenida en dicho precepto solamente cubre el consentimiento al arbitraje, no a elementos sustantivos de los reclamos que puedan ser presentados en el arbitraje. Y ambas partes están de acuerdo que para que se configure una denegación de justicia no deben existir recursos internos contra la decisión o, de existir, éstos deben ser fútiles o no proveer de remedio efectivo<sup>570</sup>.

**C. Hechos probados**

*Pro memoria*

644. El Contrato se adjudicó al Consorcio mediante Decreto 1.188<sup>571</sup>. Posteriormente, la Gobernación de Nueva Esparta revocó ese Decreto, por entender que la licitación no se había realizado conforme a Derecho. La decisión de revocar el Decreto la tomó a través de lo que se ha venido llamando la Resolución<sup>572</sup>. Emitida la Resolución, y con ella invalidado el Contrato, la Gobernación tomó control del Aeropuerto el 13 de junio de 2005<sup>573</sup>.

<sup>567</sup> Paulsson: “Denial of Justice in International Law”, Cambridge University Press, (edición 2010), p. 202.

<sup>568</sup> *Loewen*, para. 151, citando al Profesor Christopher Greenwood.

<sup>569</sup> C IV, para. 226.

<sup>570</sup> C V, para. 129; R IV, para. 353.

<sup>571</sup> CD-16. Ver paras. 68 y ss. *supra*.

<sup>572</sup> CD-69.

<sup>573</sup> CD-72; Ver paras. 75 y ss. *supra*.

### Los procesos judiciales frente a la Resolución

645. Contra el procedimiento administrativo que desembocaría en la Resolución, el 6 de junio de 2005 el Consorcio interpuso una solicitud de amparo y medida cautelar<sup>574</sup> ante el Juzgado Superior Contencioso Administrativo<sup>575</sup>. El 10 de junio de 2005 el Juzgado concedió la medida cautelar ordenando a la Gobernación que mantuviera el Aeropuerto en manos del Consorcio<sup>576</sup>.
646. A pesar de esta orden del Juzgado, el mismo día de su dictado, la Gobernación emitió la Resolución. Y en base a ésta, el 15 de junio de 2005, la Juez titular del Juzgado Superior de Nueva Esparta<sup>577</sup>, la Sra. Longart, ordenó intervenir las cuentas corrientes del Consorcio, que había sido desposeído del Aeropuerto<sup>578</sup>. La respuesta del Consorcio ante esta medida no se hizo esperar: planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Supremo, que fue admitido a trámite el 20 de octubre de 2005<sup>579</sup>. Ésta es la primera actuación del Tribunal Supremo.
647. El Consorcio tampoco permaneció impasible ante la Resolución en sí misma, atacándola por vicios formales a través de un recurso de nulidad ante el Juzgado Superior Contencioso Administrativo que presentó el 27 de septiembre de 2005<sup>580</sup>.
648. La solicitud de amparo constitucional ante el Juzgado Superior Contencioso Administrativo<sup>581</sup> resultó exitosa para el Consorcio, pues el Juzgado ordenó reponerlo al frente del Aeropuerto<sup>582</sup>. El recurso de nulidad seguía, sin embargo, pendiente de resolución.

### El Oficio y sus consecuencias

649. La Gobernación reaccionó ante la reposición del Consorcio al frente de la gestión del Aeropuerto con un proceso administrativo que pretendía resolver el Contrato en base a unos supuestos incumplimientos contractuales por parte del Consorcio<sup>583</sup>. Ante el comienzo de este proceso administrativo el Consorcio formuló solicitud de amparo ante el Juzgado Superior de Nueva Esparta<sup>584</sup>, junto a una medida cautelar que suspendiera el procedimiento administrativo. De nuevo la justicia le fue favorable al Consorcio y la medida cautelar fue concedida mediante sentencia de 22 de diciembre de 2005. La victoria fue efímera, pues la Gobernación hizo dos cosas:

---

<sup>574</sup> CD-64.

<sup>575</sup> El nombre completo del Juzgado es el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor Oriental.

<sup>576</sup> CD-68.

<sup>577</sup> El nombre completo del Juzgado es el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado de Nueva Esparta.

<sup>578</sup> C I, paras. 148-150; CD-78.

<sup>579</sup> CD-95.

<sup>580</sup> R-76.

<sup>581</sup> Ver para. 76 *supra*.

<sup>582</sup> CD-86.

<sup>583</sup> Ver paras. 83 y ss. *supra*.

<sup>584</sup> CD-109; El nombre completo del Juzgado es el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado de Nueva Esparta.

- En desacato de la medida dictada por el juez, continuó adelante con el procedimiento, que culminó en el Oficio que formalmente resolvió el Contrato por incumplimiento.
  - Planteó el 23 de febrero de 2006 un recurso de amparo ante el ya conocido Juzgado Superior de Nueva Esparta (el que había dictado la intervención de las cuentas del Consorcio) contra la sentencia del Juzgado Segundo de lo Mercantil de 22 de diciembre de 2005 que ordenaba la suspensión del procedimiento administrativo para la resolución del Contrato por incumplimiento<sup>585</sup>.
650. A partir de ahí se enzarzan ambos juzgados – el Segundo y el Superior – en una batalla judicial, pues ambos son competentes para conocer de las diversas solicitudes de amparo interpuestas por el Consorcio y la Gobernación. Fruto de esa maraña procesal surgieron resoluciones contradictorias.
651. Y en vista del caos que había generado el Oficio, el Gobierno de Nueva Esparta emitió el Decreto 806 que revocó la Resolución y el Oficio, ordenó el rescate anticipado del Contrato por razón de interés público y decidió que la gestión del Aeropuerto le correspondía a la Gobernación<sup>586</sup>.

#### La intervención del Tribunal Supremo

652. En paralelo estaba aún pendiente un recurso de nulidad contra la Resolución por vicios formales<sup>587</sup>, pero antes de que el Juzgado Superior Contencioso Administrativo pudiera tomar una decisión, la Gobernación solicitó al Tribunal Supremo el avocamiento de esa causa. El 7 de febrero de 2006 el Tribunal Supremo acogió la petición<sup>588</sup>.
653. Así, en aquel momento el Tribunal Supremo conocía del recurso de amparo frente a la decisión de intervenir las cuentas del Consorcio (Sala Constitucional); así como del recurso de nulidad frente a la Resolución (Sala Político Administrativa). Y por otro lado estaba la lucha de los juzgados de Nueva Esparta como consecuencia del Oficio. Pues bien, ante esta situación (formalmente lo hace en el seno del recurso de amparo por la intervención de cuentas) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo decidió el 4 de agosto de 2006 avocarse de oficio el conocimiento de todas las causas judiciales pendientes entre el Consorcio y la Gobernación de Nueva Esparta<sup>589</sup>. El Tribunal Supremo se escudó en que la diversidad de juzgadores habría generado una situación de inseguridad jurídica que afectaba al interés público.
654. En la misma Sentencia el Tribunal Supremo decidió crear una Junta Interventora para la administración del Aeropuerto durante la pendencia del proceso.

---

<sup>585</sup> CD-122.

<sup>586</sup> CD-147.

<sup>587</sup> Ver para. 647 *supra*.

<sup>588</sup> CD-172.

<sup>589</sup> CD-148.

655. Puesto que era en el Tribunal Supremo en quien habían confluído todos los poderes decisorios sobre las causas judiciales entre las dos partes, el Consorcio decidió plantear ante el Tribunal Supremo el recurso de nulidad contra el Decreto 806 (que consolidaba el control del Aeropuerto por la Gobernación).
656. Destacan dos sentencias que emitió el Tribunal Supremo:
657. La primera, de 6 de marzo de 2008, se ocupó principalmente de los recursos de amparo y decidió revocar las sentencias de amparo dictadas por los tribunales inferiores y declarar inadmisibles los recursos de amparo. En cuanto a los recursos de nulidad contra la Resolución y el Decreto 806 se limitó a reiterar su competencia y a ordenar su tramitación<sup>590</sup>.

#### La Sentencia de 4 de marzo de 2009

658. La segunda es la de 4 de marzo de 2009<sup>591</sup>. Esta sentencia decidió, tres años después de haber declarado el avocamiento, ponerle fin y declinar la competencia en favor del Juzgado Superior, que sería quien había de resolver los recursos de nulidad en curso. Además, la sentencia acordaba que la administración del Aeropuerto recaería en el Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura.
659. Esta última decisión generó incertidumbre en las dos partes, puesto que no estaba claro si el Ejecutivo Nacional se había de hacer cargo de la gestión del Aeropuerto con carácter provisional (hasta que el Juzgado Superior decidiera sobre la nulidad) o definitivo. Esta oscuridad motivó la presentación de una solicitud de aclaración ante el Tribunal Supremo el 5 de marzo de 2009.
660. Antes de que el Tribunal Supremo pudiera resolver la solicitud de aclaración, los hechos se precipitaron. En efecto:

#### La Ley Orgánica de Descentralización

661. Dos semanas después, el 17 de marzo de 2009, la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica de Descentralización<sup>592</sup>.
662. Para entender esta Ley hay que irse atrás un año, en concreto, al 17 de abril de 2008. En esa fecha la Sala Constitucional del Tribunal Supremo emitió una sentencia en la que el Alto Tribunal interpretó el artículo 164(10)<sup>593</sup> de la Constitución Venezolana de forma que la competencia exclusiva de los Estados en materia de gestión aeroportuaria, podía ser revertida por el Ejecutivo Nacional.

---

<sup>590</sup> ABC-49.

<sup>591</sup> CD-153.

<sup>592</sup> CD-154.

<sup>593</sup> Artículo 164(10): “Es de la competencia exclusiva de los estados: [...]”

10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

663. El Tribunal Supremo, en consecuencia, exhortó a la Asamblea Nacional a aprobar una ley orgánica en concordancia con la nueva interpretación de la Constitución. Esa ley orgánica sería, un año después, la Ley Orgánica de Descentralización, promulgada el 17 de marzo de 2009. Entre otras disposiciones, esta ley facultó al Ejecutivo Nacional para “revertir” la transferencia de competencias concedidas a los Estados, para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general (artículo 8) e intervenir bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos para su conservación, administración y aprovechamiento (artículo 9); en términos prácticos, la reforma legal permitió que los puertos y aeropuertos, que se hallaban cedidos a los Estados, revirtieran bajo el control del Ejecutivo Nacional.

#### Resolución del Ministerio

664. Tres días después, el 20 de marzo de 2009, el Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda promulgó, en acatamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009, una resolución por la que asumía la “entrega, manejo y control” del Aeropuerto de Isla Margarita<sup>594</sup>.

#### El Decreto 6.646

665. El siguiente hecho relevante tiene lugar apenas cuatro días después: el 24 de marzo de 2009 se dicta el Decreto 6.646, que creó la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos, adscrita al Poder Nacional, cuyo objeto era la explotación de los aeropuertos del país<sup>595</sup>. La norma estableció que el patrimonio de la nueva Sociedad incluiría cuatro aeropuertos, entre los que se encuentra el de Isla Margarita<sup>596</sup>.
666. De esta forma se consumó la transferencia del Aeropuerto a través de tres fases: la Sentencia del Tribunal Supremo, la Resolución del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda y el Decreto 6.646 por el que se adjudicaba a la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos.

#### La aclaración

667. Una vez acaecidos estos hechos, el 23 de julio de 2009 el Tribunal Supremo finalmente se pronunció sobre la aclaración solicitada. En su decisión el Tribunal Supremo explicó que la entrega del Aeropuerto al Poder Nacional no era definitiva, pues estaba “supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente”. Pero el Tribunal Supremo añadió:

“No obstante deben entenderse que los efectos de la sentencia No. 155, del 4 de marzo de 2009 [que es la objeto de aclaración] no abarcan las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos”<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> ABC-66.

<sup>595</sup> ABC-65.

<sup>596</sup> Art. 4 a).

<sup>597</sup> ABC-60, p. 9

668. Uno de los magistrados disintió de la decisión mayoritaria y en un voto particular señaló que la duda que había sido planteada no había sido aclarada en absoluto.

#### **D. La actuación del Tribunal Supremo**

##### **a. Introducción**

669. Las Demandantes entienden en primer lugar – aunque no con demasiado énfasis – que la actuación del Tribunal Supremo venezolano en su conjunto, avocando el conocimiento de las causas y casi tres años después remitiendo esas mismas causas a un Juzgado de instancia y entregando la administración del Aeropuerto al Poder Nacional, son constitutivas de denegación de justicia<sup>598</sup>. El énfasis de su argumento está centrado en la manifiesta ilegalidad de la Sentencia de 4 de marzo de 2009, pues es ésta la que culmina y consume la alegada denegación de justicia – cuestión que se analizará en la próxima sección<sup>599</sup>.
670. No obstante, como la primera alegación de las Demandantes es que toda la actuación del Tribunal Supremo genera denegación de justicia, el análisis del Tribunal deberá comenzar por ella.

##### **b. La Sentencia de 4 de agosto de 2006**

671. El Tribunal estima que la actuación del Tribunal Supremo en su conjunto, desde el avocamiento inicial mediante la Sentencia de 4 de agosto de 2006 hasta su desistimiento, no puede considerarse denegación de justicia.
672. El avocamiento es una alternativa procesal plenamente legal, reconocida por el artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia [la “**LOTSJ**”]<sup>600</sup> que permite a cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo asumir el conocimiento de cualquier causa abierta en casos graves, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial.
673. La Sentencia de 4 de agosto de 2006 entendió que se daban las circunstancias del artículo 18 que meritaban el avocamiento, por existir un

<sup>598</sup> C I, para. 328.

<sup>599</sup> C IV, para. 245.

<sup>600</sup> “Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal de instancia, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa, para resolver si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto, o, en su defecto lo asigna a otro tribunal.

Esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido. [...]

La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”. R-20.

“desorden procesal, producido por el abuso de derecho al interponer de forma indiscriminada ante distintos tribunales acciones de amparo procesal, que ha llevado a decisiones contradictorias sobre la titularidad en administración del Aeropuerto [...] que genera una grave situación que debe ser subsanada”<sup>601</sup>.

674. En cuanto a la alegación de que el avocamiento debía haber sido dictado por la Sala Contencioso Administrativa y no por la Constitucional, que ilegítimamente le usurpó esa competencia, el Tribunal tampoco la acoge. La propia sentencia justifica<sup>602</sup> su competencia en el artículo 5.4 de la LOTSJ<sup>603</sup>, que permite a la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cuando se presuma una violación de principios jurídicos fundamentales aun cuando por la materia la competencia le esté atribuida a otra Sala.

**c. La sentencia de 4 de marzo de 2009**

675. La acusación de denegación de justicia lanzada por las Demandantes se centra fundamentalmente en esta Sentencia de 4 de marzo de 2009, que

- pone fin al avocamiento,
- reenvía el procedimiento al Juzgado Contencioso Administrativo de instancia y
- pone la administración del Aeropuerto a cargo del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura<sup>604</sup>.

676. La Sentencia de 4 de marzo de 2009 es un documento razonablemente largo, de 37 páginas, que concluye en cuatro decisiones substantivas:

- La primera consiste en “declinar la competencia en el Juzgado Contencioso Administrativo de Instancia”<sup>605</sup>;
- La segunda declara terminado el proceso de intervención judicial del Aeropuerto, que había sido decretado por el propio Tribunal Supremo en 2006;
- La tercera

---

<sup>601</sup> CD-153. Parafraseo de la p. 72.

<sup>602</sup> CD-153, pp. 74 y 75.

<sup>603</sup> “Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”. R-20

<sup>604</sup> C I, para. 198; C V, para. 96; CD-153, en particular, las págs. 32 a 36 se refieren a la entrega de la administración del Aeropuerto al Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura.

<sup>605</sup> La determinación del preciso Juzgado en el que se declina fue objeto de clarificación en la aclaración de Sentencia.

“ENTREGA EL MANEJO Y CONTROL del Aeropuerto (...) así como de sus instalaciones al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”;

- La cuarta ordena a la Junta Interventora inicie de inmediato el procedimiento de entrega.

677. A pesar de su extensión, el razonamiento de la Sentencia de 4 de marzo de 2009 es más bien precario. Las primeras 30 páginas contienen un resumen del avocamiento y de los actos judiciales realizados en el ínterin. Tras este resumen, la Sentencia de 4 de marzo de 2009 simplemente decide lo siguiente<sup>606</sup>:

“En este estado del proceso la Sala decide declarar el agotamiento del avocamiento acordado en la presente causa según sentencia núm. 1502/2008, y; en consecuencia, ordena remitir las causas en tramitación contenidas en el expediente núm. 05-1812, al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental, con competencia natural en primera instancia para seguir conociendo de los procedimientos contencioso administrativo de nulidad, que se encuentran en trámite. Así se decide”.

678. No existe ni fundamentación ni justificación de la decisión más allá de esta frase.

679. A continuación el Tribunal Supremo decreta la entrega del Aeropuerto al Poder Ejecutivo. La argumentación es la siguiente<sup>607</sup>:

“Culminado el régimen de administración temporal de los aeropuertos del Estado de Nueva Esparta, en virtud de la intervención judicial, esta Sala, con el fin de garantizar la prestación continua, pacífica e ininterrumpida de los servicios aeroportuarios del Estado de Nueva Esparta, y ante la incapacidad de las partes de asumir el control de las instalaciones aeroportuarias, dada la situación de conflictividad que existe entre ellas y que se manifiesta a través de las causas que se encuentran pendientes de resolución; y visto que el Poder Nacional tiene como Máxima Autoridad garantizar la paz social y la preservación del interés general de la colectividad, así como la competencia en la prestación de los servicios públicos, ordena la entrega de las instalaciones aeroportuarias al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”.

## **E. ¿Vulneró la Sala Constitucional el estándar de denegación de justicia?**

### **a. Introducción**

680. Le incumbe al Tribunal Arbitral decidir si la Sentencia de 4 de marzo de 2009, junto con su aclaración, constituyen una denegación de justicia, como alegan las

---

<sup>606</sup> CD-153, p. 31.

<sup>607</sup> CD-153, p. 32.

Demandantes y niega la Demandada. El Tribunal ya ha dejado sentado cuál es el estándar que debe aplicar en tal labor<sup>608</sup>:

- La forma más tradicional y clara de denegación de justicia ocurre cuando un Estado impide el acceso a los tribunales a un extranjero, discriminándolo frente a sus propios nacionales
- También surge si se da una violación de los principios fundamentales del debido proceso, incluyendo del derecho a ser oído y del derecho a proponer prueba;
- O cuando actúen tribunales parciales o sometidos a injerencias externas;
- O si las decisiones son manifiestamente arbitrarias, carecen de motivación o justificación alguna y de toda lógica jurídica, que excedan de un mero error judicial;
- Con el *caveat* de que la violación del Derecho interno no genera denegación de justicia, salvo que medie mala fe o parcialidad del juzgador.

681. La Sentencia engloba en esencia dos decisiones,

- la de poner fin al avocamiento de la causa **(b)** y
- la de entregar el manejo del Aeropuerto al Poder Central **(c)**.

Cada una se analizará por separado.

#### **b. Agotamiento del avocamiento**

682. Ambas partes están de acuerdo en que el avocamiento se regula en el artículo 18 de la LOTSJ, que establece<sup>609</sup>:

“Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal de instancia, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa, para resolver si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto, o, en su defecto lo asigna a otro tribunal.

Esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.

[...]

<sup>608</sup> Ver para. 637 *supra*.

<sup>609</sup> R-20.

La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”.

683. La posición de la Demandada es que el avocamiento del Tribunal Supremo puede llevar alternativamente a <sup>610</sup>

“[1] decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o [2] decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u [3] ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como [4] adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”.

684. Para el perito de la Demandada, Profesor Mouriño, la Sala no estaba obligada a resolver los recursos de nulidad aunque los hubiera avocado. En su opinión en el avocamiento existen dos etapas <sup>611</sup>:

- la primera cuando la Sala decide avocar, y
- la segunda cuando la Sala procede a

“realizar el análisis del caso, producto del cual ésta determina si se requiere o no restablecerse el orden jurídico, y de ser el caso, se procede a lo conducente”<sup>612</sup>.

685. Para este experto, el artículo 18 de la LOTSJ autoriza al Tribunal a que adopte

“cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”.

Por tanto, esto podría traducirse en la devolución de la causa a los tribunales de instancia, como efectivamente ocurrió. En apoyo de su posición cita la opinión del autor Duque Corredor<sup>613</sup>.

686. El perito de las Demandantes, Profesor Brewer-Carías entiende, por el contrario, que después de haber dictado la primera sentencia de avocamiento, el Tribunal Supremo sí estaba obligado a decidir sobre el fondo<sup>614</sup>.

687. No es competencia de este Tribunal decidir quién de los dos expertos tiene razón y ofrece una interpretación correcta del artículo 18 de la LOTSJ. Ante este Tribunal se

<sup>610</sup> R IV, para. 337.

<sup>611</sup> Mouriño III, para. 34.

<sup>612</sup> R IV, para. 338.

<sup>613</sup> Informe Mouriño III, para. 33, citando a R. Duque Corredor: “Límites Constitucionales de la facultad de avocamiento y debido razonamiento de las Sentencias”, p. 3.

<sup>614</sup> Informe Brewer-Carías I, paras. 61-145.

ha planteado si el Tribunal Supremo incurrió en una denegación de justicia al decretar el agotamiento del avocamiento. La Sentencia de 4 de agosto de 2006 no puede generar denegación de justicia: el ilícito iusinternacional está reservado para situaciones en las que los órganos judiciales han vulnerado flagrantemente el ordenamiento, no para situaciones dudosas, en las que se puede defender legítimamente diferentes interpretaciones de la normativa aplicable.

**c. Entrega del Aeropuerto al Poder Central**

688. La segunda decisión adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 2009 fue la de ordenar la entrega del manejo y control del Aeropuerto al Ejecutivo Nacional.
689. Tras el avocamiento de la causa, el Tribunal Supremo había designado una Junta Interventora, a la que había encomendado el manejo del Aeropuerto, y en la que participaban todas las partes interesadas, incluyendo las Demandantes y la Gobernación de Nueva Esparta, bajo el control de veedores designados por el propio Tribunal Supremo. La constitución de esta Junta se ajustaba al ordenamiento jurídico venezolano, y formaba parte de las medidas cautelares que un tribunal legítimamente puede adoptar durante la pendencia de un proceso que afecta a un servicio público.
690. En marzo de 2009 el Tribunal Supremo decidió poner fin al avocamiento. Al tiempo de adoptar esta decisión, el Tribunal Supremo bien pudo haber dejado en vigor el sistema de intervención del Aeropuerto que él mismo había instaurado – en especial, porque no consta en autos que ese sistema hubiera dado lugar a ningún contratiempo. No fue sin embargo ésta la decisión adoptada, sino que la sentencia se decantó inesperadamente por entregar el manejo y control del Aeropuerto al Ejecutivo Nacional.
691. La decisión tiene una enorme trascendencia: el Aeropuerto era, de acuerdo con la Constitución Venezolana y con el Derecho aplicable, de titularidad del Estado de Nueva Esparta, que lo venía explotando desde hacía años y que lo había entregado a las Demandantes en virtud del Contrato. La Sentencia de 4 de marzo de 2009 le privó al Estado de Nueva Esparta de un bien del que legalmente era titular, y que para un Estado insular era de gran relevancia política, social y económica. Y en el caso de los inversores, les privó definitivamente de los derechos dimanantes del Contrato.
692. Una decisión así debió haber dado escrupuloso cumplimiento a los fundamentos de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, no lo hizo. En opinión del Tribunal Arbitral,
- la Sentencia de 4 de marzo de 2009 se adoptó de oficio y con gravísimos vicios procesales (i),
  - careció de toda motivación o justificación jurídica que pueda explicar su adopción (ii),
  - y respondió al objetivo de consolidar la política de centralización en el Poder Nacional de las competencias aeroportuarias (iii).

(i) Falta al debido proceso

693. La Sentencia incurre en dos graves vicios procesales:

694. En primer lugar la Sentencia de 4 de marzo de 2009 fue adoptada por el Tribunal Supremo, sin que mediara petición alguna de ninguna de las partes personadas en el procedimiento. No consta que el Ejecutivo Nacional, el Procurador o la Fiscalía o cualquier otra autoridad hubiera solicitado la entrega del Aeropuerto al Poder Central. Todo indica, pues, que el Tribunal Supremo actuó *sua sponte*, violando el principio de justicia rogada.

695. En segundo lugar la Sentencia de 4 de marzo de 2009 se promulgó no solo *inaudita parte* – es decir, sin oír las Demandantes – sino incluso *inauditis partibus*, sin dar audiencia ni al Estado de Nueva Esparta, ni al Procurador, a la Fiscalía o a cualquier representante del Poder Nacional. Adoptar una decisión de esta trascendencia sin haber dado la posibilidad de intervenir a los perjudicados, a quienes se les privaba de sus legítimos derechos sobre el Aeropuerto, ni tampoco al beneficiario, al que se le atribuía la carga de gestionar el servicio público, es un proceder contrario a los principios más básicos que deben regir los procedimientos judiciales: nadie puede ser afectado en sus derechos y en su patrimonio sin haber tenido la posibilidad de que el juzgador oiga sus alegaciones y valore sus pruebas.

(ii) Falta de fundamento y motivación

696. Además, la sentencia omite los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la decisión, y los motivos que impulsan al juzgador.

697. En primer lugar, la Sentencia de 4 de marzo de 2009 omite toda referencia a la norma en el ordenamiento jurídico venezolano en que se ampara el Tribunal Supremo para tomar la decisión que adoptó. Esta ausencia de soporte legal se explicaría porque, según el Prof. Brewer-Carías, el Derecho en vigor en aquel momento no la amparaba; de hecho, el artículo 164(10) de la Constitución Venezolana reservaba el manejo de los aeropuertos a los Estados, limitando las labores del Poder Central a la coordinación entre los órganos estatales<sup>615</sup>.

698. En segundo lugar de 4 de marzo de 2009, la motivación de la Sentencia es manifiestamente insuficiente. El Tribunal Supremo justifica formalmente la cesación de la Junta Interventora y la entrega del Aeropuerto al Poder Ejecutivo central en dos argumentos irrelevantes:

- Incapacidad de las partes de asumir el control del Aeropuerto, dada la situación de conflictividad existente entre ellas: esta supuesta incapacidad había sido la justificación para la creación de la Junta Interventora, pero no puede fungir también como un argumento para arrebatarle la gestión en beneficio del Poder Ejecutivo;

---

<sup>615</sup> Informe Brewer-Carías I. paras. 141 y 142.

- Garantía de que el Poder Central mantendrá la paz social y preservará el interés general de la colectividad: el argumento de nuevo es inválido, porque esos mismos motivos, que justificaron que la gestión del Aeropuerto se atribuyera a la Junta Interventora, no pueden ahora ser utilizados para explicar su cese<sup>616</sup>.

699. Es decir, el Tribunal Supremo utilizó exactamente la misma argumentación para concederle a la Junta Interventora el manejo del Aeropuerto y para arrebatárselo tres años más tarde.

(iii) Elemento volitivo

700. En opinión del Tribunal Arbitral, la verdadera justificación de la entrega del Aeropuerto al Poder Central debe buscarse en la Sentencia 565/2008, que la misma Sala del Tribunal Supremo había dictado un año antes. En ella se había dado una nueva interpretación a la Constitución Venezolana, ampliando los poderes del Poder Ejecutivo Central en materia aeroportuaria, para que pudiera asumir el control de los aeropuertos, potestad que estaba descentralizado a favor de los Estados. Finalmente, la Sentencia 565/2008 “exhortaba” a la Asamblea Nacional a revisar la Ley Orgánica de Descentralización, para recoger la nueva interpretación constitucional. Pero en el momento de dictarse la Sentencia de 4 de marzo de 2009, esa nueva Ley Orgánica de Descentralización aún no se había promulgado.

701. La Sentencia de 4 de marzo de 2009 viene a reconocer que los fundamentos de su decisión de entrega al Poder Central del Aeropuerto son “las consideraciones de la Sentencia 565/2008”<sup>617</sup> – pero éstas simplemente exhortaban al legislativo a adoptar una nueva Ley Orgánica; en tanto esto no ocurriera, el Poder Ejecutivo Central no estaba autorizado a arrogarse el control de los aeropuertos. El Tribunal Supremo puenteo esta vacancia y le confirió directamente el manejo del Aeropuerto al Poder Central, en perjuicio de los derechos legítimos del Gobierno estatal y del Consorcio y sin amparo normativo.

---

<sup>616</sup> El Dr. Vinuesa ha expresado en su Opinión Disidente que la creación del régimen de intervención por la Sentencia de 4 de agosto de 2006 y el traspaso del Aeropuerto al Poder Nacional por la Sentencia de 4 de marzo de 2009 obedecieron a fundamentos distintos. La intervención habría tenido como fundamento el “desorden procesal”, mientras que el traspaso del Aeropuerto al Poder Nacional habría obedecido a “la incapacidad de las partes de asumir el control del aeropuerto, dada la situación de conflictividad existente entre ellas” (Opinión Disidente, para. 17).

Pero lo cierto es que según se desprende de su propia literalidad:

- ambas decisiones declaran que su objetivo es garantizar la prestación del servicio público;
- y ambas identifican los mismos riesgos que podrían afectarlo:
- la Sentencia de 4 de agosto de 2006 describe así dichos riesgos: “la diversidad de conflictos judiciales”, “la existencia de dos (2) procedimientos administrativos” y “el constante traspaso que ha habido en el último año sobre la administración del aeropuerto”;
- mientras que la Sentencia de 4 de marzo de 2009 lo hace en términos prácticamente iguales al referirse a: “la situación de conflictividad” y a “las causas que se encuentran pendientes de resolución”.

<sup>617</sup> CD-153, p. 32.

### La aclaración de la Sentencia

702. Este sesgo del Tribunal Supremo a favor de los intereses del Gobierno Central quedó patente en la aclaración, que emitió escasas semanas después de su Sentencia de 4 de marzo de 2009.
703. *Pro memoria*: la Sentencia de 4 de marzo de 2009, que entregó el control del Aeropuerto al Poder Ejecutivo a la par que remitió las causas procesales administrativas pendientes a un órgano judicial inferior, no especificaba si ambas decisiones eran independientes o si, de lo contrario, la entrega del manejo del Aeropuerto era provisional hasta que el juzgado tomara una decisión. La duda era evidente y motivó que tanto el Consorcio como la Gobernación de Nueva Esparta formularan una solicitud de aclaración.
704. El Tribunal Supremo contestó mediante Sentencia aclaratoria de 23 de julio de 2009 –después de la promulgación de la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización y de la toma de control del Aeropuerto por el Poder Central, que se formalizó en la Resolución (de 20 de marzo de 2009) y del Decreto 6.646 (de 24 de marzo de ese mismo año). La Sala Constitucional estableció lo siguiente<sup>618</sup>:

“Al respecto, es de observar a las partes, que dicha medida se adoptó con ocasión al cese del avocamiento por parte de esta Sala sobre los juicios que en sede constitucional se habían incoado. Al resolver las causas en materia de amparo, esta Sala determinó que, dada su naturaleza, los juicios contencioso administrativos debían volver a la jurisdicción correspondiente; sin embargo, dado el conflicto aún existente, la administración de los aeropuertos no podía asignársele a ninguna de las partes, por lo que ordenó su entrega al Poder Nacional, al corresponderle la competencia general en materia de servicios públicos, la cual, estaría supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente. No obstante, debe entenderse que los efectos de la sentencia No. 155, del 4 de marzo de 2009, no abarcan las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos”<sup>619</sup>.

705. La primera frase aclara que la entrega al Poder Nacional es provisional (“[...] la cual, estaría supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo”). El Tribunal Supremo podía haber parado allí. Sin embargo incluye una segunda frase en la que se pronuncia sobre los efectos de su Sentencia del 4 de marzo de 2009 (la que debía aclarar):

“No obstante, debe entenderse que los efectos de la sentencia No. 155, del 4 de marzo de 2009, no abarcan las decisiones que el Ejecutivo Nacional pueda dictar en materia de aeropuertos”.

706. Esta apostilla de nuevo demuestra la parcialidad del Tribunal Supremo hacia el Poder Ejecutivo Central: ninguna parte había cuestionado la competencia del Ejecutivo Nacional en esta materia y el Ejecutivo Nacional ni siquiera era parte en los

<sup>618</sup> ABC-60, p. 9.

<sup>619</sup> El subrayado es del Tribunal

procedimientos; por lo tanto, este pronunciamiento no obedece a ningún *petitum* de las partes y la única finalidad del *obiter dictum* es dar validez a los dos actos dictados en el ínterin por el Poder Central – la Resolución del Ministerio y el Decreto 6646, por los que se había apropiado de los derechos sobre el Aeropuerto.

\* \* \*

707. En resumen: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo *de facto* consumó la entrega del Aeropuerto al Poder Nacional, actuando de oficio, sin respetar las exigencias más básicas del debido proceso, sin norma autorizante y con un objetivo político ya anunciado en la Sentencia 565/2008: reforzar los poderes y competencias del Poder Ejecutivo central en materia aeroportuaria y recortar los de los Estados (y por ende el de empresas concesionarias de los Estados). Y en la aclaración de Sentencia de 23 de julio, actuando nuevamente de oficio, dio carta de naturaleza a los actos ejecutados en el ínterin por el Ejecutivo, que habían formalizado la toma de control del Aeropuerto.
708. En consecuencia el Tribunal Arbitral concluye que la República Bolivariana de Venezuela incurrió en una denegación de justicia en perjuicio de las Demandantes, al ordenar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 y su aclaración que el manejo y control del Aeropuerto se entregara al Poder Ejecutivo nacional.

#### **F. Agotamiento o futilidad de recursos**

709. Queda por analizar un último requisito, el agotamiento o la futilidad de los recursos internos.
710. La Demandada ha señalado que la Sentencia de 4 de marzo de 2009 del Tribunal Supremo no produjo un agotamiento de los recursos internos, puesto que aún permanecían abiertos los recursos contencioso administrativos contra la Resolución y contra el Decreto 806<sup>620</sup>.
711. Para las Demandantes, los recursos de nulidad contra la Resolución y el Decreto 806 carecían de sentido. En el primero de los casos, porque la propia Resolución ya había sido revocada por el Decreto 806. Y en el caso del recurso contra el Decreto 806, su irrelevancia provendría de que, al haberse entregado el Aeropuerto al Poder Nacional, después del cambio legislativo en la Ley Orgánica de Descentralización cualquier decisión final sería inejecutable (pues nadie podría retirar al Poder Nacional el control del Aeropuerto). Para las Demandantes, la Sentencia de 4 de marzo de 2009 simplemente “anticipó” la política del Estado<sup>621</sup>.
712. El Tribunal Arbitral coincide plenamente con las Demandantes.
713. La Sentencia de 4 de marzo de 2009 fue dictada por el más alto órgano judicial de la República Bolivariana de Venezuela. Contra la Sentencia en sí misma no cabe

---

<sup>620</sup> R IV, para. 353 y ss.

<sup>621</sup> C V, para. 7.

recurso alguno – y así lo aceptan ambas partes. Se cumple pues la exigencia de agotamiento de recursos internos contra la propia Sentencia.

714. Venezuela ha señalado que, aunque la Sentencia de 4 de marzo de 2009 sea final y definitiva, dado que declara agotado el avocamiento, y reenvía dos procedimientos contencioso administrativos – contra la Resolución y contra el Decreto 806 - al tribunal de instancia, las Demandantes estarían obligadas a continuar con estos recursos.
715. El Tribunal Arbitral no comparte esta postura.
716. El recurso contencioso administrativo contra la Resolución carece de trascendencia, porque el propio Decreto 806 ya había declarado la nulidad de la Resolución.
717. En cuanto al recurso contra el Decreto 806, si las Demandantes lo hubieran continuado y el juez de lo contencioso administrativo les hubiera dado la razón, habría resultado en una declaración de nulidad del rescate anticipado de la Concesión – algo totalmente irrelevante a efectos de la denegación de justicia por la entrega del control y manejo del Aeropuerto al Poder Nacional.
718. No existe expectativa razonable de que ese recurso pudiera haber anulado la entrega del Aeropuerto al Poder Central:
  - cumplido el mandato de la Sentencia de 4 de marzo de 2009 dictada por el más Alto Tribunal venezolano,
  - modificada la Ley Orgánica de Descentralización,
  - asumido el control fáctico por el Poder Ejecutivo, a través de la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos, de la totalidad de los aeropuertos comerciales,
  - declarado públicamente por el Presidente Chávez que “otro aeropuerto que estamos recuperando es el de Margarita”<sup>622</sup>,

no es razonable pensar que el juez contencioso administrativo pudiera haber decidido, en contra del Tribunal Supremo, que el manejo y control del Aeropuerto debía revertir a las Demandantes.

719. Existe un argumento adicional: como ha dicho el Profesor Brewer-Carías, un juzgado de lo contencioso administrativo no tiene facultades para tomar una decisión privando al Poder Nacional del control y manejo de un aeropuerto, cuando ni la República ni la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos hacen parte del juicio<sup>623</sup>.

\* \* \*

720. En resumen, el Tribunal Arbitral entiende que la entrega del control sobre el Aeropuerto, formalizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de

<sup>622</sup> CD-155.

<sup>623</sup> Informe Brewer-Carías I, para. 144.

2009 es definitiva, sin que exista una expectativa razonable de que los procedimientos aun abiertos en la República Bolivariana, y en especial el procedimiento contencioso administrativo contra el Decreto 806, puedan resultar en una revocación de la decisión.

721. En consecuencia el Tribunal Arbitral concluye que la República Bolivariana de Venezuela incurrió en una denegación de justicia en perjuicio de las Demandantes, al ordenar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 que el manejo y control del Aeropuerto se entregara al Poder Ejecutivo nacional.

## VII. DAÑOS

### 1. INTRODUCCIÓN

722. Una vez examinadas las alegaciones jurisdiccionales y de fondo de cada una de las partes y constatada la existencia de una violación de los derechos de las inversoras, es preciso determinar la compensación que resulte procedente.

723. Las partes han aportado diversas pruebas periciales para el cálculo del daño. Las Demandantes contrataron a Navigant Consulting, Inc. [**“Navigant”**], en la persona de Brent C. Kaczmarek, y la Demandada a Andrés Ricover y Carlos Winograd [**“R/W”**] y a Fabián Bello [**“Bello”**]. Navigant presentó tres informes [**“Navigant I, II y III”**]<sup>624</sup>, Ricover Winograd igualmente tres informes [**“R/W I, II y III”**]<sup>625</sup> y Bello dos informes [**“Bello I y II”**]<sup>626</sup>. Tras la Audiencia, y a petición del Tribunal, Navigant presentó un informe adicional [**“Navigant IV”**]<sup>627</sup>, y Bello, Ricover y Winograd hicieron lo propio [**“B/R/W I”**]<sup>628</sup>.

724. Las Demandantes reclaman tres tipos de indemnización:

- En primer lugar, en concepto de daño emergente, piden el coste no reembolsado del Plan Maestro, cuyo importe asciende a USD 652.000.
- En segundo lugar, en concepto de lucro cesante, demandan el valor justo de mercado a 30 de diciembre de 2005 de

Administradora Unique-IDC C.A [la **“Compañía Operadora”**], una sociedad venezolana cuyo valor justo total asciende, en estimación de las Demandantes, a USD 43.870.615 (Bs. 94.321.822.035)<sup>629</sup> y en la que cada Demandante tiene un 50% de participación, y de

Aeropuertos Asociados de Venezuela C.A [la **“Compañía de Servicios”**], una segunda sociedad venezolana, cuyo valor justo asciende

<sup>624</sup> Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 21 de octubre de 2011 [**“Navigant I”**]; Segundo Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 29 de agosto de 2012 [**“Navigant II”**]; y Tercer Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA de 15 de febrero de 2013 [**“Navigant III”**].

<sup>625</sup> Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 28 de junio de 2012 [**“R/W I”**]; Segundo Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 17 de noviembre de 2012 [**“R/W II”**]; y Tercer Informe de los expertos Andrés Ricover y Carlos Winograd de 13 de mayo de 2013 [**“R/W III”**].

<sup>626</sup> Informe Económico y Financiero en Respuesta al Informe Pericial de Navigant preparado por Fabián Bello de 15 de noviembre de 2012 [**“Bello I”**]; y el Informe Económico y Financiero en Respuesta al Informe Pericial de Navigant preparado por Fabián Bello de 17 de mayo de 2013 [**“Bello II”**].

<sup>627</sup> Informe Pericial Posterior a la Audiencia de Brent C. Kaczmarek, CFA de 15 de agosto de 2013 [**“Navigant IV”**].

<sup>628</sup> Informe Económico y Financiero en Respuesta a la Resolución Procesal No. 1 preparado por Fabián Bello, Andy Ricover y Carlos Winograd de 12 de agosto de 2013 [**“B/R/W I”**].

<sup>629</sup> Las Demandantes valoraron originalmente a la Compañía Operadora en USD 44.060.838 (Bs. 94.730.801.829); ver Navigant I, para. 158.

a USD 325.743 (Bs. 700.347.850) y en la que cada Demandante tiene una participación del 49,5%;

- En tercer lugar, ambas Demandantes reclaman interés pre y post laudo.

725. En cuanto a las divisas en las que se debe hacer el pago, Flughafen Zürich desea recibir los fondos en Francos Suizos, CHF, convertidos al tipo de cambio del 30 de diciembre de 2005; el importe reclamado, excluyendo intereses, asciende a CHF 29,494,544 con el siguiente desglose<sup>630</sup>:

- A CHF 341.437 en concepto de daño emergente;
- A CHF 28.939.158 en concepto de valor de mercado del 50% de la Compañía Operadora;
- A CHF 213.948 en concepto de valor de mercado del 49,5% de la Compañía de Servicios.

726. IDC por su parte desea recibir los fondos en pesos chilenos, CLP, también convertidos a 30 de diciembre de 2005; el importe reclamado, excluyendo intereses asciende a CLP 11.609.135.111 desglosado en la siguiente forma<sup>631</sup>:

- A CLP 200.697.191 en concepto de daño emergente;
- A CLP 11.324.713.947 en concepto de valor de mercado del 50% de la Compañía Operadora;
- A CLP 83.723.973 en concepto de valor de mercado del 49,5% de la Compañía de Servicios.

727. Ambas Demandantes desean recibir intereses pre y post laudos, calculados a un tipo de interés de LIBOR a un año más 4% para cifras en CHF, y a la tasa promedio de interés para préstamos bancarios de 90-365 días para las cantidades cifradas en CLP.

728. La Demandada, por su parte, niega deber compensación alguna, y en todo caso entiende que el valor de mercado del Contrato en ningún caso excedería de USD 7.656.647<sup>632</sup>.

729. El Tribunal procederá de la siguiente forma:

- En primer lugar analizará la base legal para solicitar la indemnización (2)
- En segundo lugar estudiará las defensas generales planteadas por la Demandada y el estándar de cálculo de la indemnización, y en especial la metodología de flujo de caja descontado [“**DCF**” en las siglas en inglés] y (3.)

---

<sup>630</sup> Navigant I, Cuadro 1.

<sup>631</sup> *Ibid.*

<sup>632</sup> B/R/W I, para. 9.

- En tercer lugar aplicará la metodología idónea para calcular la compensación y establecer la divisa en que ésta ha de estar cifrada (4.)
- Para finalmente determinar los intereses pre y post laudo (5.).

## **2. FUNDAMENTO LEGAL DE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN**

### **2.1. POSICIÓN DE LAS PARTES**

#### Posición de las Demandantes

730. Las Demandantes consideran que Venezuela debe abonarles la indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de su inversión, calculada como el valor de mercado de la inversión a la fecha de 30 de diciembre de 2005, día en que las Demandantes perdieron acceso a sus beneficios económicos<sup>633</sup>.
731. Según las Demandantes ésta es la fecha indicada en el artículo 6 del APRI Suiza-Venezuela, y refleja también la práctica generalizada en arbitraje internacional, que establece específicamente que la compensación representará el valor del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias fueron tomadas o se hicieron del conocimiento público<sup>634</sup>.
732. Las Demandantes entienden que el “valor de mercado” también constituye una compensación “efectiva y adecuada” en conformidad con el artículo 6 del APRI Chile-Venezuela<sup>635</sup>.
733. Además, las Demandantes alegan que es un principio firme del Derecho internacional consuetudinario que la víctima de un acto ilícito de un Estado tiene derecho a recibir una reparación íntegra de sus daños, como si el acto ilícito no hubiera ocurrido<sup>636</sup>. Para ello, se deben indemnizar los beneficios desde la fecha de expropiación hasta el 1 de marzo de 2024, es decir lo que las Demandantes hubieran tenido si el Contrato no se hubiera terminado ilegalmente<sup>637</sup>.
734. Las Demandantes señalan que el estándar de compensación del Derecho internacional consuetudinario es idéntico al expresamente establecido en el artículo 6 del APRI Suiza-Venezuela y consistente con el estándar del artículo 6 del APRI Chile-Venezuela<sup>638</sup>.

#### Posición de la Demandada

735. La República de Venezuela tiene dos tipos de argumentos por los que entiende que no debe pagarse ninguna compensación. Los primeros, de naturaleza jurídica, que se explicarán a continuación. Los segundos, de naturaleza económica, al entender que el cálculo del daño es erróneo, que se analizarán en la siguiente sección.

---

<sup>633</sup> C IV, para. 304.

<sup>634</sup> C IV, para. 304.

<sup>635</sup> C IV, para. 320.

<sup>636</sup> C IV, para. 321.

<sup>637</sup> C IV, para. 322.

<sup>638</sup> C IV, para. 323.

736. La Demandada afirma que no se acredita cuál es el estándar jurídico que debe aplicarse a cada Demandante<sup>639</sup>. La Demandada rechaza que el estándar sustantivo para la compensación del daño sea el mismo en el APRI Chile-Venezuela, en el APRI Suiza-Venezuela y en el Derecho internacional consuetudinario, como sostienen las Demandantes. Según la Demandada, difieren tanto los estándares compensatorios como sus cuantificaciones de daños<sup>640</sup>.
737. Además, según la Demandada, no se satisfacen los requisitos de los principios de Derecho internacional aplicables para la determinación de cualquier estándar compensatorio regido por el derecho internacional consuetudinario<sup>641</sup>. Según la Demandada (i) las Demandantes no han demostrado la relación de causalidad entre el daño y la violación del derecho internacional<sup>642</sup>; (ii) la compensación solicitada no es razonable; (iii) el daño es hipotético e indeterminado; (iv) existe el riesgo de compensar dos veces; y (v) las Demandantes no prueban ni el importe del daño ni que es recuperable en Derecho<sup>643</sup>.

## 2.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

### A. Normativa aplicable

738. Para determinar la compensación debida a las Demandantes, debe aplicarse en primer lugar lo establecido en los propios AAPRI, pues son éstas las normas del Derecho internacional que Venezuela ha infringido.
739. En el APRI Suiza-Venezuela el ilícito de expropiación tiene su propio régimen para el cálculo de la compensación debida. En efecto, el artículo 6 del Tratado ordena lo siguiente<sup>644</sup>:

“Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medida alguna de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que tuviere la misma naturaleza o efecto, contra las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, salvo que dichas medidas se tomen por causa de interés público, que no sean discriminatorias, se ajusten a la Ley, y den lugar a una compensación efectiva y adecuada. Dicha compensación representará el valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias fueren tomadas o se hicieren del conocimiento público, si ocurriese antes; incluirá intereses desde la fecha de expropiación, será pagada sin demora en moneda de libre convertibilidad a las personas autorizadas para ello y será libremente transferible”.

740. Es decir, de acuerdo con el APRI Suiza-Venezuela la compensación en caso de expropiación debe cumplir con los siguientes requisitos:

---

<sup>639</sup> R III, paras. 299 a 305.

<sup>640</sup> R IV, para. 373.

<sup>641</sup> R IV, para. 375 y 376.

<sup>642</sup> R III, paras. 324 a 327.

<sup>643</sup> R IV, para. 375.

<sup>644</sup> Artículo 6 del APRI Suiza-Venezuela. Se ha añadido el subrayado.

- Debe ser efectiva y adecuada,
- Representar el valor de mercado de la inversión,
- Valor que se debe determinar inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias hayan sido tomadas o se hayan hecho de conocimiento público, si ocurriere antes,
- Incluirá intereses desde la fecha de expropiación, y
- Será pagada sin demora en moneda de libre convertibilidad.

741. Para el caso de la Demandante chilena, la norma aplicable es el artículo 6 del APRI Chile-Venezuela, que reza así<sup>645</sup>:

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medida alguna para expropiar o nacionalizar las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente al de nacionalización o expropiación, salvo que dichas medidas no sean discriminatorias, que se ajusten a la ley y que den lugar al pago de una compensación efectiva y adecuada. El importe de la compensación, incluyendo sus intereses, si fuere el caso, se efectuará en moneda de libre convertibilidad y se pagará sin demora al beneficiario. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la compensación deberán ser comprobables en procedimiento judicial ordinario.

2. Los inversionistas de una Parte Contratante que sufrieren pérdidas en relación con sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante como consecuencia de una guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio público, recibirán de esta última Parte Contratante un trato no menos favorable respecto de la restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, que el que dicha Parte Contratante acuerde a sus propios nacionales o a inversionistas de cualquier tercer Estado, cualquiera sea más favorable a los inversionistas interesados”.

742. El APRI Chile-Venezuela establece una regulación similar a la del APRI Suiza-Venezuela, aunque algo menos precisa; la compensación a pagar a inversores chilenos tiene que cumplir con estos requisitos:

- Debe ser efectiva y adecuada, al igual que se exige en el APRI Suiza-Venezuela;
- En cambio, el APRI Chile-Venezuela carece de una referencia explícita ni al valor de mercado de la inversión, ni señala específicamente la fecha de valoración;
- Pero sí prevé, al igual que el APRI Suiza-Venezuela, el devengo de intereses;
- Y el pago sin demora en moneda de libre convertibilidad.

---

<sup>645</sup> Artículo 6 del APRI Chile-Venezuela. Se ha añadido el subrayado.

743. ¿Tiene alguna relevancia que el APRI Suiza-Venezuela mencione, y el APRI Chile-Venezuela silencie que la indemnización se calculará en base al valor de mercado en la fecha de la expropiación?
744. En opinión del Tribunal, ambos Tratados exigen que la compensación sea efectiva y adecuada; y para que una compensación cumpla con estos requisitos, su cuantía necesariamente equivaldrá al valor de mercado del bien expropiado, calculado en la fecha inmediatamente anterior a aquélla en que se realizó la expropiación (o ésta se hizo de público conocimiento). En términos prácticos, la regulación de la compensación contenida en ambos Tratados lleva a los mismos resultados.
745. Resultados a los que también se llegaría, si se aplicaran los principios generales del Derecho internacional.
746. Es un principio firme del Derecho internacional consuetudinario que la víctima de un acto ilícito perpetrado por un Estado tiene derecho a recibir una reparación íntegra, como si el acto ilícito no hubiera ocurrido<sup>646</sup>.
747. Y en una expropiación la reparación íntegra equivale al valor de mercado del bien expropiado, valor que el titular podría haber obtenido, si lo hubiera enajenado justo antes de la fecha en que el Estado realizó la desposesión, o en la que la voluntad de expropiación trascendió al público (reduciendo el valor de mercado del bien)<sup>647</sup>.
748. Por valor de mercado debe entenderse el precio en dinero que estaría dispuesto a pagar un hipotético comprador a un hipotético vendedor,
- estando ambos interesados en realizar la transacción, pero sin obligación de hacerlo,
  - actuando de buena fe y de acuerdo con las prácticas del mercado,
  - en un mercado abierto y sin restricciones,
  - y disponiendo ambos de un conocimiento razonable del objeto del contrato y de las condiciones de mercado<sup>648</sup>.
749. La Demandada ha insistido que en Derecho internacional toda compensación
- debe guardar una relación de causalidad con el daño sufrido;
  - debe ser razonable;
  - el daño debe ser cierto;

<sup>646</sup> *Chorzów Factory*, p. 47. En igual sentido, el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Ilícitos Internacionales*: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53ª Sesión, cap. IV, comentario artículo 34, ¶ 5, U.N. GAOR, 56º Ses., Sup. No. 10, U.N. Doc A/56/10 (2001).

<sup>647</sup> World Bank (eds): “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, 31 I.L.M. (1992), 1382.

<sup>648</sup> *Navigant I*, para. 91.

- no se debe compensar un mismo daño dos veces;
- la carga de la prueba corresponde al que alega la existencia del daño<sup>649</sup>.

750. El Tribunal no tiene nada que objetar a este catálogo de requisitos, que tampoco son puestos en discusión por las Demandantes. En las próximas secciones se habrá de analizar si las cantidades reclamadas por los inversores efectivamente cumplen los requisitos exigibles para que el Tribunal los pueda válidamente adjudicar.

**B. Desestimación a limine del reclamo de daño emergente**

751. La conclusión de que la compensación debida a un inversor por la expropiación de su inversión equivale al valor de mercado, lleva inexorablemente a la desestimación del reclamo por daño emergente planteado por las Demandantes.

752. En efecto:

753. Flughafen Zürich reclama CHF 341.437 e IDC CLP 200.697.191 en concepto de costo no reembolsado de los planes estratégicos del Aeropuerto. La explicación dada por el perito para justificar esta reclamación es la siguiente<sup>650</sup>:

“Además del valor perdido asociado a las Compañías Operadora y de Servicios, los Demandantes demandan que no los reembolsaron por el costo de preparar todos los planes estratégicos asociados con el desarrollo futuro del Aeropuerto (ejem., el plan maestro, el plan de negocios, el plan de inversiones, y plan de mercadeo). El costo de preparar estos planes fue de US\$ 652.000”.

754. La justificación de este reclamo es pues la de un daño emergente que los inversores sufrieron, al prestar ayuda a las Compañías Operadora y de Servicios en la preparación de los planes estratégicos del Aeropuerto, sin que ambas Compañías hayan satisfecho el precio de los servicios rendidos.

755. El alegado daño emergente no puede ser resarcido en el presente arbitraje:

- En primer lugar, porque no surge de un acto *iure imperii* imputable a la Demandada, sino del impago de una deuda comercial incurrida por las Compañías Operadora y de Servicio frente a sus matrices;
- En segundo lugar, porque no guarda relación alguna con la expropiación del Aeropuerto, y
- En tercer lugar porque no forma parte del valor de mercado de los bienes expropiados – los únicos conceptos que la República Bolivariana está obligada a indemnizar en virtud de los AAPRI y del Derecho internacional consuetudinario como reparación por la expropiación.

<sup>649</sup> R III, para. 375.

<sup>650</sup> Navigant I, para. 7.

756. En consecuencia, el Tribunal rechaza el reclamo por daño emergente planteado por las Demandantes.

\* \* \*

757. En las siguientes secciones el Tribunal analizará el otro concepto de compensación solicitado por las Demandantes: el valor justo de mercado de la inversión expropiada, pero antes de eso es necesario que el Tribunal estudie las defensas generales planteadas por la Demandada, y determine cuál es el estándar apropiado para calcular el valor de las Compañías Operadora y de Servicios. Esto lo hará en la próxima sección.

**3. DEFENSAS PLANTEADAS POR LA DEMANDADA Y ESTÁNDAR DE CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN**

**3.1. OBJECIONES PLANTEADAS POR LA REPÚBLICA BOLIVARIANA**

**A. Introducción**

758. La Demandada ha planteado una serie de objeciones preliminares en contra de la pretensión de las Demandantes de ser compensadas por la expropiación:

- En primer lugar, la República alega que Navigant habría valorado una inversión equivocada (**B**);
- En segundo lugar, argumenta que los inversores no han hecho contribución ni aportación alguna (**C**);
- En tercer lugar, explica que existen deficiencias contractuales que ameritan una reducción total o al menos parcial del valor (**D**).

**B. Navigant habría valorado una inversión equivocada**

759. La primera objeción de la República consiste en señalar que los inversores habrían incurrido en una contradicción insalvable entre la inversión protegida, que serían los derechos derivados del Contrato, y la cuantificación de sus pretendidos daños, basados en la premisa que la inversión consistiría en las acciones de diversas sociedades de Derecho venezolano. En su opinión, esta contradicción confunde, distorsiona y hace fútil el ejercicio valuatorio<sup>651</sup>. Mientras que las sociedades difícilmente resultan nulas, los contratos pueden perfectamente resultar inválidos, nulos o anulables, lo que debe afectar a cualquier análisis de valor<sup>652</sup>. Finalmente la participación en una sociedad anónima no crea obligaciones para sus accionistas, mientras que un contrato sinalagmático impone obligaciones en cabeza de ambas partes<sup>653</sup>.

760. La objeción no puede prosperar.

761. Como acertadamente señalan las Demandantes, para implementar el Contrato que había sido adjudicado al Consorcio – dos sociedades extranjeras, que habían constituido sucursales en Venezuela - fue conveniente crear sendas sociedades venezolanas, cuyo único objetivo fuera precisamente hacerse cargo de su cumplimiento<sup>654</sup>. Por ello, los inversores incorporaron dos sociedades anónimas venezolanas, la Compañía Operadora, que era la que efectivamente administraba el Aeropuerto, y la Compañía de Servicios, cuya función era la de ser administradora del canon previsto en el Contrato. El único activo de la Operadora era su derecho a gestionar el Aeropuerto, y el único activo de la Compañía de Servicios el propio

---

<sup>651</sup> R IV, para. 385.

<sup>652</sup> R III, para. 316.

<sup>653</sup> R III, para. 317.

<sup>654</sup> C IV, para. 329.

canon previsto en el Contrato. Y ambas Compañías ejercían los derechos y asumían las obligaciones derivadas del Contrato.

762. Cuando las Demandantes le encargaron a Navigant determinar la compensación, el perito decidió calcular el valor justo de mercado del proyecto Aeropuerto,

“a través de las dos compañías venezolanas establecidas por los Demandantes para operar el proyecto del Aeropuerto (la Compañía Operadora) y para proporcionar servicios al Aeropuerto (la Compañía de Servicios). Medimos el valor justo de mercado de las Compañías Operadora y de Servicios bajo el método flujo de caja descontado”<sup>655</sup>.

763. Para realizar una valoración de DCF, es preciso que exista un sustrato contable – y la contabilidad se lleva a nivel de las Compañías, no del Contrato. Tomando como punto de partida la contabilidad histórica de las Compañías, Navigant determinó los ingresos previsibles por operar el Aeropuerto, así como los gastos operacionales (incluyendo ciertos costos previstos en el Contrato), las inversiones que la Administradora estaba obligada a realizar y la obligación de pagar impuestos sobre las utilidades netas. Esta metodología de DCF sirve para valorar tanto la propiedad de las Compañías Operadora y de Servicios, como las utilidades generadas por el Contrato, porque los intereses de las Demandantes en ambas sociedades coinciden con los intereses derivados del Contrato.

764. El Tribunal considera que buena prueba de que el método valorativo propuesto por Navigant es razonable y congruente se halla en que cuando el perito de la Demandada quiso realizar una valoración DCF del Contrato, siguió (con pequeñas variaciones de detalle, que se analizarán más adelante) la misma metodología adoptada por Navigant, y como base para su análisis utilizó las cuentas anuales de la Compañía Operadora<sup>656</sup>.

### **C. Ausencia de aportación o contribución**

765. Argumenta la Demandada en segundo lugar que, al momento de firmar el Contrato, las Demandantes no pagaron ningún precio por el negocio recibido, y que tampoco quedaron obligadas a pagar un canon periódico por la concesión, sino que solo se obligaron a realizar inversiones equivalentes a USD 12 millones, según el plan de inversiones acordado con el Estado. Estas inversiones se financiaron con los fondos generados por el propio Aeropuerto y por lo tanto, las Demandantes tampoco tuvieron que aportar dineros para realizarlas. La posibilidad de obtener pérdidas económicas que obligaran al Consorcio a realizar aportes de capital era prácticamente nula, y la probabilidad de lograr beneficios económicos que implicaran flujos de caja positivos resultaba elevada<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> Navigant I, para. 6.

<sup>656</sup> Bello II, paras. 264 y ss.

<sup>657</sup> Bello II, paras. 58 – 61.

766. El Tribunal ya ha tenido la oportunidad de examinar una alegación de carácter muy similar, en sede de excepciones a su jurisdicción<sup>658</sup>.
767. En esa ocasión, el Tribunal concluyó que los inversores habían hecho contribuciones en industria (la gestión del Aeropuerto), en especie (el diseño de los planes estratégicos) y en dinero (inversiones por importe de USD 3,9 millones). El hecho de que estas inversiones hubieran sido financiadas con las propias utilidades generadas por el negocio es irrelevante – si las Demandantes no hubieran destinado esos fondos a realizar obras en el Aeropuerto, las habrían hecho suyas. Además el riesgo asumido por los inversores es de naturaleza netamente de inversión: de existir utilidades, éstas se dividen entre Estado y Consorcio; y si se producen pérdidas, o generación insuficiente de fondos para financiar las inversiones, el riesgo corresponde al Consorcio<sup>659</sup>.

#### **D. Deficiencias en la adjudicación del Contrato**

768. En tercer lugar, argumenta la Demandada que un hipotético comprador no habría asignado ningún valor a la inversión de las Demandantes, debido a las deficiencias regulatorias y contractuales de la posición de las Demandantes en la fecha de valuación. La valoración propuesta por las Demandantes y su experto no asigna a ninguna de estas cuestiones relevancia valoratoria alguna<sup>660</sup>. Un *due diligence* realizado por cualquier comprador prospectivo hubiera mostrado que
- los procesos licitatorios y de aprobación legislativa estatal y nacional no habían sido cumplidos y
  - que una auditoría técnica desarrollada semanas antes de esa fecha había alcanzado conclusiones preocupantes<sup>661</sup>.
769. El Tribunal no comparte la objeción planteada por la Demandada. Para justificar su postura, el Tribunal en primer lugar analizará la objeción desde un ámbito normativo (i) y después estudiará las específicas causas alegadas por la República (ii).

##### **(i) Ámbito normativo**

770. Toda valoración de una inversión que consista en derechos dimanantes de un Contrato presupone la inexistencia de riesgo jurídico. Tiene razón la Demandada cuando afirma que si esos derechos estuvieran jurídicamente deteriorados, y existiera un riesgo de que la propia administración o un tribunal de justicia pudiera modificarlos o incluso anularlos, todo comprador, para reflejar esa incertidumbre, aplicaría una reducción al valor que resultara del modelo de valoración.
771. Pero esta regla de sentido común no resulta de aplicación en la presente litis.

<sup>658</sup> Ver paras. 233 y ss. *supra*.

<sup>659</sup> CD-17, cláusula 28.

<sup>660</sup> R IV, para. 379.

<sup>661</sup> R III, para. 309.

772. Un Estado no puede parapetarse alegando un envilecimiento sobrevenido de la inversión, generado por su propia actuación, y sin culpa del inversor. Para que una deficiencia jurídica provoque una reducción de la compensación por expropiación, deberá haberse originado antes de la inversión, o a más tardar en el momento de su ejecución. Esta conclusión se fundamenta en un principio general del Derecho internacional, que a su vez es reflejo del principio universal de la buena fe: un Estado que pretende expropiar una inversión, no puede beneficiarse de sus propios actos, posteriores a la inversión pero previos a la expropiación, para envilecerla y reducir su valor de mercado. La compensación debida debe ser calculada como si tales actuaciones no hubieran tenido lugar<sup>662</sup>.

(ii) Causas específicas alegadas por la Demandada

773. La República Bolivariana alega que un tercero independiente, que hubiera adquirido los derechos del Contrato, habría aplicado una reducción por dos causas:

- la primera, porque los procesos licitatorios y de aprobación legislativa estatal y nacional no habían sido cumplidos y
- la segunda, porque una auditoría técnica desarrollada semanas antes de la intervención habría alcanzado conclusiones preocupantes<sup>663</sup>.

774. La segunda causa alegada por la República puede ser desestimada *a limine*, por tratarse de actos posteriores a la adjudicación del Contrato, imputables a la propia Demandada y por lo tanto inútiles para intentar reducir el valor de la compensación (y adicionalmente, porque la auditoría adolece de graves deficiencias en su elaboración y la Demandada distorsiona gravemente sus resultados<sup>664</sup>).

775. Queda por estudiar la primera: ¿existieron deficiencias en los procedimientos licitatorios y de aprobación del Contrato?

776. La Demandada ha planteado, en sede de objeción jurisdiccional, la supuesta irregularidad en el otorgamiento del Contrato. El Tribunal ya ha tenido ocasión de rechazar esta solicitud, sentando las siguientes conclusiones jurídicas:

- El Contrato es válido a la luz del Derecho administrativo venezolano: el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de noviembre de 2004, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Consejo Legislativo de Nueva Esparta, y no existe ninguna decisión de un tribunal inferior declarando su nulidad, mientras que en vía administrativa el último acto recaído, el Decreto 806, lo declaró expresamente en vigor, para a continuación decretar su rescate anticipado en aplicación de la cláusula 41 del Contrato<sup>665</sup>;

<sup>662</sup> *Chorzów Factory*, pp. 51 y 52.

<sup>663</sup> R III, para. 309.

<sup>664</sup> Ver paras. 523-525 *supra*

<sup>665</sup> Ver paras. 186-190 *supra*.

- La autorización de la Asamblea Nacional no era necesaria, pues habiendo las Demandantes creado e inscrito en el Registro Mercantil de Nueva Esparta sendas sucursales, que a su vez constituyeron el Consorcio Unique, la autorización devino innecesaria<sup>666</sup>;
- La adjudicación directa del Contrato al Consorcio, hecha por el Gobernador de Nueva Esparta, no violó la normativa administrativa venezolana – como se justifica en el propio Decreto 1.188 y se demuestra por el hecho de que el Contrato sigue en vigor<sup>667</sup>.

777. En conclusión, no han existido deficiencias en la adjudicación y otorgamiento del Contrato, que justifiquen un envilecimiento de la inversión y una reducción de su valor.

### 3.2. METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO

778. Las Demandantes reclaman el valor de mercado de su inversión a 30 de diciembre de 2005, día en el que las Demandantes perdieron acceso a sus beneficios económicos<sup>668</sup>. Para establecer este valor, utilizan el método de flujo de efectivo descontado [“DCF” en sus siglas en inglés] y lo aplican a sus participaciones en dos sociedades venezolanas:

- la Compañía Operadora, que era la que efectivamente administraba el Aeropuerto y a
- la Compañía de Servicios, que administraba el canon de 5% establecido en el Contrato<sup>669</sup>.

779. Aplicando el método de DCF, Navigant calcula el valor justo de mercado de la Compañía Operadora a 30 de diciembre de 2005 en USD 43.870.615 (Bs. 94.321.822.035). Usando el mismo método de cálculo, el valor justo de mercado de la Compañía de Servicios asciende a USD 325.743 (Bs. 700.347.850)<sup>670</sup>.

#### Metodología DCF

780. Frente a esta pretensión de las Demandantes, la Demandada, aunque niega deber compensación alguna, acepta en un plano teórico que la metodología de DCF es potencialmente apropiada para calcular el valor de una inversión de naturaleza contractual. Su propio experto, el Sr. Bello, preguntado por el Tribunal si estaba de acuerdo en que la metodología DCF era apropiada en las circunstancias, contestó con un “sí”<sup>671</sup>.

---

<sup>666</sup> Ver paras. 198-210 *supra*.

<sup>667</sup> Ver paras. 230-232 *supra*.

<sup>668</sup> C IV, para. 304.

<sup>669</sup> C IV, para. 306.

<sup>670</sup> C IV, para. 308.

<sup>671</sup> TA Día 4, p. 1265: PRESIDENTE FERNÁNDEZ-ARRESTO: “O sea DCF estamos de acuerdo”. SEÑOR BELLO: “Sí”.

781. El Tribunal coincide: el método de DCF es ampliamente aceptado por los tribunales en arbitrajes de inversión, para calcular el valor de mercado de una empresa con capacidad de generar ingresos futuros – incluyendo situaciones similares a la presente<sup>672</sup>. En esencia, lo que esta metodología permite es lo siguiente (utilizando las palabras del Banco Mundial)<sup>673</sup>:

*“‘[D]iscounted cash flow value’ means the cash receipts realistically expected from the enterprise in each future year of its economic life as reasonably projected minus that year’s expected cash expenditure, after discounting this net cash flow for each year by a factor which reflects the time value of money, expected inflation, and the risk associated with such cash flow under realistic circumstances. Such discount rate may be measured by examining the rate of return available in the same market on alternative investments of comparable risk on the basis of their present value”.*

#### Necesidad de validación

782. Sin embargo, aun siendo la metodología de DCF un sistema comúnmente aceptado para valorar la compensación por la expropiación de empresas, es importante resaltar – como por otra parte lo hace el perito Navigant<sup>674</sup> – que nunca se debe aplicar de forma mecánica, porque es un instrumento que puede llevar con facilidad a resultados distorsionados. Todo modelo DCF es simplemente el resultado matemático de insertar unos parámetros futuros estimados por el experto en una fórmula matemática – si la estimación de esos parámetros es incorrecta, los resultados no reflejarán el verdadero valor de mercado del activo expropiado.
783. Por ello es necesario comprobar la razonabilidad de los resultados de un modelo basado en DCF aplicando otras técnicas de valoración – comparándolo con el valor de empresas similares cotizadas en bolsas, o con el precio alcanzado en transacciones realizadas para la venta de empresas similares<sup>675</sup>. En otros casos, las cuantías originalmente invertidas por los inversores, y las aportaciones hechas al negocio durante el periodo en el que ejercieron el control, pueden ser también factores a tener en cuenta para confirmar la razonabilidad de los resultados alcanzados mediante un modelo DCF<sup>676</sup>.

#### Fecha de valoración

784. Las Demandantes han planteado que la fecha a efectos de valoración debe ser el 30 de diciembre de 2005, la fecha en la que perdieron el control de su inversión, al ser

---

<sup>672</sup> C I, para. 360, np. 410.

<sup>673</sup> World Bank (eds): “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, 31 I.L.M. (1992), 1382, p. 7.

<sup>674</sup> Navigant IV, para. 27.

<sup>675</sup> Navigant IV, para. 28.

<sup>676</sup> Ver paras. 932 y ss. *infra*.

desposeídos del control del Aeropuerto. El perito de la Demandada, Sr. Bello, también se decanta por esta fecha<sup>677</sup>.

785. El Tribunal coincide.

786. El 30 de diciembre de 2005 fue la fecha cuando la Gobernación de Nueva Esparta, en cumplimiento del Oficio de intervención, tomó de forma definitiva el control del Aeropuerto, con la colaboración de las fuerzas policiales<sup>678</sup>. Desde entonces, las Demandantes nunca lo recuperaron. En consecuencia, la valoración de la inversión debe realizarse a esa fecha, porque es cuando la medida expropiatoria fue tomada (tal como exige el artículo 6 del APRI Suiza-Venezuela y se desprende del artículo 6 del APRI Chile-Venezuela).

\* \* \*

787. Rechazadas las objeciones globales planteadas por la Demandada y definida la metodología de cálculo de la compensación, en el siguiente capítulo el Tribunal la aplicará a los hechos que constituyen la litis.

---

<sup>677</sup> TA Día 4, p. 1265.

<sup>678</sup> Ver para. 84 *supra*.

#### **4. CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN**

##### **4.1. INTRODUCCIÓN**

788. Las Demandantes reclaman las siguientes cantidades, en concepto de compensación por la expropiación de su inversión:

Flughafen Zürich:

- CHF 28.939.158 en concepto de valor de mercado del 50% de la Compañía Operadora más
- CHF 213.948 en concepto del 49,5% de la Compañía de Servicios.

IDC:

- CLP 11.324.713.947 en concepto de valor de mercado del 50% de la Compañía Operadora más
- CLP 83.723.973 en concepto del 49,5% de la Compañía de Servicios.

789. El Tribunal Arbitral calculará en primer lugar el valor de mercado de la Compañía Operadora (4.2.), a continuación se planteará la valoración de la Compañía de Servicios (4.3.) y finalmente someterá las conclusiones alcanzadas a una validación (4.4.).

##### **4.2. VALOR DE MERCADO DE LA COMPAÑÍA OPERADORA**

###### **A. La valoración realizada por Navigant**

790. Navigant ha realizado en su primer informe una valoración basada en la metodología DCF de la Compañía de Servicios.

791. La valoración del Informe Navigant I se fundamenta en <sup>679</sup>:

- Una proyección de los ingresos del Aeropuerto entre 2006 y 2024, el período de Contrato <sup>680</sup>,
- Una estimación de los costes de operarlo <sup>681</sup>, y
- La aplicación de una tasa de descuento usando un WACC estimado de 4,60% <sup>682</sup>,
- Todo ello en Bs. constantes (es decir, sin aplicar una tasa de inflación).

---

<sup>679</sup> Navigant I, paras. 112-121.

<sup>680</sup> Navigant I, paras. 116 y ss.

<sup>681</sup> Navigant I, paras. 122-136.

<sup>682</sup> Navigant I, paras. 137-158.

792. De acuerdo con el Contrato, Nueva Esparta participaba como socio en el proyecto del Aeropuerto, y tenía derecho a que la Sociedad Operadora le pagara anualmente el 50% de las utilidades antes de impuestos. Por ello, Navigant elabora su análisis de DCF considerando el flujo de efectivo después de realizarse los pagos correspondientes al Estado<sup>683</sup>.
793. Para calcular el valor justo de mercado de la Empresa Operadora, el Informe Navigant I descuenta el flujo libre de efectivo a fecha 30 de diciembre de 2005, aplicando el WACC de 4,60% y alcanzando el resultado de que el valor justo de mercado de la Empresa Operadora a esa fecha ascendía a Bs. 94.730.801.829 (USD 44.060.838)<sup>684</sup>.
794. Los principales parámetros utilizados por Navigant son los siguientes:

Tráfico de pasajeros

795. El Informe Navigant afirma que la Compañía Operadora registró 592.391 y 603.828 pasajeros nacionales embarcados durante 2004 y 2005, respectivamente, así como 107.597 y 120.701 pasajeros internacionales. Para desarrollar su pronóstico de pasajeros proyectados para el período 2006-2024, se siguió el Plan de Negocios de agosto 2004 de la Compañía Operadora, que asumía que los pasajeros nacionales e internacionales aumentarían a una tasa anual del 4,6% y del 6,6%, respectivamente, a partir de 2005 y hasta 2024<sup>685</sup>.

Tasa de embarque

796. Navigant señala que mantuvieron constantes las tasas para el período 2006-2024 porque sus proyecciones no incluyen inflación. Las tarifas eran de Bs. 13.440 (USD 6,25) para pasajeros nacionales y Bs. 80.640 (USD 37,50) para pasajeros internacionales<sup>686</sup>.

Otros ingresos

797. Hay de dos tipos, ingresos aeronáuticos y no aeronáuticos.
- Los ingresos aeronáuticos (tasas de aterrizaje de aviones, tarifas de estacionamiento de los aviones, tarifas de carga, tarifas por los formularios de DOSA, etc.) suponen para Navigant (aplicando datos de 2004 y 2005) entorno al 15% de los ingresos totales.
  - Los ingresos no-aeronáuticos proceden del alquiler del espacio comercial a tiendas y del alquiler a los proveedores de servicios complementarios para el

---

<sup>683</sup> Navigant I, para. 113.

<sup>684</sup> Navigant I, para. 158.

<sup>685</sup> Navigant I, para. 117.

<sup>686</sup> Navigant I, para. 118.

aeropuerto. Navigant proyecta los ingresos no-aeronáuticos entre el 11% y el 23% de los ingresos totales<sup>687</sup>.

### Gastos

798. El Informe Navigant I asume que los gastos de operación son proporcionales a los ingresos, según el tráfico de pasajeros<sup>688</sup>, con la excepción de una serie de gastos de operación no ligada a los ingresos (salarios, seguro, descuentos en ventas y comisiones)<sup>689</sup>.

799. En cuanto a los costes no ligados al tráfico de pasajeros:

- Salarios: El Informe Navigant I los vincula a la tasa de inflación, pero para tener en cuenta el tráfico de pasajeros adicional los incrementa, a su vez, en un 1% adicional cada año. Navigant explica que, basándose en la información de salarios de 2005, esto equivale aproximadamente a la contratación de ocho nuevos empleados cada año<sup>690</sup>. También, considera que las interrupciones laborales son el primer factor de riesgo del país, y para atenuar este factor de riesgo, asume un incremento adicional en los salarios del 3% por encima de la tasa de inflación general por cada año para evitar cualquier conflicto laboral y posible interrupción operacional<sup>691</sup>.
- Seguro: Navigant se basa en el coste del seguro contraído en 2004 (ajustado para reflejar un año completo de costo e inflación en 2005)<sup>692</sup>. Con base en esto se proyecta el costo del seguro del 2006 al 2024.
- Descuentos en ventas y comisiones: El Consorcio aplica un descuento del 5% a las aerolíneas nacionales por la compra por adelantado de *stickers* para recolectar la tasa de embarque de pasajero. El Informe Navigant I asume que este proceso sería ampliado a todas las aerolíneas nacionales e internacionales a principios del 2006, aplicando el mismo importe (es decir Bs. 672)<sup>693</sup>.

800. El modelo desarrollado por Navigant también incluye cuatro pagos previstos en el Contrato:

- Aportaciones al fideicomiso: las Demandantes debían aportar un 27% de sus ingresos al fideicomiso. Las proyecciones del Informe Navigant I indican que las Demandantes recuperarían su inversión inicial de USD 12 millones en 2012<sup>694</sup>. A partir de ese momento, debían aportar el 25% de sus ingresos al

<sup>687</sup> Navigant I, paras. 120 y 121.

<sup>688</sup> Navigant I, para. 122.

<sup>689</sup> Navigant I, para. 123.

<sup>690</sup> Navigant I, para. 124.

<sup>691</sup> Navigant I, para. 125.

<sup>692</sup> Navigant I, para. 126.

<sup>693</sup> Navigant I, para. 127.

<sup>694</sup> Las Demandantes debían aportar al Fideicomiso los fondos necesarios para las inversiones. La primera inversión debía ser de USD 12 millones en cuatro años. A partir de entonces, el importe a invertir dependía del valor venal de las instalaciones del Aeropuerto.

fideicomiso; el Fideicomiso no requeriría financiación hasta que se realizaran construcciones adicionales. Navigant concluye que el Fideicomiso habría tenido un balance de Bs. 3.035.021.733 a 31 de diciembre de 2005<sup>695</sup>.

- Canon administrativo: el Contrato estableció que el 5% de los ingresos brutos sería pagado a la Sociedad de Servicios por los servicios de gestión proporcionados al Aeropuerto<sup>696</sup>.
- Proyectos de desarrollo social: El Contrato estableció que el 5% de las utilidades antes de impuestos sería abonado al Estado de Nueva Esparta para financiar proyectos de desarrollo social<sup>697</sup>.
- Costes judiciales: El Contrato estableció que el 3% de ingresos brutos generados durante los primeros cinco años sería pagado a Nueva Esparta para cubrir los costes judiciales y extrajudiciales relacionados con los servicios aeroportuarios y ocasionados antes de la operación del Consorcio<sup>698</sup>.

#### Impuestos sobre la renta corporativa

801. El Informe Navigant I calcula que los impuestos serían iguales a la tasa reglamentaria de impuesto sobre la renta venezolano (34% de las utilidades antes de impuestos)<sup>699</sup>.

#### Gastos de inversión en capital

802. Navigant supone que la Compañía Operadora habría completado su inversión inicial de USD 8.103.048 en cuatro años (terminando en septiembre de 2008). A partir de entonces, entiende que se realizarían inversiones adicionales de (i) de USD 10.000.000 entre 2014 y 2017 y (ii) de USD 12.000.000 entre 2021 a 2024. Navigant incluye estas inversiones en sus proyecciones<sup>700</sup>.

#### La tasa de descuento

803. El Informe Navigant I entiende que la tasa de descuento apropiada es el WACC, porque las Demandantes eran dueñas del 100% del interés económico del proyecto<sup>701</sup> y establece de la siguiente forma sus dos componentes:

#### Coste de Capital

804. El coste de capital asciende al 6,02%, que surge de la correcta valoración de los cuatro componentes que conforman el *Capital Asset Pricing Model*<sup>702</sup>:

---

<sup>695</sup> Navigant I, para. 130.

<sup>696</sup> Navigant I, para. 131.

<sup>697</sup> Navigant I, para. 132.

<sup>698</sup> Navigant I, para. 133.

<sup>699</sup> Navigant I, para. 134.

<sup>700</sup> Navigant I, para. 135.

<sup>701</sup> Navigant I, para. 137.

- Tasa de retorno libre de riesgo: Navigant la iguala al rendimiento de un bono denominado Instrumento del Tesoro Americano de Protegido de Inflación a 20 años, que ascendía al 2,04% a 30 de diciembre de 2005. Al tratarse de un instrumento protegido contra la inflación, el rendimiento representa un tipo de interés real (en lugar de nominal)<sup>703</sup>.
- Beta<sup>704</sup>: al no tratarse de una compañía cotizada en bolsa, la Compañía Operadora no tiene una beta fácilmente identificable, por lo que Navigant utiliza las betas de compañías cotizadas similares<sup>705</sup>. Éstas estaban financiadas con un 60% de capital social y una deuda del 40%, y Navigant calculó una beta apalancada de 0,88<sup>706</sup>.
- Prima de riesgo de mercado<sup>707</sup>: utiliza un informe de Dimson, Marsh y Staunton como fuente y obtiene una prima de 4,52%.
- Prima de riesgo país: esta prima refleja el riesgo adicional de mayor volatilidad en las utilidades, si se compara la actividad comercial en Venezuela y la de los EE.UU.<sup>708</sup>. Al ser el Aeropuerto un monopolio natural, no se enfrenta a ninguna competencia y la viabilidad financiera del Aeropuerto muestra poco riesgo.

Navigant entiende el riesgo país se debe determinar en este caso tomando en consideración qué elementos del riesgo país podrían hacer que las utilidades del Aeropuerto fueran más volátiles por estar situado en Venezuela. Para ello, no considera los elementos del riesgo país que se relacionan con actos del gobierno (riesgo político, riesgo regulador y riesgo legal), ya que estos riesgos son anulados por los AAPRI<sup>709</sup>. Entiende que el único riesgo país importante que podría amenazar a la operación del Aeropuerto es la interrupción de las operaciones o el pago de salarios más altos debido a huelgas laborales<sup>710</sup>. Por ello incluye un aumento salarial adicional real del 3% anual en sus proyecciones del flujo de efectivo, que es equivalente a agregar un premio de riesgo país del 0,95% al coste de capital<sup>711</sup>.

---

<sup>702</sup> Según el Informe Navigant I, como los flujos de utilidades están denominados en Bolívars venezolanos reales, deben descontarse (sin la inflación) con un WACC real. Navigant I, paras. 140 y 141.

<sup>703</sup> Navigant I, para. 142.

<sup>704</sup> Navigant I, para. 143. La beta mide el riesgo sistemático de un instrumento de capital en relación al mercado total, representa la volatilidad relativa del instrumento medida contra la volatilidad del mercado

<sup>705</sup> Navigant I, para. 144.

<sup>706</sup> Navigant I, para. 145.

<sup>707</sup> Navigant I, para. 146. Mide el retorno adicional sobre la tasa libre de riesgo que compensa a los inversores por hacer inversiones de capital y que se mide usando la relación histórica entre los retornos libres de riesgo (típicamente bonos del gobierno americano) y el rendimiento del mercado de capital americano.

<sup>708</sup> Navigant I, para. 147.

<sup>709</sup> Navigant I, para. 151.

<sup>710</sup> Navigant I, para. 152.

<sup>711</sup> Para tener en cuenta los riesgos relacionados con posibles huelgas laborales, Navigant asume que los empleados del Aeropuerto habrían recibido aumentos salariales superiores al nivel general de inflación para inducirlos a que no se declaren en huelga. Navigant I, para. 153.

### Coste de la deuda

805. Para determinar el coste de la deuda de la Compañía Operadora, el Informe Navigant I utiliza la tasa activa publicada para el sector bancario de Venezuela, que es la tasa de interés promedio en préstamos de banca comercial en Venezuela. Navigant agrega un 2% a la tasa activa, para así determinar una tasa conservadora (alta)<sup>712</sup>.
806. La tasa activa incluye la inflación, mientras que Navigant realiza el cálculo del DCF sin considerar la inflación. Por ello Navigant substrahe la inflación del coste de deuda restando la evolución del índice de precios al consumo venezolano durante los 12 meses previos a la fecha de valuación. El coste “real” de la deuda (sin los efectos de la inflación) obtenido por Navigant es de 3,73%, pero como la tasa de impuesto sobre la renta corporativa en Venezuela es el 34%, después de impuestos el coste de la deuda es del 2,46%<sup>713</sup>.

### WACC

807. Para computar el WACC el coste de capital (6,02%) y el coste de la deuda (2,46%) deben ser correctamente ponderados.
808. Con ese fin, el Informe Navigant I toma en consideración la ratio de deuda-capital de las compañías similares utilizadas para la determinación de la beta (que ascendía a un 62% de capital y 38% de deuda) y aplica una ponderación del 60% al coste de capital y del 40% al coste de la deuda, con lo que obtiene para la Compañía Operadora a 30 de diciembre de 2005 un WACC del 4,60%<sup>714</sup>.

### **B. La valoración realizada por el perito Bello**

809. El perito de la Demandada, Fabián Bello, también preparó una valoración del Aeropuerto<sup>715</sup>. Comienza su estudio el perito describiendo que en la práctica se usan cinco enfoques para valorar activos:
- valor en libros,
  - transacciones comparables,
  - costo de reposición de los activos,
  - valor de mercado de las acciones y
  - flujos de fondos descontados.
810. Los enfoques “valor en libros” y “costo de reposición de activos” no son de aplicación en el presente caso, ya que computan el valor físico de la empresa, y en el presente caso lo que se debe determinar es el valor que genera la operación del

---

<sup>712</sup> Navigant I, para. 154.

<sup>713</sup> Navigant I, paras. 155 y 156.

<sup>714</sup> Navigant I, para. 157.

<sup>715</sup> Bello II, paras. 249 y ss.

Aeropuerto en virtud del Contrato<sup>716</sup>. El método de “transacciones comparables” tampoco resulta aplicable dado que no pueden encontrarse operaciones similares. Al ser el Consorcio una sociedad anónima de capital cerrado, que no cotiza en bolsa, el enfoque “valor de mercado de las acciones” también queda descartado<sup>717</sup>.

811. El perito se decanta en consecuencia por una metodología de DCF, una “metodología rigurosa que permite lograr una mejor aproximación al valor real de una empresa”<sup>718</sup>, en la que aplicará información derivada de los estados contables anuales del Aeropuerto y los flujos se fijarán en Bs. venezolanos en términos reales, para después convertirlos a USD empleando el tipo de cambio vigente a la fecha de valuación (2.150 Bs por cada USD)<sup>719</sup>. El horizonte temporal utilizado es hasta la conclusión del Contrato, el 1 de marzo de 2024.

#### Ingresos

812. Los ingresos se dividieron en dos categorías:

- Ingresos aeronáuticos: éstos se estimaron sobre la base de la información real disponible a la fecha de valuación y en función de los pasajeros proyectados por los expertos Ricover/Winograd en R/W III.
- Ingresos no aeronáuticos: se dividen en ingresos por alquileres y otros ingresos, y en ambos casos se asumió que se incrementan o reducen *pari passu* con el crecimiento de los pasajeros del Aeropuerto de cada año.

#### Gastos operativos y otros

813. Los gastos (o egresos) operativos del Aeropuerto se establecieron como un porcentaje equivalente al 46,5% de los ingresos totales, en base a información facilitada por los expertos Ricover/Winograd en R/W III<sup>720</sup>.
814. El perito Bello también tomó en consideración el aporte anual que debería haberse realizado al Fideicomiso, al canon de administración, a los gastos judiciales y a la comunidad, y aplicó una tasa impositiva del 34%<sup>721</sup>.

#### Tasa de descuento

815. El perito consideró que el 100% del financiamiento del Aeropuerto se realiza con fondos propios y que dichos fondos provienen de los flujos de fondos positivos generados por el Aeropuerto. La tasa de descuento del capital propio está compuesta por tres elementos:
- Una tasa libre de riesgo;

---

<sup>716</sup> Bello II, para. 252.

<sup>717</sup> Bello II, para. 253.

<sup>718</sup> Bello II, para. 255.

<sup>719</sup> Bello II, para. 262.

<sup>720</sup> Bello II, para. 267.

<sup>721</sup> Bello II, para. 269.

- Una prima de riesgo: dada la escasa profundidad del mercado bursátil venezolano, utilizó el coeficiente beta de empresas incluidas por *Global Industry Classification Standard* dentro de la categoría “*Operators of airports and companies providing related services*”, desapalancándolo del endeudamiento y excluyendo empresas con menos de 40 observaciones<sup>722</sup>;
  - En los países emergentes una prima de riesgo país: existen dos metodologías para el cálculo de esta prima, la del Prof. Damodaran y la desarrollada por J.P. Morgan; el perito se decantó por el cálculo de J.P. Morgan, por considerarlo más conservador.
816. El resultado de este cálculo fue un costo de capital propio desapalancado a 30 de diciembre de 2005, expresado en tasa de interés nominal en USD, equivalente al 17,28%. Dado que la valuación del Aeropuerto se realizó en términos reales, la tasa de descuento nominal se tuvo que convertir en una tasa de descuento real. Partiendo de la ecuación de Fischer, y considerando una tasa de inflación promedio en EE.UU. del 2,51% anual, el perito concluyó que la tasa de descuento en términos reales debía ascender al 14,4%<sup>723</sup>.
817. Aplicando esta tasa al flujo de caja, el valor del Contrato para el Consorcio, calculado a 30 de diciembre de 2005, asciende a USD 6.938.845.

### C. Encargo del Tribunal a los peritos

#### a. **Introducción**

818. En el curso de la audiencia se puso de manifiesto que los modelos de valuación presentados por los peritos Navigant y Bello, aunque conducían a resultados muy diferentes, en realidad adoptaban metodologías similares, y solo se diferenciaban en el cálculo de unos pocos parámetros. El Tribunal identificó cuatro de esos parámetros<sup>724</sup>:
- Tráfico de pasajeros;
  - Costos operativos;
  - Tasa de descuento y
  - Tipo de conversión de Bs. en USD.
819. Una vez finalizada la audiencia el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, en la que solicitó a ambas partes que sus peritos alcanzaran un acuerdo sobre dichos parámetros y que desarrollasen, de manera conjunta, un modelo que mostrara con precisión el impacto sobre los daños de usar alternativamente los parámetros en los que no estén de acuerdo. Los peritos, de manera conjunta, o si esto resultara

---

<sup>722</sup> Bello II, para. 273.

<sup>723</sup> Bello II, para. 277.

<sup>724</sup> TA Día 4, p. 1280.

imposible de forma separada, deberían presentar un informe resumiendo las razones por las cuáles consideraban que los parámetros seleccionados por cada uno de ellos eran los correctos.

820. A pesar de los esfuerzos aplicados, los peritos no fueron capaces de llegar a un acuerdo sobre un modelo de daños conjunto, y cada uno presentó su propio informe – Navigant IV y B/R/W I; a pesar de haber sido emitidos separadamente, los informes sí han reducido significativamente el alcance de sus diferencias.
821. El principal punto de acuerdo alcanzado es que el cuarto parámetro identificado por el Tribunal – el tipo de conversión de Bs. a USD – en realidad no es un punto de fricción, y que ambos peritos comparten una misma postura sobre el tipo de cambio aplicable<sup>725</sup>. En consecuencia, los parámetros sobre los que el Tribunal tiene que adoptar una decisión son los tres restantes: tráfico de pasajeros, costos y tasa de descuento [los “**Parámetros en Disputa**” o simplemente los “**Parámetros**”].
822. El Tribunal explicará en primer lugar la posición de Navigant (b) y de B/R/W (c), para después sentar sus propias conclusiones (d).

#### **b. La posición de Navigant**

823. Navigant localizó seis parámetros adicionales en los modelos que explican las diferencias entre los peritos y que serán desarrollados a continuación. Antes de entrar en el análisis detallado de estos parámetros adicionales, se debe tomar nota de uno en particular: el cálculo sobre la duración del Contrato. Navigant aceptó una modificación propuesta por Bello. El modelo de Navigant asumía que en 2024 el Consorcio operaría el Aeropuerto durante tres meses. En realidad, como había señalado Bello, el Contrato terminará en febrero de 2024 – un mes antes de lo previsto por Navigant. En consecuencia, Navigant reduce la valoración del Contrato en Bs. 408.979.794 (USD 190.223), dejándola en Bs. 94.321.822.035 (USD 43.870.615)<sup>726</sup>.

#### Los Parámetros en Disputa

824. Navigant comienza su informe final señalando que los Parámetros en Disputa explican en gran medida las diferencias entre su propia valoración y la del perito Bello. Sin embargo, Navigant señala que existe una pequeña diferencia, que tiene que obedecer a otras causas: cuando introdujo en su propio modelo los Parámetros en Disputa con las cifras propuestas por Bello, el valor del Contrato resultó ser de USD 8,1 millones – y no de USD 6,9 millones, que es la cantidad que propone Bello. La diferencia entre ambos cálculos asciende a USD 1,2 millones<sup>727</sup>.
825. La razón para esta discrepancia es que existen algunos otros parámetros secundarios, aparte de los Parámetros en Disputa, que diferencian los modelos desarrollados por

---

<sup>725</sup> Navigant IV, para. 7 y 10; B/R/W I, para. 8.

<sup>726</sup> Navigant IV, para. 24.

<sup>727</sup> Navigant IV, para. 8.

Navigant y por Bello. Navigant identifica seis (uno desarrollado en el para. 823 y en el que Navigant acepta el parámetro utilizado por Bello):

- El primero es el uso de cuentas anuales en Bs. constantes, mientras que Bello usa cuentas anuales en Bs. nominales<sup>728</sup>;
- El segundo es que Navigant asume que los gastos legales y judiciales se pagarían hasta el año 2008, mientras que Bello entiende que este coste se satisfaría hasta la terminación del Contrato<sup>729</sup>;
- El tercero es que Navigant asume que el Consorcio inicialmente contribuiría un 27% de sus ingresos brutos al fideicomiso hasta el 2011, mientras que Bello entiende que sería el 25% desde el comienzo del Contrato<sup>730</sup>;
- El cuarto resulta de que ambos peritos calcularon las necesidades de capital circulante de forma diferente<sup>731</sup>;
- El quinto radica en que Navigant descuenta los flujos al final del año, mientras que el experto de la Demandada lo hace a mediados de años<sup>732</sup>.

#### Tráfico de pasajeros

826. El primer Parámetro en Disputa es el de tráfico de pasajeros.
827. Navigant entiende que lo correcto es determinar el tráfico de pasajeros en base a las razonables expectativas que pudieran existir en la fecha de expropiación, es decir a 30 de diciembre de 2005<sup>733</sup>. Y en base a estas expectativas, determina el tráfico de viajeros esperable a dicha fecha – con independencia del que realmente se haya producido durante el periodo de 2006 a 2011.

#### Costos operativos

828. El segundo de los Parámetros en Disputa son los costos operativos del Aeropuerto durante la vida del Contrato. Navigant propone que esos costos se basen en los realmente incurridos en los años 2004 y 2005, proyectados razonablemente hacia el futuro, y que se sumen los costos previstos en el Contrato. Bello, por el contrario, propone que los costos operativos se fijen en un 46,5% de los ingresos – una cifra que, en opinión de Navigant carece de base fáctica o lógica<sup>734</sup>.

---

<sup>728</sup> Navigant IV, para. 19.

<sup>729</sup> Navigant IV, para. 20.

<sup>730</sup> Navigant IV, para. 21.

<sup>731</sup> Navigant IV, para. 22.

<sup>732</sup> Navigant IV, para. 23.

<sup>733</sup> Navigant IV, para. 37.

<sup>734</sup> Navigant IV, para. 44.

### Tasa de descuento

829. El tercero de los Parámetros en Disputa se puede subdividir en dos cuestiones diferenciadas:
830. (i) La primera radica en determinar si la tasa de descuento apropiada debería ser el WACC (es decir, la media ponderada del coste de capital) o simplemente el coste de los fondos propios. Navigant se decanta por el WACC, que en su estimación asciende al 4,6%, por ser ésta la tasa a la que un inversor potencial valoraría la inversión. El hecho de que las Demandantes no hayan utilizado deuda para financiar su inversión, es, a estos efectos, irrelevante. Dado que el valor de mercado determina el precio que un tercero independiente pagaría por el proyecto, es irrelevante que las Demandantes no hayan usado deuda para financiarse<sup>735</sup>.
831. (ii) La segunda cuestión es la determinación del riesgo país. Para Navigant, en el caso del Aeropuerto este riesgo es muy bajo, porque
- El riesgo de mercado es mínimo, ya que un aeropuerto es un monopolio natural;
  - El riesgo de divisa también está controlado, puesto que el modelo se calcula en Bs. reales;
  - Los riesgos sociales se han reducido, incluyendo en el modelo un incremento adicional del 3% real en la masa salarial (que equivale a una prima de 0,95% en el coste de los recursos propios);
  - Y en cuanto al riesgo legal, regulatorio y político, tales riesgos no deben ser incorporados al modelo, porque dichos riesgos están controlados por el Estado; un Estado no puede crear riesgos bajo su control antes de una expropiación, para así reducir significativamente el precio que debe pagar por la expropiación<sup>736</sup>.

### **c. La posición de B/R/W**

832. Los tres expertos de la Demandada, Fabián Bello, Andy Ricover y Carlos Winograd, presentaron un informe conjunto [“**B/R/W I**”], para explicar su posición con respecto a los Parámetros en Disputa.
833. Los peritos comienzan su explicación advirtiéndolo que en el modelo presentado en el Informe Bello II habían cometido un error, al proyectar gastos judiciales más allá de lo convenido<sup>737</sup>. En consecuencia, incrementaron el valor del Contrato a USD 7.656.647 (*pro memoria*: la cifra original era de USD 6,9 millones)<sup>738</sup>.

<sup>735</sup> Navigant IV, para. 52.

<sup>736</sup> Navigant IV, para. 63.

<sup>737</sup> Error que había sido señalado por Navigant IV, para. 20.

<sup>738</sup> B/R/W I, Tabla I.

### Tráfico de pasajeros

834. El modelo valuatorio de B/R/W incorporó los datos reales observados durante el periodo 2006-2011 de las variables exógenas a la gestión, es decir, de las variables que no podían ser controladas por quien gestionaba el Aeropuerto<sup>739</sup>. El tráfico de pasajeros es un claro ejemplo de ello, porque la composición del tráfico se habría modificado independientemente de quién hubiese manejado el Aeropuerto durante el periodo 2006-2011. Por ello, consideran correcto incorporar en el modelo los valores reales registrados durante ese período y recién proyectar esa variable a partir del año 2012<sup>740</sup>.

### Costos

835. El modelo propuesto por los peritos de la Demandada proyecta los costos operativos para el Aeropuerto aplicando un ratio de 46,5% del total de los ingresos, un valor similar al registrado en el aeropuerto más eficiente de la muestra de aeropuertos seleccionados, es decir, el aeropuerto de Zúrich, administrado precisamente por Flughafen Zürich<sup>741</sup>.
836. Según indican los peritos de la Demandada, Navigant proyecta que en 2006 la relación costos operativos / ingresos totales sería del 33,3% y continuaría reduciéndose hasta el año 2024, cuando la relación sería tan solo de 27,1%. Sin embargo, estos niveles de eficiencia no se alcanzan en ninguno de los aeropuertos operados por las Demandantes. En consecuencia, el ratio costos operativos / ingresos totales utilizado en el modelo B/R/W resulta extremadamente conservador, en comparación con otros aeropuertos operados por las mismas empresas<sup>742</sup>.

### Tasa de descuento

837. En el modelo valuatorio de B/R/W, la tasa de descuento se determina considerando los siguientes aspectos:
- Durante la gestión realizada por los Demandantes, la Compañía Operadora no poseía deudas y por lo tanto todo el financiamiento del Aeropuerto se realizaba con fondos propios;
  - La concesión exigía operar un aeropuerto en un país considerado “de frontera en términos de calificación de riesgo”<sup>743</sup>, con un riesgo país durante el periodo 2001-2005 promedio del 7,9%; la tasa de descuento relevante para valorar un proyecto es aquella que resume el riesgo existente en la plaza del proyecto, y no otra;

---

<sup>739</sup> B/R/W I, para. 17.

<sup>740</sup> B/R/W I, para. 18.

<sup>741</sup> B/R/W I, para. 30.

<sup>742</sup> B/R/W I, para. 32.

<sup>743</sup> B/R/W I, para. 35.

- A efectos de determinar el riesgo sectorial, a la Compañía Operadora se la identificó como comparable con las empresas equivalentes definidas bajo la nomenclatura GICS.

838. En resumen, los peritos de la Demandada proponen descontar los flujos de fondos proyectados del Contrato aplicando una tasa de descuento que refleje el rendimiento requerido por una empresa financiada exclusivamente con capital propio, y que se ajuste tomando en consideración el riesgo implícito de operar en un mercado con el riesgo específico de Venezuela<sup>744</sup>.

839. El resultado – a 30 de diciembre de 2005 - es una tasa de descuento nominal del 17,28%. Descontando de ella la inflación en los EE.UU., para reflejar que la valoración se hace en términos reales, se obtiene la tasa de descuento real del 14,4%, que es la que los peritos estiman aplicable<sup>745</sup>.

#### Diferencias menores entre modelos

840. B/R/W finalmente explican las pequeñas diferencias entre los dos modelos valuatorios desarrollados por ambos peritos<sup>746</sup>:

- En primer lugar, Navigant utiliza estados contables al 31 de diciembre de 2005 ajustados por inflación, expresados en términos reales, mientras que B/R/W los usa en términos nominales; la diferencia, sin embargo, tiene un impacto numérico muy reducido;
- En segundo lugar, la técnica de actualización empleada por Navigant es de año completo vencido, es decir, asume que la totalidad de los fondos se cobran y pagan al cierre de cada ejercicio. B/R/W por el contrario se decanta por una técnica de actualización de año partido – asumiendo que ingresos y gastos se reparten equitativamente a lo largo del año.

Los peritos de la Demandada entienden que su propuesta es más conservadora y arroja un valor actual mayor que si se emplea la metodología de Navigant;

- En tercer lugar, los modelos también se diferencian por el diferente trato dado a las necesidades de capital circulante (también designado “capital de trabajo”), definido como la diferencia entre activo corriente y pasivo corriente en cada año;

Los peritos estiman que para proyectar ambos rubros deben considerarse los valores históricos registrados por los componentes del activo y pasivo corrientes; Navigant no lo hace y adicionalmente y sin fundamento alguno proyecta solo algunas cuentas que forman parte del activo corriente y pasivo corriente del Aeropuerto, ignorando discrecionalmente otras; el resultado de

---

<sup>744</sup> B/R/W I, para. 36.

<sup>745</sup> B/R/W I, para. 37.

<sup>746</sup> B/R/W I, paras. 42 ss.

esas arbitrariedades es una disminución significativa de las necesidades de capital circulante, lo cual impacta aumentando artificialmente el valor final.

Si se corrige este error de Navigant, se elimina prácticamente la totalidad de la diferencia existente entre ambos modelos de valoración.

#### **D. Decisión del Tribunal Arbitral**

##### **a. Introducción**

841. El Tribunal quiere dejar constancia de su agradecimiento por la labor adicional realizada por los expertos. Inicialmente los peritos habían desarrollado sendos modelos que resultaban en valores totalmente incompatibles entre sí (USD 44 millones frente a USD 8 millones); en sus informes finales, emitidos a petición del Tribunal, han sido capaces de acercar posturas, y explicar detalladamente los orígenes y el alcance de sus discrepancias: coinciden en que los tres Parámetros en Disputa (el tráfico aeroportuario, el cálculo de los costos y la tasa de descuento) por sí solos justifican en su casi totalidad las diferencias de valoración.

842. En efecto: excluyendo el impacto de los Parámetros en Disputa, el valor justo de la Compañía Operadora que resulta de los modelos desarrollados por Navigant y por los peritos de la Demandada son los siguientes:

- Si se toman los cifras propuestas por B/R/W para los tres Parámetros en Disputa, el valor de la Compañía Operadora asciende a

USD 8.153.678 con el modelo matemático desarrollado por Navigant y a

USD 7.656.647 si se aplica el modelo de B/R/W

(una diferencia del 6 %)

- Si por el contrario se acepta la estimación de Navigant para esos Parámetros, el resultado es

USD 43.870.615 en el modelo desarrollado por Navigant y

USD 42.402.255 en el cálculo de B/R/W,

(una diferencia del 3,3 %).

843. Las cifras muestran que los dos modelos matemáticos, desarrollados separadamente por cada uno de los equipos de peritos, son muy similares, y que ofrecen una base segura para calcular con rigor el valor justo de la inversión expropiada. Estimados correctamente cada uno de los Parámetros en Disputa e introducidos en cualquiera de los modelos, ambos arrojan resultados muy similares. Las pequeñas diferencias son producto de factores ancilares (estados contables utilizados, fecha anual de actualización, necesidades de capital circulante), de entre los cuales el último, el cálculo de cuál es el capital circulante requerido para operar el Aeropuerto, parece ser el más relevante.

844. Ambos peritos han preparado una matriz en la que es posible insertar para cada Parámetro en Disputa la solución propugnada por los Demandantes o aquella defendida por la Demandada, y que para cada combinación ofrece el valor de la Compañía Operadora.

845. La matriz propuesta por Navigant es la siguiente<sup>747</sup>:

**Cuadro 2 – El Impacto de los Tres Parámetros en Nuestra Valuación del Consorcio**<sup>81</sup>

| Pasajeros        | Gastos de Operación | Tasa de Descuento | Daños (US\$) | Daños (Bs.)    |
|------------------|---------------------|-------------------|--------------|----------------|
| Navigant         | Navigant            | Navigant          | 43,870,615   | 94,321,822,035 |
| <i>Demandada</i> | Navigant            | Navigant          | 24,715,383   | 53,138,074,037 |
| Navigant         | <i>Demandada</i>    | Navigant          | 27,861,166   | 59,901,507,316 |
| Navigant         | Navigant            | <i>Demandada</i>  | 20,021,169   | 43,045,513,507 |
| <i>Demandada</i> | <i>Demandada</i>    | Navigant          | 17,206,411   | 36,993,783,465 |
| <i>Demandada</i> | Navigant            | <i>Demandada</i>  | 12,589,445   | 27,067,306,969 |
| Navigant         | <i>Demandada</i>    | <i>Demandada</i>  | 11,946,699   | 25,685,403,590 |
| <i>Demandada</i> | <i>Demandada</i>    | <i>Demandada</i>  | 8,153,678    | 17,530,408,568 |

846. La defendida por B/R/W es ésta<sup>748</sup>:

**Tabla I - Solicitud del Tribunal – Escenarios.**

| Escenario | Proyección de |        | Tasa de descuento | Valor participación del CONSORCIO al 30/12/2005 |               |
|-----------|---------------|--------|-------------------|-------------------------------------------------|---------------|
|           | Pasajeros     | Costos |                   |                                                 |               |
| I         | Bello         | Bello  | Bello             | USD                                             | 7.656.647,11  |
| II        | Bello         | Bello  | Nav               | USD                                             | 17.488.242,71 |
| III       | Bello         | Nav    | Bello             | USD                                             | 11.587.160,41 |
| IV        | Nav           | Bello  | Bello             | USD                                             | 11.599.875,79 |
| V         | Bello         | Nav    | Nav               | USD                                             | 25.538.367,92 |
| VI        | Nav           | Nav    | Bello             | USD                                             | 18.835.354,44 |
| VII       | Nav           | Bello  | Nav               | USD                                             | 27.208.574,72 |
| VIII      | Nav           | Nav    | Nav               | USD                                             | 42.402.255,54 |

<sup>747</sup> Navigant IV, Cuadro 2.

<sup>748</sup> B/R/W I, Tabla I.

847. Para determinar el valor justo de la Compañía Operadora, y con ello del Contrato, el Tribunal

- determinará en primer lugar la correcta cuantificación de los tres Parámetros en Disputa (b),
- Y a continuación se decantará por el modelo matemático de uno de los dos peritos (c),
- y en base a él calculará el valor justo resultante (d).

**b. Correcta cuantificación de los Parámetros en Disputa**

848. Los tres Parámetros en Disputa son el tráfico de pasajeros (i), los costos de operación del Aeropuerto (ii) y la tasa de descuento (iii).

(i) El tráfico de pasajeros

849. El cálculo de este parámetro es en realidad una cuestión de metodología financiera, en la que ambos expertos adoptan posturas opuestas e incompatibles entre sí:

- B/R/W defienden que se utilicen cifras reales de tráfico de pasajeros para los años 2006-2011, pues éstas están ya disponibles, y que solo se apliquen proyecciones a partir de la última fecha;
- Navigant por el contrario entiende que lo correcto es determinar el tráfico de pasajeros en base a las razonables expectativas que pudieran haber existido en la fecha de expropiación, es decir a 30 de diciembre de 2005.

850. El Tribunal se decanta por la postura defendida por Navigant.

851. Como acertadamente han señalado las Demandantes, el uso de información *ex post* no se condice con el estándar de indemnización exigido por los AAPRI y por el Derecho internacional consuetudinario.

852. La compensación debe ser equivalente al valor de mercado inmediatamente antes de la fecha de expropiación. Valor que surge de una transacción hipotética entre un comprador y un vendedor independientes, que hubieran dispuesto de toda la información relevante disponible en ese momento, incluyendo datos históricos y previsiones de futuro. Fijado el precio a esa fecha, será definitivo y no se verá afectado por el cumplimiento o incumplimiento de las previsiones que le sirvieron de base. El riesgo se ha traspasado al comprador junto con la cosa – e implicará que *ex post* haya hecho una “buena” o una “mala” adquisición.

853. El mismo principio también se puede expresar en términos más financieros.

854. Hasta la fecha de expropiación, el riesgo empresarial corresponde al inversor expropiado – y por eso, es remunerado al WACC (al coste medio ponderado del

capital, un tipo alto que refleja el coste de financiar una empresa con fondos propios y ajenos). A partir de la fecha de la expropiación, el inversor ya no corre un riesgo empresarial. Ha sido desposeído de la empresa, y pierde todo interés financiero en ella: si la empresa va bien, el beneficio es para el Estado, y si va mal, es al Estado a quien le toca asumirlo. Por ello, porque el inversor ya no corre riesgo empresarial, la compensación a partir de la fecha de expropiación debida no genera intereses calculados al WACC, (al tipo que remunera riesgo empresarial), sino meramente intereses de demora (que compensan la posposición en el pago de una deuda financiera).

855. En conclusión: la postura defendida por B/R/W padece de un error metodológico fundamental e insoslayable, pues aplica a la valoración *ex ante* de la Compañía Operadora los resultados reales obtenidos con posterioridad a la expropiación, durante los años 2006-2011, cuando el Aeropuerto fue operado por terceros ajenos al Consorcio. Los decepcionantes resultados reales del Aeropuerto durante estos años no son responsabilidad de las Demandantes y no pueden servir para reducir el valor de la inversión – como la situación inversa tampoco podría servir para incrementarla<sup>749</sup>. Los datos a tener en cuenta son las expectativas razonables que un comprador independiente hubiera asumido si hubiera valorado la Compañía a 30 de diciembre de 2005. Esto es lo que Navigant ha calculado, y por ello su cálculo debe ser preferido.

Un argumento adicional

856. Los peritos de la Demandada han presentado un argumento adicional: el tráfico de pasajeros sería un parámetro exógeno a la gestión del Aeropuerto, y ello permitiría la utilización de datos reales.
857. El argumento es un *non sequitur*.
858. El que un parámetro sea o no exógeno a la gestión del inversor expropiado es totalmente irrelevante a efectos de la admisibilidad de datos *ex post*.
859. Un ejemplo clarifica la afirmación: asúmase que uno de los factores tenidos en cuenta en la fecha de expropiación para valorar la inversión hubiera sido la expectativa de crecimiento del PIB. El hecho
- de que unos años después sobrevenga una crisis económica,
  - de que el PIB en la realidad de los hechos decrezca y
  - de que las expectativas se incumplan,

---

<sup>749</sup> La Demandada ha criticado que Navigant también habría tomado en cuenta información *ex post*, la subida de tarifas que acaeció a mediados de enero de 2006; el argumento no convence, porque a 30 de diciembre de 2005 el incremento de tarifas que había de tener lugar unos pocos días después ya era perfectamente previsible.

en nada puede afectar al precio hipotético – y con ello a la compensación debida por la expropiación - que un comprador independiente, con conocimiento de todas las informaciones relevantes (incluyendo la expectativa de crecimiento de PIB) hubiera estado dispuesto a pagar por la inversión.

(ii) Los costos de operación del Aeropuerto

860. Los peritos de ambas partes han alcanzado un acuerdo de que los costos de operación del Aeropuerto deben ser calculados como un porcentaje de los ingresos. Pero el acuerdo no pasa de este principio general, y ambos peritos discuten sobre los detalles.

Navigant

861. Navigant divide los costos de operación en dos componentes: costos de operación y costos contractuales.

862. Los costos de operación se basan en los realmente incurridos en los años 2004 y 2005, y hacia el futuro aumentan en la misma proporción que los ingresos, con tres excepciones:

- Sueldos y salarios, que aumentan en un 1% adicional por año, por incremento de personal, más un 3% adicional por año, para prevenir posibles conflictos laborales;
- Seguros, en el que se asumió el costo del seguro de 2004, negociado por el Consorcio, y no el costo del seguro de junio de 2005, negociado por la nueva gestión del Aeropuerto con el proveedor de seguros preferido por Nueva Esparta, y en términos menos favorables que el anterior;
- Descuentos de ventas y comisiones, un ítem de costos relacionado con el descuento del 5% que el Consorcio concedió a las aerolíneas nacionales por la compra de pegatinas (o *stickers*) para cobrar la tasa de embarque de pasajeros; en el modelo Navigant el sistema se extiende a las líneas internacionales, pero con una deducción fija de Bs. 627<sup>750</sup>.

863. Los costos contractuales son los previstos en el Contrato, y son a más de los costos operacionales<sup>751</sup>; incluyen el 27% de los ingresos brutos destinados al fideicomiso para los primeros años y después del 2012 el 25%, así como el canon de administración central, el fondo de gastos judiciales, los servicios sociales y los aportes a la comunidad<sup>752</sup>.

---

<sup>750</sup> Navigant I, paras. 122-127.

<sup>751</sup> Navigant IV, para. 47.

<sup>752</sup> Ver Cuentas Anuales de la Compañía Operadora, nota 15, p. 17, NAV-16.

B/R/W

864. En opinión de los peritos de la Demandada la proyección de costos operativos hecha por Navigant parte de errores fundamentales que resulta en una subestimación significativa. Para ello realizan una comparación con aeropuertos de la región, operados por IDC y también con el aeropuerto de Zúrich, operado por Flughafen Zürich<sup>753</sup>. De ese análisis resulta que ninguno de los aeropuertos gestionados por las Demandantes alcanza niveles de eficiencia similares a los que el modelo de Navigant extrapola para Isla Margarita. La mayor eficiencia se estaría dando en Zúrich, en donde los gastos operativos equivalen al 46,5% de los ingresos totales. Sin embargo, la proyección de Navigant para Isla Margarita arroja para 2006 una proporción de 33% entre ingresos totales y gastos, relación que iría descendiendo hasta alcanzar un 22% en 2024<sup>754</sup>.
865. Partiendo de este análisis, que fue desarrollado en R/W III, los peritos de la Demandada asumen en B/R/W I que los costos operativos para el Aeropuerto serán iguales al 46,5% del total de los ingresos, el valor alcanzado en el aeropuerto más eficiente de la muestra de aeropuertos seleccionados, es decir, el aeropuerto de Zúrich, administrado precisamente por Flughafen Zürich<sup>755</sup>.

Un contra-argumento de Navigant

866. Navigant ha resaltado en su último informe que el cálculo de B/R/W está basado en un error de concepto. Dice Navigant que no es cierto que en su modelo la relación entre gastos operativos e ingresos ascienda únicamente a un 33% en 2006, reduciéndose al 22% en 2024, puesto que B/R/W no toman en consideración los costos contractuales – es decir los costos que surgen por imperativo del Contrato de concesión. Si se tomaran en cuenta estos costes, la ratio entre costos totales e ingresos se dispararía hasta el 86% - muy por encima del 46,5% del aeropuerto de Zúrich<sup>756</sup>.

La postura del Tribunal

867. El Tribunal ha analizado pormenorizadamente el contra-argumento de Navigant, y aunque simplifica algo la cuestión, en su esencia tiene razón.
868. El punto de partida del análisis deben ser las cuentas de la Compañía Operadora a 31 de diciembre de 2005<sup>757</sup>. En estas cuentas se diferencian entre “costos de explotación” y “gastos de operación”:
- “Costos de explotación”, que se definen en la Nota 15, e incluyen tres partidas, las dos primeras de explotación ordinaria, y la tercera proveniente del Contrato:

---

<sup>753</sup> R/W III, para. 35.

<sup>754</sup> R/W III, para. 36.

<sup>755</sup> B/R/W I, para. 30.

<sup>756</sup> Navigant IV, para. 47.

<sup>757</sup> NAV-16.

Bs. 233 millones de mantenimiento

Bs. 1.838 millones de servicios y

Bs. 10.400 millones de costos según el Contrato;

- “Gastos de operación”, que se definen en la Nota 16<sup>758</sup>, recogen los gastos considerados “normales y necesarios para el desarrollo de la empresa” por importe de Bs. 6.822 millones.

869. En su modelo matemático, Navigant introdujo una clasificación diferente<sup>759</sup>:

- En vez de diferenciar entre “costos de explotación” y “gastos de operación”, lo hizo entre “costos operativos” y “costos contractuales”;
- En la rúbrica “costos operativos” incluyó mantenimiento y servicios (que provienen de “costos de explotación”);
- Mientras que la rúbrica “costos contractuales” incluyó los costos según el Contrato, que en las cuentas anuales están en “costos de explotación”<sup>760</sup>.

870. Sea cual sea la clasificación más convincente, para realizar una estimación correcta de los costos incurridos por la Compañía Operadora, y compararlos con los ingresos, no se deben excluir del cálculo los costos contractuales – como correctamente ha señalado Navigant.

871. Si se toma como base las cuentas anuales de 2005, el ratio que resulta es del 86% (es decir, los costos totales suponen un 86% de los ingresos totales). Esta proporción surge de las siguientes cifras extraídas de las propias cuentas anuales<sup>761</sup>:

$$86 = \frac{\text{Costos de explotación (13.246) + Gastos de operación (6.612)} \times 100}{\text{Ingresos (23.049)}}^{762}$$

872. ¿Cómo compara este ratio con el de otros aeropuertos internacionales?

873. R/W han presentado un cuadro con diferentes aeropuertos operados por las Demandantes, en el que recogen la relación entre ingresos y costos operativos<sup>763</sup>:

---

<sup>758</sup> Y que Navigant IV, n. 54 denomina erróneamente como “costos de operación”, incrementando la confusión terminológica.

<sup>759</sup> Navigant I (versión en inglés), Apéndice 3.A.

<sup>760</sup> Con alguna pequeña alteración en relación a los servicios sociales, que parece que han sido reclasificados a costos operativos.

<sup>761</sup> NAV-16, p. 3.

<sup>762</sup> En Bs. millones.

<sup>763</sup> R/W III, Figura 3.

**Figura 3 – Tráfico total de pasajeros domésticos e internacionales**

| Aeropuerto                       | Iquique   | Iquique   | Puerto Montt | Puerto Montt | Antofagasta | Antofagasta | Zurich                 | Zurich                 |
|----------------------------------|-----------|-----------|--------------|--------------|-------------|-------------|------------------------|------------------------|
| Operador                         | A-port    | A-port    | A-port       | A-port       | A-port      | A-port      | Unique                 | Unique                 |
| Año fuente                       | 2009      | 2010      | 2010         | 2011         | 2009        | 2010        | 2010                   | 2011                   |
| Referencia fuente                | RW01      | RW01      | RW02         | RW02         | RW03        | RW03        | RW05                   | RW05                   |
| Tipo de moneda                   | CLP (000) | CLP (000) | CLP (000)    | CLP (000)    | CLP (000)   | CLP (000)   | CHF (10 <sup>6</sup> ) | CHF (10 <sup>6</sup> ) |
| Ingresos operativos              | 1.747     | 2.864     | 3.062        | 3.257        | 2.462       | 2.518       | 852                    | 905                    |
| Costos operativos                | 1.610     | 2.818     | 2.606        | 3.098        | 1.802       | 1.282       | 415                    | 420                    |
| Utilidad operativa               | 0.137     | 0.046     | 0.456        | 0.159        | 0.66        | 1.236       | 437                    | 485                    |
| EBITDA(%)                        | 7,83%     | 1,62%     | 14,89%       | 4,88%        | 26,83%      | 49,09%      | 51,25%                 | 53,57%                 |
| Costos operativos / Ingresos (%) | 92,17%    | 98,38%    | 85,11%       | 95,12%       | 73,17%      | 50,91%      | 48,75%                 | 46,43%                 |

Fuentes:

Iquique: MOP/Chile, Aeropuerto Diego Aracena. Informe Ejecutivo de Explotacion, marzo 2011 (GEI -0-2008-12/ID28/IQQ): RW01

Puerto Montt: Sociedad Concesionaria Aeropuerto Puerto Montt S.A.; Estados Financieros 2010, 2011: RW02

Antofagasta: MOP/Chile, Aeropuerto Cerro Moreno. Informe Ejecutivo de Explotacion, marzo 2011 (GEI -0-2008-12/ID27/ANF): RW03

Zurich: Flughafen Zurich AG. Annual Report 2011, RW05.

874. El cuadro muestra que un ratio de 86% está dentro del rango de eficiencia que A Port (participada por IDC) alcanza en los aeropuertos que opera en Chile (que en 2010 varió desde un 51% en Antofagasta a un 98% en Iquique). Sin embargo, queda totalmente fuera de la horquilla alcanzada en Zúrich (que oscila entre el 46 y el 48%, según los años). La eficiencia de Isla Margarita no parece guardar ninguna relación con la de Zúrich, sino que parece estar más en línea con aeropuertos chilenos como los de Iquique, Puerto Montt y Antofagasta.
875. Estos cálculos llevan inexorablemente al rechazo de la propuesta de la Demandada de utilizar el ratio de eficiencia del aeropuerto de Zúrich como equivalente para calcular los costos en el aeropuerto de Isla Margarita. No tiene ningún sentido usar el 46,5% de Zúrich, cuando correctamente calculado (y comparando manzanas con manzanas) Isla Margarita ya tiene un ratio del 86%.
876. Este análisis refuerza una idea de sentido común: no parece razonable elegir Zúrich como la base para establecer los costos operacionales del Aeropuerto de Isla Margarita, porque ambas operaciones no podían estar más alejadas. El de Zúrich es

un aeropuerto *hub*, situado en el centro de Europa, en uno de los países con unos niveles de costes más altos del mundo. Isla Margarita es un aeropuerto de destino, situado en el Caribe, en una economía en transición, con costes mucho más bajos y una vocación turística muy marcada. No se ve por qué los costos del aeropuerto suizo deberían servir como vara de medir para establecer los del aeródromo caribeño.

877. En conclusión, el Tribunal estima que la propuesta de B/R/W de utilizar el ratio de eficiencia del aeropuerto de Zúrich para calcular los costos operativos de Isla Margarita no resulta convincente, y que la propuesta de Navigant debe ser preferida.

(iii) La tasa de descuento

878. El tercer Parámetro en Disputa es la tasa de descuento aplicable para calcular el valor actual del flujo de caja.
879. Las posturas entre los peritos no pueden estar más alejadas. Navigant propone una tasa del 4,6%, mientras que B/R/W proponen una tasa del 14,4%.
880. El Tribunal Arbitral se decanta por la postura de los peritos de la Demandada.
881. Una tasa de descuento del 4,6%, para una inversión a 20 años en un aeropuerto en Venezuela, es a todas luces insuficiente, y muy inferior a la que cualquier inversor exigiría para arriesgarse a una empresa de este tipo. La tasa del 14,4% se acerca más a la realidad, y coincide con la utilizada por las Demandantes en sus propios cálculos internos.
882. En efecto: en el “Business Plan” desarrollado por las Demandantes, el tipo de descuento utilizado fue del 15%<sup>764</sup>. Siendo esto así, aplicar una tasa de descuento del 4,6%, tal como propone Navigant, es a todas luces inapropiado, y llevaría a un incremento injustificado del valor de la inversión expropiada. El 15% utilizado por las propias Demandantes confirma la razonabilidad del cálculo de B/R/W.
883. En todo caso, la diferente tasa de descuento propuesta por los peritos obedece a divergencias en el análisis de diversas cuestiones específicas. El Tribunal analizará a continuación las tres más relevantes y sobre las cuales los peritos han disentido con especial intensidad.

WACC o coste de los fondos propios

884. La primera divergencia fundamental entre ambos peritos es si la tasa de descuento apropiada debería ser el WACC o simplemente el coste de los fondos propios.
885. Navigant se decanta por el WACC, que tiene en cuenta y pondera el coste de los recursos propios y el de los recursos ajenos, y por ello es más baja que el coste de los fondos propios. Navigant acepta que en la realidad las Demandantes no han utilizado deuda para financiar su inversión, pero estima que esto es irrelevante. El valor de

---

<sup>764</sup> Declaración del perito Kaczmarek, TA Día 4, p. 1053.

mercado de la inversión – dice Navigant – es el precio que un tercero independiente pagaría por el proyecto, y como ese tercero sí asumiría deuda para financiarse, es irrelevante que las Demandantes no lo hayan hecho<sup>765</sup>.

886. B/R/W por el contrario resalta que la Compañía Administradora nunca asumió deudas, que el financiamiento del Aeropuerto se realizaba íntegramente con fondos propios y que por ello el coste de esos fondos propios es la medida apropiada para descontar los flujos.
887. El Tribunal coincide con B/R/W, aunque por razones no estrictamente coincidentes.
888. El punto de partida deben ser los hechos.
889. El Aeropuerto no necesitó de financiación de terceros, porque generaba permanentemente fondos en exceso a los que necesitaba para sus operaciones. Dado que el Aeropuerto se autofinanciaba, el Consorcio no precisó contraer deuda financiera y evitó una acumulación de fondos ociosos sin un destino productivo concreto<sup>766</sup>.
890. Navigant trata de justificar la utilización de una tasa WACC, arguyendo que un tercero podría haberse apalancado para financiar la compra del Contrato.
891. El argumento no convence.
892. El valor que se debe calcular para compensar una expropiación es el valor de mercado del activo, tomando en cuenta la estructura financiera efectivamente adoptada por el inversor. Si el inversor ha asumido financiación, es razonable que la tasa de descuento aplicable sea un WACC que pondere la financiación ajena. Pero cuando el inversor ha decidido financiar la inversión con recursos propios, lo correcto es aplicar el coste de los recursos propios efectivamente utilizados.
893. De no actuarse así, se terminaría en el sinsentido de que el valor de la inversión dependerá de la solvencia del hipotético comprador:
  - Un comprador muy solvente tendrá una mayor capacidad de endeudarse, y por lo tanto tendrá un WACC más bajo,
  - mientras que un comprador más endeudado, o situado en un país con menos posibilidades de financiación, tendrá menor capacidad y deberá asumir un WACC más alto (pues tendrá que financiar una mayor proporción de la compra con recursos propios, por definición más caros).
894. Al haber diferentes WACC's, también existirían diferentes precios hipotéticos (más alto en el primer caso, más bajo en el segundo) y no habría una forma única de calcular la compensación debida al inversor expropiado. Para evitar este sinsentido, solo cabe acogerse a la postura defendida por B/R/W: hay que asumir que el

<sup>765</sup> Navigant IV, para. 52.

<sup>766</sup> Bello II, para. 164.

comprador hipotético mantendrá el mismo tipo de financiación que tenía el inversor expropiado.

895. En nuestro caso, el inversor expropiado había decidido no financiar su inversión con recursos ajenos, y hacerlo íntegramente con recursos propios. Adoptada esta decisión, su propio comportamiento le impide reclamar una compensación adicional, con el argumento que un comprador hipotético habría asumido una financiación ajena para gestionar el Aeropuerto.

#### Riesgo país

896. La segunda cuestión sobre la que los dos peritos divergen es la determinación de la prima apropiada para reflejar el riesgo país.

897. Para Navigant, en el caso del Aeropuerto este riesgo es muy bajo, porque

- El riesgo de mercado es mínimo, ya que un aeropuerto es un monopolio natural;
- El riesgo de divisa también está controlado, puesto que el modelo se calcula en Bs. reales;
- Los riesgos sociales se han reducido, incluyendo en el modelo un incremento adicional del 3% real en la masa salarial (que equivale a una prima de 0,95% en el coste de los recursos propios);

898. Y en cuanto al riesgo legal, regulatorio y político, tales riesgos no deben ser incorporados al modelo, porque dichos riesgos están controlados por el Estado; un Estado no puede crear riesgos bajo su control antes de una expropiación, para así reducir significativamente el precio que debe pagar<sup>767</sup>.

899. Bello por el contrario entiende que la tasa de descuento en el presente caso debe incluir una prima adicional por invertir en un “país emergente”. Este riesgo país se compone no solamente de los riesgos asociados a potenciales problemas laborales – tal como señala Navigant – sino que incluye todas las desventajas que un inversor enfrenta al desarrollar negocios dentro de un determinado contexto económico, financiero, político y social<sup>768</sup>. Por ello B/R/W proponen la inclusión de una tasa de riesgo país del 7,9%, que – según aseguran – está basada en la metodología de J.P. Morgan y calculada como un promedio simple de los valores observados entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2005<sup>769</sup>.

900. El Tribunal coincide con los peritos de la Demandada.

901. Un inversor que se esté planteando una misma inversión o bien en un país plenamente desarrollado o alternativamente en un país emergente, se decantará

---

<sup>767</sup> Navigant IV, para. 63.

<sup>768</sup> Bello II, para. 143.

<sup>769</sup> Bello II, np. 90.

siempre por el país desarrollado, a no ser que en el país emergente se le ofrezca una oportunidad de beneficios superior. Esta desventaja de los países emergentes es lo que se capta a través de la prima de riesgo país.

902. Los peritos de la Demandada proponen una prima de riesgo país elevada, del 7,9%.
903. Al Tribunal la postura de B/R/W le parece razonable. Invertir en la gestión de un Aeropuerto controlado por uno de los Estados de la República Bolivariana de Venezuela, comportaba ya en 2004 un riesgo legal, regulatorio y político importante. *Res ipsa loquitur*: a los pocos meses de la celebración del Contrato tuvo lugar un cambio en la Gobernación del Estado, y a partir de ese momento la cristalización de riesgos políticos y jurídicos hizo imposible el normal desarrollo de la inversión.
904. Navigant argumenta que los riesgos legales, regulatorios y políticos no deben ser incorporados al modelo, porque un Estado no puede crear riesgos bajo su control antes de una expropiación, para así reducir significativamente la compensación.
905. El Tribunal coincide con esta apreciación de Navigant. Un Estado que a través de la adopción de nuevas actitudes políticas, adoptadas tras haberse materializado la inversión, incrementa el riesgo país, no puede beneficiarse de un acto ilícito que le es imputable, para reducir la compensación a pagar.
906. Pero no es ese el caso.
907. Cuando en 2004 las Demandantes decidieron invertir en Nueva Esparta, el riesgo país ya existía, y los inversores sabían perfectamente de la existencia de incertidumbres políticas y jurídicas. Recuérdese que la autorización del Parlamento Nacional de la República, exigida para la participación directa de inversores extranjeros, sin la necesidad de crear sucursales en Venezuela, nunca se llegó a emitir, y que el propio Contrato prevé ciertos pagos para cubrir el coste de los litigios previos a la concesión del Aeropuerto. El riesgo político y regulatorio pre-existía pues a la inversión, y en el breve tiempo en el que los inversores la mantuvieron, su cuantificación no se pudo alterar significativamente.

#### Cálculo del coeficiente beta

908. La beta es un componente del costo de los recursos propios, que representa la volatilidad de los retornos de una compañía específica en relación con el mercado en su conjunto – una beta de uno implica que una compañía fluctúa con el mercado, una beta inferior a uno que es menos volátil, una beta superior a uno que es más volátil que el mercado.
909. Navigant calculó la beta de la Compañía Operadora tomando la media de los valores de cinco operadoras aeroportuarias que cotizan en bolsa y que – en su opinión - son comparables, y llegó a un resultado de 0,61<sup>770</sup>. B/R/W están en desacuerdo, porque entienden que las compañías elegidas por Navigant son de un tamaño muy superior.

---

<sup>770</sup> Navigant III, para. 77.

Por ello, siguieron un camino diferente: calcularon la beta de las empresas incluidas en la nomenclatura GICS 20305010 (“*operators of airports and companies providing related services*”) de Thomson Reuters<sup>771</sup>, obtuvieron una beta histórica de 0,68 y la ajustaron según la metodología de Marshall Blume para establecer valores prospectivos, llegando a un resultado de 0,80<sup>772</sup>.

910. El Tribunal entiende que la metodología seguida por ambos peritos se ajusta a las prácticas comúnmente aceptadas para el cálculo de la beta, y que se puede discutir si la beta correcta para una empresa como la Compañía Operadora, que actúa en el mercado de gestión de Aeropuertos en Venezuela, es del 0,61 (como propone Navigant) o del 0,80 (como defienden B/R/W). Pero esta incertidumbre no afecta a la cuestión básica a la que se enfrenta el Tribunal, que es la de determinar si la tasa correcta para descontar los flujos del Aeropuerto. En esta cuestión, Navigant propone el 4,6% y B/R/W el 14,4%. Y entre estos dos valores, el Tribunal no alberga duda alguna que el 14,4% es el que mejor representa la tasa de descuento que un tercero independiente aplicaría, para calcular el valor de invertir en la adquisición del Contrato.

**c. Elección del modelo de uno de los peritos**

911. El Tribunal ha adoptado su decisión sobre los tres Parámetros en Disputa, llegando a la conclusión que en dos de ellos (tráfico de pasajeros y costos de operación del Aeropuerto) se decanta por la opinión de Navigant, y en otro (tasa de descuento) por la de B/R/W.
912. Insertados ambos resultados en las matrices provistas por ambos peritos, los resultados son los siguientes:
- Navigant: USD 20.021.169<sup>773</sup>
  - B/R/W: USD 18.835.354<sup>774</sup>
913. La diferencia entre los dos modelos obedece a pequeñas divergencias en la metodología seguida por ambos peritos, y que éstos han explicado en sus informes posteriores a la Audiencia.
914. En esencia las diferencias obedecen a las siguientes causas:
- La primera es el uso por Navigant de cuentas anuales en Bs. constantes, mientras que B/W/R usa cuentas anuales en Bs. nominales<sup>775</sup>;
  - La segunda radica en que Navigant descuenta los flujos al final del año, mientras que el experto de la Demandada lo hace a mediados de años;

---

<sup>771</sup> Bello II, para. 273.

<sup>772</sup> Bello II, np. 88.

<sup>773</sup> Navigant IV, para. 78.

<sup>774</sup> B/R/W I, para. 9.

<sup>775</sup> El error en el cálculo de los gastos legales y judiciales fue corregido por B/R/W en su último informe.

- La tercera resulta de que ambos peritos calcularon las necesidades de capital circulante de forma diferente – aunque ambos aceptan los mismos principios de cálculo, en la aplicación práctica alcanzaron resultados diferentes.

915. El Tribunal constata que las posturas de ambos peritos son razonables, y se ajustan a las correctas prácticas financieras. Reflejan simplemente que el cálculo de DCF no es una ciencia exacta, sino que permite que cada perito elija – dentro de un marco general comúnmente aceptado – una de entre varias alternativas, todas ellas correctas. Es por lo tanto plenamente aceptable que dos peritos, a la hora de valorar una misma empresa, y aplicando unos mismos parámetros, alcancen resultados ligeramente diferentes.

916. En nuestro caso, la diferencia asciende a USD 1.185.815, es decir, un 5,9% lo que está dentro de los márgenes aceptados. Siendo el cálculo efectuado por cada uno de los peritos igualmente correcto, el Tribunal estima que lo apropiado es dividir la diferencia entre dos, y en consecuencia decide que el valor justo de mercado de la Compañía Operadora asciende a **USD 19.428.261**.

#### 4.3. VALOR DE LA COMPAÑÍA DE SERVICIOS

917. *Pro memoria*: Las Demandantes reclaman tres tipos de indemnización:

- En primer lugar, en concepto de daño emergente, piden el coste no reembolsado del Plan Maestro, cuyo importe asciende a USD 652.000; el Tribunal Arbitral ya ha rechazado esta petición<sup>776</sup>;
- En segundo lugar, en concepto de lucro cesante, demandan el valor justo de mercado a 30 de diciembre de 2005 de

la Compañía Operadora, en la que cada Demandante tiene un 50% de participación, y que el Tribunal acaba de fijar en USD 19.428.261 y de

la Compañía de Servicios, una segunda sociedad venezolana, en la que cada Demandante tiene una participación del 49,5%;

918. Las Demandantes alegan que el valor justo de mercado de la Compañía de Servicios asciende a USD 325.743 (Bs. 700.347.850) y justifican esta cantidad en el peritaje de Navigant<sup>777</sup>. La Demandada por su parte se opone a todas las pretensiones indemnizatorias de las Demandantes (aunque sin haber puesto demasiado énfasis en su oposición a este reclamo).

919. Según explica Navigant, la Compañía de Servicios fue creada por las dos Demandantes (más un 1% correspondiente a un directivo) para recibir una tarifa equivalente al 5% de los ingresos de la Compañía Operadora, prevista en el propio Contrato. Los costos de la Compañía de Servicios se dividen en sus propios costos de explotación y administración, y en los costos por los servicios y viajes de consultores

<sup>776</sup> Ver para. 724 *supra*.

<sup>777</sup> Navigant I, para. 159.

chilenos y suizos, pertenecientes a los inversores extranjeros. Navigant asumió que los costos de operación y de servicios y viajes se mantendrían estables como proporción de los ingresos, y aplicando una tasa de descuento del 4,6 % estimó que el valor de mercado de la Compañía de Servicios ascendería a Bs. 700.347.850, lo que equivale a USD 325.743<sup>778</sup>.

920. El Tribunal discrepa del cálculo de Navigant, y estima que la Compañía de Servicios en realidad no tiene un valor de mercado propio, separado del de la Compañía Operadora.
921. La razón es la siguiente: la única fuente de ingresos de la Compañía de Servicios es un canon del 5% de los ingresos, destinado a cubrir los servicios de administración y de apoyo técnico que los dos accionistas habían de prestar al Aeropuerto. La cuantía del canon había sido fijada en el Contrato para permitir a Flughafen Zürich y a IDC gestionar adecuadamente el Aeropuerto – no para obtener un beneficio adicional.
922. Es cierto que en el año 2005, la Compañía de Servicios obtuvo una utilidad de Bs. 21 millones<sup>779</sup>. Basándose en la existencia de este flujo, Navigant asume que en el futuro la utilidad de la Compañía de Servicios iría aumentando, en la misma medida en que se incrementasen los ingresos del Aeropuerto.
923. La asunción no puede ser aceptada.
924. El hecho de que en 2005 la Compañía de Servicios alcanzara un beneficio no garantiza en forma alguna que ese beneficio se mantendría y aumentaría proporcionalmente durante los 20 años de vida del Contrato. Parece más lógico asumir que a medida que aumentara el tráfico y el tamaño del Aeropuerto, su gestión se haría más compleja (sobre todo en cuestiones como la informática y la seguridad), que precisara de mayores niveles de apoyo externo, que los costos por prestarlos aumentarían y que la Compañía de Servicios redujera sus utilidades. No habiendo garantía alguna de que la Compañía de Servicios fuera capaz de mantener los niveles de utilidades históricos, no parece lógico aceptar que un tercero independiente, que estuviera dispuesto a adquirir los derechos dimanantes del Contrato, estuviera preparado para pagar USD 325.743 de sobreprecio, por hacerse con la Compañía de Servicios, adicionalmente al precio correspondiente a la Compañía Operadora.
925. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Compañía de Servicios carece de un valor independiente, adicional al establecido para la Compañía Operadora.

#### **4.4. CONCLUSIONES Y VALIDACIÓN DEL RESULTADO**

926. En resumen, el Tribunal decide que la compensación debida conjuntamente a ambas Demandantes por la expropiación de su inversión, calculada como el valor de mercado de la Compañía Operadora y determinada a través de una metodología de

---

<sup>778</sup> Navigant I, para. 164.

<sup>779</sup> Navigant I (versión en inglés), Apéndice 3.B, Cuadro 1.

DCF, debe ser de **USD 19.428.261** – que corresponderá a cada una de las Demandantes por mitades.

(i) Divisa en la que se cifra la compensación

927. El Tribunal ha calculado la compensación en USD, porque esa es la moneda en la que ambos peritos han expresado su valoración. Ambos peritos han cifrado inicialmente sus modelos DCF en Bs., pero ambos han convertido las cantidades finales a USD, al tipo que era de aplicación en la fecha de expropiación – sin que ninguno de ellos objetara a esta forma de actuar, ni al tipo de cambio utilizado.

928. A pesar de que las valoraciones de los peritos están cifradas en USD, lo cierto es las Demandantes han pedido que las compensaciones debidas por la expropiación de su inversión sean pagadas en sus respectivas monedas: CHF en el caso de Flughafen Zürich, CLP para IDC. Las inversoras piden que la conversión se realice en la fecha de la expropiación, y que a partir de ese momento las cantidades debidas devenguen intereses

- al LIBOR más 4% para las cifradas en CHF y a
- la tasa promedio de interés para préstamos bancarios para las cifradas en CLP.

929. Los AAPRI no regulan con precisión la divisa en la que ha de estar cifrada la compensación – limitándose a establecer que la moneda debe ser “de libre convertibilidad”<sup>780</sup>, un requisito que se cumple tanto para los USD, como para los CHF como los CLP.

930. La solicitud de las Demandantes plantea una serie de problemas:

- Por un lado exige que los intereses intercalarios, entre la fecha de expropiación y la de pago efectivo, se calculen a tipos diferentes para cada una de las Demandantes, lo que resultará en que las cantidades efectivamente pagadas a los dos inversores, que tienen una participación igual en la inversión, sean diferentes;
- Por otro lado, implica que la República Venezolana tiene que asumir el riesgo cambiario, durante casi 10 años, de las compensaciones debidas, algo que financieramente no parece razonable, puesto que lo que se está compensando es la expropiación de una inversión hecha y mantenida en Venezuela (no en Suiza o en Chile);
- En tercer lugar, exige que los intereses debidos a IDC sean calculada a la tasa promedio de interés para préstamos bancarios que rija en Chile; una tasa que se aplica a operaciones de financiación internas en Chile, que está sujeta a los avatares de la política económica y cambiaria chilena, y que no resulta apropiada para remunerar – en especial durante periodos de tiempo muy extensos - créditos de carácter internacional;

---

<sup>780</sup> Ver artículos 6 de los dos AAPRI.

- Finalmente, la solicitud de las Demandantes es contradictoria con los cálculos de su propio perito, que ha realizado la valoración en USD – como por otro lado se hace normalmente en la práctica financiera internacional<sup>781</sup>.

931. Por estas razones, el Tribunal decide que las cantidades debidas a ambos inversores deben estar cifradas en USD, la moneda que se utiliza normalmente para valorar inversiones en Venezuela, y que ambas Demandantes reciban unos mismos intereses, calculados al LIBOR para depósitos cifrados en USD (cuestión que se desarrollará en la próxima sección). Siendo como es el USD una divisa libremente convertible, una vez que las Demandantes hayan recibido los fondos debidos en esa divisa, nada les impedirá convertirlo inmediatamente en CHF o en CLP.

(ii) Validación del resultado

932. El Tribunal ha alcanzado la conclusión de que la compensación debida a 30 de diciembre de 2005 debe ascender a **USD 19.428.261** y que esta cantidad, junto con sus intereses, debe ser satisfecha en USD.

933. La valoración se ha hecho aplicando una metodología de DCF – metodología que debe ser objeto de una validación, comparando el resultado alcanzado con otros valores y realizando cálculos en los que se apliquen otras metodologías. Como dice Navigant, un cálculo en metodología DCF no es un ejercicio mecánico, y la utilización de parámetros aparentemente razonables puede llevar a resultados totalmente irracionales<sup>782</sup>. Por ello, es importante que el Tribunal realice tal validación y se convenza de la razonabilidad de sus cálculos.

Resultados de los peritos

934. En un primer ejercicio de validación, el importe de la compensación debe ser puesto en relación con las valoraciones alcanzadas por los peritos de las partes.

935. B/R/W, los peritos de la Demandada, entienden que el valor de la Compañía Operadora debe ascender a USD 7,7 millones. Este valor es sensiblemente inferior al determinado por el Tribunal, pero la diferencia se justifica porque B/R/W utilizaron una metodología inaceptable para el cálculo de pasajeros, al tomar en cuenta datos *ex post*, y asumieron que Isla Margarita alcanzaría la misma tasa de eficiencia que Zúrich – dos conclusiones que el Tribunal no comparte.

936. Navigant, por su parte, defiende una valoración de USD 43,9 millones, una cifra que es más del doble del cálculo del Tribunal. La causa que justifica esta diferencia es que el perito de las Demandantes utilizó una tasa de descuento del 4,4%, cifra que el Tribunal estima inapropiada para una inversión en un país con un riesgo como la República Bolivariana. Rechazada la tasa propuesta por Navigant, el Tribunal ha adoptado la propuesta por los peritos de la Demandada, que además está en línea con la tasa utilizada por las propias Demandantes en su plan de negocios.

---

<sup>781</sup> Si bien es cierto que el perito incluye un memento al hecho de que las Demandantes reclaman la indemnización en sus respectivas divisas – Navigant IV, para. 79.

<sup>782</sup> Navigant IV, para. 27.

Inversiones realizadas por los inversores

937. En un segundo ejercicio de validación, el resultado debe ser puesto en relación con las inversiones realizadas por las Demandantes.
938. El Tribunal ya ha valorado las inversiones materiales e inmateriales realizadas por las Demandantes. Las materiales consisten en la realización, durante los escasos dos años en los que las Demandantes mantuvieron el control del Aeropuerto, de inversión por importe de USD 3,9 millones, y las inmateriales por su aportación de *know how* en el manejo de un aeropuerto internacional y el desarrollo de la planificación del Aeropuerto<sup>783</sup>. Otra cifra a tener en mente es que el importe total de las inversiones comprometidas en el Contrato durante los cuatro primeros años del Contrato ascendía a USD 12 millones<sup>784</sup>.
939. Es cierto que el importe de la compensación excede con mucho de la inversión realizada por los inversores, e incluso de la inversión total comprometida para el primer cuatrienio. Pero es importante tener en cuenta que la adjudicación del Contrato fue por 20 años, y que – según opinión común de ambos peritos – la forma correcta para valorar la inversión consiste en descontar el flujo libre de caja que se generaría, desde la fecha de expropiación, hasta la terminación del Contrato.
940. Aceptada esta premisa, tiene sin embargo que existir una relación razonable entre ambas variables: una significativa desproporción entre lo invertido y el valor de compensación podría ser una indicación de un error de cálculo. El test de razonabilidad exige que se tomen en consideración todas las circunstancias del caso.
941. En la presente litis, el Tribunal, aunque constata que en la fecha de expropiación los inversores habían realizado una aportación significativamente inferior a la compensación que ahora les corresponde, entiende que esta situación no puede valorarse aisladamente, y que hay que tomar en consideración todas las circunstancias del caso:
- La expropiación tuvo lugar apenas dos años después de otorgarse el Contrato, sin que las Demandantes hubieran tenido tiempo para realizar inversiones significativas; si la expropiación se hubiera ejecutado en un momento más tardío en la vida de la concesión, el importe invertido hubiera sido significativamente superior,
  - De mantenerse el ritmo de inversión previsto para el primer cuatrienio, en el año siete el importe total invertido ya habría sobrepasado la cuantía de la compensación,
  - Adicionalmente, no puede olvidarse el valor de las aportaciones inmateriales comprometidas por los socios: Flughafen Zürich e IDC, dos empresas con gran experiencia en la gestión de aeropuertos de diferentes tipos, se habían

---

<sup>783</sup> Ver paras. 248 y ss. *supra*.

<sup>784</sup> Ver para. 70 *supra*.

comprometido a aportar su *know how* durante un plazo de 20 años, para mejorar y desarrollar el Aeropuerto de Isla Margarita.

942. En consecuencia, el Tribunal no advierte la existencia de una desproporción significativa entre el valor de las contribuciones hechas o comprometidas por los inversores, y la cuantía de la compensación acordada.

#### Transacciones comparables

943. Finalmente, también es conveniente comparar la compensación calculada por la metodología DCF con otras transacciones comparables.
944. Navigant ha señalado que no conoce ninguna transacción comparable que hubiera ocurrido cerca de la fecha de expropiación. Sin embargo, ha identificado una transacción de A-Port realizada en 2008, que sí presenta suficientes similitudes para poder actuar como comparable. A-Port, una operadora de aeropuertos en la que IDC y Unique participan, adquirió en esa fecha el aeropuerto de Curazao<sup>785</sup>. La noticia fue recogida en la prensa especializada con las siguientes palabras:

“La semana pasada el gobierno de Curazao aprobó a A-Port la adquisición en US \$ 25 millones del aeropuerto de la isla, que tiene un flujo de 1,8 millones de pasajeros internacionales al año”<sup>786</sup>.

945. El Tribunal estima que la operación realizada por A-Port efectivamente puede servir como comparable para comprobar la razonabilidad de la compensación calculada por la metodología DCF. Se trata de dos aeropuertos situados en sendas islas caribeñas, con marcada especialización en la recepción de flujos turísticos, y con tráfico similar<sup>787</sup>.
946. Navigant propone utilizar el ratio precio/pasajero para comparar las operaciones. Si se calcula el valor por pasajero de ambos aeropuertos, los resultados son muy parejos: USD 13,8 por pasajero en el caso de Curazao, USD 12,1 para Isla Margarita. Llama la atención que, expresado en Dólares/pasajero, el precio pagado por el aeropuerto de Curazao, y la compensación calculada por el Tribunal, son muy similares. El precio algo más bajo para Isla Margarita se puede deber o bien a especialidades del Contrato (como por ejemplo, la previsión de que el concesionario debía asumir gastos de diversa índole) o bien a una percepción de que el riesgo país de Venezuela es superior al de Curazao.
947. En todo caso, la similitud de los resultados son una confirmación de que el cálculo que resulta de la metodología DCF es plenamente razonable.

---

<sup>785</sup> Aunque la operación se anunció en 2008, parece que se consumó en 2010.

<sup>786</sup> NAV-38, Se Construye.com, 29/12/2008.

<sup>787</sup> El Aeropuerto de Isla Margarita gestionó un número de pasajeros ligeramente inferior (1,6 millones frente a los 1,8 millones de Curazao). Ver Navigant I, para. 168.

## 5. INTERESES

948. Las partes discrepan sobre el tipo de interés aplicable y el método para su cálculo desde la fecha de valoración hasta la fecha de pago.

### A. Posición de las Demandantes

949. Dado que las Demandantes han solicitado las compensaciones<sup>788</sup> debidas en sus respectivas monedas, cada una generará intereses a un tipo distinto – el que resulte apropiado para cada una de ellas.

950. El perito propone utilizar tipos equivalentes a los que se aplican para inversiones comerciales en CHF y en CLP<sup>789</sup>:

- LIBOR a un año más 4% para la compensación solicitada en CHF;
- tasa promedio de interés anual para préstamos bancarios de 90-365 días para la compensación solicitada en CLP.

951. Las Demandantes solicitan el devengo de esos intereses entre el 30 de diciembre de 2005 y la fecha de pago; y por lo tanto no distinguen entre interés pre y post-laudo<sup>790</sup>.

952. En cuanto al método de cálculo los inversionistas se decantan por uno compuesto, por representar – a su modo de ver – la forma más precisa de compensación íntegra<sup>791</sup>.

### B. Posición de la Demandada

953. La Demandada objeta tanto al uso de CHF y de CLP para efectuar el reclamo, como a los tipos ligados a estas divisas que las Demandantes proponen para el cálculo de los intereses<sup>792</sup>. El experto de Venezuela alega que estos tipos de interés son excesivamente altos si se comparan con la tasa de descuento propuesta por Navigant para el cálculo del valor presente del proyecto<sup>793</sup>.

954. Para el experto de la Demandada, en los casos en que las compensaciones se calculan a través de un modelo de DCF lo correcto es aplicar una tasa libre de riesgos como tipo de interés que se ha de devengar desde la fecha de valoración. Siguiendo esta

---

<sup>788</sup> Nótese que en el petitorio de las Demandantes (C IV, para. 387) la indemnización solicitada comprende los montos que representan la reparación íntegra por los daños sufridos por las Demandantes a consecuencia de los ilícitos internacionales de Venezuela. Las Demandantes solicitan el pago de intereses sobre estos montos, pero excluyen de intereses los costos de arbitraje, honorarios y gastos legales.

<sup>789</sup> Navigant III, para. 106.

<sup>790</sup> C I, para. 376. Si bien el perito de las Demandantes hace referencia a el “Interés Pre-laudo” en Navigant III, p. 36 y ss. se deduce del petitorio que las Demandantes solicitan la aplicación de los tipos señalados en un único tramo: desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago efectivo.

<sup>791</sup> C I, paras. 371-376; C IV, para. 368.

<sup>792</sup> Bello I, paras. 143-171.

<sup>793</sup> Bello I, para. 154

premisa la Demandada propone emplear la tasa de los Bonos del Tesoro estadounidense a seis meses o, alternativamente la tasa de los Certificados de Depósitos de Estados Unidos al mismo periodo<sup>794</sup>.

955. En cuanto al método de cálculo de intereses, Venezuela se opone al uso de intereses compuestos. De acuerdo con la Demandada, la práctica usual en el derecho internacional de inversiones es la aplicación de intereses simples<sup>795</sup>.

### C. Decisión del Tribunal

956. En su decisión sobre intereses el Tribunal deberá distinguir entre el *dies a quo*, el *dies ad quem*, el tipo de interés, el monto principal y el método de cálculo.
957. (i) *Dies a quo*: las partes coinciden en que la fecha de inicio para el devengo de intereses sea la fecha de valuación<sup>796</sup>. El Tribunal no ve razón para desviarse de esta proposición. Los intereses se devengan desde el 30 de diciembre de 2005.
958. (ii) *Dies ad quem*: será la fecha de pago efectivo.
959. (iii) Tipo de interés: las partes proponen distintos tipos. El APRI Suiza-Venezuela estipula que la compensación por expropiación “incluira intereses desde la fecha de expropiación”<sup>797</sup> y el APRI Chile-Venezuela se refiere a la compensación “incluyendo sus intereses”<sup>798</sup>. Sin embargo, ninguno de los AAPRI indica el tipo de interés, por lo que el Tribunal goza de cierta discreción en su determinación.
960. Las Demandantes sugieren aplicar el LIBOR más 4% para la compensación solicitada en CHF y la tasa promedio de interés anual para préstamos bancarios de 90-365 días para la compensación solicitada en CLP. El Tribunal ya ha establecido que las divisas en las que las Demandantes piden su compensación no es la adecuada y que dicha compensación debe estar cifrada en USD<sup>799</sup>. Por ello el Tribunal no encuentra sentido en aplicar tipos de interés ligados al CHF y al CLP.
961. Venezuela por su parte propone aplicar la tasa de los Bonos del Tesoro estadounidense a seis meses o la tasa de los Certificados de Depósitos de Estados Unidos a seis meses. El Tribunal tampoco coincide con la Demandada. La compensación debida desde 2005 ha de llevar pareja un tipo de interés que remunere una deuda a largo plazo. Además el riesgo crediticio de los EE.UU. es de los más bajos del mercado, lo que implica la aplicación de tasas irrazonablemente bajas.
962. El Tribunal debe aplicar un tipo que compense el coste de financiación externa de las Demandantes como consecuencia de la indisponibilidad temporal de la

<sup>794</sup> R IV, para. 403; Bello II, para. 223.

<sup>795</sup> R IV, para. 402.

<sup>796</sup> C I, para. 376; R IV, para. 403.

<sup>797</sup> Artículo 6 del APRI Suiza-Venezuela.

<sup>798</sup> Artículo 6 del APRI Chile-Venezuela.

<sup>799</sup> Ver paras. 927-931 *supra*.

compensación a la cual tenían derecho por la expropiación. En base a ello, el Tribunal opta por aplicar un tipo LIBOR.

963. El LIBOR es el tipo de interés en el mercado interbancario de Londres que se fija diariamente por la Asociación de Banqueros Británicos para depósitos interbancarios a diversos plazos y en diversas divisas. Es universalmente aceptado como referencia para la fijación de tasas de interés para préstamos, depósitos y demás instrumentos financieros. En la práctica financiera, los préstamos bancarios a clientes devengan un tipo LIBOR interbancario más un sobrecargo.
964. En el presente caso, el Tribunal debe por tanto aplicar un tipo LIBOR más el sobrecargo que soportaría una empresa similar a la de las Demandantes en el mercado por la obtención de un préstamo empresarial basado en el LIBOR.
965. Dado que la compensación está expresada en dólares, el Tribunal estima que un tipo LIBOR para USD para depósitos a un año más el 4% es un tipo razonable y que garantiza una reparación íntegra a la hora de compensar a las Demandantes. El tipo inicial será el del *dies a quo*, y a partir de ese momento se recalculará anualmente.
966. (iv) Método de cálculo: Las Demandantes han solicitado intereses compuestos anualmente, es decir, que aquellos intereses devengados (calculados como intereses simples) y no pagados, se acumulen al principal cada año, generando éstos a su vez intereses en los siguientes periodos. La Demandada se opone y entiende que, en cualquier caso, han de ser intereses simples.
967. La cuestión de si los intereses deben ser acumulados periódicamente al principal ha sido tratada por los tribunales de inversión, y el Tribunal observa que en la práctica reciente existe cierta preferencia por la capitalización anual o semestral de los intereses<sup>800</sup>. La razón de ser es que el método compuesto constituye la única forma de compensar íntegramente al inversor, pues conlleva una aproximación más precisa al valor real del cual el inversor ha sido desposeído<sup>801</sup>.
968. La razón económica que subyace al interés es cubrir el coste financiero externo en que hubieran incurrido las Demandantes por la indisponibilidad de la compensación a la cual tenían derecho por la expropiación<sup>802</sup>. Un préstamo con base LIBOR suele incluir una cláusula de que los intereses impagados han de acumularse al principal al final de cada periodo y devengarán intereses en los periodos sucesivos.
969. Por tanto el Tribunal determina que la capitalización de intereses se realice anualmente, por años vencidos, coincidiendo con la fecha de recálculo del tipo LIBOR.

\* \* \*

---

<sup>800</sup> *Siemens*, para. 339; *Enron*, para. 452; *LG&E (Laudo)*, para. 115, *Sempra*; para. 486; *Lemire (Laudo)*, para. 359.

<sup>801</sup> *MTD*, para. 251.

<sup>802</sup> Ver para. 962 *supra*.

970. En resumen, el Tribunal decide que, desde el 30 de diciembre de 2005 hasta la fecha de pago, la cuantía principal de **USD 19.428.261** devengará unos intereses al tipo de interés LIBOR para depósitos a un año en USD más 4%, capitalizados anualmente.

## **VIII. RECAPITULACIÓN**

### Introducción

971. El 26 de febrero de 2004 la Gobernación del Estado de Nueva Esparta adjudicó a las Demandantes la Concesión para la prestación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño por un periodo de 20 años. Poco más de un año después, tras reiterados intentos por revertir la Concesión, la Gobernación intervino el Aeropuerto el 29 de diciembre de 2005, momento a partir del cual el Consorcio perdió de forma definitiva los derechos sobre su inversión.
972. Aun así, el Consorcio llevó a la Gobernación ante los tribunales venezolanos, y ambas partes se vieron envueltas en una multitud de procesos judiciales para dirimir la gestión del Aeropuerto. Esta disputa fue finalmente resuelta por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que avocó todas las causas entre la Gobernación y el Consorcio, para luego entregar el Aeropuerto al Ejecutivo Nacional.

### Las pretensiones de las partes

973. Las Demandantes alegaron haber sufrido una expropiación de los derechos dimanantes del Contrato de Concesión por los reiterados intentos de la Gobernación de Nueva Esparta de tomar el control del Aeropuerto, actos que además habrían constituido un trato injusto e inequitativo por discriminatorios y arbitrarios.
974. También alegaron haber sufrido denegación de justicia ya que, en la disputa judicial entre el Consorcio y la Gobernación del Estado de Nueva Esparta por el control del Aeropuerto, el Tribunal Supremo habría intervenido para, sin razón justificada, entregárselo finalmente al Poder Nacional.
975. Venezuela se opuso a estas alegaciones, arguyendo entre otras razones, que el Contrato en el que las Demandantes fundaban sus pretensiones padecía de severos vicios legales, incluyendo que el Contrato había sido procurado por corrupción, lo que impedía a las Demandantes formular ningún reclamo. En cualquier caso, la actuación del Ejecutivo de Nueva Esparta y del Tribunal Supremo habían sido ajustadas a derecho y en ningún caso constitutivas de violaciones de los AAPRI.

### La decisión del Tribunal

976. El Tribunal ha estimado que el Oficio emitido por la Gobernación de Nueva Esparta despojó a las Demandantes de su inversión el 29 de diciembre de 2005, situación que devino irrevocable y definitiva con la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009, que entregó el Aeropuerto al Poder Nacional. Estas medidas equivalen a una expropiación directa de los derechos de las Demandantes por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

977. Finalmente el Tribunal ha estimado que la Sentencia de 4 de marzo de 2009, además de culminar el *iter expropriatorio*, constituyó una denegación de justicia, al entregar el Aeropuerto al Poder Nacional.

La condena

978. Las Demandantes formularon una pretensión indemnizatoria de USD 44.848.358 por la expropiación de su inversión calculada como su valor justo de mercado a 30 de diciembre de 2005. El Tribunal, sin embargo, tras estudiar los modelos de cálculo propuestos por las partes y las hipótesis subyacentes, llegó a la conclusión de que la compensación debida a las Demandantes es de USD 19.428.261 más intereses, y que ésta ha de ser repartida a partes iguales entre las Demandantes, es decir, USD 9.714.130,5 a cada uno.

## **IX. COSTAS**

979. La Regla 47.1.j) de las Reglas de Arbitraje establece que “el laudo será escrito y contendrá [...] la decisión del Tribunal sobre las costas procesales”.

980. El Tribunal solicitó a las partes que aportaran un desglose de las cuantías que están reclamando en concepto de costas. Los siguientes apartados reproducen las peticiones de las partes. El Tribunal hace constar que ninguna de ellas ha cuestionado los conceptos reclamados de contrario, ni la veracidad de las cifras.

### **A. Posición de las Demandantes**

981. Las Demandantes solicitan las siguientes cuantías<sup>803</sup>:

- Costos del procedimiento relacionados con el Centro: USD 450.000;<sup>804</sup>
- Honorarios y gastos de los letrados: USD 2.394.756<sup>805</sup>;
- Honorarios y gastos de los expertos: USD 1.313.326<sup>806</sup>;
- Costos de la Audiencia: USD 83.500<sup>807</sup>;
- Otros costos administrativos: USD 9.138<sup>808</sup>.

982. La suma de las anteriores cuantías equivale a un total de **USD 4.325.720**.

983. Las Demandantes solicitan que el Tribunal condene a Venezuela al pago de todas estas cantidades<sup>809</sup>.

### **B. Posición de la Demandada**

984. La Demandada solicita las siguientes cuantías<sup>810</sup>:

---

<sup>803</sup> Declaración de Costas de las Demandantes.

<sup>804</sup> El 28 de octubre de 2014, después de la presentación de las declaraciones de costas de las Partes, el Centro solicitó a las partes un cuarto pago anticipado. El 12 de noviembre de 2014, el Centro acusó recibo del depósito de USD 75,000 de las Demandantes. Por consiguiente, el rubro de ‘Costos del procedimiento relacionados con el Centro’ de las Demandantes aumentó a USD 525,000.

<sup>805</sup> 2.256.100,00 USD de Bofill Mir & Álvarez Jana, 47.228,22 USD de Ayala, Dillon, Fernández, Linares Chavero Consultores Jurídicos y 91.427,82 USD de Raffalli de Lemos Halvorssen Ortega y Ortiz.

<sup>806</sup> 260.459,81 USD del experto legal Sr. Brewer Carías y 1.052.866,27 USD del experto económico Sr. Brent Kaczmarek de Navigant Consulting Inc.

<sup>807</sup> 60.287,53 USD en billetes de avión y hoteles y 23.212,74 en envío de materiales.

<sup>808</sup> 5.012,97 USD por pasaje y estadía en Isla Margarita y Caracas y 4.125,11 en materiales, envío de escritos y otros gastos.

<sup>809</sup> C IV, para. 387.

<sup>810</sup> Declaración de Costas de la Demandada.

- Costos del procedimiento relacionados con el Centro: USD 425.000;
- Honorarios y gastos de los letrados: USD 2.998.892<sup>811</sup>;
- Honorarios y gastos de los expertos: Bs. 298.728 y USD 180.000;
- Costos de la Audiencia: Bs. 223.649 y USD 103.513<sup>812</sup>;
- Otros costos administrativos: USD 18.463<sup>813</sup>.

985. La Demandada ha desglosado parte de los honorarios y gastos de los expertos y parte de los costos de la Audiencia en Bolívares venezolanos, cifra que asciende a un total de Bs. 522.377. Propone una conversión de este monto a USD a una tasa de cambio de Bs. 6,20 por USD. Aplicando dicha tasa a la cantidad solicitada por estos conceptos arroja un resultante de USD 84.254.

986. El sumatorio total de las cantidades solicitadas por Venezuela es de **USD 3.810.122**.

987. La Demandada alega los reclamos de las Demandantes constituyen un abuso de proceso o litigación de mala fe toda vez que las Demandantes no realizaron una inversión en Venezuela o que no pueden ser considerados inversores a efectos de los AAPRI. Por ello solicita que se condene a las Demandantes al pago de todas las costas del presente arbitraje incluyendo intereses calculados a una tasa libre de riesgos hasta la fecha de su pago efectivo<sup>814</sup>.

### **C. Decisión del Tribunal**

#### **a. Introducción**

988. El artículo 61(2) del Convenio CIADI establece que “el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que éstas hubieran incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro”. Ni el Convenio CIADI, ni las Reglas de Arbitraje ofrecen pautas de ningún tipo para la distribución de las costas, por lo que el Tribunal tiene discreción a la hora de resolver sobre su reparto.

989. El Tribunal ve con buenos ojos la reciente tendencia en el arbitraje de inversión que establece que el reparto de las costas ha de reflejar en cierta medida el principio de que la parte vencida ha de contribuir de modo significativo a las tasas, costos y gastos del arbitraje de la parte vencedora<sup>815</sup>.

990. Ambas partes reclaman que el Tribunal ordene a la parte contraria cubrir todos los gastos generados por este arbitraje. La Demandada justifica su petición de costas

<sup>811</sup> 342.298,00 USD de Arnold & Porter y 2.656.594,00 USD de Guglielmino & Asociados.

<sup>812</sup> Billetes de avión, hotel y viáticos.

<sup>813</sup> 14.513,00 USD en gastos de papelería y 3.950,00 USD en gastos de envío.

<sup>814</sup> R III, paras. 334-349; R IV, paras. 404-407.

<sup>815</sup> EDF, para. 327; Plama, para. 316, Phoenix, para. 151.

alegando que las Demandantes formularon sus reclamos en claro abuso de proceso por no cumplir con los requisitos jurisdiccionales para hacerlo y ser consciente de ello.

991. Pero el Tribunal ya ha concluido que las Demandantes deben ser consideradas como inversores poseedores de una inversión legítima a efectos de los AAPRI<sup>816</sup>, por lo que su conducta no puede ser calificada de mala fe. Además el Tribunal llegó a la conclusión de que Venezuela expropió a las Demandantes, y que éstas sufrieron una denegación de justicia a manos del Tribunal Supremo venezolano. Finalmente, el Tribunal ha estimado que como consecuencia de la expropiación, Venezuela debe pagar a las Demandantes una compensación de USD 19.428.261.
992. Las Demandantes por tanto han resultado vencedoras en la gran mayoría de sus pretensiones, por lo que será la Demandada la que habrá de soportar (si no en su totalidad, si en cierta proporción) las costas de las Demandantes.
993. Para realizar la distribución de las costas del arbitraje el Tribunal va a distinguir entre dos grandes categorías de costas reclamadas:
- Las provisiones de fondos desembolsados ante el CIADI, llamados costes del procedimiento [los “**Costes del Procedimiento**”](b);
  - Los gastos generados por la defensa letrada de las partes [los “**Gastos de Defensa**”](c).

#### **b. Costes del Procedimiento**

994. El Tribunal comprueba que las Demandantes han resultado vencedoras, si no en su totalidad, sí en gran parte del procedimiento: el Tribunal ha confirmado su jurisdicción sobre todos los reclamos, ha estimado dos de las tres violaciones de los AAPRI alegadas por las Demandantes y ha concedido casi la mitad de la compensación solicitada.
995. Por ello el Tribunal considera que la Demandada es quien ha de asumir los Costes del Procedimiento, es decir, deberá reembolsar a las Demandantes un total de: **USD 525.000**.

#### **c. Gastos de Defensa**

996. Los Gastos de Defensa cuyo reembolso reclaman las Demandantes tienen naturaleza muy diversa, por estar asociados a letrados, peritos, testigos, etc. El Tribunal opta por un criterio conservador a la hora de determinar los Gastos de Defensa que razonablemente ha de asumir la contraparte, por ser imprescindibles para la defensa [“**Gastos de Defensa Razonables**”].

---

<sup>816</sup> Ver paras. 233-258 y 259-290 *supra*.

997. Tomando en consideración la complejidad del caso, las cuantías en disputa y la labor realizada por los abogados y peritos, el Tribunal estima que los Gastos de Defensa Razonables ascienden a USD 2.300.000 para abogados y USD 600.000 para peritos.

Contribución de Venezuela a los Gastos de Defensa Razonables

998. El Tribunal ha de determinar, en función al grado de vencimiento de las Demandantes, la proporción de Gastos de Defensa Razonables que ha de soportar la Demandada.

999. El arbitraje se ha dividido en tres grandes etapas: Jurisdicción, Responsabilidad y Daños. Para determinar el reparto de los costes, el Tribunal asumirá que los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes se han dividido en estas tres etapas de la siguiente forma: 1/3 de los honorarios y gastos de los letrados en cada una de las etapas ( $\text{USD } 2.300.000/3 = \text{USD } 766.667$ ) y la totalidad de los honorarios y gastos de los peritos en la etapa de Daños (USD 600.000).

1000. De esta forma:

- En la etapa de Jurisdicción, ninguna de las objeciones jurisdiccionales planteadas por Venezuela ha sido admitida por el Tribunal, por lo que las Demandantes han resultado vencedoras su totalidad. Las Demandantes han de ser reembolsadas en la totalidad de los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes en esta etapa: USD 766.667.
- En la etapa de Responsabilidad, el Tribunal sólo ha concedido a las Demandantes dos de los tres reclamos formulados: expropiación y denegación de justicia. El Tribunal estima por tanto que Venezuela contribuirá en un 66% de los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes en la fase de Responsabilidad: USD 506.000.
- En la etapa de Daños las Demandantes reclamaban USD 44.848.358<sup>817</sup> El Tribunal ha estimado que la compensación debida a las Demandantes como consecuencia de la expropiación es de USD 19.428.261<sup>818</sup>, es decir, un 44% de la cantidad solicitada por las Demandantes. Luego el Tribunal considera que Venezuela debe contribuir en un 44% a los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes en la fase de Daños: es decir, USD 337.333 en concepto de honorarios y gastos de los letrados y USD 264.000 en concepto de honorarios y gastos de los peritos.

1001. En total, Venezuela debe a las Demandantes en concepto de Gastos de Defensa Razonables un total de: **USD 1.874.000**.

---

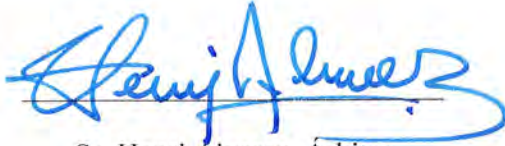
<sup>817</sup> Ver para. 724 *supra*.

<sup>818</sup> Ver para. 916 *supra*.

## **X. DECISIÓN**

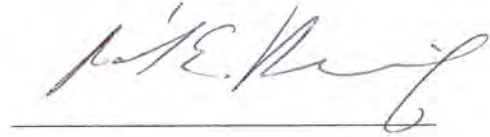
Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral adopta las siguientes decisiones, haciéndolo por unanimidad en lo que respecta a las decisiones 1., 3., 4., 5., 6. y 8., y por mayoría en las decisiones 2. y 7.:

1. Declara que la República Bolivariana de Venezuela expropió la inversión de Flughafen Zürich A.G. y de Gestión e Ingeniería IDC, S.A.
2. Declara que la República Bolivariana de Venezuela incurrió en denegación de justicia, al ordenar el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de marzo de 2009 y en su aclaración, que el manejo y control del Aeropuerto de Isla Margarita se entregara al Ejecutivo Nacional.
3. Ordena que la República Bolivariana de Venezuela pague a Flughafen Zürich A.G. USD 9.714.130,5 en concepto de compensación por la expropiación de su inversión.
4. Ordena que la República Bolivariana de Venezuela pague a Gestión e Ingeniería IDC, S.A. USD 9.714.130,5 en concepto de compensación por la expropiación de su inversión.
5. Ordena que la República Bolivariana de Venezuela pague a Flughafen Zürich A.G. intereses sobre la cuantía de USD 9.714.130,5 devengados entre el 30 de diciembre de 2005 y la fecha de pago efectivo, computados a una tasa de interés LIBOR para depósitos en USD a un año más 4% y capitalizados anualmente.
6. Ordena que la República Bolivariana de Venezuela pague a Gestión e Ingeniería IDC, S.A. intereses sobre la cuantía de USD 9.714.130,5 devengados entre el 30 de diciembre de 2005 y la fecha de pago efectivo, computados a una tasa de interés LIBOR para depósitos en USD a un año más 4% y capitalizados anualmente.
7. Ordena que la República Bolivariana de Venezuela pague a las Demandantes USD 525.000 y USD 1.874.000 en concepto de Costes del Procedimiento y Gastos de Defensa respectivamente.
8. Deniega cualesquiera otras peticiones no contenidas en esta Decisión.



Sr. Henri Alvarez, Árbitro

Fecha:



Dr. Raúl E. Vinuesa, Árbitro

Fecha:

[Sujeto a la Opinión Disidente adjunta]



Prof. Juan Fernández-Armesto, Presidente

Fecha: