

La prueba ante la jurisdicción del CIADI en la alegación de corrupción en un contrato de concesión de servicios públicos.

(Flughafen Zürich A.G. y Gestión E Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana De Venezuela Caso CIADI No. ARB/10/19)

Ana M. SÁEZ CRESPO

1. El 13 de noviembre de 2014, el Tribunal del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) condenó a la demandada República Boliviana de Venezuela al pago de una compensación a los demandantes Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. por la expropiación directa que realizó sobre las inversiones extranjeras de éstas en el Estado venezolano. En este laudo se puso de manifiesto la carga y los estándares de la prueba en las alegaciones de corrupción.

Flughafen Zürich A.G. (en adelante Flughafen Zürich), una empresa suiza constituida bajo las leyes de la Confederación suiza junto con la compañía Gestión e Ingeniería IDC, S.A. (en adelante IDC), constituida bajo las leyes chilenas, presentan una solicitud de arbitraje contra la República Boliviana de Venezuela (en adelante ambas conocidas como el Consorcio). La demandante alega que la expropiación realizada sobre el derecho de administración y explotación que ésta mantenía sobre el aeropuerto internacional del Caribe, conocido como el aeropuerto “general Santiago Mariño”, no fue realizada conforme a Derecho ni ajustada a una compensación efectiva ni adecuada. Las demandantes presentaron su solicitud de arbitraje ante el CIADI en base a la violación de los Acuerdos entre la Confederación Suiza y la República de Venezuela sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones [“APPRI Suiza–Venezuela”] de 18 de noviembre de 1993 y entre la República de Chile y la de Venezuela sobre Promoción y Protección [“APPRI Chile–Venezuela”] de 2 de abril de 1993.

2. Los antecedentes de hecho y procesales alegados por las partes fueron los siguientes:

En febrero de 2004 tras la promulgación del Decreto 1.188, la Gobernación del Estado de Venezuela adjudicaba la prestación del servicio público aeroportuario del Aeropuerto de Margarita a los demandantes. Al día siguiente se firmaría un Contrato conocido como “Contrato de Alianza Estra-

tégica” entre el Estado de Nueva Esparta y los demandantes, constituidos como un “Consortio” para poder superar los requisitos legales necesarios para acceder al concurso. El contrato firmado debía de tener una duración de 20 años, hasta marzo de 2024. Finalmente, en marzo de 2004, el Consortio asumió el control del aeropuerto y crearon varias estructuras societarias con el fin de poder gestionar debidamente sus derechos y obligaciones, todo ello supervisado por el Estado de Nueva Esparta.

3. Los problemas surgirían cuando en marzo de 2004, el Gobernador se personó ante la Asamblea Nacional para desistir formalmente del Contrato Alianza Estratégica. Consecuentemente, ante dicha actuación, el Consejo Legislativo de Nueva Esparta tomó la decisión de solicitar ante el Tribunal Supremo de la Nación la declaración de la nulidad del contrato. En noviembre de ese mismo año, se nombró un nuevo Gobernador del Estado de Nueva Esparta. Las acciones por parte del nuevo Gobernador no se hacen esperar y en junio de 2005 ordena la incoación de un procedimiento administrativo para investigar la legalidad de la adjudicación de la licitación del Contrato obtenido por el Consortio y si es necesario la revocación del mencionado Decreto 1.188. El Consortio presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y una medida cautelar ante el Juzgado Superior de la Región Nor-Oriental, medida ésta que le fue concedida preventivamente en la que se ordenaba a la Gobernación de Nueva Esparta a mantener intactos todos los derechos contractuales obtenidos por el Consortio.

No obstante el mandato anterior, ese mismo día, el Gobernador dictó la Resolución No. 0001-5 por la que revoca el Decreto dictado por el anterior Gobernador y declara inexistente el Contrato por lo que lo deja sin efectos de manera inmediata aludiendo vicios en el procedimiento. Lo que lleva a tomar el control del Aeropuerto por parte de las fuerzas públicas del Estado. Tras la solicitud del Consortio de un nuevo amparo judicial, el Juzgado Superior Contencioso Administrativo ordena a la Gobernación que restituya la dirección del aeropuerto al Consortio. En diciembre de 2005 la Gobernación encargó una auditoría técnica de las gestiones realizadas en el Aeropuerto para comprobar si se había incumplido el Contrato. Como consecuencia de dicha inspección, se volvió a rescindir el Contrato, frente a lo que la demandante interpuso nuevamente una acción de amparo constitucional y cautelar, la cual le fue nuevamente otorgada en diciembre de 2005. A pesar de todo lo anterior el Gobernador, dictó un Oficio de intervención por el que se designaba a una persona física como interventor del aeropuerto, a cuya disposición deberían quedar todos los bienes. El demandado tomó una vez más el control del aeropuerto mediante la fuerza coercitiva de los cuerpos policiales del Estado. La demandante vuelve a solicitar amparo judicial, el cual le fue concedido en junio del 2006, en su sentencia el Juzgado dictaminó que la Gobernación de Nueva Esparta había incurrido en graves violaciones de los derechos del demandante por lo que debería devolver la explotación del aeropuerto al Consortio. En este orden de sucesos, el Gobernador dictó el Decreto No. 806/2006, por el que se le devolvía a el control al Consortio con

una serie de limitaciones, entre la que cabe destacar la más importante, la de poder realizar un rescate anticipado de la concesión otorgada a la demandante en aplicación de la cláusula 41 del contrato, esto es:

“... por razones de interés público debidamente motivadas, asumir la prestación directa del servicio aeroportuario y declarar resuelto este Convenio”.

La Gobernación vuelve a asumir tanto la gestión como el control del aeropuerto. Hasta que en febrero de 2007, el Consejo Legislativo, declaró la “responsabilidad política” del exgobernador Alexis Navarro Rojas, por haber concedido durante su mandato a través de concurso más que dudoso, la gestión al Consorcio.

4. Paralelamente a estos hechos, se incoa un proceso penal en mayo de 2007, ya que la fiscalía del Estado determinó que existían indicios suficientes de irregularidades cometidas en la adjudicación del Contrato de adjudicación otorgado por el exgobernador al Consorcio. No sería hasta tres años más tarde, cuando el Fiscal del Estado presentó un escrito de acusación contra la persona el exgobernador como autor de un delito de “evasión de procedimientos de licitación y concierto de funcionario público con contratista” y otro contra los representantes del Consorcio: Leopoldo Espinoza Prieto y Jaime Verde Aldana. El fiscal entre otras muchas irregularidades alegó que el exgobernador y los representantes del Consorcio concertaron una reunión previa al concurso de carácter privado, reunión que en palabras de la fiscalía constituía:

“... 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...”.

Durante la fase de Audiencia del procedimiento arbitral, el Tribunal solicitó a las partes, cabe decir que en especial a Venezuela, debido a que las parte demandante no es parte del proceso penal, sino alguno de los miembros de sus empresas, que diesen traslado a dicho Tribunal arbitral de toda la información posible del proceso penal en curso. Sin embargo, la demandada no aportó dicha documentación. Únicamente declaró que “el proceso seguía su curso”.

5. Finalmente, los hechos se precisarían cuando en marzo de 2009 tras la aprobación de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, se transfirieron las competencias cedidas a los Estados sobre la conservación, administración y aprovechamiento de bienes o servicios de algunos bienes de interés público al Poder Nacional. En marzo de 2009, el entonces presidente Chávez ordenó que una serie de puertos y aeropuertos deberían ser recuperados y entre ellos se encontraba el aeropuerto que nos ocupa. Hasta el final del procedimiento arbitral el aeropuerto continuó en manos del Poder Nacional y ni el proceso administrativo ni el resto de procedimientos iniciados, entre los que se encon-

traban el penal hubieron finalizado ni existió sentencia firme sobre las disputas incoadas.

6. Las objeciones a la jurisdicción principales presentadas por la demandada fueron: que las reclamaciones planteadas por la otra parte eran meramente de carácter contractual; que los derechos alegados en base al APPRI Suiza–Venezuela carecen de fundamento; que no se han agotado los recursos internos previos y necesarios, por los que la demandante no podría alegar “denegación de justicia”; el carácter de instrumentalidad pública de la demandante Flughafen Zürich; inexistencia de inversiones protegidas bajo el Convenio CIADI y los APPRIs debido a que la inversión habría sido realizada en contravención del Derecho Público venezolano. Sobre este último punto, las alegaciones hechas por la demandada fueron que el Contrato había sido adjudicado por parte de las autoridades entonces en el cargo mediante actos de corrupción penados por la “ley venezolana contra la corrupción, la Constitución venezolana y la del Estado de Nueva Esparta, así como violación de la Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos del Estado de Nueva Esparta (LCONE).

El Tribunal analizó en primer lugar, la objeción realizada por la demandada con carácter *ratione materiae*, es decir, la alegación de una posible contravención del Derecho público venezolano y la ausencia de contribución y riesgo. Según alegó dicha parte, la demandante no tenía protección al amparo de los APPRIs y el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, principalmente porque la adjudicación del contrato se hizo mediante la realización de actos corruptos y por violación de la Constitución venezolana, la de Nueva Esparta y la ley LCONe. Para resolver dicha objeción, el Tribunal procedió a revisar si se las inversiones realizadas por la demandante habían sido hechas conforme a las leyes y reglamentos del Estado huésped y si el Contrato había sido otorgado de acuerdo al Derecho internacional público. Para poder resolver estas cuestiones, decidió analizar la acusación de corrupción para después estudiar si el Contrato se realizó en fraude de ley.

El Tribunal dictaminó que la acusación de corrupción era una alegación de “extraordinaria gravedad”¹ y que de existir ésta los demandantes carecerían de legitimación activa y como consecuencia de haber obtenido su inversión mediante un Contrato corrupto, habría perdido el “derecho” a invocar el Derecho internacional para poder defenderse de las acusaciones. En esta misma línea de decisiones, el Tribunal entendió que en ningún caso, la inversión podría quedar bajo la protección del APPRI si el inversor hubiera obtenido dicha inversión mediante una “actuación gravemente antijurídica”, tal y como ya dictaminase en el caso *Plama Consortium Limited (PCL) c. Repú-*

¹ En esta línea de conclusiones dictaminó el Tribunal en el caso *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21 que la alegación de actos de corrupción por alguna de las partes es “...une affaire très grave...”.

*blica de Bulgaria*² en el que el Tribunal concluyó que la demandante, (PCL), una empresa de Chipre, carecía de cualquier derecho de protección en base al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), por haber obtenido de manera fraudulenta su inversión. Por su parte, el Estado de Bulgaria, no hubo incumplido sus obligaciones en base a dicho Tratado. La entonces demandada, la República de Bulgaria, alegó al igual que en este caso el Estado de Venezuela, que la inversión de la demandante había sido nula *ab initio*, es decir, desde el principio, con arreglo al derecho búlgaro y por lo tanto dicha inversión quedaba fuera de la esfera de protección contemplada en el TCE. Finalmente el Tribunal resolvió en favor de la demandada y condenó a la demandante en base a que “ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie a quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales” tal y como ya argumentase en este caso y anteriormente en *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. Republica de El Salvador*³ cualquier tipo de inversiones obtenidas mediante sobornos constituyen una violación del Orden Público Internacional y de los principios de: buena fe; *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*, es decir, nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo y del que prohíbe el enriquecimiento ilícito.

Para el Tribunal, la cuestión principal no fue si la adjudicación del Contrato fue obtenida mediante actos de corrupción por parte del exgobernador y el Consorcio, sino si dichos actos quedaban jurídicamente probados. Para dar respuesta a dicha cuestión, el Tribunal analizó: sobre cuál de las partes recaía la carga de la prueba; cuál era el estándar de prueba exigible; y por último, valorar la prueba alegada por las partes.

El Tribunal consideró que en cuanto a la carga de la prueba, en el Derecho internacional rige el principio “actori incumbit probatio, por lo que quien alegó la existencia de corrupción debería soportar la carga de probarlo. Tal y como ya quedó reflejado en el caso *METAL-TECH LTD. c. la República de Uzbekistan*⁴, en el que el Gobierno de Uzbekistan alegaba que la demandante había obtenido un contrato de inversión mediante sobornos a un funcionario público y al hermano del entonces Primer Ministro de Uzbekistan. En este Laudo quedó establecido que la “carga de la prueba” recaía en quien la alegaba.

“As a general matter, since the claims brought in this arbitration seek to establish the responsibility of a State for breach of the latter's international obligations, it is appropriate to apply international law to the burden of proof. The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognised and applied by international courts and tribunals. The International Court of Justice as well as arbitral tribunals constituted under the ICSID Convention and under the NAFTA have characterized this rule as a general principle of law.²⁶⁸ Consequently, as reflected in the maxim actori incumbat probatio, each party has the burden of proving the facton which it relies”.

² Caso CIADI No. ARB/03/24, laudo de 27 de agosto de 2008.

³ Caso CIADI No. ARB/03/26. Laudo de 2 de agosto de 2006.

⁴ Caso CIADI No. ARB/10/13. Laudo de 4 de octubre de 2013.

En aquel caso Tribunal concluyó que la demandante había pagado 4 millones de dólares americanos en conceptos de sobornos, apenas disimulados "*thinly disguised bribes*", mediante un contrato de Consultoría.

Establecida esta base, la carga de la prueba correspondió, por lo tanto, al demandado que la alegó: el Estado de Venezuela.

Sobre la segunda cuestión, el estándar de prueba, se vio condicionada por la existencia de una acción penal ante la jurisdicción de Venezuela al mismo tiempo que se estaba llevando a cabo el arbitraje. En dicho procedimiento el Ministerio Fiscal había acusado al exgobernador y otros dos altos cargos del entonces Gobierno de Nueva Esparta de haber cometido dos delitos tipificados como tal en la Ley contra la Corrupción, concretamente los de evasión de procedimientos de licitación y el de concierto de funcionario público con contratista. Ante esta situación de procedimientos paralelos, el Tribunal concluyó que ambos se movían en "diferentes esferas jurídicas", una en la internacional, sometida al Derecho internacional, y otra la nacional, sometida al Derecho interno sancionador, por lo que dichos procedimientos no se podrían solapar, lo que conllevaría a que los estándares de pruebas de uno y otro serían diferentes por pertenecer a diferentes sistemas jurídicos. De hecho el Tribunal dictaminó que las decisiones que se llegasen a alcanzar en ambos procedimientos no tenían por qué ser coincidentes, ya que podría perfectamente suceder que la jurisdicción penal venezolana absolviera a los acusados por los delitos de corrupción y el Tribunal arbitral pudiese llegar a una conclusión completamente opuesta a ésta, y por lo tanto debiese admitir la excepción a su jurisdicción en base a la existencia de dichos actos de corrupción. El Tribunal afirmó que él tenía la facultad de realizar una "valoración independiente de los hechos" y por ello podría llegar a obtener una conclusión diferente a la del proceso penal. Puesto que el Tribunal no se veía comprometido por la esfera del Derecho internacional circunscrita a los AP-PRIs ni al Convenio, ya que ni en uno ni en otro se exige requisitos o regla alguna respecto de la carga o estándares de la prueba, el Tribunal podía gozar de una amplia libertad a la hora de la valoración de la cuestión de la prueba.

Sentadas las dos anteriores cuestiones analizadas por el Tribunal, la última fue la de examinar las pruebas aportadas por la demandada. Los elementos probatorios que presentó fueron el escrito de acusación del Ministerio Público, de mayo de 2010, que fue presentado ante el Juzgado de lo Penal de Nueva Esparta y un informe realizado por la OCDE⁵ sobre la aplicación en Chile del Convenio de dicha organización contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y como en dicho informe se hacía una referencia expresa al procedimiento que se había iniciado en Nueva Esparta por la presunta concurrencia de corrupción en la concesión del Contrato de Alianza Estratégica.

⁵ "Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Chile_March 2004" disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ChilePhase3ReportEN.pdf>.

Los demandantes por su parte, presentaron una prueba testifical, el Sr. Valle, persona que presuntamente, según la fiscalía había sido la artífice de llevar a cabo el concierto y reunión con el exgobernador para amañar la adjudicación del contrato. Dicho testigo negó bajo juramento de manera categórica haber realizado ningún acto de corrupción para la adjudicación del contrato. Así mismo el Tribunal pudo interrogar a otros altos cargos de la empresa y todos ellos negaron las acusaciones y afirmaron que su empresa mantenía una "política de tolerancia cero contra la corrupción".

A la vista de todas las pruebas presentadas por las partes, el Tribunal valoró que el escrito de acusación presentado por el Ministerio, debía entenderse que dicha institución era un órgano que forma parte del Estado, y por lo tanto, no podía valorarse como una prueba totalmente imparcial de la Administración de Justicia. Otro aspecto que desconcertó al Tribunal fue que pese al tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda, el procedimiento había estado prácticamente paralizado y no se había practicado ni siquiera la más mínima prueba, ni se ha facilitado información sobre el desarrollo de dicho procedimiento penal pese al interés demostrado por el Tribunal arbitral. Así mismo de la prueba testifical, el Tribunal dictaminó que no veían indicios probatorios de la existencia de sobornos para llegar a obtener el Contrato. En cuanto al informe de la OCDE, en éste únicamente se mencionaba de la existencia de que dicho procedimiento se estaba llevando a cabo, aludiéndose en el mismo, que las autoridades chilenas también estaban investigando la posible corrupción cometida por funcionarios venezolanos en inversiones. Sin embargo, dichas declaraciones contenidas en dicho informe, en ningún momento ha servido al Tribunal como elemento probatorio de que hayan existido actos de corrupción en el caso. Por su parte los demandantes, presentaron una serie de testigos que bajo juramento negaron de manera fehaciente y categórica de que el contrato de concesión hubiese sido conseguido mediante actos de corrupción.

El Tribunal concluyó que si bien la corrupción es una "lacra de nuestra sociedad", es especialmente indeseable cuando los inversores extranjeros obtienen contratos mediante sobornos a autoridades públicas de los países huéspedes, realizando irregularidades que jamás se atreverían a realizar en sus países de origen. Y que dichas conductas al juicio del Tribunal, nunca podrían ser merecedoras de la protección del Derecho internacional sino que por el contrario, deberían estar bajo el más absoluto desamparo jurídico. Sin embargo, el Tribunal también consideró que dado que la alegación de corrupción es siempre una imputación muy grave, ésta debe ser altamente probada pese a la dificultad de dicha carga probatoria, sin embargo estableció que los medios que utilizó la demandada fueron pobres sin la más mínima actividad probatoria, esta misma conducta también podría decirse de los Tribunales penales venezolanos quienes en principio deberían gozar de una mayor capacidad de investigación en la persecución de dicha causa y no ha realizado gestión alguna para obtener una condena. Por todo ello el Tribunal concluyó que la demandada no cumplió con la carga de la prueba, ya que no

probó que la adjudicación del contrato había sido realizada mediante corrupción.

El Tribunal, tras estudiar el resto de las alegaciones presentadas por las partes, y sujeta al Contrato, a lo dispuesto dentro de la esfera del Derecho internacional y los APPRIs suscritos entre Venezuela y Suiza de un lado y entre la República de Chile y Venezuela por otro, consideró que los hechos probados mostraban que el Consorcio formalizó un contrato en el que se le encomendaba la gestión del Aeropuerto, que se le privó de realizar dicha gestión y los derechos inherentes a ésta y que tras varias medidas adoptadas por la Gobernación de Nueva Esparta y el Tribunal Supremo de Venezuela dicha gestión fue traspasada y centralizada en el Poder Nacional. Por lo que el Tribunal consideró que la República Boliviana incumplió lo establecido en ambos APPRIs al expropiar a la demandante su inversión protegida por dichos Tratados. Así mismo, el Tribunal coincidió con los demandantes en que la expropiación había sido “directa” y tal como ya había expuesto la doctrina y la jurisprudencia, la diferencia entre la expropiación directa e indirecta radica en:

“... whether the legal title of the owner is affected by the measure in question”⁶.

Por lo tanto, como los derechos de los que era titular la demandante fueron traspasados en su totalidad al Estado sin que pudiesen conservar ni siquiera el derecho nominal sobre la inversión y las medidas expropiatorias llevadas a cabo por la demandada no constituyeron actos de una expropiación legítima, tal y como quedó de manifiesto por la falta de pruebas por parte de la demandada, cuyos hechos únicamente dejaron de manifiesto la inobservancia por parte del Estado de los requisitos expropiatorios, tales como el de utilidad pública, que no sean discriminatorios, que se ajusten a la ley (la expropiación decretada por la Gobernación no se ajustó a la ley venezolana), y el pago de una compensación efectiva y adecuada (el Tribunal concluyó que el trato había sido “injusto e inequitativo y las medidas arbitrarias y discriminatorias”), que represente su valor de mercado (los demandantes no habían recibido compensación alguna pese a existir un Decreto que les reconocía dicho derecho de indemnización).

Finalmente, el Tribunal decidió que la demandada debería de abonar como cuantía principal USD 19.428.261 y que debía devengar los intereses al tipo de interés LIBOR en depósitos a un año en divisa USD más un 4% capitalizados anualmente.

7. En conclusión, podemos considerar que este caso deja firme asentadas las bases sobre las que deben sustentarse cualquier alegación de corrupción en materia de prueba. Tres cuestiones fueron fundamentales para el Tribunal: a quién correspondía la carga de la prueba, cuáles deberían ser los es-

⁶ Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^a ed., Oxford University Press, 2012, p. 101.

tándares de esta y por último, el análisis por parte del Tribunal de las pruebas alegadas por las partes.

Con este laudo, el Tribunal ha dado un giro a la jurisprudencia seguida hasta la fecha, ante cualquier alegación de corrupción, los Tribunales hasta el momento, exigían pruebas irrefutables de culpabilidad o sentencia firme en la jurisdicción del Estado parte del arbitraje, así lo exigió en casos como *RSM Production Company y otros c. Estado de Granada*⁷, en los que al igual que en este arbitraje, se estaba llevando a cabo un procedimiento penal paralelo. Sin embargo, a diferencia de las conclusiones de otros laudos del CIADI en esta ocasión consideró que “*el Tribunal goza de amplia libertad para valorar la prueba*” al margen de lo que dictase cualquier otro Tribunal.

⁷ Caso CIADI, No. ARB/10/6.