

## LA DEUDA DE VENEZUELA POR BONOS, ARBITRAJES Y SUS DAÑOS A LA NACIÓN

### LA DEUDA DE VENEZUELA POR BONOS, ARBITRAJES Y DAÑOS A LA NACIÓN

por RAMÓN ESCOVAR ALVARADO, ANDRÉS CARRASQUERO STOLK & MARIANA CAMPOS VILLALBA

#### RESUMEN

Uno de los pasos necesarios para sentar las bases de una óptima recuperación de Venezuela consiste en buscar una solución óptima a la enorme deuda pública. El propósito de este estudio es destacar los aspectos más importantes acerca de las diferentes categorías de deuda pública externa venezolana, así como de los daños y perjuicios causados a la nación por la política de endeudamiento, las expropiaciones y las violaciones de derechos fundamentales de los últimos veinte años. La primera sección trata sobre la deuda pública externa derivada de los bonos emitidos por la República e instrumentalidades. La segunda sección explica la deuda pública derivada de los arbitrajes de inversión. La tercera sección trata sobre los daños causados a los miembros de la sociedad venezolana como consecuencia de la grave crisis económica, humanitaria y social generados directamente por los gobiernos de la revolución bolivariana. Este trabajo brinda información relevante para facilitar la negociación de la reestructuración de la deuda pública, así como para sentar las bases de un programa de reparaciones que compense a las víctimas de violaciones masivas de derechos fundamentales, y ayude a la reconstitución de la sociedad y la reconciliación en el país.

#### INTRODUCCIÓN

Más de veinte años de gobiernos chavistas han generado una grave crisis económica y social en Venezuela. La crisis venezolana es, en gran medida, consecuencia de expropiaciones directas e indirectas de la inversión privada, corrupción, y crecimiento exponencial del tamaño del Estado.

Estas políticas se sostuvieron en un voraz endeudamiento público internacional y en una amplia gama de restricciones irrazonables a la actividad privada. Entre las consecuencias acarreadas por las políticas de los gobiernos chavistas destacan las siguientes:

- En 2020 alrededor de 7,6 millones habitantes de Venezuela viven en pobreza extrema<sup>1</sup>;
- De acuerdo con UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia), en 2019 la tasa de mortalidad de niños menores de cinco años fue de la alarmante cantidad de 24,5 por cada 1000 nacimientos<sup>2</sup>; y
- Según la OIT (Organización Internacional del Trabajo), 5,1 millones de personas han emigrado de Venezuela desde el 2015, es decir, una cantidad equivalente al 16,45% de la población venezolana actual<sup>3</sup>.

En diciembre de 1998 el ingreso medio diario por venezolano era el equivalente 32,07 dólares actuales. Según el consenso moderno, Venezuela era un país cuyos habitantes detentaban el cuarto –y más elevado– nivel de prosperidad, ya que el ingreso medio diario era superior a 32 dólares. En ese año, además, la deuda externa gubernamental había llegado a su nivel más bajo de la historia: 51.9 millardos de dólares actuales. Ese monto era equivalente a un tercio del PIB de aquel momento. En el país habían alrededor de 620 mil empresas.

En 2020, después de 21 años de gobiernos chavistas, más de 5500 expropiaciones directas, y a pesar del boom petrolero más importante de nuestra historia, los habitantes de Venezuela técnicamente viven en nivel de pobreza: su ingreso medio diario es 6,8 dólares. El PIB per cápita es aproximadamente USD 2.300 dólares, monto equivalente a países del sur del Sáhara. La deuda externa gubernamental (la deuda por bonos de la República y PDVSA, laudos arbitrales y expropiaciones) es aproximadamente 162 millardos de dólares, monto que es 2,3 veces mayor que nuestro PIB. Quedan menos de 250 mil empresas.

El propósito de este estudio es destacar los aspectos más importantes acerca de las diferentes categorías de deuda pública gubernamental venezolana, así como de los daños y perjuicios causados a la nación por la política de endeudamiento y expropiaciones llevada a cabo por los gobiernos chavistas. La categoría más cuantiosa de la deuda externa venezolana comprende las deudas de la República y de las empresas gubernamentales en bonos e instrumentos financieros. A la fecha de culminación de la investigación (agosto de 2020), esta se aproxima a setenta millardos de dólares.

<sup>1</sup> En el 2017, 7,6 millones de trabajadores venezolanos percibían salario mínimo. Véase: [https://www.elnacional.com/economia/los-trabajadores-del-sector-formal-ganan-ahora-salario-minimo\\_180003/](https://www.elnacional.com/economia/los-trabajadores-del-sector-formal-ganan-ahora-salario-minimo_180003/). No hay información acerca del número de trabajadores venezolanos que percibieron salario mínimo en los años 2018 y 2019. Hoy es salario mínimo mensual es 250 mil bolívares más un bono de alimentación de 200 mil bolívares. El 12 de marzo de 2020, la tasa de cambio entre el dólar y el bolívar es de 80.000 bolívares por dólar. Por tanto, el salario mínimo diario junto con el ticket alimentación equivalen a alrededor de dieciocho de centavos de dólares diarios.

<sup>2</sup> Los datos de mortalidad infantil pueden ser verificados en: <https://childmortality.org>, organismo asociado a UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia). Se debe tener en cuenta que la tasa de mortalidad infantil de niños menores a cinco años es el parámetro generalmente aceptado como indicador de las condiciones del resto de la sociedad. El número de 24,5 es número superior al de Colombia (14,2), Chile (7,2), Francia (4,0) y Arabia Saudita (7,1), y Siria (16,7).

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo (mayo de 2020). *Personas refugiadas y migrantes venezolanas en América Latina y el Caribe: Respuesta de la OIT, actualización Covid-19*. En: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_697644.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_697644.pdf)

No obstante, la categoría más urgente son las condenas y costos asociados a los cincuenta y nueve arbitrajes contra la República y el grupo de empresas PDVSA (Petróleos de Venezuela). Su monto asciende a, por lo menos, veinte y tres millardos de dólares. A estas categorías de deudas hay que añadir las cantidades adeudadas por préstamos bilaterales –por ejemplo: el Fondo Chino– y deudas comerciales, de los cuales no hay mucha información. Adicionalmente, en un eventual proceso de transición a la democracia y reconstrucción de la república, la sociedad venezolana deberá discutir la que sin duda constituye la deuda más importante: los daños y perjuicios económicos causados a la nación venezolana como consecuencia de los gobiernos chavistas.

Para facilitar su lectura, hemos dividido este trabajo en tres capítulos: (i) las deudas por bonos; (ii) las deudas por arbitraje comercial internacional; y (iii) la deuda por daños acarreados a la nación. A continuación, explicamos los aspectos más relevantes sobre cada uno de estos temas.

## METODOLOGÍA

Para lograr los objetivos planteados en el trabajo de investigación sobre el estado de la deuda externa del país, se utilizará data basada en información pública y privada, así como estimaciones para determinar los valores futuros de los principales indicadores de interés.

Será considerada información pública toda aquella publicada por los entes dedicados a informar sobre los temas de interés para la investigación, estas organizaciones pueden ser públicas o privadas. Entre las instituciones oficiales nacionales se encuentran:

- Banco Central de Venezuela<sup>4</sup>
- Ministerio del Poder Popular para las Finanzas<sup>5</sup>
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela<sup>6</sup>
- Petróleos de Venezuela S.A.<sup>7</sup>
- Instituto Nacional de Estadística<sup>8</sup>
- Oficina Nacional de Crédito Público<sup>9</sup>

Entre las instituciones internacionales se encuentran:

- Corporación Andina de Fomento<sup>10</sup>
- Banco Interamericano de Desarrollo<sup>11</sup>
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia<sup>12</sup>
- Fondo Monetario Internacional<sup>13</sup>
- Banco Mundial<sup>14</sup>

<sup>4</sup> <http://www.bcv.org.ve/estadisticas/deuda-externa>

<sup>5</sup> <http://www.mpppef.gob.ve/deuda-externa/>

<sup>6</sup> [http://www.asambleanacional.gob.ve/comisiones/\\_comision-permanente-de-finanzas-y-desarrollo-economico](http://www.asambleanacional.gob.ve/comisiones/_comision-permanente-de-finanzas-y-desarrollo-economico)

<sup>7</sup> [www.pdvsa.com/](http://www.pdvsa.com/)

<sup>8</sup> [http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com\\_content&view=category&id=28&Itemid=31](http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=28&Itemid=31)

<sup>9</sup> <http://www.oncp.gob.ve/index.php/web-links/debt-statistic-quarterly-report/external-debt.html>

<sup>10</sup> <https://www.caf.com/es/>

<sup>11</sup> <https://www.iadb.org/es/>

<sup>12</sup> <https://childmortality.org>

<sup>13</sup> <https://www.imf.org/external/spanish/index.htm>

<sup>14</sup> <https://datos.bancomundial.org/pais/venezuela?view=chart>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)<sup>15</sup>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)<sup>16</sup>
- Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>17</sup>

Entre las instituciones nacionales extranjeras se encuentran:

- Oficina de Control de Activos Extranjeros de Estados Unidos (OFAC por sus siglas en inglés)<sup>18</sup>

Las instituciones privadas dedicadas a informar sobre los indicadores de interés pueden incluir firmas nacionales e internacionales. Entre ellas:

- Ecoanalítica<sup>19</sup>
- Bloomberg News<sup>20</sup>
- Reuters<sup>21</sup>
- Empresas participantes de los mercados financieros locales e internacionales.

Para la estimación de las variables pasadas (en los casos pertinentes) y futuras en todos los casos, se hará uso de métodos básicos de estadística que pueden incluir proyecciones utilizando regresiones y que pueden basarse en supuestos de continuidad de las variables independientes.

Lo referente al resumen financiero y el estado de la deuda es de conocimiento público, por su parte las partidas relacionadas a acuerdos de financiamiento bilaterales corresponden a estimaciones y supuestos, lo mismo ocurre con algunas partidas específicas de la balanza de pagos.

<sup>15</sup> <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/searchcases.aspx>

<sup>16</sup> <https://uncitral.un.org/es>

<sup>17</sup> <http://www.iccspain.org/arbitraje/>

<sup>18</sup> <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>

<sup>19</sup> <http://ecoanalitica.com/informes>

<sup>20</sup> <https://www.bloomberg.com/>

<sup>21</sup> <https://lta.reuters.com/noticias/venezuela>

## 1. LA DEUDA EXTERNA POR BONOS

Este capítulo está dividido en tres secciones —el panorama general de los bonos adeudados por la República y/o las empresas gubernamentales; aspectos legales y contractuales relevantes de los bonos; el caso del bono PDVSA 2020.

### 1.1. El panorama general de los bonos adeudados por la República y las empresas gubernamentales

Actualmente, Venezuela tiene una deuda externa derivada de bonos emitidos por la República, PDVSA y Elecar (C.A. Electricidad de Caracas) por los montos aproximados de USD 58.822.622.900 de capital (USD 58 millardos) más USD 12.105.441.332,50 de intereses acumulados a junio de 2020 y no pagados (USD 12 millardos), lo cual totaliza la cantidad aproximada de USD 70.928.064.232,50 (USD 70 millardos). Esta cifra representa casi la mitad de la deuda pública externa de Venezuela y se irá incrementando semestre a semestre con la acumulación de nuevos intereses no pagados.

Para el cálculo de los intereses tomamos en cuenta lo siguiente: (i) todos los bonos generan intereses pagaderos en dos cuotas semestrales y calculados a la respectiva tasa de interés de cada bono; (ii) no hay evidencia de pagos de intereses de todos los bonos a partir de noviembre de 2017 (salvo el PDVSA 2020), cuando el gobierno de Maduro anunció la reestructuración de la deuda; (iii) los intereses adeudados del PDVSA 2020 se calcularon a partir de octubre de 2019 (el último pago de intereses de este bono fue en mayo de 2019); (iv) en cuanto a los bonos cuya fecha de pago de capital ya venció, los intereses se calcularon hasta la fecha de vencimiento; y (v) el corte se hizo al 30 de junio de 2020.

Se trata de 25 emisiones de bonos realizadas entre los años 1997 al 2016, los cuales se encuentran en default (i.e. incumplimiento de obligación o mora). En el caso de cinco bonos [Elecar 2018, Venezuela 2018 (US922646AT10), Venezuela 2018 (US922646BE32), Venezuela 2018 (USP97475AD26) y Venezuela 2019], el default se debe a la falta del pago del capital luego de la fecha de vencimiento; en cuanto al resto de los bonos, se debe a la falta de pago de intereses desde finales del año 2017.

Como consecuencia del default, en teoría todos los tenedores de bonos podrían demandar ante los tribunales a Venezuela, PDVSA o Elecar. Sin embargo, hasta la fecha de culminación de esta investigación sólo tenemos conocimiento de la existencia de tres juicios ante los tribunales de Nueva York y un juicio ante los tribunales de Londres iniciados por tenedores de bonos. Dichos juicios totalizan un monto demandado de USD 1,58 millardos. La razón de la poca litigiosidad por el momento se debe a alguna o varias de las siguientes razones —dependiendo del caso—: (i) los elevados costos de demandar y llevar un juicio en los tribunales de Nueva York o Londres; (ii) la complejidad de lograr la ejecución forzosa de la eventual sentencia que condene a Venezuela a pagar lo adeudado; (iii) la dificultad de poner de acuerdo a los diferentes tenedores de una emisión para acelerar el bono y demandar; y/o (iv) la preferencia por esperar un acuerdo de reestructuración de la deuda.

Debido al default y la crisis política, económica y humanitaria de Venezuela que aleja el escenario de una recuperación de la sostenibilidad de la deuda, el valor de mercado de los bonos de Venezuela y PDVSA es bastante bajo. En marzo de 2020 (antes de la cuarentena por el Covid-19), el promedio del valor de los bonos de PDVSA era 9,86 centavos de Dólar (i.e. 9,86% del valor facial) y de los bonos de la República era 15 centavos de Dólar (i.e. 15% del valor facial).<sup>22</sup>

Son muchos los tenedores de los bonos y su identificación es muy difícil, debido a que dicha información no es pública. Sin embargo, en medios de comunicación se han identificado varios tenedores que son inversionistas institucionales, entre los cuales se menciona: BlackRock Inc., Fidelity, Goldman Sachs Asset Management, Grantham Mayo Van Otterloo & Co, Greylock Capital, Pimco y T Rowe Price.<sup>23</sup>

## 1.2. Aspectos legales y contractuales relevantes de los bonos

El bono es un contrato que representa un crédito otorgado al emisor (en este caso Venezuela o instrumentalidades), el cual debe ser pagado en la fecha y bajo las demás condiciones previstas en el contrato. Los términos y condiciones de cada bono son mencionados en el respectivo prospecto<sup>24</sup> y están estipulados en el acuerdo de agencia fiscal o el trust indenture,<sup>25</sup> dependiendo de cómo se estructuró el bono (acuerdo de agencia fiscal o trust). Los términos y condiciones son numerosos. En este boletín sólo mencionaremos algunos que consideramos relevantes conocer.

Conforme a lo estipulado en los bonos, las demandas para su cobro sólo se pueden interponer ante las cortes de Nueva York, Londres o Caracas, a elección del demandante. En la práctica las demandas se interponen en Nueva York o Londres, debido a que los tenedores no confían en los tribunales de Caracas. Venezuela no puede oponer como defensa la inmunidad de jurisdicción (i.e. privilegio reconocido por el Derecho Internacional conforme al cual un Estado no puede ser juzgado por otro Estado), debido a que los términos y condiciones de los bonos contienen una renuncia expresa por parte de Venezuela a la inmunidad de jurisdicción.

Los bonos también contienen una cláusula de elección de Derecho aplicable. Específicamente se estipula que los bonos se rigen por el Derecho del Estado de Nueva York. Según este Derecho, los bonos gozan de la misma naturaleza jurídica que cualquier contrato comercial celebrado por particulares y las partes deben cumplir a cabalidad con lo pactado. De este modo, se hace muy difícil que puedan prosperar defensas que en ocasiones oponen los Estados en las cortes de Nueva York o Londres para no pagar lo bonos, ya que dichas defensas no son reconocidas por el Derecho de Nueva York (e.g. la deuda odiosa).

<sup>22</sup> Pons, Corina (05 de marzo de 2020). *London-based fund offers to buy Venezuela bonds at heavy discounts*. En: Reuters. <https://www.reuters.com/article/venezuela-bonds/london-based-fund-offers-to-buy-venezuela-bonds-at-heavy-discounts-idUSL1N2AY0ZQ>.

<sup>23</sup> Smith, Colby (15 de julio de 2019). *Bondholders lobby US government to soften Venezuela sanctions*. En: Financial Times. <https://www.ft.com/content/7e626ba6-a630-11e9-984c-fac8325aaa04>; Bartenstein, Ben (30 de enero de 2020). *Venezuela bond loophole could affect creditor claims*. En: Bloomberg. [https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-30/venezuela-s-default-loophole-means-creditors-could-lose-billions?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&utm\\_campaign=dsa&utm\\_term=&gclid=EAlaIqobChMlIpOJ7\\_fN6gIVk-3jBx2SVq44EAAYASAAEgINw\\_D\\_BwE](https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-30/venezuela-s-default-loophole-means-creditors-could-lose-billions?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=dsa&utm_term=&gclid=EAlaIqobChMlIpOJ7_fN6gIVk-3jBx2SVq44EAAYASAAEgINw_D_BwE)

<sup>24</sup> El prospecto es el documento dirigido a los inversionistas que contienen información relevante sobre el emisor y el bono.

<sup>25</sup> El *trust indenture* es el acuerdo entre emisor y *trustee* que regula la conducta del *trustee* y los derechos de los tenedores del bono.

Todos los bonos contienen una cláusula de aceleración, conforme a la cual si ocurre alguno de los eventos de default estipulados (e.g. falta de pago de intereses), un porcentaje determinado de acreedores puede acordar que se haga exigible la totalidad del bono antes de su vencimiento. Por ejemplo, la cláusula de aceleración permitiría, si así lo decidiera el porcentaje de tenedores requerido, que el bono Venezuela 2034 fuera exigible en su totalidad años antes de la fecha de vencimiento.

Otra cláusula importante se refiere a la prescripción, es decir, al tiempo máximo que tienen los tenedores para reclamar el pago de lo adeudado. En los bonos se estipula un lapso de prescripción de seis años. Sin embargo, a inicios del año 2020 ha surgido una discusión con relación al lapso de prescripción para reclamar el pago de los intereses. Según Ben Bartenstein de Bloomberg, en los bonos emitidos por Venezuela luego del 2005, se incluyó una cláusula conforme a la cual el lapso de prescripción aplicable a los intereses es de tres años contados a partir de la fecha de vencimiento para el pago de los respectivos intereses.<sup>26</sup> Ahora bien, se discute si efectivamente existe o no la estipulación (se menciona en los prospectos, pero aparentemente no en los acuerdos de agencia fiscal) y, en caso de existir, si los tres años se cuentan a partir de la fecha de vencimiento de los intereses o la fecha en que el agente fiscal recibió los fondos de parte de Venezuela.<sup>27</sup> Esta discusión es relevante ya que, si los tenedores no reclaman su pago, a partir de finales de este año 2020 podría comenzarse a aplicar la prescripción a intereses no pagados y vencidos en el 2017; y luego con los intereses vencidos en el 2018 y así sucesivamente.

### 1.3. El caso del bono Pdvsa 2020

El bono PDVSA 2020 merece unos comentarios particulares, debido a que es el único bono que cuenta con un colateral (el 50,1 % de las acciones de CITGO) y cuya validez jurídica es discutida. Este bono se origina en una oferta que realizó PDVSA en octubre de 2016 a los tenedores del bono PDVSA 2017, para canjear ese título por uno a vencerse en el 2020 (PDVSA 2020). Esta operación no contó con la autorización de la Asamblea Nacional y actualmente la ejecución del colateral cuenta con un obstáculo: el régimen de sanciones de los Estados Unidos de América (“EUA”).

El 21 de mayo de 2018 el Gobierno de los EUA dictó la Orden Ejecutiva No. 13835, obstáculo para que los tenedores del PDVSA 2020 pudiesen ejecutar el colateral sobre las acciones de CITGO en caso de falta de pago. El 19 de julio de 2018 la OFAC emitió la Licencia General No. 5, que permitía a los tenedores del PDVSA 2020 tomar el control de acciones de CITGO en caso de default. El 24 de octubre de 2019 la OFAC emitió la Licencia General No. 5A, mediante la cual se dejó sin efectos la Licencia No. 5. La consecuencia inmediata de la Licencia 5A, es que los tenedores del PDVSA 2020 no podían ejecutar la garantía sobre dichas acciones en caso de que ocurra default hasta el 21 de enero de 2020. La OFAC extendió dicha protección sobre las acciones de CITGO hasta el 22 de abril de 2020 (licencia 5B) y luego hasta el 22 de julio de 2020 (licencia 5C).

<sup>26</sup> Bartenstein, Ben (30 de enero de 2020). *Venezuela bond loophole...* op. cit.

<sup>27</sup> Weidemaier, Mark y Mitu Gulati. *Venezuela's Weird (and Possibly Mythical?) Prescription Clause.* [https://www.creditslips.org/creditslips/2020/02/prescription\\_clause\\_venezuelaezue.html#more](https://www.creditslips.org/creditslips/2020/02/prescription_clause_venezuelaezue.html#more)

En el plano de Venezuela, en mayo de 2019 la Asamblea Nacional aprobó el pago de 71 Millones de dólares por intereses. Posteriormente, el 15 de octubre de 2019 la Asamblea Nacional aprobó un acuerdo declarando la inconstitucionalidad del bono por haberse emitido sin la autorización de dicho ente.

El 28 de octubre de 2019 PDVSA debía pagar la cantidad de USD 914 millones por amortización de parte del capital y pago de intereses, lo cual no hizo. El 29 de octubre de 2019 la junta administradora ad-hoc de PDVSA demandó ante tribunales de EUA la nulidad de los contratos suscritos en 2016 por PDVSA para la emisión del PDVSA 2020, argumentando entre otras razones, que la operación no fue autorizada por la Asamblea Nacional. Por su lado, los tenedores de este bono argumentan, entre otras defensas, que no era razonable exigirles el conocimiento del Derecho venezolano y que, en todo caso, aplica la teoría del estoppel, conforme a la cual PDVSA no puede realizar un acto (i.e. demandar la nulidad) que supondría una posición contradictoria con una asumida con anterioridad (i.e. pagar los intereses en mayo de 2019). Actualmente, el juicio se está sustanciando y no ha sido decidido aún.

#### 1.4. Algunos aspectos a tomar en cuenta para una reestructuración

Venezuela y sus acreedores necesitan acordar una reestructuración de la deuda pública externa. Ni Venezuela tiene la capacidad para pagar los compromisos asumidos ni los acreedores pueden lograr obtener el pago de lo que se les adeuda. Los dos gobiernos que se disputan la representación de Venezuela (i.e. el régimen de Maduro y el gobierno interino de Guaidó) convergen en la necesidad de llegar a un acuerdo con los acreedores para reestructurar la deuda. La reestructuración consiste en la modificación de los términos y condiciones de los bonos, especialmente los referidos al pago de la deuda (capital e intereses). Tradicionalmente, ello implicaría reducir el monto adeudado (i.e. *haircut*) y/o extender los plazos para pagar. Su materialización usualmente se hace a través de la emisión de nuevos bonos que sustituyen a los anteriores. En el caso de Venezuela, se están proponiendo otras opciones como por ejemplo, la sustitución de deuda por acciones en compañías del sector petrolero (i.e. *debt-for-equity swaps*).

La reestructuración es un proceso bastante complejo desde el punto de vista financiero y legal. A continuación, sólo mencionaremos algunos aspectos jurídicos que deben tomarse en cuenta.

Una herramienta muy útil para cualquier proceso de reestructuración de deuda soberana es la cláusula de acción colectiva (*collective action clause*) que está incluida en los términos y condiciones de varios bonos. Conforme a esta cláusula, la modificación del bono debe ser aprobada por una mayoría calificada de tenedores. Si ello ocurre, esta modificación es vinculante para el cien por ciento de los tenedores de esa emisión, aún para los que no consintieron a la modificación. Este tipo de cláusula elimina el riesgo de los acreedores *holdouts*, que son aquellos tenedores que no aprobaron la propuesta de reestructuración y que usualmente proceden a interponer demandas judiciales para obtener el cobro de la totalidad de lo adeudado.



En el caso de Venezuela, no todos los bonos cuentan con cláusulas de acción colectiva. Sólo los bonos emitidos por la República luego del 2003 cuentan con estas cláusulas. Por tanto, en un eventual proceso de reestructuración, se puede presentar el riesgo de acreedores *holdouts* en los siguientes bonos: los emitidos por la República antes del 2003, los PDVSA y Elecar.

Adicionalmente, los bonos de Venezuela tampoco cuentan con cláusulas de agregación (*aggregation clauses*), conforme a las cuales, si la reestructuración es aprobada por una mayoría calificada de tenedores en todo el conjunto de series de bonos, será vinculante para los tenedores de todas las series de bonos. Este tipo de cláusulas es una herramienta mejor aún que las cláusulas de acción colectiva, ya que estas últimas se limitan a hacer vinculante la reestructuración sólo para los tenedores de la serie específica en que se logró la mayoría calificada. En el caso de Venezuela, ninguno de los bonos tiene cláusulas de agregación.

La falta de cláusulas de acción colectiva en varios de los bonos, así como la inexistencia de cláusulas de agregación le generan dificultades a un eventual proceso de reestructuración de la deuda pública externa de Venezuela, debido a que será muy difícil evitar la existencia de acreedores *holdouts*, quienes pueden ser un importante obstáculo para el éxito de las negociaciones y/o su materialización. Aparte de estas dificultades y de otras que pueden darse en cualquier caso de reestructuración de deuda soberana, Venezuela presenta dos adicionales causadas por la crisis política que sufre el país, a saber: el régimen de sanciones de los EUA y el problema del reconocimiento del gobierno de Venezuela.

La orden ejecutiva No. 13808 de fecha 24 de agosto de 2017 de los EUA estableció importantes restricciones a cualquier operación con los bonos de Venezuela. Adicionalmente, el Gobierno de Venezuela fue incluido en la lista de nacionales especialmente designados de la OFAC, lo cual prohíbe realizar cualquier transacción con el Gobierno de Venezuela (aunque la licencia general 31 permite realizar transacciones con los funcionarios designados por la Asamblea Nacional y/o el gobierno interino de Guaidó). De este modo, no podrían hacerse canjes de bonos ni ninguna transacción con funcionarios del régimen de Maduro, salvo que la OFAC emitiera una licencia especial para ello.

El reconocimiento del gobierno que representa Venezuela también tiene efectos determinantes sobre una eventual reestructuración. Más de cincuenta países reconocen al gobierno interino de Guaidó y no al régimen de Maduro. Entre estos países se encuentran los EUA y el Reino Unido, cuyos tribunales son los que tienen jurisdicción para conocer de las demandas por cobro de los bonos, los cuales además se rigen por el Derecho de Nueva York. Ahora bien, la realidad es que el régimen de Maduro tiene el control efectivo del territorio en la actualidad, por lo que sería el que efectivamente podría llevar a cabo los cambios necesarios a nivel de políticas públicas para lograr reestablecer la sostenibilidad de la deuda soberana. Como ejemplo de este problema, recientemente el Fondo Monetario Internacional (FMI) se negó a otorgar una ayuda solicitada por el régimen de Maduro para Venezuela con motivo del Covid-19. La razón que dio el FMI fue que no existe claridad sobre cuál es el gobierno que representa Venezuela.

## 2. LA DEUDA EXTERNA POR ARBITRAJES

Este capítulo está dividido en dos secciones: (i) el panorama general de las deudas por arbitraje; (ii) y el porcentaje de descuento de los arbitrajes.

### 2.1. Panorama General de Las Deudas por Arbitraje

A partir de la última década del siglo XX, Venezuela suscribió y ratificó una serie de tratados de protección de inversiones con otros Estados. El objetivo era brindar una protección adicional a la propiedad de inversionistas extranjeros. Este género de tratados, conocidos por las siglas BIT (*Bilateral Investment Treaties*, es decir, tratados de bilaterales de inversión) garantizan a los nacionales de los Estados parte el cumplimiento de un catálogo de derechos, entre los cuales destaca el no ser víctimas de expropiaciones sin el pago de una compensación razonable, así como el recibir un trato justo y equitativo. La violación de estas garantías genera el derecho de los inversionistas protegidos por el tratado a demandar a Venezuela el pago de una justa compensación ante tribunales arbitrales internacionales.

Entre los más importantes centros de arbitraje de inversión se encuentran el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), ICC (Corte Internacional de Arbitraje de Cámara de Comercio Internacional) UNCITRAL (Mecanismo de Arbitraje Independiente según las reglas de arbitraje independiente de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y la Corte Permanente de Arbitraje. Los procesos arbitrales en contra de Venezuela se fundamentan en tratados de protección de inversión.

El efecto práctico de los tratados de protección de inversión vigentes en Venezuela es que los inversionistas extranjeros cuya acreencia ha sido determinada por un organismo arbitral tienen una posición de cobro privilegiada. A diferencia de nacionales que fueron expropiados y de los propios tenedores de bonos, los acreedores arbitrales ya han recorrido un camino indispensable para el cobro. Ya han demandado y tramitado procesos de arbitraje para hacer valer sus acreencias; inclusive, muchos de ellos han avanzado en el proceso de ejecución forzosa. Otros acreedores carecen de una vía alternativa judicial tan expedita como el arbitraje de inversión. En consecuencia, deben acudir a tribunales judiciales ordinarios, cuyos procesos son más lentos y complejos. Entre las diferentes categorías de deuda, los costos y condenas de procedimientos arbitrales y litigios internacionales son las primeras que serán cobradas. Por esta razón son urgentes.

A lo anterior se le debe añadir los efectos de la Convención de Washington (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados) y la Convención de Nueva York (Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros). En la práctica, el procedimiento y la propia ejecución de los laudos serán mucho más expeditos que la vía de los tribunales ordinarios.

El primer paso en cualquier política de gasto público relacionada con la deuda de externa debe atender la renegociación con los acreedores arbitrales. Los montos de las deudas por arbitraje incluyen: (i) las cantidades condenadas a pagar en los laudos; (ii) las tarifas administrativas de los centros de arbitrajes y los honorarios de los miembros de los diferentes tribunales arbitrales y costos asociados al proceso (por ejemplo: expertos, peritos y pruebas); y (iii) los honorarios de los abogados.

No obstante, el acceso a información relacionada con los arbitrajes es limitado. Se conoce que se han formulado alrededor de 60 arbitrajes en contra de Venezuela y PDVSA. Los montos que hasta los momentos estas han sido condenados a pagar a los acreedores arbitrales, así como los costos asociados a los procedimientos arbitrales asciende a USD 21.299.562.949,05, lo cual representa alrededor del 14% de la deuda externa venezolana. Sin embargo, ese monto no incluye las eventuales condenas que podrían ser determinadas por los tribunales arbitrales que aún están tramitando demandas contra Venezuela y PDVSA, ni tampoco los costos de aquellos cuya información no es pública.

A todo evento, la contingencia relacionada con los arbitrajes contra Venezuela y PDVSA debe ser atendida bajo el criterio de la renegociación con los respectivos acreedores arbitrales. Un paso fundamental en este proceso es proyectar el porcentaje de descuento de la contingencia de esta categoría de deuda.

## 2.2. Proyección de un porcentaje medio de descuento de los Arbitraje de Inversión CIADI

La proyección del porcentaje medio de descuento es el resultado de la comparación entre los montos demandados y los montos que los tribunales arbitrales han condenado a pagar a la República o que esta ha acordado pagar a la parte demandante. El objetivo de este cálculo es establecer el promedio de descuento, de manera de proyectar el porcentaje descuento de la contingencia. Este porcentaje es útil para determinar el gasto público necesario para pagar la deuda por arbitrajes.

**Hasta la fecha de culminación de esta investigación, han sido planteadas 38 disputas contra Venezuela ante el CIADI. Esta cantidad se divide entre 29 procedimientos concluidos y 09 causas pendientes.** Nuestro análisis comparativo se centrará en aquellas causas concluidas mediante laudo arbitral a favor del inversionista, total o parcialmente, así como aquellas concluidas mediante acuerdo entre los inversionistas y la República Bolivariana de Venezuela.

Del objeto de estudio se excluirá: (i) el caso *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), debido a que este procedimiento versa sobre hechos ocurridos antes de los gobiernos de Hugo Chávez y Nicolás Maduro; (ii) aquellos casos que culminaron a favor de la República (e.g. decisiones sobre jurisdicción o fondo de la controversia); (iii) aquellos arbitrajes que culminaron por otras razones procedimentales (i.e. falta de pago de tasas administrativas del CIADI, falta de pago de los anticipos requeridos mediante los reglamentos CIADI, entre otros); y (iv) los casos –tanto concluidos mediante condena como mediante acuerdo– cuya data no es pública.

### 2.3. Arbitrajes concluidos mediante condena

De los 12 procedimientos de arbitrajes que han concluido mediante condena a la República, presentamos en detalle la relación porcentual entre los montos demandados por los inversionistas y aquellos condenados a pagar por los tribunales arbitrales:

| DATOS DEL CASO  | MONTO DEMANDADO (APROX.) | MONTO CONDENADO (APROX.) | RELACIÓN PORCENTUAL ENTRE EL MONTO DEMANDADO Y EL MONTO CONDENADO |
|---|--------------------------|--------------------------|---|
| <b>Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5)</b>                              | \$159.243.994,12         | \$12.089.929,41          | 7,59%   |
| <b>Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/06/4)</b>   | \$157.400.000,00         | \$98.100.000,00          | 62%   |
| <b>Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1)</b>  | \$1.735.000.000,00       | \$713.000.000,00         | 41%   |
| <b>Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/10/5)</b>                    | \$234.000.000,00         | \$38.000.000,60          | 16%   |
| <b>Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/10/19)</b>               | \$82.200.000,00          | \$19.400.000,00          | 24%   |
| <b>Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2)</b>                               | \$3.160.000.000,00       | \$1.202.000.000,00       | 38%   |
| <b>Longreef Investments A.V.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/5)<sup>28*</sup></b>                              | \$500.000.000,00         | \$43.000.000,00          | 9%  |
| <b>Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/19)<sup>29*</sup></b> | \$672.400.000,00         | \$325.100.000,00         | 48%   |

<sup>28\*</sup> Procedimiento de anulación pendiente de decisión.

<sup>29\*</sup> Procedimiento de anulación pendiente de decisión.

|  |                            |                            |            |
|--|----------------------------|----------------------------|------------|
| <b>OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/25)</b>   | \$929.500.000,00           | \$372.400.000,00           | 40%        |
| <b>Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/26)</b>               | \$299.300.000,00           | \$87.300.000,00            | 29%        |
| <b>Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5)</b>  | \$2.318.900.000,00         | \$967.800.000,00           | 42%        |
| <b>Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/13)</b>   | \$115.100.000,00           | \$29.600.000,00            | 26%        |
| <b>ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. and ConocoPhillips Company (ICSID Case No. ARB/07/30)</b> | \$30.305.400.000,00        | 10.750.000.000,00          | 35%        |
| <b>TOTAL PROMEDIADO</b>  | <b>\$40.668.443.994,12</b> | <b>\$14.657.789.930,01</b> | <b>32%</b> |

En consecuencia, en promedio, la República ha sido condenada a pagar un 32% de los montos demandados por los inversionistas; lo cual implica que el porcentaje de descuento promedio ha sido de 68%. Ello se debe, en gran medida, a las dificultades que plantea: (i) determinar los casos en donde medidas gubernamentales implican una expropiación; y (ii) en los casos de que se llegue a dicha conclusión, calcular una indemnización justa para el inversionista reclamante, según los estándares desarrollados en el Derecho Internacional de las Inversiones. Por otro lado, la diferencia en los montos demandados y montos condenados puede deberse a la forma en que han sido planteados los reclamos por los inversionistas.

## 2.4. Arbitrajes concluidos mediante acuerdo

Con respecto a los arbitrajes concluidos mediante acuerdo entre los inversionistas y la República, cuatro casos que demuestran una tendencia similar a lo visto en el punto anterior:

| DATOS DEL CASO  | MONTO DEMANDADO (APROX.)  | MONTO ACORDADO POR LAS PARTES (APROX.) | RELACIÓN PORCENTUAL ENTRE EL MONTO DEMANDADO Y EL MONTO ACORDADO |
|---|---------------------------|--|--|
| Eni Dación B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/4)   | \$1.000.000.000,00        | \$700.000.000,00                       | 70%  |
| CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/08/15)   | \$1.200.000.000,00        | \$600.000.000,00                       | 50%  |
| Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/10/9)  | \$1.200.000.000,00        | \$442.000.000,00                       | 37%  |
| The Williams Companies, International Holdings B.V., WilPro Energy Services (El Furrial) Limited and WilPro Energy Services (Pigap II) Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/10) | \$1.200.000.000,00        | \$420.000.000,00                       | 35%  |
| <b>TOTAL</b>  | <b>\$4.600.000.000,00</b> | <b>\$2.162.000.000,00</b>              | <b>47%</b>   |

Si bien la relación porcentual entre los montos comparados es mayor que los casos de arbitrajes culminados mediante condena por el Tribunal Arbitral, **el monto promedio no llega al 50% de lo demandado por los inversionistas.**

### 3. LA DEUDA POR LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA NACIÓN

La reparación es parte fundamental de los procesos de reconciliación nacional. A pesar de que actualmente se discuta el nivel autoritario del gobierno de Nicolás Maduro (si se trata de un autoritarismo competitivo o un autoritarismo hegemónico), existe consenso de que éste no es un régimen democrático y que eventualmente el país debe iniciar un proceso de transición hacia la democracia en Venezuela. El éxito de dicho proceso dependerá en gran medida de que se logre implementar un programa efectivo de reparaciones que sane las heridas causadas durante veinte años de revolución bolivariana.

Los programas de reparaciones comprenden los diferentes mecanismos para atender los daños causados a las víctimas de violaciones masivas de derechos fundamentales en el contexto de conflictos armados, regímenes no democráticos o actos terroristas en contra de la población civil<sup>30</sup>. Su propósito es lograr un doble impacto: dignificar a las víctimas y reconstituir la sociedad política. Por esta razón, adoptan una perspectiva que va más allá de la lógica jurídica. Entre las experiencias más relevantes de reparaciones se suelen citar los programas de Argentina, Chile, Suráfrica, Alemania y Estados Unidos (11 de septiembre de 2001).

La obligación de los Estados de “reparar” las violaciones masivas de derechos humanos es reconocida como un principio universal. Su naturaleza es política, moral y jurídica. No se limita a la determinación de responsabilidad política y jurídica, es decir, a una justicia restaurativa, sino que busca reconstituir la sociedad y, por tanto, supone una discusión de justicia distributiva, cómo distribuir de una manera más justa las cargas y beneficios de sus miembros. Jurídicamente es reconocida en la declaración universal de derechos del hombre y, en nuestro derecho interno, por el artículo 30, 26, 49 y 253 de la Constitución.

La pregunta fundamental que plantea el caso venezolano es si un eventual programa de reparaciones debe incluir también los daños causados a los miembros de la sociedad venezolana como consecuencia de la grave crisis económica, humanitaria y social generados directamente por los gobiernos de la revolución bolivariana. Este capítulo responde a esa pregunta. Para mayor facilidad se encuentra dividido en tres secciones: (i) noción y propósito de la reparación; (ii) los programas de reparaciones; (iii) el sistema de responsabilidad civil venezolano.

#### 3.1. La noción y el propósito de la Reparación

El término “reparación” se refiere a uno de los principales mecanismos de la justicia transicional para atender los daños generados a las víctimas de violaciones de ciertos derechos fundamentales y comprende mecanismos de compensación económica, restitución, rehabilitación y garantía de no repetición<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> DE GREIF, Pablo: *Justice and Reparations*. En: *The Handbook of Reparations*. Oxford (University Press). Oxford. 2006, p. 487.

<sup>31</sup> *Ibidem* p. 453.

Su concepto es bidimensional. Por un lado, tiene una dimensión jurídica, la cual se basa en principios de Derecho y busca alcanzar soluciones que sean justas desde la perspectiva de la justicia reparatoria; y, por el otro, una dimensión política, cuyo propósito es reconstituir la sociedad, hacerla distributivamente justa y promover la confianza en sus instituciones, especialmente el Estado de Derecho. La reparación surge en el contexto de una política de Estado, se centra en compensar daños que escapan de los riesgos regulares vinculados con pertenecer a una sociedad política y, en consecuencia, se contraponen a programas regulares de seguridad social<sup>32</sup>.

La obligación de “reparar” es hoy un principio de Derecho universalmente aceptado. Su base jurídica está en normas de Derecho Internacional Público y de Derecho interno que desarrollan el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>33</sup>. La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de los ciudadanos a recurrir ante los entes con potestad estatal para dirimir conflictos con fuerza de cosa juzgada las violaciones a sus derechos y obtener de éstos una reparación o amparo eficiente y efectivo.

Una de las principales ventajas de los programas de reparación es que éstos otorgan protagonismo a las víctimas sin las desventajas asociadas con otros mecanismos de justicia transicional (por ejemplo: las dificultades probatorias a poca efectividad que suelen caracterizar a la justicia ordinaria, las comisiones de la verdad y las reformas institucionales). De hecho, para que dichos mecanismos sean exitosos es necesario que se acompañen de un programa de reparación. Por esta razón el rol de la reparación es esencial en los procesos de transición hacia la democracia.

La obligación de reparación supone una discusión en la que confluye la justicia restaurativa y la justicia distributiva. Los autores que abogan por los mecanismos de reparaciones se enfocan en su aspecto restaurativo, es decir, en compensar los daños causados a cada víctima. El argumento central es que el reconocimiento y la compensación de los daños es moralmente justo y, además, constituye una obligación jurídica esencial de ius cogens. Así, las violaciones masivas de derechos significan el incumplimiento del Estado con su propia razón de ser. Un Estado que, en vez de proteger, protagoniza la aniquilación masiva de los derechos fundamentales de sus ciudadanos es un Estado que ha perdido su sentido.

A pesar de los diferentes matices de cada perspectiva acerca de las reparaciones, las doctrinas que desarrollan el tema concuerdan en que las heridas generadas por violaciones masivas de derechos socaban los cimientos de la sociedad política. Por esta razón, se afirma que los procesos de reparación son necesarios para su reconstrucción. Y estos procesos conllevan, en esencia, una reflexión profunda acerca de la redistribución de las cargas y beneficios de la sociedad. Es decir, la obligación de reparación trasciende a justicia reparatoria y se inscribe en el campo de la justicia distributiva.

<sup>32</sup> Así lo demuestra la experiencia del programa de reparaciones implementado en los Estados Unidos para compensar a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Véase: ISSACHOROFF, Samuel y MANSFIELD, Anna: *Compensation for the Victims of September 11th*. En: *The Handbook of Reparations*. Oxford (University Press). Oxford. 2006, p. 319.

<sup>33</sup> Véase: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8; Pacto de Derechos Políticos y Civiles artículo 2; y Constitución de la República, artículo 26, 49 y 253.



El éxito práctico de un programa de reparación depende, en gran medida, de elementos como: (i) el alcance subjetivo —es decir: el universo de personas comprendidas—; (ii) el alcance objetivo —es decir: la categoría de hechos que generan el derecho de reparación—; y (iii) las obligaciones procesales relacionadas con la tutela jurisdiccional efectiva —por ejemplo: cargas probatorias y lapsos procesales. Tendrá poca efectividad un programa que excluya derechos cuya reparación sea necesaria para lograr la reconstitución de la sociedad política o que imponga a las víctimas considerables cargas probatoria y cortos lapsos procedimentales.

A nivel mundial se reconoce que los Estados deben reparar asesinatos y desapariciones forzadas por motivos políticos. Sin embargo, se ha cuestionado la reparación de daños y perjuicios que sean consecuencia de emergencias económicas y sociales acarreadas por acciones gubernamentales contrarias al derecho internacional<sup>34</sup>. Adicionalmente, los foros de derechos humanos han tenido cierta reticencia en discutir la reparación de violaciones de derechos fundamentales cometidos de forma general en contra de la sociedad o la nación. Por nación nos referimos a una sociedad cuyos miembros comparten una identidad nacional diferenciada, es decir, una consciencia colectiva de pertenencia basada en característica étnicas, lingüísticas y culturales, y que reclaman o habitan un territorio<sup>35</sup>.

Las acciones represivas y violatorias de derechos humanos pueden impactar de forma perjudicial y determinante tanto a víctimas particulares como a parte sustancial de la nación ¿Por qué, entonces, excluir de los programas de reparación aquellos daños cuantificables económicamente generados por un régimen no democrático? La pregunta es relevante, en primer lugar, porque la nación es un actor político cuya esencia inminentemente colectiva. Y, en segundo lugar, porque de acuerdo con el Derecho a la responsabilidad por hecho ilícito, es posible que el Estado responda por daños cuantificables causados por violaciones de derechos fundamentales como el proyecto de vida, el ejercicio profesional y la calidad de vida.

La sociedad política y la nación, en su sentido de acuerdo colectivo, son abarcadas por la noción de sociedad propuesta por Rawls. Ambas representan una comunidad de cooperación para el beneficio mutuo de sus miembros y se caracterizan por el conflicto y los intereses comunes<sup>36</sup>. Esta relación es importante debido a que la reparación de violaciones de derechos fundamentales cometidas en contra de una sociedad o nación (o parte significativa de la misma) es cuestionada con el argumento de que éstas pueden ser atendidas mediante mecanismos de justicia distributiva. De acuerdo con Rawls, el objeto de la justicia distributiva es la manera en que una sociedad asigna los derechos y obligaciones fundamentales para distribuir los beneficios y cargas de cooperación social<sup>37</sup>.

En nuestro criterio, el carácter reparativo de los programas de reparación no excluye la inclusión de medidas para compensar violaciones de derechos fundamentales cometidos contra una sociedad o la nación.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Véase: SODARO, Michael: *Política y Ciencias Política: Una introducción*. McGraw-Hill-Interamericana de España, 2006, p.126. En este sentido, para Fukuyama el nacionalismo fue uno de los principales efectos de la revolución francesa, y éste, además, generó la reformulación del mapa político europeo ya que la identidad nacional de los habitantes desplazó a las dinastías y obligaciones feudales como fundamento de los Estados Europeos. Véase: FUKUYAMA, Francis: *Political Order and Political Decay (From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy)*. Farrar, Straus and Giroux. New York. 215, 259.

<sup>36</sup> Véase: RAWLS, John: *A Theory of Justice (Revised Edition)*. Harvard University Press. Cambridge Massachusetts, p.6.

<sup>37</sup> Véase: *Ibidem*.

Todo programa de reparación busca otorgar a las víctimas un papel protagónico (justicia reparatoria) y, especialmente, reconstituir la propia estructura fundamental de –en palabras de Rawls– “distribución de beneficios y cargas de cooperación” en una sociedad política (justicia distributiva). Es decir, el propósito es alcanzar soluciones que sean justas desde la perspectiva de ambas categorías de justicia.

El Derecho actual no solo reconoce a las naciones su cualidad de actor político y de Derecho, sino que también ha borrado la línea divisoria entre el Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Hasta hace apenas una decena de años esta línea dificultaba la aplicación de principios de Derecho privado al Estado. Consideramos que, si el objetivo es la justa reparación de las víctimas y la reconstitución de una sociedad, se debe extender el régimen de Derecho Privado a los daños que el grupo de poder con control efectivo del territorio venezolano acarrea a la sociedad política o nación que controla. Esta alternativa es coherente con el sistema de Derecho actual y distributiva y reparativamente justa.

Dos de las experiencias de programas de reparaciones son relevantes para el estudio de nuestro tema: El programa de reparaciones de la Alemania Occidental a las víctimas judías del holocausto y el programa de Reparación de Suráfrica por el Apartheid. Su relevancia es subjetiva y objetiva. Desde el punto de vista subjetivo, porque su resultado significó la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos en contra de una colectividad por un grupo que había tenido control efectivo de su territorio; y, desde el objetivo, porque incluyeron daños acarreados por violación de derechos como el proyecto de vida, carrera profesional y calidad de vida.

### 3.2. Los programas de reparación de Alemania y Suráfrica

A continuación, resumimos los aspectos más importantes tanto de la experiencia alemana como de la experiencia surafricana:

#### a. El programa de reparación de Alemania Occidental por los daños causados en el holocausto

El programa de reparación alemán es el más grande de la historia. Hasta el año 2012 Alemania había pagado más de 89 Millardos de dólares en compensaciones<sup>38</sup>. En la actualidad, Alemania sigue pagando compensaciones a las víctimas del nazismo y constantemente modifica las condiciones del programa de manera de abarcar a más personas. Entre los principales aportes del programa de reparación alemán se deben destacar los siguientes: (i) el fortalecimiento de la obligación de los Estados de reparar daños generados a los miembros de una sociedad política; y (ii) la implementación de un novedoso modelo de compensación de una amplia gama de daños mediante una fórmula de cuantificación que utiliza parámetros objetivos –por ejemplo: salarios devengados por empleados públicos equiparables al oficio de las víctimas, proporción de la capacidad adquisitiva y mecanismos de préstamos para comerciantes–.

<sup>38</sup> Véase: <https://www.nytimes.com/2012/11/18/world/europe/for-60th-year-germany-honors-duty-to-pay-holocaust-victims.html>

El programa alemán comprendió dos categorías de reparaciones. La primera, convenida mediante el Tratado de Luxemburgo, dirigida a compensar al Estado de Israel y a las víctimas judías que se encontraban en el extranjero del nuevo Estado judío<sup>39</sup>. Alemania realizó dos pagos. El primero pago, de USD 882 millones de dólares, a Israel entre 1953 y 1965. Cabe destacar que este dinero funcionó como una figura de fondo de inversión condicionado a la compra de bienes producidos en Alemania y, por tanto, se tradujo en un mecanismo de desarrollo de la economía de ambos países. El segundo pago, de USD 107 millones de USD, fue efectuado a la Conferencia de Reclamaciones Materiales Judíos contra Alemania (la “Conferencia de Reclamaciones”), un conglomerado de más de 23 organizaciones no gubernamentales judías, para que ésta distribuyera los fondos a las víctimas que se encontraban en el extranjero. En la actualidad la Conferencia de Reclamaciones sigue recibiendo fondos de Alemania.

La segunda categoría de reparaciones tuvo como base una serie de leyes alemanas que facultaron a las víctimas del nazismo a requerir compensación por daños, incluyendo la devolución de los bienes que les fueron confiscados<sup>40</sup>. Las más importantes fueron la ley federal suplementaria de reparación de las víctimas del nacionalsocialismo de 1953 y la ley federal de compensación de 1956. Los sobrevivientes del holocausto y sus familiares han sido los principales beneficiarios. Dependiendo del derecho involucrado, las pensiones mensuales ascienden a 700 dólares. Desde la ley de 1956 el Estado ha ampliado el campo de aplicación subjetivo del régimen de reparación e incluido una gama más amplia de daños.

#### **b. El Programa de Reparación de Suráfrica**

A pesar de que el proceso de reconciliación nacional surafricano es de los más célebres de la historia, se le critica que se ha enfocado más en la amnistía de los perpetradores que en la reparación de las víctimas. Únicamente ha compensado a 19 mil víctimas de violaciones graves de derechos humanos mediante un solo pago de 3890 dólares<sup>41</sup>. El Reporte de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional (la “Comisión de la Verdad”) emitido en 1998 sugiere que en Suráfrica no habrá una verdadera reconciliación nacional hasta tanto las víctimas del apartheid sean efectivamente dignificadas mediante algún mecanismo de reparación. Este criterio es compartido por los expertos sobre la materia<sup>42</sup>.

La principal normativa del proceso de reconciliación nacional de Suráfrica fue la Ley de Promoción para la Unión y Reconciliación Nacional de 1995. Esta ley creó la Comisión de la Verdad, la cual promovió la confesión de violaciones de derecho humanos por motivos políticos como condición para la obtención amnistía y extendió dicho beneficio a los perpetradores y al Estado<sup>43</sup>. El término reparación abarcó figuras como compensaciones económicas, restitución, rehabilitación y reconocimiento.

<sup>39</sup> COLONNOS, Ariel y ARMSTRONG, Andrea: *German Reparations to the Jews after World War II*. En: *The Handbook of Reparations*. Oxford (University Press). Oxford. 2006, p. 399

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 391

<sup>41</sup> Véase: <https://www.irishtimes.com/news/south-africa-to-pay-reparations-to-victims-of-apartheid-1.472227>

<sup>42</sup> COLVIN, Christopher J: *Overview of the Reparations Program in South Africa*. En: *The Handbook of Reparations*. Oxford (University Press). Oxford. 2006, p. 176

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 176.

Adicionalmente, limitó el concepto de víctima a personas que han sufrido un daño físico, mental, emocional, pérdida pecuniaria o restricción sustancial de sus derechos humanos como consecuencia de: (i) una grave violación a los derechos humanos; (ii) un acto vinculado con un objetivo político que pueda dar objeto a amnistía. Esta definición es considerada restrictiva<sup>44</sup>.

### 3.3. El Sistema de Responsabilidad Civil venezolano

La responsabilidad civil, consagrada como principio general en el artículo 1185 del Código Civil<sup>45</sup>, es la obligación de compensar los daños causados a otras personas como consecuencia de una conducta antijurídica. Dependiendo de su fuente, la responsabilidad puede ser contractual (obligaciones convencionales) o extracontractual (obligaciones legales y, en especial, la obligación general de no causar daño a los demás<sup>46</sup>).

El sistema de responsabilidad civil venezolano se rige por el principio de reparación integral, según el cual se debe compensar la magnitud exacta del daño. Por ende, la cuantificación de la reparación no está limitada por la entidad de la obligación incumplida<sup>47</sup>. El propósito de nuestro sistema es “la justa reparación de la víctima” y “la justicia material en el caso concreto” —léase: justicia reparativa—. Este propósito se evidencia no sólo del artículo 1185 y siguientes del Código Civil, sino también de otras disposiciones legales, entre las cuales se debe citar el artículo 32 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>48</sup>, norma que permite que, en supuestos de hechos con elementos de extranjería jurídicamente relevante, la víctima pueda elegir la aplicación de un Derecho extranjero.

En Venezuela el Estado no detenta inmunidad de jurisdicción para controversias de responsabilidad civil. El artículo 30 de la Constitución de la República establece en términos amplios la obligación del Estado de reparar de forma integral a las víctimas de violaciones de derechos fundamentales, incluyendo daños y perjuicios civiles. Dicho artículo dispone expresamente que:

*El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.*

*El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.*

*El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.*

<sup>44</sup> Véase ibídem p. 182. Véase también: FERNÁNDEZ, Lovell: *Reparation Policy in South Africa for the Victims of the Apartheid*. Consultado en <http://www.saflii.org/za/journals/LDD/1999/13.pdf>

<sup>45</sup> Artículo 1185 del Código Civil venezolano: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

*Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.”*

<sup>46</sup> Para la distinción entre responsabilidad civil contractual y extra-contractual véase: MELICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato* (5ta Edición). Academia de Ciencias Políticas, Serie Estudios 61. Caracas, p. 452.

<sup>47</sup> Una de sus consecuencias prácticas es que la cuantificación del resarcimiento no está limitada por el valor de la prestación incumplida. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones*. Caracas: Ediciones de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., 2017, p. 276.

<sup>48</sup> Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 32: “Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”.

Adicionalmente, nuestro sistema jurídico no excluye aquellos daños directos y cuantificables causados a cada ciudadano en su calidad de “comunero” de la sociedad venezolana. En consecuencia, la pregunta relevante no es si estos daños son o no compensables, sino cuál es el foro más razonable para resolver una hipotética reclamación.

A nivel internacional se ha discutido sobre si la reparación debe ser implementada por la justicia ordinaria o, si más bien, mediante un programa gubernamental especial. Buena parte de los especialistas sobre el tema prefieren la segunda opción<sup>49</sup>. Alegan el carácter poco expedito de los procedimientos judiciales ordinarios, su dificultosa carga probatoria y que, en esencia, no están pensados para tramitar violaciones de derechos fundamentales en masa<sup>50</sup>. No obstante, los programas de gubernamentales de reparaciones son criticados porque sus compensaciones suelen ser insuficientes o inadecuadas. Por lo tanto, un régimen mixto, que comprenda un programa gubernamental y mecanismos judiciales regulares, podría ser una solución efectiva al problema: Por una parte, el programa gubernamental de reparación compensaría a todos los miembros de la sociedad por daños colectivos; y, por la otra, los tribunales ordinarios decidirían violaciones particulares cuya cuantificación exceda la compensación general otorgada por el programa gubernamental.

Consideramos que una aproximación razonable a la cuantificación de los daños económicos sufridos por la nación consistiría en utilizar la fórmula de responsabilidad civil del Derecho venezolano. Nuestro sistema jurídico contempla dos tipos de daños económicos. El primero es el lucro cesante o la privación de la ganancia que el acreedor dejó de ganar como consecuencia del incumplimiento del deudor. El segundo es el daño emergente o la disminución directa del patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor. A continuación, explicamos cómo estos conceptos podrían ser aplicados en la práctica:

- **Lucro cesante:** Nuestra propuesta consistiría en calcular la diferencia entre el ingreso medio per cápita diario en 1998 –USD 32,07 dólares actuales– y el ingreso medio per cápita diario en 2020 –USD 6,3 dólares–. Según esta aproximación, el lucro cesante que cada venezolano podría exigir a los gobiernos chavistas por daños sufridos, por ejemplo, en 2019 sería USD 25,77 diario. Esta fórmula, además, se aplicaría a cada año de 1999 a 2019 en que el ingreso medio diario sea inferior a 32,07 dólares.
- **Daño Emergente:** Nuestra propuesta es calcular el valor de lo que costaría devolver los servicios públicos al estado que tenían al momento del inicio de las expropiaciones y/o al estado que debían tener si las obras presupuestadas hubiesen sido ejecutadas. Nos enfocaríamos en servicios e industrias considerados como esenciales para el desarrollo y la calidad de vida de una nación.

Estos incluirían: (i) electricidad; (ii) acceso a agua; (iii) salud en general; (iv) vacunación y políticas de prevención de mortalidad infantil; (v) educación; (vi) seguridad personal y jurídica (vii) acceso a internet y telefonía; y (viii) vialidad y movilidad.

<sup>49</sup> Véase: MALAMUD-GOTI, Jamie E y GROSMAN, Lucas Sebastian: *Reparations and Civil Litigation: Compensation for human Rights Violations in Transitional Democracies*. En: *The Handbook of Reparations*. Oxford (University Press). Oxford. 2006, p. 539. Véase también: P. De Greif: *Justice and Reparations*. p. 451.

<sup>50</sup> Véase: J. Malamud-Goti, y L. Grosman: *Reparations and Civil Litigation...* p. 451.

En la práctica la eficacia de un eventual programa de reparaciones dependerá de la cuantificación de los daños causados y del pago efectivo a las víctimas. La experiencia alemana demuestra que las comprometidas condiciones económicas de un Estado no excluyen una justa compensación a las víctimas. De hecho, la Alemania de la post-guerra diseñó un programa de reparaciones que condicionaba las compensaciones a la adquisición de bienes y servicios alemanes. De esta manera, el mecanismo de reparación se transformó en una fuente importante de impulso de la desbastada economía alemana. Sin embargo, para el éxito de un eventual mecanismo de reparación venezolano, será necesario del compromiso político de toda la sociedad venezolana, de manera de evitar que se repitan las experiencias previas de Venezuela en la materia (e.j. caso el Amparo)

## CONCLUSIONES

1. Actualmente, Venezuela tiene una deuda externa derivada de bonos emitidos por una cantidad aproximada de USD 70.928.064.232,50 (USD 70 millardos). Esta cifra representa casi la mitad de la deuda pública externa de Venezuela y se irá incrementando semestre a semestre con la acumulación de nuevos intereses no pagados.
2. La deuda externa derivada de instrumentos financiero comprende 25 emisiones de bonos realizadas entre los años 1997 al 2016, los cuales se encuentran en *default* (i.e. incumplimiento de obligación o mora). En consecuencia, todos los tenedores de bonos podrían formular acciones judiciales. Sin embargo, hasta la fecha de culminación de esta investigación sólo tenemos conocimiento de la existencia de tres juicios ante los tribunales de Nueva York y un juicio ante los tribunales de Londres iniciados por tenedores de bonos.
3. El bono PDVSA 2020 es el único bono que cuenta con un colateral (el 50,1 % de las acciones de CITGO) y cuya validez jurídica es discutida, ya que la estructuración no contó con la autorización de la Asamblea Nacional y actualmente la ejecución del colateral cuenta con un obstáculo: el régimen de sanciones de los EUA.
4. Los acreedores cuya deuda ha sido determinada mediante procedimientos de arbitraje tienen posición de cobro privilegiada entre los demás acreedores (por ejemplo: tenedores de bonos). Por esta razón, esta categoría es de suma importancia para Venezuela.
5. Venezuela y sus acreedores necesitan acordar una reestructuración de la deuda pública externa. Ni Venezuela tiene la capacidad para pagar los compromisos asumidos ni los acreedores pueden lograr obtener el pago de lo que se les adeuda. Los dos gobiernos que se disputan la representación de Venezuela convergen en la necesidad de llegar a un acuerdo con los acreedores para reestructurar la deuda.
6. En el caso de los arbitrajes de inversión, la proyección del porcentaje medio de descuento es importante en el proceso de renegociación de la deuda puesto que sirve para determinar el gasto público necesario para pagar la deuda por arbitrajes. En promedio, la República ha sido condenada a pagar un 32% de los montos demandados por los inversionistas en los arbitrajes, **lo cual implica que el porcentaje de descuento promedio ha sido de 68%**. En los procesos de arbitrajes concluidos mediante acuerdo entre los inversionistas y la República el monto promedio de pago acordado ha sido del 47% de lo demandado por los inversionistas, lo cual implica un porcentaje de descuento promedio de 53%. De este modo, el porcentaje de descuento promedio de la deuda derivada de arbitrajes de inversión ha sido mayor en los casos terminados mediante laudos (68%) en comparación con los casos terminados mediante acuerdo entre las partes (53%).

7. Las políticas de reparaciones buscan compensar a las víctimas de violaciones masivas de derechos fundamentales y reconstituir la sociedad. En esencia, su propósito tiene un doble sentido de justicia: la justicia reparatoria y la distributiva. Las experiencias de Alemania y Suráfrica son importantes porque incluyeron compensaciones por daños causados como consecuencia de violaciones masivas de derechos fundamentales.
8. De acuerdo con el artículo 30 de la Constitución de la República, el Estado está obligado a reparar de forma integral los daños y perjuicios civiles acarreados a las víctimas de violaciones de derechos fundamentales. Dichos daños incluyen los causados a cada ciudadano en su calidad de “comunero” de la sociedad venezolana. Una aproximación razonable para cuantificarlos es utilizar la fórmula de responsabilidad civil establecida en nuestro Derecho. De acuerdo con esta fórmula, cada venezolano, como miembro de la nación, pudiese exigir USD 25,77 al día por daños sufridos en el 2019. Adicionalmente, la nación venezolana podría exigir valor de lo que costaría devolver los servicios públicos al estado que tenían al momento del inicio de las expropiaciones. **Tarde o temprano habrá un programa de reparaciones en Venezuela que contribuirá a crear sentido ciudadanía, para que futuras generaciones de venezolanos realmente puedan afirmar con seguridad y vehemencia: ¡Nunca más!**

ELABORADO POR:

### **RAMÓN ESCOVAR ALVARADO**

Abogado experto en arbitrajes, profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela, doctorando en ciencias políticas en la Universidad Simón Bolívar.

### **ANDRÉS CARRASQUERO STOLK**

Abogado experto en derecho internacional privado, profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela, doctorando en derecho en la UCAB.

### **MARIANA CAMPOS VILLALBA**

Abogada experta en derecho constitucional, profesora en la Universidad Católica Andrés Bello, doctorando en derecho en la UCAB.

 **#AsíGastanTuDinero**  
[bit.ly/MonstruosaDeuda](http://bit.ly/MonstruosaDeuda)

