

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

BRANDES INVESTMENT PARTNERS, LP
(DEMANDANTE)

Y

LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
(DEMANDADA)

CASO CIADI N.º ARB 08/3

**DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR LA DEMANDADA
EN VIRTUD DE LA REGLA 41(5) DE LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI**

Miembros del Tribunal

Dr. Robert Briner, *Presidente*
Profesora Brigitte Stern, *Árbitro*
Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, *Árbitro*

Secretaria del Tribunal:

Sra. Katia Yannaca-Small

*En representación
de la Demandante:*

Sr. Michael D. Nolan,
Sra. Lesley A. Benn,
Sra. Elitza Popova-Talty y
Sr. Frédéric Sourgens
Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP
Washington D.C., EE.UU.

Sr. Andrés Mezgravis
Travieso, Evans, Arria, Rengel & Paz
Caracas, Venezuela

*En representación
de la Demandada:*

c/o Sr. George Kahale III,
Sr. Mark H. O'Donoghue
Sr. Benard V. Preziosi, Jr. y
Sra. Miriam K. Harwood
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Nueva York, N.Y., EE.UU.

Sra. Gabriela Álvarez-Ávila
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Ciudad de México, México

1. CUESTIONES PROCESALES

1. El 14 de febrero de 2008, BRANDES INVESTMENT PARTNERS, LP (en adelante también denominada “Brandes” o “la Demandante”) presentó una Solicitud de arbitraje contra LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (en adelante también denominada “Venezuela” o “la Demandada”).
2. El 24 de marzo de 2008, la Secretaria General registró la Solicitud de arbitraje.
3. El 8 de diciembre de 2008, el Tribunal quedó constituido por las siguientes personas: Dr. Robert Briner, Presidente, Profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Árbitro, y Profesora Brigitte Stern, Árbitro.
4. El 19 de diciembre de 2008, la Demandada presentó excepciones preliminares de conformidad con lo dispuesto en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
5. El 12 de enero de 2009, la Demandante presentó sus observaciones a las excepciones preliminares de la Demandada del 19 de diciembre de 2008.
6. Con ocasión de la primera sesión del Tribunal de Arbitraje, celebrada el 29 de enero de 2009, en París, los abogados de ambas Partes presentaron oralmente sus posiciones y contestaron las preguntas que les plantearon los miembros del Tribunal de Arbitraje.
7. Como se discutió durante la primera sesión, el 4 de febrero de 2009 se notificó la parte dispositiva de la Decisión de fecha 2 de febrero de 2009, en tanto que en el presente documento también constan los fundamentos de la Decisión.

2. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

8. El Tribunal de Arbitraje resume a continuación, en la medida de lo pertinente para la presente Decisión, la posición de la Demandante formulada en su Solicitud de arbitraje, la posición de la Demandada formulada en sus excepciones de conformidad con lo dispuesto en la Regla 41(5), la posición de la Demandante formulada en su respuesta a las excepciones opuestas por la Demandada y las posiciones presentadas en forma oral por los abogados de ambas Partes con ocasión de la primera sesión.

2.1. RESUMEN DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE DE LA DEMANDANTE

9. En su Solicitud de arbitraje, la Demandante, un asesor de inversiones inscripto en los Estados Unidos, manifiesta que antes de las acciones impugnadas en este Arbitraje tenía el control de un número considerable de certificados americanos de depósito (ADR, por sus siglas en inglés) y de acciones de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de

- Venezuela (en adelante denominada “CANTV”) que había adquirido para y en nombre de sus clientes¹.
10. CANTV es una compañía inscrita de conformidad con las leyes de Venezuela y la empresa de telecomunicaciones más grande de Venezuela².
 11. En 1991, CANTV celebró un Contrato de Concesión con Venezuela, en el que se le reconocía el derecho a “*organizar e instalar, según corresponda, y prestar, administrar, operar y explotar los servicios de telecomunicaciones*” en Venezuela³.
 12. En 2007, la Demandada ofreció comprar todos los certificados americanos de depósito y acciones de CANTV. Según la Demandante, el valor de la oferta pública de adquisición de la Demandada era sustancialmente inferior al valor de mercado⁴. Según la Demandante, la oferta pública de adquisición tuvo lugar en el contexto de la nacionalización de muchas empresas privadas en Venezuela.
 13. La Demandante afirma que la Demandada la forzó a aceptar la oferta pública al señalarle su intención de ejercer el control y la administración de CANTV después de la oferta en calidad de “*instrumento social, nacional y regional del Estado venezolano sin importar su rentabilidad económica*”⁵. La Demandante aceptó la oferta de la Demandada y recibió USD 225,5 millones a cambio de sus acciones⁶.
 14. La oferta de la Demandada venció el 8 de mayo de 2007. Como resultado de la oferta pública, la Demandada se convirtió en la propietaria del 86,2% de CANTV⁷.
 15. En su Solicitud de arbitraje, la Demandante alega que la conducta de la Demandada fue ilícita y redundó en la venta a pérdida por Brandes a Venezuela de sus acciones en CANTV. Dichas acciones constituyen una inversión de la Demandante en el sentido del Convenio del CIADI⁸.
 16. Las medidas ilícitas de la Demandada equivalían a una expropiación al destruir el valor de la inversión de la Demandante sin el pago de la debida indemnización⁹.
 17. La Demandante alega que la Demandada también violó su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias y de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de Brandes¹⁰.

¹ Solicitud de arbitraje, 14 de febrero de 2008, párrafo 5.

² Ídem, párrafo 9.

³ Ídem, párrafo 12.

⁴ Ídem, párrafo 33.

⁵ Ídem, párrafo 36.

⁶ Ídem, párrafo 59.

⁷ Ídem, párrafo 35.

⁸ Ídem, párrafo 32.

⁹ Ídem, párrafo 60.

¹⁰ Ídem, párrafo 61.

2.2. RESUMEN DE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR LA DEMANDADA EN VIRTUD DE LA REGLA 41(5)

18. En las excepciones opuestas el 19 de diciembre de 2008, de conformidad con lo dispuesto en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Demandada alega que en su Solicitud de arbitraje la Demandante omite mencionar muchos hechos del caso.
19. En particular, la Demandada alega que al vender sus acciones a Venezuela, la Demandante acordó renunciar a todo reclamo que pudiera tener contra Venezuela y liberarla de toda reclamación en relación con la oferta pública. Según la Demandada, la renuncia y la liberación abarcaban expresamente todas las reclamaciones planteadas por la Demandante en el presente Arbitraje¹¹.
20. Además, la Demandada alega que la Demandante no es un inversor en el sentido previsto en el Convenio del CIADI, puesto que actuaba sólo como agente y no como propietaria¹².
21. En opinión de la Demandada, el examen de los hechos esenciales omitidos por la Demandante en su Solicitud de arbitraje lleva a la conclusión de que las reclamaciones en este caso carecen de fundamentos jurisdiccionales y sustanciales y que Venezuela no violó ninguna obligación frente a la Demandante¹³.
22. La Demandada hace hincapié en que en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI se dispone un procedimiento específico para abordar un caso en que las reclamaciones carezcan manifiestamente de mérito jurídico. Cuando se cumplen estas condiciones, el Tribunal de Arbitraje debe desestimar el caso a través de un procedimiento expedito, de conformidad con lo dispuesto en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

2.3. RESUMEN DE LA RESPUESTA DE LA DEMANDANTE A LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR LA DEMANDADA

23. En su Respuesta, del 12 de enero de 2009, la Demandante objeta todas las excepciones opuestas por la Demandada.
24. La Demandante alega que las excepciones esgrimidas por la Demandada no se refieren al mérito de las reclamaciones de Brandes sino que son una forma de “*exceptions d’incompétence*”¹⁴.

¹¹ Excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 19 de diciembre de 2008, párrafo 17.

¹² Ídem, párrafo 19.

¹³ Ídem, párrafo 25.

¹⁴ Respuesta de la Demandante a las excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la Regla 41(5), 12 de enero de 2009, párrafo 4.

25. Según la Demandante, las excepciones no encuadran en el ámbito de la Regla 41(5) porque no se refieren al mérito de la diferencia, sino sólo a la jurisdicción del Tribunal¹⁵. Según lo dispuesto en el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, la Secretaria General analiza en la etapa de registro si la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. La Demandante señala que la Demandada no opuso ninguna excepción a la jurisdicción en la etapa de registro.
26. Según la Demandante, la Regla 41(5) se aplica cuando la reclamación no sólo carece de mérito jurídico sino cuando la falta de mérito jurídico es manifiesta. La reclamación debe calificarse o considerarse como manifiestamente carente de mérito jurídico cuando sea “*temeraria*” u “*obviamente infundada*”¹⁶. Corresponde a la Demandada la carga de la prueba de demostrar que una reclamación es obviamente infundada y temeraria. Según la Demandante, la Demandada no ha demostrado dicha circunstancia¹⁷.
27. Además, la Demandante aduce que la Demandada opuso excepciones de hecho y no de derecho. Dichas excepciones de hecho no encuadran en el ámbito de la Regla 41(5)¹⁸.
28. La Demandante manifiesta que la renuncia contenida en la oferta de CANTV no le impide presentar su reclamación en este procedimiento. Primero, Brandes sigue teniendo el control de algunas acciones de CANTV que no fueron ofertadas a Venezuela. Segundo, la renuncia no se aplica a cuestiones relativas a la indemnización por una expropiación ilícita y otras reclamaciones que pueden plantearse en un arbitraje del CIADI. Tercero, la renuncia fue obtenida bajo coerción por la Demandada. Cuarto, el argumento de la renuncia no es una excepción a la falta de mérito de la reclamación de la Demandante sino que se refiere a la cuestión de si el Tribunal tiene competencia para analizar el objeto de las reclamaciones planteadas por la Demandante¹⁹.
29. Por último, la Demandante sostiene que tiene legitimación para tramitar reclamaciones ante el CIADI por sus clientes y en nombre de éstos. Según la Demandante, ésta es un inversor en el sentido previsto en el Convenio del CIADI y la Demandada no aporta hechos que demuestren lo contrario. La Demandante hace hincapié en que la excepción relativa a su legitimación activa es una excepción a la jurisdicción no contemplada en la Regla 41(5)²⁰.
30. La Demandante solicita que se rechacen las excepciones de la Demandada.

2.4. RESUMEN DE LAS PRESENTACIONES ORALES

31. En su presentación oral del 29 de enero de 2009, la Demandada volvió a mencionar que sus principales argumentos son que la Demandante ha renunciado a todas las

¹⁵ Ídem, párrafo 19.

¹⁶ Ídem, párrafo 23.

¹⁷ Ídem, párrafo 18.

¹⁸ Ídem, párrafos 20 y sig.

¹⁹ Ídem, párrafo 42.

²⁰ Ídem, párrafo 42.

reclamaciones planteadas en este caso²¹ y que no tiene legitimación ya que la Demandante no es un inversor, nunca fue propietaria de las acciones y todo lo que hizo lo hizo para y en nombre de sus clientes, a quienes no se identifica ni la Demandada sabe cuántos son²².

32. El caso no presenta ninguna cuestión genuina de hecho y puede decidirse estrictamente sobre la base de principios legales²³.
33. También se hizo referencia al artículo de Aurelia Antonietti titulado: *The 2006 Amendment to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, donde la autora escribió lo siguiente:

*“La excepción expedita puede ser una excepción a la jurisdicción y/o una excepción relativa al mérito... La discusión y los documentos de trabajo no se referían necesariamente a excepciones expeditas a la jurisdicción. Sin embargo, teniendo en cuenta las discusiones que siguieron al documento de trabajo y los comentarios recibidos, se llegó a la conclusión de que las excepciones expeditas a la jurisdicción no podían excluirse del alcance de la Regla 41(5). En consecuencia, la Regla 41(5) sí incluye excepciones expeditas a la jurisdicción aunque fuera concebida fundamentalmente para desestimar reclamaciones temerarias relativas al mérito”*²⁴.

*“Por ejemplo, un demandado podría objetar, de manera expedita, la aplicación temporal de un tratado en el que se prestara el consentimiento al arbitraje del CIADI; o podría objetar que el demandante hubiera renunciado por escrito a su derecho de plantear el caso ante un tribunal de arbitraje”*²⁵.

34. Según la Demandada, toda la discusión acerca de si las excepciones de derecho a la jurisdicción quedarían excluidas de la aplicación de la Regla 41(5) no es en verdad pertinente porque las excepciones que opone la Demandada no son estrictamente de naturaleza jurisdiccional. La renuncia no lo es, y la legitimación es una cuestión mixta y por lo tanto tampoco es estrictamente jurisdiccional²⁶.
35. La Demandada está de acuerdo en que el estándar de “manifiesta” es muy elevado²⁷ pero “[e]n definitiva, hay renuncia o no la hay. Hay legitimación o no lo hay. Se pueden oponer diez excepciones a ello, lo que no significa que no corresponda pronunciarse acerca de la Regla 41(5)”²⁸.

²¹ Primera sesión del Tribunal de Arbitraje, 29 de enero de 2009, Transcripción, págs. 65, 22, 24.

²² Ídem, págs. 69, 7–11.

²³ Ídem, págs. 69, 22–70, 1.

²⁴ Aurelia Antonietti, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, *ICSID REVIEW–FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL*, Vol. 21, n.º 2 (Otoño de 2006), págs. 439–40.

²⁵ Ídem, pág. 439.

²⁶ Primera sesión del Tribunal de Arbitraje, 29 de enero de 2009, Transcripción, págs. 84, 73, 18–23.

²⁷ Ídem., págs. 75, 10–11.

²⁸ Ídem., págs. 76, 24–77, 3.

36. La Demandada luego analiza la cuestión de la renuncia que, según ella, se aplica claramente a las reclamaciones planteadas en este caso. Además, los agentes o asesores de inversión no tienen legitimación para iniciar un caso ante el CIADI.
37. En su presentación oral, la Demandante alega que lo que se ha denominado una renuncia no es una renuncia aplicable respecto de las reclamaciones que la Demandante plantea²⁹.
38. Según la Demandante, el Convenio del CIADI no define la palabra “inversor”. En el Artículo 25 del Convenio del CIADI se habla de “inversión” y de “nacional” pero no de “inversor”. También, en el inciso 4 del Artículo 3 de la ley de promoción y protección de inversiones de Venezuela, se define al inversionista internacional como “*El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle*”³⁰.
39. Según la Demandante, “[c]orresponde la aplicación de la Regla 41(5) respecto de las excepciones relativas al mérito, pero no con respecto de las excepciones jurisdiccionales”³¹.

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.1. OBSERVACIONES GENERALES

40. En sus excepciones del 19 de diciembre de 2008, la Demandada solicitó la aplicación de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

41. En la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI se dispone lo siguiente:

“Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico”.

42. Es indiscutible que las Partes no acordaron otro procedimiento expedito.

²⁹ Ídem., págs. 96, 20–22.

³⁰ Ídem., págs. 111, 1–8.

³¹ Ídem, págs. 114, 23–115, 1.

43. También es indiscutible que la Demandada presentó su excepción dentro del plazo de 30 días posteriores a la constitución del Tribunal. Es más, el Tribunal quedó constituido el 8 de diciembre de 2008 y la Demandada presentó sus excepciones preliminares el 19 de diciembre de 2008.

3.2. EL ALCANCE DE LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN/EL MÉRITO

44. Según la Demandante, las excepciones relativas a la jurisdicción o competencia del Tribunal de Arbitraje no pueden constituir el objeto de una excepción preliminar en el sentido previsto en la Regla 41(5) ya que el texto sólo se refiere al mérito.

45. Según la Demandada, no existen dichas limitaciones, puesto que la expresión “mérito jurídico” abarca todas las excepciones posibles contra las reclamaciones que son manifiestamente infundadas.

46. El Tribunal de Arbitraje observa que la Regla 41(1) se refiere expresamente a la cuestión de las excepciones relativas a la jurisdicción del Centro o a la competencia del Tribunal de Arbitraje que deben presentarse “*a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación [...]*”. El Tribunal después “*podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia*” (Regla 41(4)).

47. Las Partes están de acuerdo en que el objeto de la introducción de la Regla 41(5) en el curso de las Enmiendas de 2006 a las Reglas de Arbitraje es evitar “*reclamaciones obviamente infundadas*”. Están básicamente de acuerdo con la interpretación de Antonio R. Parra, ex Secretario General Interino del Centro, que aparece en su reciente artículo:

“La Secretaría no puede impedir la iniciación de procedimientos que lleguen a este umbral jurisdiccional, aunque sean temerarias en lo que hace a su mérito. Esta ha sido una causa de quejas constantes por parte de algunos gobiernos demandados. Una de las enmiendas a las Reglas de Arbitraje del CIADI introducidas en 2006 consistía en establecer un procedimiento, en la Regla 41, para la pronta desestimación por los tribunales arbitrales las reclamaciones obviamente infundadas”³².

48. Según la Demandante, la modificación de las Reglas de Arbitraje del CIADI tenía por objeto abordar las reclamaciones temerarias sobre la base de su mérito y no abrir una tercera vía para plantear excepciones jurisdiccionales teniendo en cuenta el hecho de que la Secretaria General del Centro ya tiene, en virtud del Artículo 36(3) del Convenio, la facultad de no registrar una Solicitud de arbitraje cuando “*de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*”.

³² Antonio R. Parra, *The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, *INTERNATIONAL LAWYER*, Vol. 41, n.º 1 (Primavera de 2007), pág. 56.

49. Por otra parte, la Demandada en apoyo de su posición de que la Regla 41(5) también abarca las excepciones a la jurisdicción del Tribunal se refiere al artículo de Aurelia Antonietti³³, según quien, la excepción puede ser jurisdiccional y/o relativa al mérito.
50. El Tribunal observa en primer lugar que la Regla 41(5) no menciona la palabra “*jurisdicción*”. La expresión usada es “*mérito jurídico*”. Esta redacción, en sí misma, no constituye un fundamento para no incluir la cuestión de si un tribunal tiene o no jurisdicción y competencia para entender y decidir una reclamación en la misma noción general de que la reclamación presentada tiene “*falta de mérito jurídico*”.
51. El examen por la Secretaria General de la solicitud en virtud de lo dispuesto en el Artículo 36 del Convenio se limita a “*la información contenida en dicha solicitud*”. Es en base a esta información que la Secretaria General debe decidir si “*la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*”³⁴. El argumento de un Demandado en el sentido de que “*la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal*”³⁵, sólo puede presentarse una vez que el caso se haya registrado y el procedimiento, iniciado.
52. Hasta 2006 en las Reglas de Arbitraje no se disponía por lo tanto ninguna posibilidad para dar por terminado el procedimiento en una etapa temprana en caso de solicitudes que son obviamente infundadas. No hay ninguna razón objetiva para que la intención de no imponer a las partes la carga de un procedimiento posiblemente largo y costoso cuando se trate de dichas reclamaciones infundadas deba limitarse a la evaluación del mérito del caso y no deba abarcar el examen del fundamento jurisdiccional en el que se basa la facultad del tribunal de decidir.
53. El Tribunal está de acuerdo en que dicha conclusión entrañaría en realidad la existencia de tres niveles en los que podrían examinarse las excepciones jurisdiccionales. Primero, por la Secretaría, y si el caso pasa ese nivel, se examinaría en virtud de la Regla 41(5), y si pasa este otro nivel, aún podría examinarse en virtud de la Regla 41(1).
54. En vista del hecho de que en la revisión de 2006, en virtud de la cual se introdujo la Regla 41(5), se disponen plazos muy cortos, pues la excepción debe presentarse “*en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal*” y el Tribunal debe dar a las Partes sólo “*oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción*” y después está obligado a notificar su decisión a las partes “*en su primera sesión o prontamente después*”, este procedimiento no es demasiado gravoso, y, si permite evitar que un caso prospere cuando hay falta manifiesta de jurisdicción, puede sin lugar a dudas cumplir con los objetivos básicos de esta Regla, que consiste en evitar la continuación de un procedimiento cuando la reclamación carece de mérito jurídico.

³³ Véase párrafo 33, *supra*.

³⁴ Convenio del CIADI, Art. 36(3).

³⁵ Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

55. El Tribunal de Arbitraje por lo tanto interpreta la Regla 41(5) en el sentido de que la expresión “*mérito jurídico*” abarca todas las excepciones conducentes a que se ponga fin al procedimiento en una etapa temprana porque, por cualquier razón, es manifiesto que el Tribunal no puede dar curso a la reclamación.

3.3. EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN DE HECHO/DE DERECHO

56. La segunda cuestión es si las cuestiones de hecho pueden discutirse en esta etapa y si una reclamación que no tenga ningún fundamento de hecho podría considerarse para su desestimación sumaria.

57. La Demandante sostiene que la excepción debe rechazarse puesto que no es una excepción propiamente dicha basada en la falta de mérito jurídico, sino una excepción basada en hechos:

“Las alegaciones de la Demandada también plantean cuestiones de hecho que van más allá del ámbito de la Solicitud de arbitraje de Brandes y no pueden resolverse en el plazo expedito de una solicitud en virtud de la Regla 41(5)”³⁶.

58. El Tribunal considera útil volver al artículo ya mencionado de Aurelia Antonietti, donde se explica por qué en la regla adoptada en definitiva se menciona una “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*” en tanto que el borrador se refería a una “*manifiesta falta de mérito de una reclamación*”:

“Esta modificación se introdujo para evitar el examen inapropiado de los hechos del caso en esta etapa”³⁷.

59. El Tribunal no tiene dificultad en concluir que la excepción a tramitarse por procedimiento expedito debe referirse a un impedimento legal y no de hecho a la reclamación. Esto no significa que la cuestión del tratamiento de los hechos se resuelva *ipso facto*. Como también lo dice Aurelia Antonietti, “[s]in embargo, cabe prever que la cuestión de si un tribunal puede examinar los hechos y cuestiones probatorias en esa etapa será muy discutible”³⁸.

60. Como observación adicional, el Tribunal quiere ahora remitirse también a un comentario hecho por el tribunal del caso *Trans-Global*, que comparte:

“En esta etapa temprana del procedimiento, sin pruebas suficientes, el Tribunal no está en condiciones de decidir hechos controvertidos alegados por cualquiera de las partes en un procedimiento sumario. Sin embargo, el Tribunal admite que pocas veces es posible evaluar el mérito jurídico de

³⁶ Respuesta de la Demandante a las excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la Regla 41(5), párrafo 4; véase también *ídem.*, párrafo 13: “*En la medida en que una excepción plantee una cuestión de hecho y no de derecho, no encuadra en el ámbito de las excepciones preliminares admisibles...*”

³⁷ *Ídem.*, pág. 440.

³⁸ *Ídem.*

cualquier reclamación sin examinar también las premisas de hecho sobre las que procede la reclamación”³⁹.

61. El Tribunal es de la opinión de que básicamente la premisa de hecho debe considerarse según la alega la Demandante. Sólo si, atendiendo al mejor enfoque para la Demandante, su caso carece manifiestamente de mérito jurídico, éste debe desestimarse sumariamente.

3.4. EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN: EL SIGNIFICADO DE MANIFIESTAMENTE

62. Como ya se mencionó varias veces, el Tribunal opina que el nuevo procedimiento de las excepciones preliminares en virtud de la Regla 41(5) tiene por objeto crear la posibilidad de desestimar en una etapa temprana los casos que son manifiestamente infundados. Se trata de un procedimiento sumario que debe llevarse a cabo de manera expedita. Sin embargo, deben seguir respetándose las reglas del debido proceso. El tribunal debería por lo tanto hacer valer dicha excepción y llegar a la conclusión final de que todas las reclamaciones carecen de mérito jurídico sólo cuando concluyera que dicha falta es “manifiesta”. Ello se aplica respecto del mérito de las reclamaciones, y también cuando el Tribunal examina la cuestión de la jurisdicción. El nivel de examen de la condición de “manifiesta” obviamente brinda un umbral mucho más alto que el estándar *prima facie* comúnmente aplicado a la jurisdicción en virtud de la Regla 41(1), según la cual las premisas de hecho de la decisión acerca de la jurisdicción normalmente se consideran en la forma alegada por la Demandante.

63. El Tribunal de Arbitraje por lo tanto concuerda con el análisis hecho por el Tribunal en el caso *Trans-Global*:

“El Tribunal considera. . . que el significado corriente de la palabra [manifiesta] exige que la demandante formule su excepción clara y obviamente, con relativa facilidad y celeridad. Se fija por lo tanto un estándar elevado. . . . El proceso puede en consecuencia ser complicado, pero nunca difícil”⁴⁰.

64. A fin de respetar el debido proceso, “la regla se refiere sólo a casos claros y obvios”⁴¹, y “como principio básico de equidad procesal, un laudo en virtud de la Regla 41(5) sólo puede aplicarse a un caso claro y obvio, es decir, en las palabras del Sr. Parra antes citadas, a ‘reclamaciones obviamente infundadas’⁴².”

3.5. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE LA EXCEPCIÓN PLANTEADA EN VIRTUD DE LA REGLA 41(5)

³⁹ *Trans-Global Petroleum, Inc. c. el Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI n.º ARB/07/25) [TBI celebrado entre EE.UU. y Jordania], Decisión sobre la excepción opuesta por la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, 12 de mayo de 2008, párrafo 97.

⁴⁰ Ídem, párrafo 88.

⁴¹ Ídem, párrafo 90.

⁴² Ídem., párrafo 92 (cita de la obra de Antonio R. Parra titulada: *The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, pág. 56.)

65. La manera en que un tribunal debe abordar los hechos dependerá en gran medida de la función que cumplen esos hechos y la prueba de su existencia en las diferentes etapas del procedimiento. En opinión del Tribunal, los hechos pueden cumplir tres funciones distintas: i) hechos que constituyen la base para atribuir responsabilidad; ii) hechos que constituyen la base para decidir acerca de la jurisdicción, y iii) hechos que, aunque se prueben, no pueden servir de base para decidir acerca de la jurisdicción ni de la atribución de responsabilidad.
66. Si los hechos alegados son hechos que, en caso de probarse, constituirían una violación del TBI o de la ley de inversiones pertinente, deben de hecho aceptarse como tales en la etapa jurisdiccional, hasta que su existencia se evalúe a nivel del mérito. Si la jurisdicción depende de la existencia de determinados hechos, ellos deben probarse en la etapa jurisdiccional, a menos que la cuestión no pueda decidirse en esa etapa, en cuyo caso deben tratarse junto con el fondo del asunto.
67. Este doble acercamiento es el que siguen normalmente los tribunales arbitrales. Los hechos alegados objeto de la reclamación deben aceptarse *pro tem* en la etapa jurisdiccional. Hace poco, el Tribunal del caso *Saipem c. Bangladesh*⁴³ afirmó:

“La tarea del Tribunal consiste en determinar el significado y alcance de las disposiciones en las que se basa [la demandante] para hacer valer la jurisdicción y evaluar si los hechos alegados por [la demandante] encuadran en esas disposiciones o serían capaces, en caso de probarse, de constituir incumplimientos de las obligaciones del tratado involucradas. Al cumplir esta tarea, el Tribunal aplicará un estándar prima facie para la determinación del significado y el alcance de las disposiciones del TBI y para evaluar la cuestión de si los hechos alegados pueden constituir transgresiones de normas. Al hacerlo, el Tribunal evaluará si el caso [de la Demandante] es razonablemente verosímil en principio. Si el resultado es afirmativo se establecerá la jurisdicción, pero el litigio sobre la existencia de transgresiones se reservará para la etapa de consideración del fondo del asunto”⁴⁴.

Es bastante evidente que el tribunal se refiere aquí a hechos capaces de analizarse como incumplimientos del TBI, y no a hechos cuya existencia es necesaria para establecer la jurisdicción.

⁴³ *Saipem S.p.á.g.A.c. República Popular de Bangladesh* (Caso CIADI n.º ARB/05/07), Decisión sobre jurisdicción y recomendación acerca de medidas provisionales, 21 de marzo de 2007, párrafo 91. Véase también el mismo enfoque aplicado en el caso *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (antes Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. la República del Perú* (Caso CIADI n.º ARB/03/4), Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007, párrafos 118–19.

⁴⁴ Véase también *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI n.º ARB/03/29), Decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, donde el tribunal enunció el criterio pertinente *prima facie* en la etapa jurisdiccional del procedimiento: “[e]l Tribunal debe estar convencido de que, si se prueba en definitiva que los hechos o afirmaciones alegados por [la Demandante] son ciertos, serían capaces de constituir una violación del TBI”. Ídem, párrafo 194.

68. Si, por el contrario, los hechos alegados son hechos en los que se basa la jurisdicción de un tribunal, es al parecer evidente que el tribunal debe decidir acerca de ellos, si son objeto de controversia entre las partes, y no puede aceptar los hechos según los alega la demandante. El tribunal debe tener en cuenta los hechos y su interpretación según los alega la demandante, así como también los hechos y su interpretación según los alega la demandada, y debe resolver acerca de su existencia y debida interpretación. Este análisis inevitable ha sido seguido por otros tribunales internacionales, como por ejemplo el tribunal del CIADI en el caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. la República de El Salvador*:

“Si, a fin de decidir sobre su propia competencia, el Tribunal de Arbitraje se ve obligado a analizar hechos y disposiciones normativas sustanciales que constituyen premisas para la definición del alcance de la competencia del Tribunal, entonces no le queda más alternativa que abordarlos”⁴⁵.

69. La presente situación se refiere a la tercera hipótesis mencionada en el párrafo 65. El Tribunal considera que, si una reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico, aunque se hayan probado los hechos, la carga de la prueba debe ser la misma que la adoptada en la situación inversa, es decir la situación en que se debe hacer lugar a la reclamación si se prueban los hechos. En otras palabras, en esta etapa preliminar es suficiente, en opinión del Tribunal, aceptar *prima facie* los hechos verosímiles según los expone la Demandante. Por lo tanto, el Tribunal concuerda en este caso con la Demandante, cuando afirma que la Demandada “*debe demostrar que en las circunstancias que surgen verosímelmente de la Solicitud de arbitraje, no puede otorgarse a la demandante reparación jurídica*”⁴⁶.

70. Una excepción preliminar en virtud de la Regla 41(5) es una excepción basada en la falta manifiesta de mérito jurídico de una reclamación y no en la falta de una base fáctica. Por lo tanto no es necesario probar hechos, cuando éstos, en caso de probarse, no fueran capaces de sustentar una reclamación que carece de mérito jurídico.

3.6. ¿LA EXISTENCIA DE UNA RENUNCIA AL DERECHO DE PLANTEAR RECLAMACIONES TORNA DICHAS RECLAMACIONES MANIFIESTAMENTE CARENTES DE MÉRITO JURÍDICO Y AJENAS A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL?

⁴⁵ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI n.º ARB/03/26), Laudo, 2 de agosto de 2006, párrafo 155. Este enfoque evidente también ha sido refrendado enérgicamente por Sir Franklin Berman QC, en su opinión disidente en el caso *Industria Nacional de Alimentos*, donde afirmó: “...[L]as cuestiones fácticas pueden o deben aceptarse en forma provisional en la fase preliminar porque existirán plenas posibilidades de verificarlas más adelante. No obstante, si determinados hechos constituyen un elemento esencial para pronunciarse sobre la competencia misma, de modo que la decisión de asumir o declinar competencia los resuelve de una vez por todas, ¿cómo puede sostenerse seriamente que esos hechos deben presumirse, en lugar de probarse?” *Industria Nacional de Alimentos, S.A. c. Perú* (Caso CIADI n.º ARB/03/4), Decisión sobre Anulación, Opinión disidente de Franklin Berman QC, 5 de septiembre de 2007, párrafo 17.

⁴⁶ Respuesta de la Demandante a las excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la Regla 41(5), párrafo 18.

71. El tema de la renuncia plantea varias cuestiones que no pueden decidirse sobre la base del expediente existente en la actualidad. La Demandante ha alegado que no todas las acciones y/o ADR se han puesto a disposición del Gobierno de Venezuela. Asimismo, en la renuncia se manifiesta expresamente que la renuncia se extiende tan sólo “*en la máxima medida permisible en virtud del derecho aplicable*”, y que la Demandante también sostiene que carece de valor jurídico si se ha obtenido bajo coerción. Además, la Demandante afirma que nunca ha firmado ninguna renuncia, que la denominada renuncia a que se refiere la Demandada es sencillamente “*una declaración unilateral de intención de la Demandada a la que supuestamente Brandes ha prestado consentimiento con su comportamiento*”⁴⁷. El Tribunal llega a la conclusión de que las respuestas a estas interrogantes exigen el examen de cuestiones complejas de hecho y de derecho que no pueden resolverse en este procedimiento sumario.

3.7. ¿LA ALEGACIÓN DE QUE LA DEMANDANTE ACTÚA COMO AGENTE DE INVERSORES TORNA SU RECLAMACIÓN MANIFIESTAMENTE CARENTE DE LEGITIMACIÓN, ES DECIR, DE MÉRITO JURÍDICO?

72. Si se acepta la posición de la Demandante de que es un inversor en virtud de lo dispuesto en el Convenio del CIADI, la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico por este motivo. De todos modos, a fin de responder cabalmente a dicha interrogante, debe decidirse acerca de cuestiones complejas de hecho, especialmente la relación exacta entre Brandes, como asesor en materia de inversiones, y sus clientes. La Demandante considera además que en virtud de la legislación aplicable de Venezuela, para obtener la protección otorgada a los inversores no es necesario ser el propietario efectivo de las acciones en cuestión sino que el control de dichas acciones, que la Demandante manifestó que tenía, es suficiente para que la Demandante obtenga el examen y una decisión acerca de su reclamación. Por lo tanto, el Tribunal vuelve a concluir que estas difíciles interrogantes jurídicas no pueden resolverse en este procedimiento sumario.

3.8. CONCLUSIONES

73. El Tribunal considera que las nuevas Reglas introducidas en 2006 con respecto a las excepciones preliminares en los casos en que la falta de mérito jurídico de la reclamación es manifiesta permiten el examen de la jurisdicción y competencia del Centro y del Tribunal. En consecuencia, la Regla 41(5) permite que se dicte una decisión temprana expedita si la falta de jurisdicción del Centro o de competencia del Tribunal sobre las reclamaciones planteadas ante el Tribunal es manifiesta.

Con respecto al mérito de la reclamación, un laudo en que se desestimen dichas reclamaciones sólo puede dictarse si los hechos, según fueron alegados por la Demandante y que parecen verosímiles *prima facie*, no son manifiestamente de naturaleza tal que la reclamación tendría que desestimarse. El Tribunal no considera que ello sea así en este caso.

⁴⁷ Ídem, párrafo 28.

Después de haber analizado las presentaciones escritas de ambas Partes y de haber dado a las Partes la oportunidad de presentar sus observaciones orales sobre las excepciones en su primera sesión celebrada en París el 29 de enero de 2009, el Tribunal decide lo siguiente:

1. Se rechazan las excepciones de la Demandada del 19 de diciembre de 2008;
2. El Tribunal reserva el pronunciamiento sobre toda otra cuestión, incluidas las relativas a los costos, para otra resolución, decisión o laudo posterior, y
3. El procedimiento a seguirse en el futuro se ajustará al acuerdo alcanzado en la primera sesión.

París, Francia
2 de febrero de 2009

[firmado]

Profesora Brigitte Stern
Árbitro

[firmado]

Profesor Karl-Heinz Böckstiegel
Árbitro

[firmado]

Dr. Robert Briner
Presidente del Tribunal