

¿ADIÓS JUSTICIA ARBITRAL, ADIÓS? EL FOMENTO DE LA FIGURA DE LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE LA DEMANDA (“EARLY DISMISSAL”) COMO SÍNTOMA*

GOODBYE ARBITRATION JUSTICE? THE PROMOTION OF THE EARLY DISMISSAL OF A CLAIM AS A SYMPTOM

CARLOS ESPLUGUES MOTA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat de València*

Recibido:06.11.2021 / Aceptado:22.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6683>

“Please tell me who I am”
The logical song, Supertramp (1979)

Resumen: La desestimación temprana de la demanda es una figura consolidada en el arbitraje de inversiones que, en los últimos tiempos, está en fase de extrapolación al arbitraje comercial internacional. No se trata de un proceso ni neutro ni intrascendente, generando todo tipo de dudas y críticas, como lo demuestran los amplios debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI en relación con ella. En la discusión subyace la tensión entre la búsqueda de la máxima eficiencia en el proceso arbitral, y la salvaguarda del derecho de las partes a hacer valer plenamente sus derechos, y al debido proceso. Así como el interrogante de importar en el arbitraje instituciones procesales anglosajonas que pueden acabar incidiendo negativamente en algunas de las virtudes que han acompañado a la institución hasta nuestros días.

Palabras clave: desestimación temprana de la demanda, proceso arbitral acelerado, eficiencia arbitral, CIADI, UNCITRAL

Abstract: The early dismissal of the claim is fully accepted in investment arbitration and currently is also in the way to be accepted in international commercial arbitration. This option is not neutral, and generates all kinds of doubts and criticisms, as the extensive and inconclusive discussions held as regards it at the WGII of UNCITRAL manifests. The debate shows the tension between the quest for the maximum efficiency in the arbitration process and the safeguard of the right of the parties to fully enforce their rights and due process. As well as the issue of importing Anglo-Saxon procedural institutions into arbitration which may end up having a negative impact on some of the virtues that have accompanied the institution so far.

Keywords: early dismissal of claims, accelerated arbitration procedure, arbitrations’ efficiency, ICSID, UNCITRAL

Sumario: I. A la búsqueda del “iron triangle” arbitral. II. La desestimación temprana: una realidad presente, de forma aislada, en el plano normativo arbitral. 1. La desestimación temprana en la

*Artículo elaborado en el marco del Proyecto de investigación PROMETEO GVA 2018/111.

práctica de distintos tribunales internacionales. A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B) El Tribunal Internacional de Justicia. C) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 2. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI como paradigma. A) La práctica arbitral del CIADI previa a 2006, en la que se sustenta el modelo. B) La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI. C) La aplicación práctica de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. a) La Regla 41.5 cuenta con una naturaleza subsidiaria. b) La expresión “mérito jurídico” presente en la Regla 41.5 cubre, tanto la ausencia de fundamentos jurídicos de la reclamación, como la incompetencia del tribunal. c) El Tribunal debe constatar la ausencia manifiesta de fundamentos jurídicos de la reclamación. d) Favoreciéndose la articulación de un standard interpretativo elevado dotado, además, de una doble dimensión: sustantiva y procesal. e) Lo que se refleja en el diseño del modelo, que mantiene silencio sobre su articulación procesal. f) Y en el que se exige, en todo caso, el respeto al derecho al debido proceso de las partes. g) Correspondiendo la carga de la prueba a quien excepciona. h) Al verificar la ausencia manifiesta de méritos legales, la decisión del tribunal debe basarse en los fundamentos jurídicos y no en los hechos del caso, lo que no es sencillo dada su interrelación. i) El tribunal asumirá, de partida, como válidos los aportes fácticos realizados por el demandante. j) La verificación de la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica. k) En todo caso, el tribunal deberá resolver prontamente sobre la excepción. D) La doble lectura de una Regla consolidada y con vocación de extrapolarse al arbitraje comercial internacional. 3. La limitada aceptación de la figura al ámbito del arbitraje comercial internacional. A) Atribución expresa del poder a los árbitros. B) Admisión desarrollada en el Reglamento arbitral. a) La Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules 2016* y la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules 2017*. b) El artículo 43 de las *HKIAC Administered Arbitration Rules*. c) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC y el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC. d) El artículo 26 de la *CIETAC Investment Arbitration Rules*. C) La existencia de notas o guías de apoyo al tribunal arbitral. III. Los trabajos de la CNUDMI en relación con la desestimación temprana de la demanda como ejemplo de la tensión que acompaña a la potencial aceptación de la figura en el ámbito del arbitraje comercial internacional. IV. ¿La fuerza del destino?

I. A la búsqueda del “iron triangle” arbitral

1. En un conocido artículo, William W. Park hace referencia al anuncio existente en el escaparate de un zapatero de Boston, en el que aparecía un triángulo equilátero con tres opciones en sus ángulos: “fast service, low price, high quality”, añadiendo “Pick any two”¹. Esta referencia al “fast, good, cheap”, el famoso “project management triangle”², se hace igualmente patente en el ámbito del arbitraje comercial internacional, que confronta en estos momentos un dilema similar al que afrontaría cualquier cliente del zapatero bostoniano; diseñar soluciones que combinen la rapidez y accesibilidad, con la salvaguarda de la justicia y la previsibilidad del resultado. Ese “magic triangle” arbitral al que refiere la doctrina³.

2. El arbitraje comercial internacional constituye hoy una realidad consolidada, cuya pujanza, sin embargo, se ve sometida a crecientes críticas. La calificada –muy gráficamente– como “americanización”⁴ acelerada que está sufriendo la institución afecta de manera directa –y generalmente negativa– a algunas de las virtudes que lo han caracterizado tradicionalmente, tornándolo en una suerte de “new litigation”⁵; en la que, se procede –de forma habitual– a emular el proceso desarrollo ante los tribunales estatales, fomentándose la creación de una suerte de “arbitration-formality”⁶, en línea con aquel.

¹ W.W. PARK, “Arbitrators and Accuracy”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n.º. 1, 2010, p. 28.

² Al respecto, J. POLLACK, J. HELM Y D. ADLER, “What is the Iron Triangle, and How Has It Changed?”, *International Journal of Managing Projects in Business*, vol. 11, n.º. 2, 2018, p. 527 y ss.

³ Vid., J. KIRBY, “Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º. 6, 2015, pp. 690-693.

⁴ E. SUSSMAN, “The New York Convention Through a Mediation Prism”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 15, n.º. 4, 2009, p. 10.

⁵ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration: The ‘New Litigation’”, *University of Illinois Law Review*, n.º. 1, 2010, p. 1 y ss. Igualmente, J. NOLAN-HALEY, “Mediation: The ‘New Arbitration’”, *Harv. Negot. L.Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 66-73.

⁶ Se habla así, de que el arbitraje “mimic court processes”, tal como señala el QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021, p. 14 (Disponible en: <http://www.arbitration.org>).

3. Ello desemboca en un proceso arbitral que remeda de manera acelerada a los tribunales estatales, y que resulta, crecientemente ineficiente debido a su lentitud, complicación y aumento exponencial del volumen documental. Lo que, amén- de generar un incremento en los costes y en la duración de los procesos arbitrales⁷, favorece una correlativa percepción de pérdida de previsibilidad y certeza en sus resultados⁸. Un proceso que, además, se va paulatinamente judicializando, como patentiza el hecho de que las medidas adoptadas, tanto por los árbitros, como por las instituciones arbitrales sean, cada vez más, impugnadas ante los tribunales estatales, en múltiples lugares⁹.

4. Esta situación presenta una sintomatología plural. Cuenta, así, con un impacto directo en el pujante debate sobre la institución: sobre su filosofía, principios y objetivos como mecanismo protagonista de resolución de las disputas comerciales internacionales. Y se encuentra, también, en la base del aumento en el recurso, de manera independiente o en conjunción con el arbitraje, a otros mecanismos de resolución de controversias como puedan ser la negociación y la mediación¹⁰. La ascendente percepción de que el recurso a ellos, antes de referir la eventual disputa a arbitraje, facilita la posibilidad de alcanzar una solución más rápida y económica es, precisamente, uno de los argumentos que fundamentan este cambio¹¹. E, igualmente, se refleja en el incremento sostenido en la oferta, por parte de las distintas instituciones arbitrales, de procesos arbitrales sumarios -calificados generalmente como abreviados o acelerados-, bien diseñados específicamente para materias concretas -deporte¹², nombres de dominio¹³ o construcción¹⁴-, o pensados con un carácter general; que, en todo caso, coinciden en la forma diversa de su articulación¹⁵.

qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/ , tanto éste, como el resto de enlaces usados en este artículo fueron revisados por última vez con fecha 30.10.2021).

⁷ Interesante al respecto resulta B. KOVACS, “Efficiency in International Arbitration: An Economic Approach”, *Am. Rev. Int’l. Arb.*, vol. 23, n.º. 1, 2012, p. 155 y ss. Nótese, igualmente, C. ESPLUGUES MOTA, “Quo Vadis Arbitratio?”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 412-416.

⁸ “If arbitration is to commit suicide, it will do so of its own choosing, because the parties have chosen to make it more expensive, time-consuming and more like litigation”, S. SEIDENBERG, “International Arbitration Loses Its Grip”, *ABA Journal*, 1.4.2010, disponible en: https://www.abajournal.com/magazine/article/international_arbitration_loses_its_grip/

⁹ CNUDMI, Doc. A/CN.9/959, de 30.4.2018, *Posible labor futura. Propuesta de los Gobiernos de España, Italia y Noruega: labor futura del Grupo de Trabajo II*, 51er período de sesiones Nueva York, 25.6 a 13.7.2018, paras. 5 y 6, pp. 2 y 3.

¹⁰ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *REDI*, vol. 72, n.º. 1, 2020, p. 54. Sobre la mediación y las ventajas que comporta vid., S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 76-79 o A.I. PRIBETIC, “The “Third Option”: International Commercial Mediation”, *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 1, n.º. 4, 2007, vol. 1, pp. 576-578. En este último sentido, la encuesta que periódicamente elabora el Queen Mary College junto con White & Case da muestra de ello, al constatar el aumento sostenido en el apoyo que recibe la opción de combinar el arbitraje con otros mecanismos ADR, como medio de solución de controversias comerciales internacionales. Una opción que ha ascendido 25 puntos en sólo 6 años -del 34% de 2015, al 49% de 2018, hasta el 59% de 2021- y que viene acompañada por la correlativa reducción -hasta el 31% de los encuestados- de la opción favorable a la remisión en exclusiva al arbitraje, QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit., p. 5.

¹¹ QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit., p. 6.

¹² Así, el Código de arbitraje deportivo del *Tribunal Arbitral du Sport* (disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021_ESP_.pdf) en vigor desde el 1.1.2021, prevé en varias ocasiones, en el Reglamento de Procedimiento -R44.4 y R52- la posibilidad de que, con el consentimiento de las partes, se pueda recurrir a un procedimiento acelerado.

¹³ Nótese en tal sentido, el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, en vigor desde el 1.7.2021 (disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/expressed-rules/index.html>).

¹⁴ Nótese, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, de 2000, Cap. VI, “Solución de controversias”, p. 194 (disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/pfip-s.pdf>).

¹⁵ Al respecto, considérese, *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, (disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/responses_to_questionnaire_30_january_2020.pdf) o INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA), *Overview of Selected Expedited Arbitration Provisions by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, (disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview_of_selected_expedited_arbitration_provisions.pdf). Igualmente, CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución de controversias comerciales - Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 69º período de sesiones, Nueva York, 4 a 8.2.2019, p. 3, nota a pie n.º. 9.

5. Así, en algunos casos se incorporan disposiciones aisladas sobre esta tipología de arbitrajes¹⁶. Mientras que, en otras ocasiones, la regulación de esta categoría de procesos arbitrales se articula a través de un anexo o parte específica dentro del reglamento arbitral¹⁷, o se opta por diseñar un juego separado de normas¹⁸. Existiendo, igualmente, reglamentos que conjugan normas en su seno, y un anexo en la materia¹⁹.

6. Adicionalmente a esta oferta de procesos arbitrales acelerados se ha optado, en ocasiones, por la elaboración de algún “*arbitration toolbox*”²⁰, o por la redacción, por parte de ciertos centros arbitrales, de estudios tendentes a adaptar los procedimientos arbitrales a la específica tipología de casos, buscando maximizar la eficiencia del proceso arbitral²¹. Lo que redundaría en una aplicación más estricta de los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones arbitrales, con una especial atención a la apuntada eficiencia del proceso, y a la posible adaptación de éste al caso concreto.

7. Con todo, la pluralidad de opciones y la variación de su articulación formal no oculta la existencia de una cierta simetría en las respuestas aportadas. Con independencia de su forma, orquestan un conjunto de medidas tendentes a reducir tiempo y costes, favoreciendo “i) el establecimiento de plazos

¹⁶ Así ocurre, por ejemplo, con el arts. 62 y 64 del Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia (2021); el art. 45 de las Reglas de Arbitraje y Mediación (2021) del *Vienna Arbitration International Centre*; el Cap. VII del Reglamento de Arbitraje (2019) del *Russian Arbitration Center* (arts. 63 a 68); los arts. 9A y 9C del Reglamento de Arbitraje (2014) de la *London Court of International Arbitration* (LCIA); el Cap. 4 del Reglamento de Arbitraje (2015) de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (arts. 56-64); la regla 5 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); la Sec. 6.2.1 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *ADR Institute of Canada* (ADRIC); los arts. 34-36 del Reglamento de Arbitraje (2005) del *Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo Chamber of Commerce*; la Sec. 30 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Arbitration Court attached to the Czech Chamber of Commerce and the Agricultural Chamber of the Czech Republic*; el art. 29 del Reglamento de Arbitraje (2020) del *Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (CEPANI); el art. 52 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la Corte de Arbitraje de Madrid; el art. 33 del Reglamento de Arbitraje (2017) del *Arbitrators and Mediators Institute of New Zealand* (AMINZ); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje Institucional (2018) del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje (2021) del *Swiss Chamber's Arbitration Institute* (SCAI) o el Capítulo VII (arts. 54-60) del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Beijing Arbitration Commission / Beijing International Arbitration Centre* (BAC/BIAC). Al respecto, nótese tanto respecto de esta nota como de las dos siguientes, el ya mencionado documento *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, pp. 4-15.

¹⁷ Vid. en tal sentido, el Anexo D –“*The simplified arbitration procedure*”- del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Milán Chamber of Commerce*; el Anexo 4 del Reglamento de Arbitraje (2018) del *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS); el Cap. 6 de Reglamento de Arbitraje Internacional (2016) del *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB); el Anexo 1 del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Court of Arbitration attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry* o el Anexo III del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Center* (LACIAC).

¹⁸ Por ejemplo, las *Rules for Expedited Arbitration* (2017) del *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC); las *Fast Track Administered Arbitration Rules* (2020) del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*; las *Cost Controlled Arbitration Rules* (2018) del *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb); las *Fast Track Arbitration Rules* (2018) del *Asian International Arbitration Centre* (AIAC); el Reglamento de Arbitraje acelerado (2021) del *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA); las *Expedited Arbitration Rules* (2017) de la *ADR Chambers*; las *Expedited Arbitration Rules* (2020) de la *Finland Chamber of Commerce*; el Reglamento de *Arbitragem Rápida* (2021) del *Centro de Arbitragem da ACL-CCIP* o las *Rules of Simplified Arbitration* (2013) del *Danish Institute of Arbitration*.

¹⁹ Así, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje (2021) de la CCI, el art. 30 sobre Procedimiento abreviado, se acompaña de un Apéndice VI sobre Reglas de procedimiento abreviado.

²⁰ “... intended to assist arbitration practitioners in the organization and conduct of arbitration proceeding” ASA Arbitration toolbox (disponible en: <https://toolbox-int.arbitration-ch.org/toolbox/framework>). Considérese, igualmente, la *Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, elaborada por la CCI en 2019 (disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf).

²¹ Así, por ejemplo, son de destacar las Directrices de la CCI sobre *Conducción eficaz del Arbitraje. Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes* (disponible en: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>). Así ha ocurrido en el seno de la CCI con la elaboración del Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje. Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje* (disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf>, 2ª ed., 2018) o, en el marco de la *London Court of International Arbitration*, de los estudios orientados a controlar el tiempo y los costos del arbitraje (disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>).

estrictos para ambas partes para el nombramiento del tribunal arbitral o la presentación de escritos y para el tribunal arbitral, para dictar el laudo; y ii) la limitación de actos procesales, por ejemplo, la reducción del número de escritos y restricciones a las audiencias²². Todo ello, buscando un superior grado de “eficiencia” en el desarrollo del arbitraje²³ y, de esta forma, un mayor nivel de satisfacción de todos los involucrados²⁴. Una tendencia encomiable, y necesaria, que, sin embargo, debe necesariamente conjugarse con el imprescindible respeto de los derechos procesales de las partes y de sus expectativas jurídicas²⁵.

8. Este envite por una institución que resulte más rápida y accesible se encuentra en la base de los trabajos que en los últimos años ha desarrollado la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado²⁶; y que ha conducido a la aprobación de las Reglas de Arbitraje acelerado de la CNUDMI en 2021²⁷.

9. Precisamente, en este entorno de búsqueda de la eficacia arbitral, plasmada en la reducción de costes y duración, se plantea de manera creciente, también en el seno de la CNUDMI, la temática de la atribución al árbitro de la potestad de desestimar –al menos- la demanda planteada en una fase inicial del proceso arbitral. Una figura -la del “*early dismissal*”- presente en la agenda de distintas instituciones arbitrales en los últimos años²⁸, a través de la que, por un lado, se permite a una parte, generalmente el demandado, presentar una excepción al tribunal arbitral solicitando la desestimación temprana de la reclamación presentada. Dotándole, correlativamente, del poder explícito de proceder a ello en el caso de considerar que la demanda carece, de forma manifiesta, de fundamentación jurídica²⁹. Se trata, en suma, se dice, de coadyuvar al éxito del arbitraje evitando la continuidad de “*frivolous claims*”, entendiéndose por tales a aquellas que no son “*legally tenable and as such ... worthless*”³⁰.

10. Esta apuesta por la eficiencia arbitral, empero, plantea cuestiones de toda índole en cuanto a su concreta articulación; aflorando igualmente la tensión subyacente entre la búsqueda de la máxima celeridad en el proceso arbitral, y la necesaria salvaguarda de la seguridad jurídica, de las expectativas de las partes y de su derecho a la tutela judicial efectiva³¹. A la vez que permite profundizar en el debate sobre el arbitraje, y su pervivencia como mecanismo protagonista de la resolución de controversias comerciales internacionales.

²² CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., par. 6, p. 3.

²³ Sobre la exigencia de lograr la máxima eficiencia en el arbitraje, nótese, G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate Over Summary Disposition in International Arbitration”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n.º. 2, 2010, pp. 20-21.

²⁴ En relación con el significado de “eficiencia” en el arbitraje, y sobre la necesidad de aceptar que su logro depende mayoritariamente del papel jugado por el árbitro, vid., J. KIRBY, “Efficiency”, cit., p. 693 y ss. En esta misma línea, vid. J. WERNER, “The Arbitrator as Master of Time”, *J. World Inv. & Trade*, vol. 12, n.º. 2, 2011, p. 299 y ss.

²⁵ Al respecto, vid. entre otros, S. BARONA VILAR, *Nociones y principios*, cit., pp. 29-31; S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis de las ADR retos en la sociedad global del siglo XXI”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º. 1, 2020, p. 7, 8 y 9/22.

²⁶ Al respecto, vid. https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration. Sobre los trabajos realizados, nótese, C. ESPLUGUES MOTA, “Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje y el mantra de la celeridad”, *Revista Argentina de Arbitraje*, n.º. 5, 2020, p. 1 y ss. o C. ESPLUGUES MOTA, “Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del ‘Triángulo Mágico’”, en S. BARONA VILAR (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 79 y ss.

²⁷ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 54º período de sesiones (28 de junio a 16 de julio de 2021)*, Doc. A/76/17, Septuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17, pp. 38-39, n.º. 189.

²⁸ No deja de ser relevante en cuanto a la presencia real de una necesidad sentida de su articulación normativa, que el mencionado informe de 2021 del Queen Mary College y White & Case en momento alguno haga referencia a ella (QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit.).

²⁹ T.B. (D) DUONG, “The Evolution of Summary Procedure in Investment Arbitration: Past, Present and Future”, *Arbitration International*, vol. 37, 2021, p. 36.

³⁰ K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims that May be Curtailed in an Expedient Fashion”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, vol. 17, 2017, p. 1.

³¹ Vid. CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.212, de 21.11.2019, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 71er período de sesiones, Nueva York, 3 a 7.2.2020, pp. 24-26, nn.º. 110-113.

II. La desestimación temprana: una realidad presente, de forma aislada, en el plano normativo arbitral

11. La figura de la desestimación temprana cuenta con alguna presencia aislada en la normativa internacional y, también, en el ámbito interno; especialmente en los países de *common law*. En este último entorno viene, por ejemplo, recogida en la Rule 12(b)(6) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de América³², que habla de la posibilidad de excepcionar la “*failure to state a claim upon which relief can be granted*”, o en la Part 24 –“*Summary Judgment*”- de las *Civil Procedure Rules* inglesas³³. Ambas constituyen un ejemplo manifiesto, y bien conocido en la práctica, que se reproducen con variantes y grados diversos de aceptaciones en algunos otros ordenamientos jurídicos del mundo, generalmente de base anglosajona³⁴. Y que, recordemos, juegan en el marco de un sistema procesal completo, dotado de la posibilidad de recurso a una instancia superior.

12. En el plano internacional, la institución de la *early dismissal* cuenta, igualmente, con un cierto reconocimiento. En tal sentido, y si bien su referente más conocido y significativo se encuentra en el arbitraje de inversiones -un arbitraje de naturaleza peculiar caracterizado por su condición híbrida³⁵-, lo cierto es que, por un lado, la práctica de distintos Tribunales internacionales hace mención a ella. Y, también, un número reducido, pero con un enorme protagonismo en este ámbito, de instituciones arbitrales admiten -de forma minoritaria y aislada- la figura en relación con el arbitraje comercial internacional.

1. La desestimación temprana en la práctica de distintos tribunales internacionales

13. A lo largo del tiempo, diversos tribunales internacionales han hecho referencia, de forma diversa y con distinta intensidad, a la figura del *early dismissal*: así ocurre, por ejemplo, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o con el Tribunal Internacional de Justicia. Igualmente, esta mención se reproduce en el específico ámbito del Derecho del Mar³⁶.

A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

14. Centrándonos en el primero de ellos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950³⁷, explicita en su artículo 35.3.a) la obligación del Tribunal de declarar “*inadmissible*” cualquier demanda que considere “*incompatible*

³² Fed. R. Civ. P. 12(b)(6). Al respecto, nótese, M.F. GUSY, “Saving Time and Cost - International Arbitration without a Hearing on the Merits?”, *ZDAR Abschiedsheft*, 2018, julio, pp. 36-37; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 24.

³³ En relación con ellas, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition Procedures in International Arbitration”, en ICLG, *The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2018*, Global Legal Group / CDR, 15 ed., Londres, 2018, p. 1; L. SAN ROMAN GUIJARRO, “Summary Disposition: The Only Way Out is Through”, *University of Miami Law Review*, vol. 66, n.º. 3, 2012, p. 889; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, pp. 25-26. Con respecto a su engarce con la *Arbitration Act*, nótese, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary Judgment in International Arbitrations Seated in England”, *Arbitration International*, vol. 33, 2017, pp. 64-67 y 76-78.

³⁴ Sobre la figura, véase, entre otros, Y. HAMABE, “Functions of Rule 12(b)(6) in the Federal Rules of Civil Procedure: A Categorization Approach”, *Campbell Law Review*, vol. 15, n.º. 2, 1993, p. 151 y ss. Una aceptación que, además, se produce, con más o menos claridad y amplitud, en algún otro ordenamiento jurídico nacional. Al respecto, J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural and Transparency-Related to the ICSID Arbitration Rules. Model Intentions, Moderate Proposals and Modest Returns”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, vol. 21, n.º. 2, 2009-2010, p. 235, nota 8; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 27, o K. POLONSKAYA, “Fivolous Claims”, *cit.*, p. 2.

³⁵ E. DE BRABANDERE, “The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration”, *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 9, n.º. 1, 2012, p. 26.

³⁶ Otros ejemplos son estudiados en M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily”, *cit.*, vol. 3, n.º. 1, 2012, pp. 163-165.

³⁷ BOE de 10.10.1979.

con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifestamente mal fundada o abusiva”; una noción, la de “manifestamente mal fundada” que viene desarrollada y aclarada en la *Practical Guide on Admissibility Criteria* editada por el propio Tribunal de Estrasburgo³⁸. Tal como añade el numeral 4 del artículo 35.3.a), el Tribunal, que actúa de oficio y –recordemos- está compelido a ello, podrá proceder a la declaración de inadmisión en cualquier fase del procedimiento³⁹.

B) El Tribunal Internacional de Justicia

15. Por su parte, en segundo lugar, a pesar de carecer de una norma expresa -en su Estatuto o en su Reglamento- en relación con la desestimación temprana de las demandas, y aunque no pueda hablarse de una práctica unidireccional o taxativa en tal sentido⁴⁰, el Tribunal Internacional de Justicia ha afirmado, en materia de medidas cautelares⁴¹, que “(w)ithin a system of consensual jurisdiction, to maintain on the General List a case upon which it appears certain that the Court will not be able to adjudicate on the merits would most assuredly not contribute to the sound administration of justice”⁴².

16. De hecho, Sir Gerald Fitzmaurice, en su Opinión en el asunto Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom) al referir al procedimiento existente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “In the general international legal field there is nothing corresponding to the procedures found under most national systems of law, for eliminating at a relatively early stage, before they reach the court which would otherwise hear and decide them, claims that are considered to be objectionable or not entertainable or some a priori ground”⁴³. Y es, precisamente, esta ausencia “of any corresponding ‘filter’” lo que, en su opinión, hace “necessary to regard a right to take similar action, on similar grounds, as being part of the inherent powers or jurisdiction of the Court”⁴⁴.

17. No existe, empero, ningún caso en que se haya producido la desestimación por ausencia de fundamentos legales de la demanda planteada, y el debate ha quedado reducido al ámbito de la carencia de competencia para conocer de la disputa⁴⁵. En tal sentido, por ejemplo, en su Orden sobre medidas cautelares de 10 de julio de 2002, en el asunto Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), el Tribunal admite que “in the absence of manifest lack of jurisdiction, the Court cannot grant Rwanda’s request that the case be removed from the List”⁴⁶. Sin embargo, en su posterior Sentencia, de 3 de febrero de 2006, sobre la competencia del Tribunal y la admisibilidad de la solicitud, procede a desarrollar esta postura, afirmando que el Tribunal tan solo adoptará una posición sobre su competencia en relación con las solicitudes de medidas cautelares si aprecia una “manifest lack of jurisdiction”. Añadiendo que, en este supuesto, el tribunal “observes that, given the urgency which, ex hypothesi, characterizes the consideration of requests for the indication of provisional measures, it does not normally at that stage take a definitive decision on its jurisdiction. It does so only

³⁸ COUNCIL OF EUROPE: *European Court of Human Rights. Practical Guide on Admissibility Criteria*, Estrasburgo, 2021, pp. 71-77 (disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf)

³⁹ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 140-141. Igualmente, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2.

⁴⁰ Al respecto, CH. TOMUSCHAT, “Article 36”, en A. ZIMMERMAN y CH.J. TAMS (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, Oxford, OUP, 3ª ed., 2019, nº. 143.

⁴¹ Nótese, J.J. QUINTANA, *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 745.

⁴² Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Provisional Measures, Order of 2.6.1999, *ICJ Rep* 1999, p. 925, nº. 29. En el mismo sentido, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2.6.1999, *ICJ Rep* 1999, p. 773, nº. 35). En relación con estos supuestos, vid. J.J. QUINTANA, *Litigation*, *cit.*, p. 743.

⁴³ Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Judgment of 2.12.1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ICJ Rep* 1963, p. 106.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁴⁵ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, p. 142.

⁴⁶ Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10.7.2002, *ICJ Rep* 2002, p. 249, nº. 91.

*if it is apparent from the outset that there is no basis on which jurisdiction could lie, and that it therefore cannot entertain the case. Where the Court finds such a manifest lack of jurisdiction, considerations of the sound administration of justice dictate that it removes the case in question from the List ...)*⁴⁷.

C) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

18. Junto a estos dos ejemplos, también se encuentra una admisión aislada de la capacidad del órgano jurisdiccional de declararse incompetente en los estadios iniciales del caso -esta vez de oficio o a instancia de parte- en el artículo 294 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982⁴⁸, que afirma, en su apartado 1, que “*Cualquier corte o tribunal mencionado en el artículo 287 ante el que se entable una demanda en relación con una de las controversias a que se refiere el artículo 297*⁴⁹ *resolverá a petición de cualquiera de las partes, o podrá resolver por iniciativa propia, si la acción intentada constituye una utilización abusiva de los medios procesales o si, en principio, está suficientemente fundada*”⁵⁰.

2. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI como paradigma

19. Sin embargo, como decimos, el ejemplo paradigmático de la admisión de la figura de la desestimación temprana de la demanda -“*early dismissal*”-, y el que ha contado con una mayor visibilidad e impacto en el plano arbitral, es la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La primera en admitirla, en 2006, en el ámbito específico del arbitraje de inversiones, un sector -recordemos- dotado de una especial naturaleza y complejidad, y sometido a crecientes críticas y desarrollos⁵¹.

A) La práctica arbitral del CIADI previa a 2006, en la que se sustenta el modelo

20. Hasta 2006, año de la última revisión de las Reglas de Arbitraje de la CIADI⁵², el apartado 2 de la Regla 41.2 de éstas, intitulada “*Excepciones a la jurisdicción*”, se limitaba a reconocer al tribunal

⁴⁷ “*Where, on the other hand, the Court is unable to conclude that it manifestly lacks jurisdiction, it retains the case on the List and reserves the right subsequently to consider further the question of jurisdiction, making it clear, as it did in its Order of 10 July 2002, that ‘the findings reached by [it] in the present proceedings in no way prejudge the question of [its] jurisdiction . . . to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves’ . . . The fact that in its Order of 10 July 2002 the Court did not conclude that it manifestly lacked jurisdiction cannot therefore amount to an acknowledgment that it has jurisdiction. On the contrary, from the outset the Court had serious doubts regarding its jurisdiction to entertain the DRC’s Application, for in that same Order it justified its refusal to indicate provisional measures by the lack of prima facie jurisdiction. In declining Rwanda’s request to remove the case from the List, the Court simply reserved the right fully to examine further the issue of its jurisdiction at a later stage*”. ICJ. Rep 2006, pp. 20-21, n.º. 25.

⁴⁸ BOE de 14.2.1997.

⁴⁹ En el que se reconoce a las partes la posibilidad de referir a “*c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII*” o a “*d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican*” (art. 297.1.c) y d)).

⁵⁰ Añadiendo el precepto que “*Cuando la corte o tribunal resuelva que la acción intentada constituye una utilización abusiva de los medios procesales o carece en principio de fundamento, cesará sus actuaciones*”. Todo ello, como afirma el ap. 3 de este art. 294, sin que nada de lo dispuesto en el artículo pueda afectar “*al derecho de las partes en una controversia a formular excepciones preliminares conforme a las normas procesales aplicables*”. Al respecto, considérese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “*F frivolous Claims*”, *cit.*, p. 143-145; Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “*F frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 140-141; CH. CAHER y J. LIM, “*Summary Disposition*”, *cit.*, p. 2.

⁵¹ Al respecto, nótese E. DE BRABANDERE, “*The ICSID*”, *cit.*, pp. 23-24 y 26-27.

⁵² Sobre las anteriores reformas de las Reglas, vid. A.R. PARRA, “*The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n.º. 1, 2007, pp. 59-65 y p. 65 y ss. respecto de la reforma de 2006. Con relación, específicamente, a la reforma de 2006 y su génesis, nótese, A. 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, 2006, pp. 429-430. Las Reglas se encuentran de nuevo sometidas a un proceso de reforma. Al respecto, vid. ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules*, ICSID Working Paper #4, vol. 1, february 2020.

la posibilidad de “*considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia*”⁵³. El precepto se vinculaba –y se sigue vinculando– al mandato del artículo 36.3 del Convenio CIADI, que atribuye al Secretario General la tarea de registrar la solicitud “*salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*”; procediendo a notificar inmediatamente a las partes el registro de la solicitud o su denegación⁵⁴.

21. En consonancia con el tenor del apuntado artículo 36.3 del Convenio, este poder se constriñe materialmente a la dimensión competencial del Centro, excluyendo cualquier referencia al específico contenido de la acción⁵⁵. Ello se traducía en la incapacidad de la Secretaría de confrontar solicitudes de arbitraje que, si bien quedaban sometidas a su jurisdicción, resultaban manifiestamente carentes de fundamento legal⁵⁶: “*patently unmeritorious claims*”, “*frivolous as to the merits*”⁵⁷... En consecuencia, la solicitud debía ser registrada⁵⁸, y las partes invitadas a proceder al nombramiento del tribunal⁵⁹.

22. Una situación objeto de críticas acerbas por parte de diversos Estados demandados en el marco del CIADI⁶⁰ que no fue ajena a la práctica arbitral desarrollada en su seno hasta 2006. De esta suerte, con anterioridad a la reforma de la Regla 41 en ese año, y a la consiguiente incorporación de su párrafo 5 da una respuesta específica a la cuestión, algunos tribunales hicieron frente a solicitudes formuladas por las partes en tal sentido⁶¹. Así ocurrió, por ejemplo, en primer lugar, en el supuesto *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*⁶² referido al artículo 36.3 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones suscrito en su día por España y El Salvador, en el que se suscitaba la naturaleza de la inversión realizada, y su potencial incardinación en el ámbito de aplicación del referido APPRI⁶³.

23. En su fallo, el tribunal apunta la presencia de tres principios fundamentales que deben guiar su tarea a la hora de concretar su aproximación a esta cuestión: “*a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción; b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y c) La interpretación según el principio de buena fe*”⁶⁴. A partir de ello considera que la intervención desarrollada por la empresa española en El Salvador “*fue realizada en contravención al principio de buena fe*”⁶⁵. Añadiendo que no sólo no realizó la inversión de conformidad con la legislación salvadoreña, algo que exigía el APPRI para ser susceptible de aplicación⁶⁶, sino que, al falsear ciertos hechos, “*violó el principio de buena fe, desde el momento en que hizo su inversión*”. Todo ello le condujo a declarar su

⁵³ Permitiendo su apartado 1 a las partes oponer “*lo antes posible*” y siempre antes del vencimiento del plazo fijado en las Reglas para la presentación del memorial de contestación, o de la réplica, en su caso “*a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción*”.

⁵⁴ En relación con el precepto y su funcionamiento, vid. S. PUIG y CH. BROWN, “The Secretary-General’s Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, *ICSID Review*, vol. 27, n.º 1, 2012, p. 174 y ss.

⁵⁵ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rule”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, 2011, p. 228.

⁵⁶ J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, p. 236.

⁵⁷ A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

⁵⁸ ICSID, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Background paper, ICSID, Washington, October 2004, pp. 6-7, n.º 9.

⁵⁹ A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 438.

⁶⁰ Al respecto, vid. A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

⁶¹ Decidiendo al respecto, en el curso del procedimiento arbitral, con base en ciertos principios como el de la “buena fe” o la prevención del “abuso de proceso”, habituales en la práctica arbitral en materia de inversiones. Vid. E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 24 y 28-30 en relación con la práctica del CIADI en la materia con anterioridad a 2006.

⁶² *Inceysa Vallisoletana*, caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2.8.2006, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf

⁶³ La solicitud de arbitraje, transmitida al CIADI con fecha 21.7.2003, fue registrado por éste el 10.10 de ese mismo año. Vid. *Inceysa Vallisoletana*, laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 4, n.º 1 y p. 5, n.º 4, respectivamente.

⁶⁴ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 52, n.º 175.

⁶⁵ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 71, n.º 234.

⁶⁶ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo o, de 2.8.2006, *cit.*, p. 60, n.º 195; p. 63, n.º 203 o p. 64, n.º 207.

incompetencia: “*Ante esta situación este Tribunal no puede sino declarar su incompetencia para conocer del reclamo de Inceysa, pues su inversión no puede gozar de la protección del APPRI, por haberlo dispuesto así las partes en la etapa de negociación y en el otorgamiento de ese acuerdo*”⁶⁷.

24. Una situación en esta misma línea se planteó, a su vez, en el asunto Phoenix Action Ltd v. Czech Republic⁶⁸, un caso referido al APPRI entre Israel y la República Checa, y en el que éste último Estado alegó, entre otros extremos, que “*The Tribunal has no jurisdiction ratione temporis over Phoenix’s claims arising prior to 26 December 2002*”⁶⁹. El tribunal arbitral asume como premisa que “*The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments*”⁷⁰. Y, en consonancia con ello, afirma la imposibilidad de ofrecer “*access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith*”⁷¹.

25. El tribunal admite que “*is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID.*” Reiterando que la cuestión de fondo planteada es la de prevenir abusos del sistema, y que “*only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected*”⁷². En tal sentido, concluye que “*the whole “investment” was an artificial transaction to gain access to ICSID*”⁷³, y que la iniciación y continuación del arbitraje por parte del demandante constituía “*an abuse of the system of international ICSID investment arbitration*”⁷⁴. Y, consecuentemente, procede a declarar su incompetencia, apuntando que el “*Tribunal lacks jurisdiction over the Claimant’s request, as the Tribunal concludes that the Claimant’s purported investment does not qualify as a protected investment under the Washington Convention and the Israeli/Czech BIT*”⁷⁵.

26. Similar discusión subyace, por último, en el asunto Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey⁷⁶, relativo al Tratado de la Carta de la Energía, y cuyo laudo se dictó el 13 de agosto de 2009⁷⁷. En este caso ambas partes alegaron la incompetencia del tribunal arbitral, aunque con base en diferentes motivos⁷⁸. Éste, tras analizar las distintas alegaciones formuladas, llega a la conclusión de la inexistencia de inversión alguna y, por lo tanto, declara su incompetencia, diciendo que “*since the Claimant has failed to establish that it had an investment in Turkey at the relevant time, the claim of Europe Cement must be dismissed for lack of jurisdiction*”⁷⁹.

⁶⁷ Inceysa Vallisoletana, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 72, n.º. 239. Concluyéndose que el “*Centro no tiene jurisdicción para conocer de las diferencias que se han planteado, derivadas del Contrato celebrado entre El Salvador e Inceysa, y el Tribunal de Arbitraje carece de competencia para resolver esas diferencias*”, *Ibid.*, p. 102, n.º. 337).

⁶⁸ Phoenix Action Ltd, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15.4.2009, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

⁶⁹ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 13, n.º. 35. La solicitud de arbitraje se remitió al CIADI con fecha 15.2.2004. Desde la Secretaría se procedió a solicitar en sucesivas ocasiones informaciones adicionales a la demandante (*Ibid.*, p. 1 a 3, nn.º. 1 a 7), procediéndose finalmente al registro el 23.3.2006 (*Ibid.*, p. 3, n.º. 9), más de dos años después. El laudo fue dictado el 15.4.2009, poco más de tres años después de dicho registro.

⁷⁰ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 39, n.º. 100.

⁷¹ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 42, n.º. 106.

⁷² Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 44, n.º. 113.

⁷³ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 56, n.º. 143.

⁷⁴ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 56, n.º. 144.

⁷⁵ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 57, n.º. 145.

⁷⁶ Europe Cement Investment, caso CIADI, No. ARB(AF)/07/2, Laudo de 13.8.2009, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>

⁷⁷ Dos años y medio después del Registro de la solicitud de arbitraje por el Secretario General del CIADI (el 6.3.2007. Vid. Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 2, n.º. 1), y escasos meses después del laudo en Phoenix Action Ltd.

⁷⁸ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 24, n.º. 139.

⁷⁹ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 25, n.º. 145.

27. Más aún, el tribunal, ante la solicitud del demandado -“*to go further than this*”⁸⁰- asume que cualquier “*conduct that involves fraud and an abuse of process deserves condemnation*”⁸¹. Y eso, dice, es justo lo que ocurre en esta ocasión⁸². Como consecuencia de lo anterior, el tribunal procede a imponer las costas a la demandante, en un intento de compensar al demandado por haber tenido que litigar sin que hubiera razón para ello, y como forma de desalentar a futuros posibles émulos. En tal sentido apunta que: “*In the circumstances of this case, where the Tribunal has reached the conclusion that the claim to jurisdiction is based on an assertion of ownership which the evidence suggests was fraudulent, an award to the Respondent of full costs will go some way towards compensating the Respondent for having to defend a claim that had no jurisdictional basis and discourage others from pursuing such unmeritorious claims*”⁸³.

28. La argumentación desarrollada por los diversos tribunales arbitrales hasta 2006 favoreció la idea de la existencia, en el marco del CIADI, y en línea con lo ocurrido en relación con la referida práctica del Tribunal Internacional de Justicia, de unos presuntos poderes “implicitos” al tribunal arbitral para desestimar la demanda presentada en ciertos casos, más allá de su mera declaración de incompetencia⁸⁴.

29. La percepción de la existencia del problema y de su trascendencia. Unido a la prevención de los tribunales a concluir el proceso arbitral en su inicio sin contar con una autorización explícita en tal sentido “for fear of (unwittingly) affecting the claimant’s right to be heard”⁸⁵, así como al limitado carácter del artículo 36.3 del Convenio CIADI que “does not extend to the merits of the dispute or to cases where jurisdiction is merely doubtful but not manifestly lacking”⁸⁶, justificó la elaboración de dos documentos sobre los que se articulará la reforma de las Reglas de Arbitraje en abril de 2006: el *Background Paper* intitolado *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de octubre de 2004⁸⁷, y el posterior *Working Paper* de 2005, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, de 2005⁸⁸.

30. En ellos se apunta la conveniencia de introducir un nuevo párrafo 5 en la Regla, en el que se explicita que el tribunal “may at an early stage of the proceeding be asked on an expedited basis to dismiss all or part of a claim on the merits”⁸⁹. Y ello, con el doble objetivo de limitar costes en futuros arbitrajes por demandas calificables de frívolas, como de evitar el desprestigio del sistema de resolución de controversias en materia de inversiones que ellas pueden generar⁹⁰.

⁸⁰ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 25, n.º. 146.

⁸¹ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 31, n.º. 180.

⁸² “*In the present case, the Tribunal has concluded that the claim to ownership of shares in CEAS and Kepez was based on documents that on examination appear to have been back-dated and thus fraudulent. Since the Claimant either had no original documents to produce or no intention of producing original documents because they would not withstand forensic examination, the continual requests for extensions of time for over a five-month period could only be seen as a cynical attempt to postpone the inevitable, further contributing to the abuse of process*” (Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 31, n.º. 180).

⁸³ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 32, n.º. 185.

⁸⁴ Al respecto, vid. M. PAPANIKOLAOU, “Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So”, en I. LAIRD y T. WEILER (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 5, Huntington, Juris Publishing, 2012 (reproducida en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876705, a la que nos referimos en el presente texto), p. 18 y ss. Igualmente, T. CANTELMO, “The Inherent Power of Reconsideration in Recent ICSID Case Law”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, 2017, p. 256.

⁸⁵ A. YEO y K.S. YEN, “Objections of Manifest Lack of Legal Merit of Claims: ICSID Arbitration Rules 41(5)”, BARTON LEGUM (Ed.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research Ltd., 5ª ed., 2020, p. 73.

⁸⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, Working Paper of the ICSID Secretariat, 12.5.2005.

⁸⁷ Cit. nota 58 *supra*.

⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7. En relación con ambos documentos, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, pp. 438-439.

⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7.

⁹⁰ K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims”, *cit.*, pp. 14-19.

B) La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI

31. Con la reforma de 2006⁹¹, y junto con otros cambios⁹², se incorpora el actual apartado 5 de la Regla 41 en las Reglas de Arbitraje de la CIADI. En él se explicita que, salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, “una parte⁹³ 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”⁹⁴, quedando tal parte obligada a “especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción”⁹⁵. El cambio propuesto, y que a diferencia de lo que se observó al abordar la realidad de distintos tribunales internacionales, es siempre a instancia de parte, se entiende “helpful in addressing any concerns about the limited screening power of the Secretary-General”⁹⁶.

32. La solución, que se reproduce de forma mimética en el artículo 45.6 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁹⁷, debe ponerse en contacto con el tenor de la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, que exige al tribunal arbitral celebrar su primera sesión “a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo”. Como se apunta en Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan (en adelante, Lotus), “The timing is significant”⁹⁸. Y la práctica arbitral en relación con la Regla 45.1 deja claro que estas dos reglas -30 y 60 días- deben interpretarse de forma conjunta, y son cumulativas⁹⁹.

33. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI busca dotar de flexibilidad al sistema del CIADI¹⁰⁰. A la vez que explicita que el tribunal puede verse confrontado en un momento temprano del proceso arbitral con la exigencia de decidir de manera expedita la desestimación de una -o parte de la- demanda por “manifiesta falta de mérito jurídico”, y que cuenta con capacidad para ello¹⁰¹. Frente a cualquier potencial duda, se deja claro que se trata de una potestad discrecional del tribunal arbitral ante una solicitud de las partes¹⁰², que conduce a que “the claim set out in the request for arbitration proceeds no further”¹⁰³.

⁹¹ Sobre el proceso de reforma del modelo, vid. E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 32-33; A. DIOP, “Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, n.º. 2, 2010, p. 313 y ss.

⁹² CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 229-230.

⁹³ En relación con quien, en la práctica, va a plantear la excepción, vid. T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 40-41.

⁹⁴ Considérese respecto del cómputo de los plazos, el *Award on the Respondent’s Application under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* dictado en relación con el asunto Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait (en adelante, Almasryia), Caso CIADI No. ARB/18/2, *Award on the Respondent’s Application under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* de 1.11.2019, p. 10, n.º. 25 (disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11114_0.pdf). Con un voto particular de la misma fecha, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11115_0.pdf. Con relación a los plazos y al procedimiento a seguir, vid. A. DIOP, “Objection”, *cit.*, pp. 331-332 o T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 42-44.

⁹⁵ Y que se acompaña del mandato del art. 41.3, que atribuye al Tribunal, en aquellas ocasiones en que se haya opuesto una excepción relativa a la diferencia, capacidad para suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. Sobre la práctica de este precepto, vid., L. MARKERT, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, vol. 31, n.º. 3, 2016, p. 698.

⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7.

⁹⁷ Con la única excepción que la referencia al ap. 1 del art. 41 de las Reglas, se convierte en una mención al ap. 2 del art. 45 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En relación con este precepto, nótese Lion Mexico Consolidated LP v. United Mexican States, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection under Article 45(6) of the ICSID Arbitration (AF) Rules*, de 12.12.2016, en el que con claridad se apunta que “El Artículo 45(6) del Reglamento de Arbitraje MC contiene efectivamente el mismo lenguaje que la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Por ende, el Tribunal busca orientación, en cuanto al estándar aplicable, en la jurisprudencia desarrollada en la interpretación del Art. 45(6)” (p. 11, n.º. 56, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8971.pdf>)

⁹⁸ Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan, Caso CIADI No. ARB/17/30, laudo de 6.4.2020, p. 39, n.º. 156, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11411.pdf>

⁹⁹ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 695; A. YEO y K.S. YEN, “Objections”, *cit.*, p. 79.

¹⁰⁰ Generando lo que, gráficamente, ha sido calificado como un “harmonious continuum with Article 36(3)” del Convenio CIADI (A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 318, el autor aborda la relación entre ambos preceptos en las pp. 319-321).

¹⁰¹ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 228.

¹⁰² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 8.

¹⁰³ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 39, n.º. 158.

Aunque la palabra “eficiencia” no aparece mencionada en el precepto, subyace con claridad en la solución diseñada. Como la propia práctica arbitral reconoce, “*one obvious purpose of Rule 41(5) is to allow claims that are plainly legally bad to be disposed of quickly, and at an early stage; and it is difficult to see how it could be described as efficient to allow a claim that is manifestly without legal merit to go forward, even if it is based on facts which are also relied in relation to other, more meritorious, claims*”¹⁰⁴.

34. La reforma de las Reglas de Arbitraje de la CIADI, en abril de 2006, ofrece a las partes la formulación de hasta tres posibles objeciones preliminares¹⁰⁵:

- 1) Una primera, la tradicional, recogida en la Regla 41.1 de las Reglas, que les permite excepcionar que la diferencia, o una demanda subordinada, queda fuera de la jurisdicción del CIADI. O que, por cualquier otra razón, no es de la competencia del tribunal arbitral, compe-liéndoles, eso sí, a oponerla “*lo antes posible*”.
- 2) Junto a ello, y al amparo del apartado 5 de la Regla 41, se diseñan “two sorts of expedited objections”¹⁰⁶. Las partes tienen, así, y ese sería el objetivo principal de la Regla, la posibilidad de excepcionar la ausencia de fundamento jurídico –“*mérito jurídico*”- de la demanda. Permitiendo al tribunal, en consecuencia, rechazar de manera temprana aquellas “frivolous” o “patently unmeritorious claims”¹⁰⁷ que han sido objeto de registro, al no reunirse las condiciones fijadas para su rechazo en el artículo 36.3 del Convenio CIADI¹⁰⁸, tal como ocurre, por ejemplo, en *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*¹⁰⁹. Junto a ello, y aunque no aparezca explícitamente recogida en el tenor del precepto, se les abre la puerta a excepcionar la falta de competencia del tribunal en los supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 36.3 del Convenio, al no restar la diferencia “*manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*”¹¹⁰.

35. La Regla 41.5 apunta que 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*”¹¹¹, notificarles su decisión. Añadiendo el apartado 6 de la Regla 41 que, si finalmente el Tribunal decidiera “*que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto*”. La decisión del tribunal lo será, en todo caso, añade la Regla 41.5, sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al apartado 1 de la propia Regla 41¹¹². O a alegar, en el curso del procedimiento, que una reclamación carece de mérito jurídico¹¹³.

¹⁰⁴ Fengzhen Min v. Republic of Korea, Caso CIADI No. ARB/20/26, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, de 18.6.2021, p. 24, n.º 73, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-feng-zhen-min-v-republic-of-korea-thursday-30th-july-2020#decision_11821

¹⁰⁵ Al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439; L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 698-699.

¹⁰⁶ A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439.

¹⁰⁷ A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

¹⁰⁸ “A respondent might for example challenge, in an expedited manner, the temporal application of a treaty in which consent to ICSID arbitration is given; or could object that the claimant had waived its right in writing to bring the case before an arbitral tribunal” (A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439).

¹⁰⁹ *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China* (en adelante *Ansung*), Caso CIADI No. ARB/14/25, Laudo de 9.3.2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8538.pdf>. El Tribunal, al confrontar esta situación, señala que “*Registration follows the Secretary-General’s early screening process, at which point she bases her registration decision only “on the basis of the information contained in the request.” If registration were to vouch for the manifest legal merit of a request for arbitration, Rule 41(5) would never lead to early resolution and would serve no purpose*” (p. 20, n.º 72).

¹¹⁰ E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 33.

¹¹¹ Sobre el significado de esta expresión en la práctica CIADI en la materia, vid. L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 697.

¹¹² Regla 41. Excepciones preliminares: “(1) *Toda excepción 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, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.*”

¹¹³ En relación con la propuesta de reforma de la Regla 41.5, vid. T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 54.

C) La aplicación práctica de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI

36. Si bien la filosofía de la Regla 41.5 de las Reglas es clara, al permitir a las partes, en los términos fijados por el propio precepto, formular una excepción ante el tribunal arbitral solicitando la desestimación temprana de una demanda, con base en su manifiesta carencia de mérito jurídico. Lo cierto es que el texto de la Regla recoge algunos términos genéricos susceptibles de ser objeto de aproximaciones plurales que, amén de plantear ciertas dudas sobre su exacto significado, inciden directamente en la delimitación de su específico ámbito de aplicación: “*manifiestamente*” o “*mérito jurídico*” son dos de ellos.

37. La práctica del modelo ha sido extensa, pero sí muy rica a la hora de abordar su significado. A fecha de octubre de 2021, y de acuerdo con las estadísticas de la propia CIADI¹¹⁴, la excepción se ha planteado en 40 ocasiones, un 5,3% de los 754 procedimientos de arbitraje –y anulación- registrados desde que se aprobó la Regla 41.5, en 2006¹¹⁵. De ellas, sólo en 11 ocasiones se ha procedido a su estimación, bien de forma total o parcial: 1 en 2008, 2 en 2010, 2 en 2013, 1 en 2017, 2 en 2019, 1 en 2020 y 2 en 2021¹¹⁶.

- 1) En siete ocasiones la excepción ha sido estimada de forma plena. Se trata de los asuntos *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, en 2010¹¹⁷; *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada*, en 2010¹¹⁸; *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*, en 2017¹¹⁹; *Edenred SA v. Hungary*, en 2019¹²⁰; *Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait*, en 2019¹²¹; *Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, en 2020¹²², e *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain – Revision*¹²³, en 2021.
- 2) Y, en otras cuatro ocasiones, la estimación ha sido parcial. En concreto en los asuntos *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, en 2008¹²⁴; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereske-*

¹¹⁴ Disponibles en <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit>. Considérese al respecto, B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis of ICSID’s Rule 41(5) on Its Tenth Anniversary”, *Dispute Resolution International*, vol. 13, n.º 1, 2019, pp. 10-16, con unas tablas especialmente ilustrativas en pp. 17 y 19.

¹¹⁵ ICSID: *ICSID’s Experience with Objections that a Claim Manifestly Lacks Legal Merit (Data as of March 10, 2021)*, p. 1, n.º 4, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/manifest_lack_of_legal_merit_procedure_under_the_icsid_rules.pdf

¹¹⁶ Un amplio análisis de la práctica arbitral que ha rechazado la estimación de la excepción se encuentra en, T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 46-49.

¹¹⁷ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (en adelante, *Global Trading*), Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo de 1.12.2010, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0379.pdf>. Considérese, en relación con este supuesto, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 242-246.

¹¹⁸ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada* (en adelante *Rachel S. Grynberg*), Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo de 10.12.2010, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0726.pdf>. Un análisis del supuesto se encuentra en, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 246-250 o E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 40-42.

¹¹⁹ *Cit. nota 109 supra*.

¹²⁰ *Edenred SA v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/13/21-Revision, *Decision on revision*, de 7.2.2019, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-edenred-s-a-v-hungary-decision-on-revision-thursday-7th-february-2019#decision_4558

¹²¹ *Cit. nota 94 supra*.

¹²² *Cit. nota 98 supra*.

¹²³ *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain* (en adelante *InfraRed*), Caso CIADI Case No. ARB/14/12, *Decision on Claimants’ Objection under ICSID Rule 41(5) to Respondent’s Application for Revision*, de 8.3.2021, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-infrared-environmental-infrastructure-gp-limited-and-others-v-kingdom-of-spain-revision-proceeding-thursday-30th-july-2020#decision_11802

¹²⁴ *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (en adelante *Trans-Global*), Caso CIADI No. ARB/07/25, *The Tribunal’s Decision on the Respondent’s Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, de 12.5.2008, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0872.pdf>. En relación con este supuesto, nótese, entre otros, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 234-239 o E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 34-37.

delmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary, en 2013¹²⁵; Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary, en 2013¹²⁶ y Fengzhen Min v. Republic of Korea, en 2021¹²⁷.

38. Significativamente, la Regla 41.5 ha sido también alegada en el ámbito específico de la acción de anulación de los eventuales laudos dictados¹²⁸. Así ha ocurrido, por ejemplo, en *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras*¹²⁹, en el que se desestima la solicitud formulada, o en *InfraRed*, en el que, por el contrario, y como ya ha sido señalado, fue estimada de forma plena.

39. La alegación de la Regla en el ámbito de la acción de anulación plantea problemas singulares, debido al momento y circunstancias en que se formula. En tal sentido, y como ocurre en *Elsamex* se destaca el mayor nivel de información con que cuenta el Comité a la hora de valorar su eventual aplicación: “*un comité ad hoc tiene más información a su disposición comparado con un tribunal original. Ello se debe a que dispone del laudo original que, en principio, habrá resuelto o tratado todos los asuntos jurisdiccionales y de fondo. Este laudo servirá al comité ad hoc como referencia para su apreciación de los argumentos presentados bajo la excepción de la Regla 41(5)*”¹³⁰. Ello, sin embargo, se añade, “*no afecta el hecho que la dificultad o complejidad de fallar bajo la Regla 41(5) estará unida a los hechos y circunstancias específicas de cada procedimiento de anulación*”¹³¹. Y al dato de que, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento original de arbitraje, a los efectos de la aplicación de la Regla 41.5, “*la anulación constituye una instancia final en un arbitraje CIADI. No hay otros recursos disponibles contra la decisión de un comité ad hoc que rechace o acepte una petición de anulación, sea que se haya emitido bajo la Regla 41(5) o en el marco de un procedimiento completo*”¹³².

40. Todo lo anterior se traduce en la imposición al Comité de “*un estándar más elevado de convicción para poder acoger la excepción bajo la Regla 41(5)*”¹³³. Una exigencia que se reitera en *InfraRed*¹³⁴. Y que, además, como se señala en este último supuesto, debe estimarse en relación con las cinco causales del artículo 52 del Convenio CIADI¹³⁵, dado que “*no puede acoger la excepción preliminar bajo la Regla 41(5) sin aplicar el Artículo 52*”¹³⁶. En todo caso, y como señala *InfraRed*, la parte que se ampara en la Regla “*must establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The complexity of the claim impugned and of the legal issues associated with that claim are not reasons*

¹²⁵ *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/2, *Decision on Respondent's Objection Under ICSID Arbitration Rule 41(5)*, de 11.3.2013, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1239_0.pdf

¹²⁶ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/3, *Decision on Respondent's Objection under Arbitration Rule 41(5)*, de 16.1.2013, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1292.pdf>

¹²⁷ *Cit. nota 104 supra*.

¹²⁸ Condiérese al respecto, A. YEO y K.S. YEN, “*Objections*”, *cit.*, p. 76 o I. UCHKUNOVA, “*Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules: The Sleeping Beauty of the ICSID system*”, *Kluwer Arbitration Blog*, 27.6.2014, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/27/rule-415-of-the-icsid-arbitration-rules-the-sleeping-beauty-of-the-icsid-system/>

¹²⁹ *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras (en adelante Elsamex)*, Caso CIADI No. ARB/09/4, *Laudo* de 16.11.2012, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1291.pdf>

¹³⁰ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 35, n.º. 122.

¹³¹ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, pp. 35 y 36, n.º. 122.

¹³² *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º. 123.

¹³³ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º. 125.

¹³⁴ *InfraRed*, *Decision*, de 8.3.2021, *cit.*, p. 10, n.º. 53.

¹³⁵ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º. 126 y ss.

¹³⁶ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 37, n.º. 129. Todo lo anterior supone, en última instancia, que se asuma que “*las condiciones para aceptar la excepción preliminar bajo la Regla 41(5) están dadas si se invocan causales distintas de aquellas nombradas en el Artículo 52 del Convenio del CIADI, o si el comité ad hoc, sin necesidad de presentaciones adicionales de las partes más allá de aquellas previstas bajo la Regla 41(5), llega a la convicción que los motivos invocados para la anulación exceden manifiestamente el ámbito de las causales señaladas en el Artículo 52, por ejemplo, cuando el procedimiento de anulación claramente se usa para presentar una apelación o, una vez más, si es manifiesto que carecen de sustento legal aunque sus elementos fácticos se presumieran válidos*” (*Ibid.*, p. 38, n.º. 131).

*per se to dismiss the objection, but the objecting party will only prevail if the absence of legal merit is clear and obvious*¹³⁷. Algo que en este supuesto se estimó que, efectivamente, ocurría.

41. La práctica arbitral en relación con la Regla 41.5 ha aportado algunas claves relevantes sobre el significado de la Regla, y sobre su puesta en práctica, singularizando diversos rasgos que caracterizan al modelo en ella diseñado.

a) La Regla 41.5 cuenta con una naturaleza subsidiaria

42. En primer lugar, se dice, estamos ante un modelo de naturaleza subsidiaria. La frase inicial del precepto –“*Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares*”– apoya tal condición. Esto significa que, de existir una norma específica en la materia que vincule a las partes –por ejemplo, un potencial APPRI–, ésta última prevalecerá sobre la Regla 45.1.

43. No se trata de una opción en abstracto. Existen ejemplos de ello. Así, por ejemplo, el APPRI tipo de los Estados Unidos, de 2012¹³⁸, incorpora en su artículo 28.4 y 5 una cláusula en tal sentido, que se reproduce en muchos de los APPRIs concluidos por este país¹³⁹. Ello ocurre en el artículo 10.19.4 del Acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y Chile, de 2003¹⁴⁰, o en los artículos 10.20.4 y 10.20.5 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-DR)¹⁴¹, en los que se diseña “*otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares*”, tal como prevé la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI¹⁴².

44. De hecho, la práctica en relación con estos APPRIs es relativamente amplia. Así, por ejemplo, en la *Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5*, dictada el 2 de agosto de 2010, en el marco del asunto Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador¹⁴³, el Tribunal manifiesta que “*is content to accept the Respondents submissions on the application to these ICSID proceedings of CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5 as an expedited procedure*”¹⁴⁴. Y, en línea con lo apuntado por el demandado, acepta que el “*CAFTA Article 10.16.5 makes clear that CAFTA provisions pre-empt any different provision in the ICSID Arbitration Rules. Therefore, so the Respondent concludes, the Parties to this arbitration have agreed to use the CAFTA expedited procedure for preliminary objections, to the exclusion of ICSID Arbitration Rule 41(5); and the Parties' agreement extends to all claims made by the Claimant in these ICSID arbitration proceedings*”¹⁴⁵.

¹³⁷ InfraRed, *Decision*, de 8.3.2021, *cit.*, p. 10, n.º. 54.

¹³⁸ Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>

¹³⁹ Al respecto, vid. A. DIOP, “*Objection*”, *cit.*, p. 315, nota 16.

¹⁴⁰ Disponible en: https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20070711/20070711153552/00_texto_completo_acuerdo_chile_eeuu.pdf

¹⁴¹ Disponible en: <https://www.comex.go.cr/tratados/cafta-dr/texto-del-tratado-1/>. Al respecto considérese M. POTESTÀ y M. SOBAT, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 159-162.

¹⁴² Al respecto, K. POLONSKAYA, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 24-26.

¹⁴³ Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador (en adelante Pac Rim Cayman, Caso CIADI No. ARB/09/12, *Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5*, de 2.8.2010. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0599.pdf> En relación con este supuesto, nótese A. YEO y K.S. YEN, “*Objections*”, *cit.*, pp. 77-78.

¹⁴⁴ Pac Rim Cayman, *Decision*, de 2.8.2010, *cit.*, p. 47, n.º. 85.

¹⁴⁵ Pac Rim Cayman, *Decision*, de 2.8.2010, *cit.*, p. 47, n.º. 85. Por su parte, si bien en la *Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5*, de 17.11.2008, en el asunto Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, Caso CIADI No. ARB/07/23, *Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5*, de 17.11.2008 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0701.pdf>), no se abordó específicamente la relación de la Regla 41.5 con las soluciones recogidas en el CAFTA, sí se avanza que “*the use of the expedited procedure as just an additional jurisdictional layer would hardly fit with the stated objective of CAFTA to create effective procedures for the resolution of disputes*” (*Ibid.*, p. 19, n.º. 44. Al respecto, nótese, CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, p. 251).

45. Mas no sólo los APPRI's concluidos por EEUU recogen la figura del *early dismissal*. Existen otros ejemplos. De hecho, también el reciente Acuerdo comercial celebrado entre la Unión Europea y Canadá –el denominado Acuerdo Económico y Comercial Global CETA, de 2017- incorpora dos preceptos sobre la desestimación temprana de las eventuales demandas. Así, el artículo 8.32 –rubricado “*Demandas manifiestamente carentes de valor jurídico*”- señala en su numeral 1 que, “*A más tardar en un plazo de treinta días a partir de la constitución de la división del tribunal y, en cualquier caso, antes de su primera sesión, el demandado podrá interponer la objeción de que una demanda carece manifiestamente de valor jurídico.*”

46. Esta regla, además, viene acompañada por el artículo 8.33, titulado “*Demandas infundadas como cuestión de Derecho*”, cuyo numeral 1 afirma que “*Sin perjuicio de la autoridad del tribunal de abordar otras objeciones como cuestión prejudicial o del derecho de un demandado a plantear tales objeciones en el momento adecuado, el tribunal abordará y resolverá como cuestión preliminar cualquier objeción por parte del demandado en el sentido de que, como cuestión de Derecho, una demanda, o cualquier parte de ella, presentada con arreglo al artículo 8.23 no es una demanda para la cual pueda dictarse un laudo favorable para el demandante con arreglo a la presente sección, aunque se haya supuesto que los hechos alegados son ciertos.*”

47. Significativamente, la solución recogida en el CETA va más allá de la presente en la Regla 41.5 de las Reglas de arbitraje CIADI, y no sólo refiere a las demandas que carecen manifiestamente de valor jurídico sino, también, a aquellas respecto de las que no resulte posible dictar un laudo favorable para el demandante¹⁴⁶.

48. Esta naturaleza subsidiaria de la Regla 41.5, que desaparece en la propuesta de reforma en la que está trabajando el CIADI¹⁴⁷, vendría igualmente manifestado en el hecho de que, como afirma la propia Regla, la decisión adoptada por el tribunal lo será sin perjuicio del derecho que acompaña a las partes a formular una excepción conforme a la Regla 41.1, o a oponer, en el curso del procedimiento, “*defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico*”¹⁴⁸.

b) La expresión “*mérito jurídico*” presente en la Regla 41.5 cubre, tanto la ausencia de fundamentos jurídicos de la reclamación, como la incompetencia del tribunal

49. Un segundo dato relevante refiere al ámbito material de aplicación del precepto. La doctrina aceptó desde un momento temprano que, a pesar de su tenor, que silencia cualquier referencia a “*competencia*”, el ámbito de aplicación de la Regla 41.5 abarca, tanto los supuestos de ausencia de fundamentos jurídicos de la acción ejercitada, como de falta de competencia del tribunal¹⁴⁹. Esta admisión del amplio ámbito de aplicación de la Regla 41.5 se reitera, igualmente, en la práctica arbitral¹⁵⁰, quedando ahora explicitada en la propuesta de reforma de la Regla en la que trabaja la CIADI¹⁵¹.

50. En tal sentido, si bien el precepto habla de “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*”, lo cierto es que “*mérito jurídico*” es interpretado de una manera muy amplia, abarcando tanto falta de fundamentación jurídica como de competencia del tribunal¹⁵². Así lo fue en su día, por ejemplo,

¹⁴⁶ K. POLONSKAYA, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 32-33.

¹⁴⁷ Al respecto, vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en, T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, p. 50.

¹⁴⁸ Como hemos apuntado, la doctrina entiende que las partes cuentan con la posibilidad de “*further raise (i) a “classic” objection to jurisdiction envisaged under Rule 41(1); (ii) the same objections raised during the expedited phase but which was not decided upon at that time; or (iii) any new objections regarding the merits of the case.*” (A. ANTONIETTI, “*The 2006 Amendments*”, *cit.*, p. 440).

¹⁴⁹ Vid. en tal sentido, A. ANTONIETTI, “*The 2006 Amendments*”, *cit.*, p. 440; T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, pp. 41-42.

¹⁵⁰ Al respecto, nótese, L. MARKERT, “*Summary*”, *cit.*, p. 699 y ss.

¹⁵¹ Vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en: T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, p. 51.

¹⁵² Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 12, n.º. 30.

en *Brandes Investment Partners LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*¹⁵³ en el que se explicita que, “*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*”¹⁵⁴.

51. De esta suerte, y frente a la valoración que realiza el demandante de la Regla 41.5, en Un análisis en profundidad del caso se encuentra en *Brandes* se explicita que ésta no sólo cubre las cuestiones sustantivas, sino que, también, incluye las relativas a la competencia del tribunal, apuntándose que “*la expresión ‘mérito jurídico’*” recogida en la Regla 41.5 “*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*”¹⁵⁵. En esta misma línea, los asuntos *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*¹⁵⁶ o *Ansung*¹⁵⁷, procederán, igualmente, a estimar la excepción formulada al amparo de la Regla 41.5 con base en la incompetencia, por distintas razones, del tribunal.

c) El Tribunal debe constatar la ausencia manifiesta de fundamentos jurídicos de la reclamación

52. Un tercer extremo abordado abundantemente por la práctica arbitral del CIADI, refiere al significado atribuible a la expresión “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*”, presente en la Regla 41.5. La Regla, se dice, “*tiene por objeto crear la posibilidad de desestimar en una etapa temprana los casos que son manifiestamente infundados*”¹⁵⁸. Se trataría, en suma, como se señala en *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*¹⁵⁹, de una disposición que “*is not intended to resolve novel, difficult or disputed legal issues, but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts*”¹⁶⁰.

¹⁵³ En el que, aun cuando procede a rechazar la excepción planteada al amparo de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, aporta algunas claves relevantes en relación con la interpretación del precepto: *Brandes Investment Partners LP v. Bolivarian Republic of Venezuela* (en adelante *Brandes*), Caso CIADI No. 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, de 2.2.2009. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0100.pdf>. En relación con este supuesto, vid. CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, pp. 239-242; E. DE BRABANDERE, “*The ICSID*”, *cit.*, pp. 37-39 o J. WONG y J. YACKEE, “*The 2006 Procedural*”, *cit.*, p. 238 y ss.

¹⁵⁴ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 8, n.º 52.

¹⁵⁵ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º 55.

¹⁵⁶ En su laudo, el tribunal arbitral considera que en el supuesto planteado se estaba haciendo referencia a “*pure commercial transactions that cannot on any interpretation be considered to constitute ‘investments’ within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention*” (*Global Trading, Laudo*, de 1.12.2010, *cit.*, p. 19, n.º 57). Y que, en consecuencia, “*the claims brought in the present arbitration by Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. against Ukraine are manifestly without legal merit, within the meaning of Article 41, paragraph (5) of the ICSID Arbitration Rules*” (*Ibid.*, p. 20, n.º 58).

¹⁵⁷ “*Where a respondent’s Rule 41(5) objection is concerned with a limitation period, as China’s is, a tribunal’s decision on such an objection constitutes a decision as contemplated by Rule 41(6) regarding a lack of jurisdiction of the Centre and of its own competence as well as regarding manifest lack of legal merit due to a lack of temporal jurisdiction. As set out below, this is the situation here*” (*Ansung, Laudo*, de 9.3.2017, *cit.*, p. 20, n.º 73). Igualmente, vid en este sentido, y en el mismo Laudo, p. 36, n.º 122 (“*Consequently, Ansung submitted its dispute to ICSID and made its claim for purposes of Article 9(3) and (7) of the Treaty after more than three years had elapsed from the date on which Ansung first acquired knowledge of loss or damage. The claim is time-barred and, as such, is manifestly without legal merit.*”) y p. 43, n.º 143 (“*Accepting the facts as pleaded by Claimant to be true, the Tribunal finds Ansung’s claim to be time-barred under Article 9(7) of the China-Korea BIT and not protected by operation of the MFN Clause in Article 3(3) of the Treaty. The Tribunal finds the claim hence to be manifestly without legal merit under ICSID Arbitration Rule 41(5).*”).

¹⁵⁸ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

¹⁵⁹ *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea* (en adelante *PNG*), Caso CIA-DI No. ARB/13/33, *Decision on Respondent’s Objections under Rule 41(5)*, de 28.10.2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4048.pdf>

¹⁶⁰ *PNG, Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º 88.

53. La Regla refiere a aquellas situaciones en que el tribunal llega a la conclusión de que la demanda va a ser inevitablemente desestimada; de ahí la conveniencia de hacerlo cuanto antes. Como se apunta en Lotus: “*The tribunal rules, in effect, that there is no point in proceeding with the claim because it cannot succeed: no matter what evidence is adduced, there is a fundamental flaw in the way that the claim is formulated that must inevitably lead to its dismissal. The inevitability of dismissal must be manifest. It must be obvious from the submissions of the parties that there is some unavoidable and indisputable fact, or some legal objection in relation to which no possible counter-argument is identified*”¹⁶¹. Se requiere, eso sí, que esta inevitabilidad del resultado ha de ser absolutamente manifiesta, lo que exige, consecuentemente, al “*respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and dispatch. The standard is thus set high*”¹⁶². Se incide, en definitiva, tal como ocurre en MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia¹⁶³, en la idea de que la Regla viene referida a “*a claim that is so obviously defective from a legal point of view that it can properly be dismissed outright*”. De no ser así, de existir el más mínimo resquicio de fundamentación, el supuesto quedaría fuera de su ámbito de aplicación y las partes, en su caso, tendrían que explorar otras alternativas distintas a la de la Regla 41.5, por ejemplo, y entre otras, la prevista en la Regla 41.1¹⁶⁴.

54. Significativamente, sin embargo, la explicitación de la necesaria interpretación restrictiva del término “*manifiesta*” no viene acompañado de una descripción exhaustiva del mismo o, como ocurría, por ejemplo, recordemos, en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁵, de la elaboración de un listado de elementos que permiten verificar su existencia. Optándose, sin más, por atender a las circunstancias concretas del específico supuesto planteado¹⁶⁶. Asumiendo que el adjetivo “*manifiesto*” se usa a lo largo del Convenio CIADI¹⁶⁷, se acepta “*that the meaning of the new rule was intended to reflect the well-established meaning of these older provisions*”¹⁶⁸.

55. A partir de estas premisas, la práctica arbitral en relación con la Regla ha aproximado el término “*manifiesto*” como significando “*palpable*’, ‘*clearly revealed to the eye, mind or judgement*’, ‘*open to view or Comprehension*’ or ‘*obvious*’”¹⁶⁹. Tal como se reafirma en CDC Group plc v. Seychelles¹⁷⁰, “*As interpreted by various ad hoc Committees, the term “manifest” means clear or “self-evident”, or “plain on its face” or “certain”, as distinct from “the product of elaborate interpretations one way or the other” or “susceptible of argument one way or the other” or “... being ... necessary to engage in elaborate analyses*”¹⁷¹. Si, al aproximar la situación, el Tribunal “*is not able to decide upon the objection raised on an expedited basis, namely if it is not manifest to the tribunal that there is no legal merit, or if the tribunal cannot do so within the prescribed time limit, or if it appears to the tribunal that given*

¹⁶¹ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, pp. 39-40, n.º. 158.

¹⁶² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88. Esta inevitabilidad a la que refiere Lotus supone que, en definitiva, “*A tribunal must be able to regard some legal rules and principles as so firmly established that they can serve as premises on the basis of which it can properly conclude that a particular claim will inevitably fail. If that were not the case, Rule 41(5) would be emptied of practical effect*” (Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º. 160).

¹⁶³ MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia (en adelante MOL), Caso CIADI No. ARB/13/32, *Decision on Respondent’s Application Under ICSID Arbitration Rule 41(5)*, de 2.12.2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4073.pdf>

¹⁶⁴ “*an objection to the jurisdiction or substantive defence (in terms, that a claim “lacks legal merit”), which requires for its disposition more elaborate argument or factual enquiry, must be made the subject of a regular preliminary objection under Rule 41(1) or a regular defence on the merits*” (MOL, *Decision*, de 2.12.2014, *cit.*, p. 16, n.º. 44).

¹⁶⁵ *Cit. nota 38 supra*.

¹⁶⁶ T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 45.

¹⁶⁷ Así ocurre, por ejemplo, en los arts. 28.3, 36.3, 52.1.b) o 57 del Convenio CIADI.

¹⁶⁸ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

¹⁶⁹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

¹⁷⁰ CDC Group plc v. Seychelles (en adelante CDC), Caso CIADI No. ARB/02/14, *Decision on annulment*, de 29.6.2005, la solicitud de anulación fue rechazada en esta ocasión. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6344.pdf>

¹⁷¹ CDC, *Decision*, de 29.6.2005, *cit.*, p. 20, n.º. 41.

the factual record the objection is not ripe, the proceeding will continue”¹⁷². De otra manera, si entiende que la diferencia no se incardina dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que alguna, o todas, las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, procederá a dictar un laudo en tal sentido, al amparo del mandato de la Regla 41.6¹⁷³; lo que, en última instancia, esconde una referencia al artículo 48 del Convenio CIADI, y a las Reglas 47 y 48 de las Reglas de Arbitraje, referentes al laudo y a su comunicación¹⁷⁴.

56. Todos estos rasgos y exigencias no se ven, además, alterados en el supuesto de remisión a la Regla 41.5 en el ámbito de las acciones de anulación. En él se sigue insistiendo en la imprescindible condición de “*obvious*”¹⁷⁵ –por manifiesto- de la ausencia de fundamentación jurídica al que aquella refiere. Insistiéndose en su condición de Regla dirigida a confrontar “*cases which are clearly and unequivocally unmeritorious*”¹⁷⁶, y a la necesidad de que quien los afronta “*must so find with certainty and immediacy, without it being necessary to engage in elaborate analyses of the award*”¹⁷⁷.

d) Favoreciéndose la articulación de un *standard* interpretativo elevado dotado, además, de una doble dimensión: sustantiva y procesal

57. Lo dicho hasta el momento favorece la articulación de un criterio interpretativo -un “*standard*” como dice la práctica arbitral- “*very demanding and rigorous*”¹⁷⁸ a la hora de afrontar las eventuales excepciones planteadas al amparo de la Regla 41.5. Un estándar que se ve atribuido, además, una doble función: sustantiva, en cuanto viene referido a la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica del caso. Y procesal, atendido el potencial efecto de la figura sobre el derecho al debido proceso de las partes. Ambas sustentan la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de la Regla.

58. La práctica arbitral desarrollada en el marco del CIADI insiste en este doble plano. En primer lugar, y como se señala en Brandes, “*la regla se refiere sólo a casos claros y obvios*” ..., destacando que “*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; ..., a ‘reclamaciones obviamente infundadas’*”¹⁷⁹. Y susceptibles, como se apunta en Trans-Global, de ser afrontadas, recordemos, “*with relative ease and dispatch. The standard is thus set high*”¹⁸⁰. Lo que impide, como afirma Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic¹⁸¹, el debate de hechos “*novel and complex, ... is unsuitable for resolution on a Rule 41(5) application*”¹⁸². A partir de este aserto, se resalta de forma explícita, el dato de que el “*derecho a ser escuchado y de plantear la postura propia es uno de los principios fundamentales del debido proceso*”¹⁸³,

¹⁷² A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

¹⁷³ Que no se prevé ni sumario ni parcial en el actual marco normativo del CIADI. Ello que podía plantear problemas en la práctica del sistema, privándole de interés para las partes (al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440) ha sido solventado en la práctica a través del fraccionamiento de las cuestiones suscitadas, como lo demuestra, por ejemplo, la decisión en Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 39, n.º 124.

¹⁷⁴ Al respecto, nótese L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 707-709.

¹⁷⁵ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º 88.

¹⁷⁶ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º 88.

¹⁷⁷ Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, *Decision on the Application for Annulment of the Award*, de 1.11.2006, p. 7, n.º 20, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>

¹⁷⁸ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, pp. 27-28, n.º 88, refiriendo a la práctica arbitral del CIADI en la materia, que califica como “*highly relevant and material to its consideration of the Application*” (*Ibid*, p. 27, n.º 87).

¹⁷⁹ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 64.

¹⁸⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º 88.

¹⁸¹ Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic (en adelante Eskosol, Caso CIADI No. ARB/15/50, *Decision on Respondent’s Application Under Rule 41(5)*, de 20.3.2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8961.pdf>

¹⁸² Eskosol, *Decision*, de 20.3.2017, *cit.*, p. 36, n.º 98.

¹⁸³ Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela (en

cuya “violación constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”¹⁸⁴, algo que reconoce explícitamente la Regla 41.5.

e) Lo que se refleja en el diseño del modelo, que mantiene silencio sobre su articulación procesal

59. Lo anterior se hace patente en el propio diseño del modelo recogido en la Regla 41.5. Los plazos fijados se ven reducidos al máximo, “*indicating a summary procedure not susceptible to elaborate, lengthy memorials requiring detailed preparation, presentation and deliberations*”¹⁸⁵. En este sentido, como reconoce la doctrina, el plazo de 30 días¹⁸⁶ es deliberadamente corto¹⁸⁷, y está en línea con el “*requirement that the objection be addressed to the tribunal at or before the first session, the latter ordinarily to take place within 60 days of the tribunal’s constitution under Rule 13(1) of the ICSD Arbitration Rules*”, al que refiere Trans-Global¹⁸⁸. A ello, además, se une la exigencia de que el tribunal decida rápidamente “*particularly (if appropriate) by a written, reasoned award “at the first session or promptly thereafter*”¹⁸⁹. Lo que, como reitera la práctica del CIADI, confirma que la Regla 41.5 está pensada únicamente para “*clear and obvious cases*”¹⁹⁰.

60. Nada dice el precepto, sin embargo, sobre la concreta forma de articular esta exigencia que, en muchas ocasiones, y en contra del objetivo de evitar dilaciones y costes indebidos, se plasma en la presencia de un intenso intercambio documental entre las partes y el tribunal¹⁹¹. Conformándose, de hecho, una especie de miniproceso en el marco del proceso arbitral. La verificación de la “manifiesta” ausencia de fundamentos legales de la demanda no es una tarea sencilla. Y, especialmente en algunos arbitrajes complejos, como suele serlo el arbitraje de inversiones, puede llegar a resultar altamente dificultosa, exigiendo, a diferencia de lo que ocurre en relación con el juego del artículo 36.3 del Convenio CIADI, de un análisis de todos los escritos presentados por el demandante –solicitud de arbitraje, escrito de oposición a la excepción...- como única manera válida de aseverar de forma completa la posición de éste en el caso a examen¹⁹². Ello se plasma, en múltiples ocasiones, en el desarrollo de “*successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with questions addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult.*”¹⁹³.

f) Y en el que se exige, en todo caso, el respeto al derecho al debido proceso de las partes

61. En todo caso, la apuesta por la celeridad no debe hacer olvidar la imprescindible búsqueda de la justicia y de la salvaguarda de los derechos procesales de las partes en el arbitraje, y de la necesidad

adelante Tidewater, Caso CIADI No. ARB/10/5, *Decision on Annulment*, de 27.12.2016, p. 41, n.º. 149. En este supuesto el Comité procedió a estimar parcialmente la solicitud de anulación formulada, rechazando la alegación basada en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8027.pdf>).

¹⁸⁴ *Ibid.* En el mismo sentido, Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso CIADI No. ARB/12/23, *Decision on annulment*, de 18.12.2018, que rechaza la solicitud presentada, pp. 22-23, n.º. 88 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10514.pdf>).

¹⁸⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁸⁶ Un plazo que en la propuesta de reforma se amplía hasta los 45. Al respecto, vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 51-53.

¹⁸⁷ Al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440. aunque debe asumirse que la constitución del tribunal puede, en la práctica, tardar meses tras la solicitud del arbitraje (L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 695-696).

¹⁸⁸ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁸⁹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁹⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁹¹ En relación con la práctica existente al respecto, vid. L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 696-697.

¹⁹² Rachel S. Grynberg, Laudo, de 10.12.2010, *cit.*, p. 26, nn.º. 6.1.4 y 6.1.5.

¹⁹³ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 28-29, n.º. 88. Sobre el potencial desarrollo de audiencias, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

de que estos puedan, plenamente, “*hacer valer sus derechos*”¹⁹⁴ en él. El carácter sumario del procedimiento, se dice, para nada oculta la mencionada búsqueda del equilibrio entre el derecho “(*however qualified*) given to the objecting party under Rule 41(5) to have a patently unmeritorious claim disposed of before unnecessary trouble and expense is incurred in defending it”, y el deber del tribunal “to meet the requirements of due process”¹⁹⁵.

62. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI exige que el Tribunal otorgue a las partes “*la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción*”¹⁹⁶. La valoración de ésta se va a desarrollar por el Tribunal arbitral a través de un procedimiento “*sumario que debe llevarse a cabo de manera expedita*”¹⁹⁷, lo que, sin embargo, no le exonera de “*seguir respetando(se) 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’*”¹⁹⁸. Ofreciendo a las partes, en todo caso, “*a proper opportunity to be heard, both in writing and orally*”¹⁹⁹.

63. Esta exigencia de respeto al derecho del debido proceso cuenta con una relevancia adicional, si se considera que el laudo que dé respuesta a la excepción planteada cuenta “*with all its attendant legal effects under the ICSID Convention, the New York Arbitration Convention and national legislation*”²⁰⁰. Especialmente en el caso de procederse a la desestimación temprana de la demanda formulada por el demandante, la trascendencia es enorme y el tribunal, se dice, debe ser consciente de ello²⁰¹. Así lo ha resaltado la práctica arbitral en el marco del CIADI que no ha dudado en afirmar, como ocurre por ejemplo en Trans-Global, que, “*It would therefore be a grave injustice if a claimant was wrongly driven from the judgment seat by a final award under Article 41(5), with no opportunity to develop and present its case under the written and oral procedures prescribed by Rules 29, 31 and 32 of the ICSD Arbitration Rules*”²⁰².

g) Correspondiendo la carga de la prueba a quien excepciona

64. El delicado equilibrio entre la búsqueda de la máxima celeridad y el aseguramiento del derecho al debido proceso –y de la salvaguarda de las expectativas jurídicas de las partes– plantea igualmente, y de forma directa, la cuestión de la carga de la prueba, sobre la que el precepto, de nuevo, mantiene silencio. La práctica arbitral, sin embargo, no ha dudado en resaltar que ésta corresponde a quien hace uso de la excepción²⁰³. Es a ella a quien corresponde probar, que la demanda carece manifiestamente de fundamento.

65. El estándar de prueba, como se ha apuntado ya, es muy elevado, y le va a exigir persuadir al tribunal de que el “*claimant can under no conceivable circumstances adduce evidence or make legal arguments that could support the legal merit of the claim*”²⁰⁴. Se trata de convencer a los árbitros de que el caso planteado carece de cualquier recorrido, hasta el punto de “*to be sure that the claim objected to is ‘manifestly without legal merit,’ but also to be certain that it has considered all of the relevant materials before reaching a decision to that effect, with all the consequences that follow from it*”²⁰⁵.

¹⁹⁴ Art. 41.1.b) *in fine* Ley 60/2003, de Arbitraje, BOE de 26.12.2003.

¹⁹⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

¹⁹⁶ Nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 150-152.

¹⁹⁷ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

¹⁹⁸ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

¹⁹⁹ Global Trading, *Laudo*, de 1.12.2010, *cit.*, p. 8, n.º 33.

²⁰⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 29, n.º 92. Sobre la propuesta de reforma de la Regla 41 en relación con este punto, que aparece reproducida en la nota 248 *infra*, vid.: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 53.

²⁰¹ Al respecto, vid. M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, p. 150.

²⁰² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º 92.

²⁰³ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º 69.

²⁰⁴ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 707.

²⁰⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

h) Al verificar la ausencia manifiesta de méritos legales, la decisión del tribunal debe basarse en los fundamentos jurídicos y no en los hechos del caso, lo que no es sencillo dada su interrelación

66. La práctica del CIADI ha sido clara al atribuir un especial valor –“*important significance*”²⁰⁶.- al adjetivo “*legal*” recogido la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁰⁷; reiterando que el precepto exige al tribunal valorar los fundamentos jurídicos de la reclamación planteada. Se acepta así, de forma generalizada, que la excepción planteada en relación con la demanda, incorpora una referencia a un impedimento de carácter jurídico –que, recordemos, afecta tanto al litigio, como a la competencia del tribunal-, y no fáctico. No cabe, pues, basar la excepción prevista en la Regla 41.5 meramente en un dato fáctico²⁰⁸. Este dato resulta plenamente coherente con la muy temprana fase del proceso arbitral en que se interpone la excepción²⁰⁹. Como se destaca en Brandes, al abordar el alcance de la Regla 41.5, “*la excepción a tramitarse por procedimiento expedito debe referirse a un impedimento legal y no de hecho a la reclamación*”²¹⁰. Se trata, en suma, de una “*excepción preliminar ... 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*”²¹¹.

67. En este sentido, la práctica arbitral ha incidido en el dato de que “*the adjective “legal” in Rule 41(5) is clearly used in contradiction to “factual” given the drafting genesis of Rule 41(5)... Accordingly, it would seem that the tribunal is not concerned, per se, with the factual merits of the Claimant’s three claims*”²¹². Sin embargo, la propia práctica es, igualmente, consciente de que ello no evita que, en ocasiones, al adoptar la decisión deban valorarse, elementos fácticos²¹³. Como recuerdan Brandes o Trans-Global, “*pocas veces es posible evaluar el mérito jurídico de cualquier reclamación sin examinar también las premisas de hecho sobre las que procede la reclamación*”²¹⁴. Ello implica, en última instancia, que el adjetivo “*manifiesta*” recogida en la Regla queda referido no sólo a los fundamentos jurídicos del asunto sino, también, a sus bases fácticas y, que, además, sea aplicado “*respecto del mérito de las reclamaciones, y también cuando el Tribunal examina la cuestión de la jurisdicción*”²¹⁵.

68. Esta interconexión entre la dimensión jurídica y fáctica de una concreta disputa plantea la cuestión de “*what balance to strike so that facts are sufficiently yet selectively discussed, not for their intrinsic truth, but to prove or disprove the legal claims which they support*”²¹⁶. En tal sentido, la práctica del CIADI acepta que la separación entre hechos y fundamentos jurídicos no siempre es fácil²¹⁷, o susceptible de ser “*resuelta ipso facto*”²¹⁸, dada la interrelación existente entre los dos planos. Y que ello puede conllevar una exigencia de sopesar ambos, generando un nivel diverso de valoración respecto de los fundamentos jurídicos, y de las bases fácticas de la reclamación, dada su naturaleza diversa.

²⁰⁶ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º 93.

²⁰⁷ Sobre este punto, y sobre su introducción en el proceso de elaboración del texto de la Regla 41.5, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

²⁰⁸ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, pp. 325-326.

²⁰⁹ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 252, quienes analizan la evolución en la redacción desde la referencia a “manifest without merits” a la actual “manifestly without legal merits”.

²¹⁰ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º 59.

²¹¹ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º 70; Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 12, n.º 30.

²¹² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 27, n.º 83.

²¹³ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 326.

²¹⁴ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, pp. 9-10, n.º 60; Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 30-31, n.º 97.

²¹⁵ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

²¹⁶ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 326.

²¹⁷ Al respecto, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 702.

²¹⁸ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º 59.

i) El tribunal asumirá, de partida, como válidos los aportes fácticos realizados por el demandante

69. La admisión del hecho de que las dimensiones fáctica y jurídica vienen, en muchas ocasiones, directamente vinculadas, va a exigir el desarrollo de un complejo ejercicio de ponderación de las circunstancias que rodean el caso, con vistas a determinar si cuenta con suficiente sustento legal. Algo que, se admite, resulta especialmente complicado, como consecuencia de que en el momento en que debe producirse, el tribunal carece de un completo desarrollo por las partes de las bases jurídicas y fácticas del supuesto: “*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*”²¹⁹, al contar sólo con “*a limited evidentiary record*”²²⁰. Ello impacta en la cuestión de cómo verificar la validez de los aportes fácticos de las partes, y del valor que se les va a atribuir en esta fase precoz del proceso arbitral, en que se plantea la excepción de desestimación temprana de la acción planteada.

70. En este sentido, el Convenio CIADI fija en su artículo 36.2 la información que debe necesariamente incorporar la solicitud de arbitraje: “*los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje*”. Pero no se exige de forma expresa, como destaca la práctica, la incorporación de “*other factual merits relevant to the claimant’s claims*”²²¹. En todo caso, y tal como apunta Trans-Global, “*the ICSID Procedural Rules do not expressly require extensive pleading of a claimant’s factual allegations in the request for arbitration, given that traditionally a claimant’s later memorial and reply would ordinarily follow the first session under the written procedure provided by Article 31 of the ICSID Convention*”²²².

71. Lo anterior genera, al menos, tres consecuencias. En primer lugar, la aceptación, de partida, de la validez de los datos aportados por el demandante, teniendo en cuenta la distinta función satisfecha por éstos²²³. Como afirma el tribunal en Brandes, “*en esta etapa preliminar es suficiente, en opinión del Tribunal, aceptar prima facie los hechos verosímiles según los expone la Demandante*”²²⁴. Una aceptación que no sólo refiere a los hechos alegados, sino también a los “*legal standards applicable to determine a violation of a bilateral or multilateral International Investment Agreement*”²²⁵. Y que conduce a la valoración de la suficiencia de la evidencia fáctica aportada por las partes, pero no a la fundamentación jurídica del caso alegada por éstas²²⁶. Así ocurre, por ejemplo, en *Ansung*, donde se afirma que “*In deciding the objection, the Tribunal accepts the facts as pleaded by Ansung. The Tribunal need not decide China’s argument that it must ignore facts that are “incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith,” as it does not find that the facts pleaded by Ansung fall into these categories*”²²⁷.

72. Ahora bien, y este es un segundo punto a destacar, la actividad arbitral en el seno del CIADI ha demostrado su “*ambigua relación*” con este principio²²⁸. A diferencia de lo que ocurre en otros foros

²¹⁹ Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º. 60; Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

²²⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254. De hecho, la práctica arbitral llega, incluso, a distinguir entre diversas categorías de hechos:

²²¹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 32, n.º. 100.

²²² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 31-32, n.º. 99.

²²³ “*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*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 11, n.º. 65)

²²⁴ Añadiendo que, “*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’*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º. 69). En relación con el denominado “*prima facie test*” vid., L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 703-704.

²²⁵ L. MARKERT, “Summary Dismissal”, *cit.*, p. 703.

²²⁶ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254, nota 170 *in fine*.

²²⁷ *Ansung*, Laudo de 9.3.2017, *cit.*, p. 19, n.º. 71.

²²⁸ M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Frivolous Claims”, *cit.*, p. 153.

donde existen soluciones positivizadas²²⁹, en el marco de la Regla 41.5 está claro que tal aceptación no puede ser ciega, sino que vendrá sometida al *test* de “plausibility and credibility”²³⁰ fijado por la propia práctica. De hecho, esta última refleja la inclinación de los distintos tribunales arbitrales a excepcionar la regla de la aceptación *prima facie* de los hechos alegados antes mencionada²³¹. Así se especifica con claridad, por ejemplo, en Almasryia, al señalar que “*our task will be to determine whether taking the facts as a given, unless they are plainly without foundation, the claims are such that they “manifestly” (i.e. clearly and obviously) lack legal merit*”²³². Y en esta misma línea, el tribunal en el asunto Trans-Global, al proceder a la aplicación de la Regla 41.5, destacará en relación con la valoración de los hechos relevantes para la fundamentación jurídica de la acción que se encuentren en disputa, que “*the tribunal need not accept at face value any factual allegation which the tribunal regards as (manifestly) incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith; nor need a tribunal accept a legal submission dressed up as a factual allegation*”²³³.

73. Sin embargo, ello no implica que haya de realizarse una valoración sistemática y en profundidad de los hechos del caso. El propio tribunal, en Trans-Global así lo resalta apuntando que (it) “*does not accept, however, that a tribunal should otherwise weigh the credibility or plausibility of a disputed factual allegation. Lastly, in applying Article 41 (5) to the particular case, the Tribunal accepts, of course, that it must apply these two wordings together*”²³⁴.

74. Se acepta, en suma, y éste es el tercer punto a destacar, la dificultad de la tarea y el hecho de que, como reconoce PNG, atendido el carácter preliminar de esta excepción, “*a tribunal considering a Rule 41(5) application may not be in a position to decide upon disputed facts*”²³⁵, reiterando la idea de que la Regla 41.5 no está destinada “*to resolve novel, difficult or disputed legal issues*”²³⁶. Y que, en todo caso, “*the very demanding standard of proof outlined above applies no less to jurisdictional than other matters*”, esto es, a los eventuales aspectos fácticos que deba considerar el tribunal al aproximar esta excepción²³⁷.

75. La tarea, definitivamente, no es sencilla y requiere atender al caso concreto. Exigiendo a cualquier tribunal confrontado con la excepción ser “*careful to assure itself that the jurisdictional objection before it was one based on the legal merits and not on disputed issues of fact, but declined, in the event, to uphold the objection itself*”²³⁸.

²²⁹ Como ocurre, por ejemplo, en el mencionado Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-DR), en cuyo art. 10.20.4.c) se explicita que “*Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante...*”. Nótese al respecto, M. POKESTÀ y M. SOBAT, “Frivolous Claims”, *cit.*, p. 153. En relación con la práctica de este precepto, vid. entre otros, Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, Caso CIADI No. ARB/18/43, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection*, de 13.3.2020, p. 36, n.º 17 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11389.pdf>)

²³⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254.

²³¹ “if disputed facts relevant to the legal merits of a claim are to be regarded as manifestly incredible or inaccurate, frivolous, or made in bad faith”, tal como apunta, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 702, con referencia a la abundante práctica jurisprudencial en la materia en la nota a pie n.º 105.

²³² Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 14, n.º 33.

²³³ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 34, n.º 105.

²³⁴ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 34, n.º 105.

²³⁵ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 90.

²³⁶ “*but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts*”, PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 89.

²³⁷ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 91. De hecho, en PNG, el tribunal arbitral procede a desestimar la excepción formulada, entendiendo que “*all of the arguments raised by the Respondent’s objections involve disputed, and often complex, legal and factual issues which cannot properly be resolved within the expedited Rule 41(5) procedure*” (*Ibid.*, p. 30, n.º 99).

²³⁸ Global Trading, *Laudo*, de 1.12.2010, *cit.*, p. 7, n.º 30.

j) La verificación de la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica

76. Con independencia de la alta complejidad apuntada, los diversos arbitrajes desarrollados en el marco del CIADI en los que se suscita la cuestión del “*early dismissal*” dejan claro, como regla general, que “both the factual and legal premises of the objection under Rule 41(5) have to be established unequivocally”²³⁹. En este sentido, la doctrina, en línea con la práctica del CIADI, apoya la presencia de dos niveles diferenciados de valoración por parte de un eventual tribunal a la hora de aproximar los hechos y los fundamentos jurídicos aportados, con vistas a determinar la “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*” a la que refiere la Regla. Así, mientras los hechos alegados por el demandante serán, de partida, aceptados como válidos; sujetos, eso sí, a los mencionados requerimientos de plausibilidad y credibilidad, para determinar si con base en ellos podría constatarse la eventual violación de la obligación u obligaciones en litigio. La concreción definitiva de la ausencia de fundamentos jurídicos deberá, siempre, estar sometida a un alto grado de exigencia²⁴⁰.

77. Asentado en estas bases, el laudo en el asunto Rachel S. Grynberg añade un dato adicional relevante, al optar por una interpretación de la Regla 41.5 en clave de “*In dubio pro demandante*”. Lo que conlleva que la existencia del más mínimo atisbo de viabilidad de la acción deba dar lugar a la desestimación de la excepción formulada: “*given the potentially decisive nature of an Article 41(5) objection, we would add that, for a tribunal faced with such an objection, it is appropriate that a claimants’ Request for Arbitration be construed liberally and that, in cases of doubt or uncertainty as to the scope of a claimant’s allegation(s), any such doubt or uncertainty should be resolved in favour of the claimant*”²⁴¹. Ello plantea la cuestión de saber cuándo un Tribunal puede considerar que “*it is in possession of sufficient materials to decide the matter summarily*”²⁴². Una problemática que, de hecho, se engarza estrechamente con la mencionada búsqueda del equilibrio entre el rechazo de demandas manifiestamente carentes de base jurídica, y el derecho de las partes al debido proceso²⁴³.

78. En este sentido, si como se afirma en Lotus, “*the tribunal is satisfied that no such arguable case has been identified, it is in accordance with the sound administration of justice that the claim should be halted and dismissed at that point*”²⁴⁴. Ello, sin embargo, no siempre resulta sencillo, debiendo estarse al caso concreto, y diferenciando, se dice, entre aquellos supuestos de previsible estimación, o desestimación, de la excepción:

- 1) Así, en primer lugar, en el supuesto de que el Tribunal vaya a rechazar la excepción planteada, atendida la existencia de dudas en torno a la ausencia manifiesta de méritos legales de la reclamación presentada, evitará determinar la cuestión de forma sumaria y esperará, consecuentemente, al desarrollo normal del proceso arbitral²⁴⁵. Se apunta, de esta suerte, que el hecho de que “*a claim is not ‘manifestly’ without legal merit does not, self-evidently, mean that it may not subsequently be found without sufficient legal merit for a tribunal to uphold it after full argument*”²⁴⁶.
- 2) Por su parte, en segundo lugar, en el caso de que se intuya que va a procederse a la estimación de la excepción planteada, el tribunal tiene la obligación “*not only to be sure that*

²³⁹ Al respecto, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 252. Y que, además, como apunta la práctica arbitral del CIADI, “*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*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62). En relación con el mencionado estándar *prima facie*, vid. M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 154-158.

²⁴⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 255.

²⁴¹ Rachel S. Grynberg, Laudo, de 10.12.2010, *cit.*, p. 26, n.º 6.1.3.

²⁴² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴³ Al respecto, recuérdese, Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴⁴ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º 158.

²⁴⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴⁶ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 8, n.º 33.

*the claim objected to is 'manifestly without legal merit,' but also to be certain that it has considered all of the relevant materials before reaching a decision to that effect, with all the consequences that follow from it*²⁴⁷. En tal sentido, por ejemplo en Trans-Global se optó por permitir “two rounds of short and focussed written argument, complemented by two rounds of well-focussed oral argument completed within one single day at the end of the first formal session”²⁴⁸.

k) En todo caso, el tribunal deberá resolver prontamente sobre la excepción

79. El derecho al debido proceso exige al tribunal ofrecer una respuesta sobre la excepción en un tiempo razonable. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI no fija un plazo para la emisión por parte del Tribunal de la decisión sobre la excepción planteada, limitándose a señalar que aquel, “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.”

80. Si bien “prontamente” debería ser entendido en términos de semanas y no de meses, como resalta la doctrina²⁴⁹, la práctica demuestra divergencias en relación con este punto. Los tribunales en Brandes y Trans-Global tardaron, respectivamente, 4 y 20 días en dictar sus decisiones. Mientras que, en claro contraste con ello, el tribunal en Grynberg se tomó 46 días para hacerlo y en Global Trading, 147 días²⁵⁰. La media estimada por el propio CIADI es de 131 días²⁵¹, poco más de 4 meses. Con indiferencia del lapso requerido, lo cierto es que en este punto confluyen la exigencia de aportar una decisión rápidamente, con la necesidad añadida de fundamentar suficientemente la decisión adoptada, máxime si es estimatoria²⁵².

D) La doble lectura de una Regla consolidada y con vocación de extrapolarse al arbitraje comercial internacional

81. El objetivo de la Regla 41.5 de las Reglas²⁵³ es ser un instrumento al servicio de los árbitros con la finalidad de evitar abusos a la hora de acceder al sistema de arbitraje de inversiones²⁵⁴; a la vez que fomenta su eficiencia. Como reconoce Lotus, “*The procedure under Rule 41(5) serves the interests of the efficient administration of justice and the interests of both parties in a case. Dismissal of a claim saves the claimant expending time and resources on the pursuit of a claim that cannot succeed, and it saves the respondent expending time and resources in defending a claim that is so manifestly and fundamentally defective that it calls for no further defence before it is dismissed*”²⁵⁵.

82. El alto standard de verificación diseñado por la práctica arbitral, empero, ha confirmado un escaso planteamiento de la excepción, acompañada de un nivel mínimo de estimación²⁵⁶. Si bien ello

²⁴⁷ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34

²⁴⁸ “*The cooperation of both parties in making this possible was greatly appreciated. The cost has been a slight delay (which the parties accepted was reasonable) between the hearing and the rendering of this Award. But the Tribunal views that as both inevitable and still within the spirit of the Rules.*” (Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 8, n.º 33). En relación con el procedimiento a seguir en relación con la Regla 41.5, vid. A. DIOP, “*Objection*”, *cit.*, pp. 332-335.

²⁴⁹ A. YEO y K.S. YEN, “*Objections*”, *cit.*, p. 80.

²⁵⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, p. 256; A. DIOP, “*Objection*”, *cit.*, p. 333.

²⁵¹ Vid. ICSID: *ICSID’s Experience*, *cit.*, p. 2, n.º 6; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “*The Impact*”, *cit.*, p. 20 y ss.

²⁵² CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, p. 256.

²⁵³ Anclada en principios tales como los de buena fe o el abuso de derecho, al respecto, E. DE BRABANDERE, “*The ICSID*”, *cit.*, p. 24.

²⁵⁴ E. DE BRABANDERE, “*The ICSID*”, *cit.*, p. 31.

²⁵⁵ Lotus, *Laudo*, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º 159.

²⁵⁶ Vid. J. WONG y J. YACKEE, “*The 2006 Procedural*”, *cit.*, p. 240.

puede entenderse como reflejando, en última instancia, las virtudes de una figura que actuaría como válvula de escape para supuestos realmente inviables o planteados de forma torticera, también puede apoyar su condición de innecesaria. Máxime si se atiende a los potenciales efectos, no necesariamente positivos, que puede tener sobre las expectativas jurídicas de las partes y sobre sus derechos procesales. Así como a su potencial conversión, en “an additional procedural layer, thereby delaying proceedings and increasing costs”²⁵⁷.

83. La Regla 41.5 se encuentra en estos momentos en un proceso avanzado de reforma. Sin embargo, tanto el texto vigente, como el que se avizora²⁵⁸, presentan, como decíamos, potenciales problemas con relación a su encaje con el derecho al debido proceso, especialmente con el derecho de las partes a ser oídos y recibir una resolución debidamente fundamentada²⁵⁹. Algún sector de la doctrina considera, sin embargo, que no es el sistema diseñado por la Regla 41.5 el problema, dada la presencia de esta institución en algunos ordenamientos jurídicos nacionales –fundamentalmente anglosajones y dotados de un sistema de recursos, habría que añadir-, sino la aparente falta de disposición de los árbitros a valorar las circunstancias del caso, y su fundamentación, sin contar con las garantías que implica un proceso²⁶⁰. Y su escasa predisposición a asumir el potencial impacto negativo que lo anterior presenta en el plano de la acción de anulación del laudo dictado.

84. El propio artículo 52.1.d) del Convenio CIADI reconoce a cualquiera de las partes su derecho a solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General con base en “(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”²⁶¹. El objetivo del precepto “is to control the integrity of the arbitral procedure”²⁶², entendiéndose que bajo esa referencia a “norma de

²⁵⁷ CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, *et al*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2ª ed., 2009, p. 544.

²⁵⁸ A fecha octubre de 2021, el texto que se propone dice: “Rule 41- *Manifest Lack of Legal Merit*:

(1) *A party may object that a claim is manifestly without legal merit. The objection may relate to the substance of the claim, the jurisdiction of the Centre, or the competence of the Tribunal.*

(2) *The following procedure shall apply:*

(a) *a party shall file a written submission no later than 45 days after the constitution of the Tribunal;*

(b) *the written submission shall specify the grounds on which the objection is based and contain a statement of the relevant facts, law and arguments;*

(c) *the Tribunal shall fix time limits for written and oral submissions on the objection, as required;*

(d) *if a party files the objection before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the objection, so that the Tribunal may consider the objection promptly upon its constitution; and*

(e) *the Tribunal shall render its decision or Award on the objection within 60 days after the latest of:*

(i) *the constitution of the Tribunal;*

(ii) *the last written submission on the objection; or*

(iii) *the last oral submission on the objection.*

(3) *If the Tribunal decides that all claims are manifestly without legal merit, it shall render an Award to that effect. Otherwise, the Tribunal shall issue a decision on the objection and fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding.*

(4) *A decision that a claim is not manifestly without legal merit shall be without prejudice to the right of a party to file a preliminary objection pursuant to Rule 43 or to argue subsequently in the proceeding that a claim is without legal merit.”* (Vid. ICSID, *Proposals*, *cit.*, p. 49 (la Regla 51 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, reproduce la redacción y se encuentra recogida en la p. 416). La vigencia de este texto se realiza en: ICSID: *ICSID’s Experience*, *cit.*, p. 3, n.º. 7. En relación con la propuesta formulada, vid.: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 50 y ss.

²⁵⁹ Como reconoce la propia jurisprudencia arbitral “*there is perhaps always a theoretical possibility that well-established legal rules and principles could be overturned or not applied in a particular case*” (Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º. 160).

²⁶⁰ Un dato que ya se pone de manifiesto en el ámbito de las medidas cautelares en el arbitraje de inversiones en el que, en contraste con lo que ocurre ante los tribunales estatales, se tiende a rechazar la consideración de los fundamentos del caso a la hora de evaluar su eventual concesión. Y el aparente riesgo de afectar al principio del debido proceso que ello puede generar. Al respecto, J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, pp. 240-241.

²⁶¹ Considérese en relación con esta cuestión, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 700-701.

²⁶² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, *Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, de 23.12.2003, p. 69, n.º. 180. El Comité procedió a la estimación plena de la solicitud de anulación formulada. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>

procedimiento” se está haciendo referencia a “*procedural rules which may properly be said to constitute —general principles of law, insofar as such rules concern international arbitral procedure*”²⁶³.

85. El motivo ha sido objeto de amplia valoración por el CIADI, considerándose que cubre realidades tales como la ausencia de igualdad en el tratamiento²⁶⁴, el quebrantamiento del derecho a ser oído²⁶⁵, la inexistencia de una significativa deliberación del caso por parte del tribunal arbitral²⁶⁶, la ausencia del respeto al principio de contradicción²⁶⁷ o la ausencia de una adecuada práctica de la prueba²⁶⁸, entre otros.

86. La práctica del CIADI en relación con el artículo 52.1.d) del Convenio CIADI exige “*un alto estándar para su aceptación*”²⁶⁹: el quebrantamiento “*has to be serious*”²⁷⁰ and the rule of procedure fundamental²⁷¹ to justify nullification by an Ad Hoc Committee”²⁷²; a lo que se une la exigencia de que “*the*

²⁶³ *Ibid.*, p. 71, n.º. 187.

²⁶⁴ CDC, Decision, de 29.6.2005, *cit.*, pp. 24-25, n.º. 49.

²⁶⁵ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (en adelante Amco), Caso CIADI No. ARB/81/1, *Decision on the application by Indonesia and Amco respectively for annulment and partial annulment of the arbitral award of June 5, 1990, and the application by Indonesia for annulment of the supplemental award of October 17, 1990*, de 17.12.1992, pp. 56-57, n.º. 9.08-9.10, la solicitud de anulación fue estimada en su totalidad este caso. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8887.pdf> Igualmente, TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala (en adelante, TECO), Caso CIADI No. ARB/10/23, *Decision on Annulment*, de 5.4.2016, p. 58, n.º. 190-191, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7197_0.pdf

²⁶⁶ CDC, Decision, de 29.6.2005, *cit.*, pp. 24-25, n.º. 49.

²⁶⁷ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, Caso CIADI No. ARB/81/2, Ad hoc Committee Decision on Annulment, de 3.5.1985, p. 57, n.º. 82bis y p. 61, n.º. 90 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf>). La solicitud de anulación fue estimada en su totalidad en este supuesto.

²⁶⁸ Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/27, *Decision on Annulment*, de 9.3.2017, p. 19, n.º. 52 o p. 47, n.º. 130 (y ss.), que estima parcialmente la solicitud de anulación formulada rechazando la alegación formulada con base en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8535.pdf>)

²⁶⁹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (en adelante Occidental), Caso CIADI No. ARB/06/11, *Decision on Annulment of the Award*, de 2.11.2015, p. 135, n.º. 569. El Comité estima parcialmente la solicitud de anulación rechazándose, entre otras, la referida al art. 52.1.d) (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4449.pdf>).

²⁷⁰ Se habla de que “*the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed*” (Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/98/4, *Decision (Annulment Proceeding)*, de 5.2.2002, n.º. 58, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>) o en el sentido de que “*the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide*” (Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (en adelante Maritime), Caso CIADI No. ARB/84/4, *Decision of the Ad hoc Annulment Committee*, de 22.12.1989, p. 10, n.º. 5.05. Un supuesto de estimación parcial de la excepción, en el que el tribunal, una vez estimada la solicitud de anulación por otra causa, no entró a valorar la prevista en el art. 51(1)(d) (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8608.pdf>). Esta argumentación se ve reiterada, entre otras, en Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Caso CIADI No. ARB/01/3, *Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, de 20.7.2010, p. 25, n.º. 71. Un supuesto de estimación parcial de la solicitud de anulación formulada (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7910.pdf>). Frente a lo que se apuntó por alguna de las partes, y en contraste con la existencia de alguna práctica que otorgaba al Comité cierta capacidad para decidir si se procedía a la anulación del laudo en caso de quebrantamiento “serio”, en Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (en adelante Víctor Pey), el Comité entiende que “*it has no discretion not to annul an award if a serious departure from a fundamental rule is established*” (Caso CIADI No. ARB/98/2, *Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile*, de 18.12.2012, p. 35, n.º. 80, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf>). En este supuesto se procedió a una estimación parcial de la solicitud de anulación formulada).

²⁷¹ El carácter fundamental ha sido valorado, entre otros supuestos, en TECO, *Decision*, de 5.4.2016, en el que se apunta que “*sólo se pueden considerar fundamentales las normas de derecho natural, que versan sobre la imparcialidad del procedimiento de arbitraje*” (p. 23, n.º. 86). En este caso, la estimación de la solicitud de anulación fue parcial. Nótese, igualmente CDC, que señala que el precepto “*makes applicable to ICSID arbitrations the ‘minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law’*” (*Decision*, de 29.6.2005, *cit.*, p. 25, n.º. 49).

²⁷² Amco, *Decision*, de 17.12.1992, *cit.*, p. 7, n.º. 1.18. En el mismo sentido, Maritime, *Decision*, de 22.12.1989, *cit.*, p. 8, n.º. 4.06.

*Tribunal must have departed from it*²⁷³. Focalizándose, además, en la forma en que el Tribunal procedió, “y no en el contenido de su decisión”²⁷⁴. Y resaltándose que la tarea del Comité de Anulación no pueda ser “determinar con certeza si se habría logrado alguno de estos resultados sin ponerse en lugar del tribunal, algo para lo cual no está facultado. ... lo que sí puede determinar un comité es si el cumplimiento de una cierta norma de procedimiento por parte del tribunal podría eventualmente haber afectado el laudo”²⁷⁵. Sin embargo, y aunque difícil, el riesgo de anulación existe y es previsible que agarrote a algunos árbitros a la hora de estimar la excepción planteada al amparo de la Regla 51.4²⁷⁶. De hecho, y tal como se ha mencionado ya, y reconoce la práctica arbitral desarrollada en el marco del CIADI, el “derecho a ser escuchado y de plantear la postura propia es uno de los principios fundamentales del debido proceso”²⁷⁷, cuya “violación constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”²⁷⁸. Y ambos, reiteramos, van a verse potencialmente afectados por la atribución al tribunal arbitral, a solicitud de alguna de las partes, de la capacidad de desestimar la demanda en los momentos iniciales del proceso arbitral.

3. La limitada aceptación de la figura al ámbito del arbitraje comercial internacional

87. La figura de la desestimación temprana que, como hemos observado, encuentra acomodo en el arbitraje de inversiones, y en la práctica de algunos tribunales internacionales, se encuentra a debate en el marco del arbitraje comercial internacional; en el que, en los últimos tiempos se está asistiendo a un proceso, todavía muy limitado, de paulatina aceptación por parte de ciertas instituciones arbitrales y centros codificadores. Agudizándose en él parte de los apoyos, críticas y dudas que genera su uso en el arbitraje de inversiones.

88. Hasta tiempos recientes, la figura de la desestimación temprana de la demanda no ha encontrado acomodo en los Reglamentos de las distintas instituciones arbitrales. Tampoco el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI incorpora precepto alguno al respecto²⁷⁹. En tal sentido, y frente a la opción favorable al reconocimiento expreso de este poder a los árbitros y, por ende, de la correlativa posibilidad de las partes de formular una excepción al respecto, la mayoría de los reglamentos arbitrales se limitan a manifestar la obligación del tribunal arbitral de desarrollar el arbitraje de la forma más justa y eficiente posible para la satisfacción de las expectativas de las partes, evitando en todo momento retrasos y gastos innecesarios²⁸⁰. Lo que, para algunos autores, constituiría la base para el reconocimiento del poder -implícito- de los árbitros de actuar en tal sentido²⁸¹.

²⁷³ Tal como se adiciona en, Víctor Pey, *Decision*, de 18.12.2012, *cit.*, p. 33, n.º 72. En este sentido, vid. igualmente, Occidental, *Decision*, de 2.11.2015, *cit.*, p. 29, n.º 62.

²⁷⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Caso CIADI No ARB/97/3), *Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007*, de 10.8.2010, p. 33, n.º 83 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>). Un supuesto que concluyó con la estimación parcial de la solicitud de anulación formulada, con el rechazo de la alegación formulada con base en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI. En este mismo sentido, nótese *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, *Decision on Annulment*, de 21.3.2007, p. 20, n.º 49. Un supuesto de desestimación de la solicitud de anulación formulada (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>).

²⁷⁵ TECO, *Decision*, de 5.4.2016, *cit.*, p. 23, n.º 85.

²⁷⁶ J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, p. 242.

²⁷⁷ Tidewater, *Decision*, de 27.12.2016, p. 41, n.º 149.

²⁷⁸ *Ibid.* En el mismo sentido, Tenaris, pp. 22-23, n.º 88.

²⁷⁹ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBÁT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 164-165. Sobre las propuestas de reforma del Reglamento planteadas, vid. nota 258 *supra*.

²⁸⁰ Vid. en tal sentido, T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 36, nota 2; L. SAN ROMAN GUILJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 884 y ss.; A. RAVIV, “No More Excuses: Toward a Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration”, *Arb. Intl.*, vol. 28, n.º 3, 2012, p. 490.

²⁸¹ Así, por ejemplo, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*, p. 68; A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, p. 500. Ello se ha focalizado, especialmente, en algunas jurisdicciones anglosajonas: así se admite, por ejemplo, desde antiguo en EEUU, *Schlessinger v. Rosenfeld, Meyer & Susman*, 47 *Cal. Rptr. 2d*, 659-660 (Cal. Ct. App. 1995).

89. Esta situación, no obstante, comienza a cambiar. En los últimos tiempos, y como alternativa –o complemento– a los “*fast-track procedures*”²⁸² y a otras alternativas como la bifurcación del proceso, algunas instituciones arbitrales de relevancia han ido optado por incorporar la figura de la desestimación temprana –“*early dismissal*”– en sus reglamentos, tanto en relación con el arbitraje en materia de inversiones, como, lo que resulta más trascendente, respecto del arbitraje comercial internacional. Se trata, como ocurre con la Regla 41.5 en el caso del CIADI, de desestimar de forma temprana uno o varias demandas –y, también, en este caso, eventualmente defensas–, bien a instancia de parte o de oficio por el tribunal, “on the basis that the claim or defence in question has no prospect of success”²⁸³. La explicitación de la admisión de la figura, más allá de reflejar la inexistencia de un poder implícito del árbitro en tal sentido²⁸⁴, resaltaría la exigencia de contar con un mandato normativo claro y taxativo al respecto, en ausencia de una aceptación por las partes.

90. La aceptación, sin embargo, no es ni amplia, ni unánime. De hecho, está sometido a todo tipo de controversias y tensiones. Aquellos –pertenecientes generalmente a familias jurídicas de origen anglosajón– que están a favor de este tipo de mecanismo, destacan el factor de eficiencia, y reducción de costes y tiempo, que aporta, al impedir que demandas sin fundamento presentadas de forma frívola tengan mañana²⁸⁵. Así como el elemento de seguridad y confianza en la institución arbitral que ello promueve²⁸⁶, o su papel en el favorecimiento de soluciones negociadas²⁸⁷. En contra se afirma –en muchas ocasiones desde los países de derecho continental– su negativo impacto en las expectativas jurídicas de los justiciables, y en el derecho de las partes al debido proceso. Así como su posible utilización de manera generalizada y, correlativamente, el incremento en costes y duración que conlleva la consolidación de microprocesos en el marco de un proceso arbitral²⁸⁸. O el potencial fomento de resoluciones sin fundamentos suficientes o contradictorias²⁸⁹.

91. El análisis de las distintas soluciones articuladas por las diversas instituciones arbitrales refleja la pluralidad de enfoques existentes en relación con la filosofía, la forma o la amplitud de la aceptación de la figura. Se combinan, así, posiciones que se limitan a explicitar la capacidad que acompaña a los árbitros para proceder a la desestimación temprana de la demanda, con otras en las que este reconocimiento se desarrolla con más o menos nivel de articulación²⁹⁰. Procediéndose, incluso, en ocasiones, tal como hace la CCI, a diseñar, sin más, un conjunto de directrices dirigidas a los árbitros en relación con la figura.

92. De esta suerte, si, como hemos visto, la Regla 41.5 de la CIADI refiere exclusivamente a la demanda, y se hace dependiente de la voluntad de las partes, la Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules* 2016 lo hace a la demanda y defensas. Y tanto los artículos 14.6(vi) 22.1 de las *LCIA Arbitration Rules*

²⁸² N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, OUP, 6ª ed., 2015, p. 220.

²⁸³ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter*, *cit.*, p. 220.

²⁸⁴ Al respecto, vid. J. GILL, “Applications for the Early Disposition of Claims in Arbitration Proceedings”, en A.J. VAN DEN BERG (Gen. Ed.), *50 years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, International Arbitration Congress (19th: 2008: Dublin, Ireland), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, p. 515.

²⁸⁵ M.F. GUSY, “Saving Time”, *cit.*, p. 38; L. SAN ROMAN GUIJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 882; A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 494-499; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 23; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 8 y 9.

²⁸⁶ J. GILL, “Applications”, *cit.*, p. 515.

²⁸⁷ B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, p. 52.

²⁸⁸ M.F. GUSY, “Saving Time”, *cit.*, p. 38; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 23; D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions in International Arbitration – A Procedural Tool with Both Benefits and Risks*, 16.12.2020, disponible en: <https://www.sidley.com/en/insights/publications/2020/12/summary-dispositions-in-international-arbitration-a-procedural-tool-with-both-benefits-and-risks>

²⁸⁹ B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, p. 52.

²⁹⁰ Una aproximación básica comparada se encuentra en, B. TEO y E. LIM, “Summary Dismissal in Arbitration: Different Standards in Different Rules?”, *Drew & Napier Arbitration Update*, 15.7.2019 (disponible en: <https://www.drewnapier.com/publications/Summary-dismissal-in-arbitration-Different-standar>).

(2020) como el artículo 22.1.viii) de las *DIFC-LCIA Arbitration Rules* (2021) atribuyen explícitamente este poder al tribunal arbitral, de oficio –algo peculiar de ambas- o a instancia de parte, en relación con “*any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim*” formulada. Por su parte, el artículo 39.1 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC afirma la capacidad de cualquiera de las partes para solicitar al tribunal arbitral que decida una o más cuestiones de hecho, o de derecho, a través de un proceso sumario, sin necesidad de tramitar cada fase procesal, a la que de otro modo podría sujetarse el arbitraje. Y el artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules* –intitulado “*Early Determination Procedure*”- explicita en su apartado 1 el poder del Tribunal –“*The arbitral tribunal shall have the power*”, dice- a solicitud de una parte, y tras consultar con el resto de partes, a decidir uno o varias cuestiones de derecho, o de hecho, a través del “*early determination procedure*”. Por su parte, la Nota de la CCI se limitan a hablar de “*Decisión expedita de demandas o contestaciones manifiestamente injustificadas*”.

A) Atribución expresa del poder a los árbitros

93. Como se ha señalado, la aceptación de la institución del “*early dismissal*” se ha articulado en algunos centros arbitrales a través del reconocimiento expreso a los árbitros de su capacidad para proceder a la desestimación temprana de la demanda en los términos fijados por el oportuno Reglamento. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 22.1.viii) de las *DIFC-LCIA Arbitration Rules* (2021)²⁹¹ en el que se apunta que, “*The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or ... upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: ... (viii) to determine that any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim is manifestly outside the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, or is inadmissible or manifestly without merit; and where appropriate to issue an order or award to that effect (an “Early Determination”);...*”²⁹².

94. Una posición que, en cuanto a su amplitud, y a su dependencia, tanto de las partes, como del propio tribunal arbitral, se recoge, igualmente en el artículo 14.6.(vi) de las *LCIA Arbitration Rules* (2020)²⁹³, en el que de forma expresa se reconoce que dentro de los poderes del tribunal arbitral de acuerdo con el artículo 14.5, se encuentra “*the making of any procedural order with a view to expediting the procedure to be adopted in the arbitration by: ... (vi) exercising its powers of Early Determination under Article 22.1(viii)*”²⁹⁴.

95. También la Rule 25.7 de las *ACICA Arbitration Rules incorporating Emergency Arbitrator Provisions* (2021) afirma el poder del tribunal de desestimar tempranamente, tanto la demanda, como ciertas defensas, señalando que, “*For the avoidance of doubt, the powers of the Arbitral Tribunal under these Rules include the power on the application of any party to make an award granting early dismissal or termination of any claim, defence or counterclaim, the subject of the arbitration*”²⁹⁵.

²⁹¹ Nótese, HERBERT SMITH FREEHILLS: *The New DIFC-LCIA Arbitration Rules 2021 – Key Features*, 7.1.2021, disponible en: <https://hsfnotes.com/arbitration/2021/01/07/the-new-difc-lcia-arbitration-rules-2021-key-features/#more-12403>

²⁹² Al respecto, vid. M.F. GUSY, “*Saving Time*”, *cit.*, p. 37.

²⁹³ https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

²⁹⁴ “*Article 22.1. The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraph (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: (viii) to determine that any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim is manifestly outside the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, or is inadmissible or manifestly without merit; and where appropriate to issue an order or award to that effect (an “Early Determination”);...*”

²⁹⁵ Exactamente en el mismo sentido se manifiesta la Rule 14.5 *ACICA Expedited Arbitration Rules*.

B) Admisión desarrollada en el Reglamento arbitral

96. En contraste con lo anterior, y reflejando la apuntada pluralidad de soluciones existentes, la aceptación y desarrollo procedimental de la institución se articula, en el ámbito de la SIAC, en la Regla 29.1 de las *Arbitration Rules* 2016 y en la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017. A su vez, la figura encuentra acomodo en el artículo 43 de las *HKIAC Administered Arbitration Rules*, en el artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC, en el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC o en el artículo 26 del *CIETAC Investment Arbitration Rules*.

a) La Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules* 2016 y la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017

97. El Reglamento de SIAC de 2016 fue uno de los primeros -de los grandes centros arbitrales- en aceptar y regular la figura de la desestimación temprana de las demandas o defensas en los casos en que aquellas carecen manifiestamente de fundamento jurídico, o se encuentran fuera del ámbito competencial del tribunal²⁹⁶. El objetivo declarado de la norma “is to enhance efficiency”²⁹⁷, reduciendo la duración del proceso arbitral y sus costes. En tal sentido, la Regla 29.1 de las *Arbitration Rules* 2016 rubricada como “*Early Dismissal of Claims and Defences*” afirma que “*A party may apply to the Tribunal for the early dismissal of a claim or defence on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit; or b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal*”²⁹⁸.

98. La solución recogida en el Reglamento del SIAC, aunque inspirada en las Reglas 41.5 y 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, es más amplia que aquella, dado que lejos de limitar su juego exclusivamente a la demanda²⁹⁹, cubre tanto a ésta como a las eventuales defensas que las partes puedan plantear en relación con aquella. Ello, se dice, puede plantear dudas sobre el significado concreto de la expresión “*defence*”³⁰⁰, así como dar lugar a un eventual solapamiento de los dos motivos de oposición enunciados en el precepto³⁰¹. Además, en contraste con el plazo de 30 días desde la fecha de la constitución del tribunal arbitral, que fija la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Regla 29.1 del Reglamento SIAC no aporta plazo alguno para la formulación de la excepción³⁰². Ni siquiera afirma que ésta deba plantearse en los estadios iniciales del proceso arbitral, lo que apoyaría su disponibilidad a lo largo de éste³⁰³; limitándose a reconocer de forma genérica tal posibilidad. Nada se dice, tampoco, en relación con aquellos supuestos en que exista contradicción entre las partes en relación con los hechos sobre los que se sustenta el caso.

²⁹⁶ Al respecto, E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules 2016: New Features”, en *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 5, nº. 2, 2017, p. 143; CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

²⁹⁷ G. BORN, “An alternative route”, *Int'l Fin. L. Rev.*, vol. 36, nº. 5, 2017, p. 45. La Regla 29.1 debe interpretarse en relación con las soluciones recogidas en la Regla 28.1 y 3 del Reglamento SIAC. Ello supone, en última instancia, ofrecer a las partes tres vías posibles, en momentos diversos, de impugnar la competencia del tribunal, lo que plantea, entre otros extremos, la cuestión de dilucidar si el significado de “*manifestly outside the jurisdiction*” recogida en la Regla 29.1 y “*prima facie*” presente en la Regla 28.1 resultan coincidentes. Al respecto, E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 146. En todo caso, en cualquier aproximación a la Regla 29.1 subyace la apuntada tensión entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y expectativas de las partes, nótese en este sentido, A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29 On Early Dismissal: How Early Is Early?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 10.4.2020.

²⁹⁸ Un análisis en profundidad de la Regla se encuentra en, J. CHOONG, “Early Dismissal of Claims and Defences: (SIAC Rule 29)”, en J. CHOONG, M. MANGAN y N. LINGARD (Eds.), *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*, Oxford, OUP, 2ª ed., 2018. Nótese igualmente, B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 35-36.

²⁹⁹ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 143.

³⁰⁰ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 145.

³⁰¹ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 145.

³⁰² E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, pp. 146-147.

³⁰³ En tal sentido, aunque en relación con la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017, vid. CH. BOOG y PH. WIMALASENA, “The SIAC IA Rules: A New Player in the Investment Arbitration Market”, *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 6, nº. 1, 2017, p. 81.

99. La solicitud de una desestimación temprana de una demanda o defensa, tal como precisa el apartado 2 de esta Regla 29, deberá detallar, tanto los hechos, como el fundamento jurídico de la solicitud. Y la parte que formule la excepción, a la vez que procede a ello, habrá de remitir una copia de la solicitud a la contraparte, informando de esto al tribunal, y especificando el mecanismo utilizado para la notificación y la fecha en que se ha realizado.

100. El tribunal decidirá de forma discrecional sobre la admisión de la excepción planteada. Si la admite a trámite, señala el apartado 3 de la Regla 29, deberá decidir, tras dar a las partes la posibilidad de ser oídas, si estima totalmente o en parte la solicitud planteada al amparo de la Regla 29.1. Si se estima la excepción, el tribunal, de acuerdo con el mandato de la Regla 29.4, dictará una orden o laudo sobre la solicitud “*with reasons, which may be in summary form. The order or Award shall be made within 60 days of the date of filing of the application, unless, in exceptional circumstances, the Registrar extends the time*”, sin especificar cuáles puedan ser tales circunstancias. En todo, caso, debe tenerse en cuenta que la decisión adoptada estará sometida al control del *Registrar*, en cuanto a la forma y al fondo de lo decidido, al amparo de la Regla 32.3 de las *Arbitration Rules*.

101. La aplicación del precepto no ha sido excesiva hasta el momento. Así, en el año 2020, por ejemplo, la SIAC reporta 5 solicitudes recibidas, de las que 2 fueron aceptadas -rechazándose 1 con posterioridad-, 1 fue rechazada y las otras 2 se encontraban pendientes todavía a la hora de elaborar el informe anual³⁰⁴. El 7 de julio de 2020 SIAC comunicó el inicio del proceso de revisión de sus Reglas de 2017, anunciando que se habían establecido un conjunto de comisiones encargadas de tratar diversos aspectos de aquellas, y que se espera esté concluido a finales de 2021. Una de ellas abordará, precisamente, la problemática del “iv) Arbitral Procedure and Powers of the Tribunal (including Early Dismissal)”³⁰⁵.

102. La solución recogida en la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules 2017* difiere un tanto de la prevista en las Reglas de Arbitraje: por ejemplo, en lo referente a las causas³⁰⁶. El precepto, rubricado igualmente como “*Early Dismissal of Claims and Defences*” apunta en su primer apartado que, cualquier parte puede solicitar al Tribunal la desestimación temprana de una demanda o de una contestación “*on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit; b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal; or c. a claim or defence is manifestly inadmissible*”. Este tercer motivo no aparece recogido en la Regla 29.1 de las Reglas de Arbitraje.

103. En línea con lo que hace la Regla 29.2 de las Reglas de Arbitraje, la Regla 26.2 de las *SIAC Investment Rules 2017* señala que la solicitud deberá recoger de forma detallada los hechos y fundamentos legales que la sustentan. Al mismo tiempo que presenta la solicitud ante el Tribunal, la parte solicitante deberá remitir una copia de la solicitud a la otra parte, comunicando al tribunal este hecho, y especificando el modo de notificación utilizado y la fecha de la notificación.

104. Por su parte, el tenor de las Reglas 26.3 y 26.4 de las *SIAC Investment Rules 2017* coinciden exactamente con el de las Reglas 29.3 y 29.4 de las Reglas de Arbitraje de 2016, con la importante excepción de que, de acuerdo con la Regla 26.4 de las *Investment Rules*, la eventual orden o laudo dictada por el Tribunal, deberá serlo, como regla general, en un plazo de 90 días desde la presentación de la solicitud, y no de 60 días, como ocurre en la Regla 29.4 de las Reglas de Arbitraje de 2016.

³⁰⁴ SIAC, Annual Report 2020 Trends and Observations, SIAC, Singapore, 2020, p. 22 (disponible en: https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf). A estas cifras deben unirse las 30 solicitudes formuladas en el período 2017-2019, de las que 9 fueron aceptadas. Al respecto, vid., A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29”, *cit.*

³⁰⁵ Vid. *SIAC Announces Commencement of Revisions for SIAC Arbitration Rules*, disponible en: <https://siac.org.sg/ysiac/about-us/69-siac-news/669-siac-announces-commencement-of-revisions-for-siac-arbitration-rules>

³⁰⁶ Vid. A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29”, *cit.*

b) El artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules*

105. También el artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules* –intitulado “*Early Determination Procedure*”– reconoce de forma explícita, en su apartado 1, el poder del Tribunal –“*The arbitral tribunal shall have the power*”, dice-, a decidir una o varias cuestiones de derecho, o de hecho, a solicitud de una parte, y tras consultar con el resto de partes, a través del “*early determination procedure, on the basis that: (a) such points of law or fact are manifestly without merit; or (b) such points of law or fact are manifestly outside the arbitral tribunal’s jurisdiction; or (c) even if such points of law or fact are submitted by another party and are assumed to be correct, no award could be rendered in favour of that party*”³⁰⁷.

106. La solicitud deberá incluir, como exige el apartado 4 del precepto, la formulación de la petición de determinación temprana de uno o varios puntos jurídicos, o fácticos, y una descripción de los mismos³⁰⁸. Así como una declaración de los hechos y fundamentos legales que la sustentan³⁰⁹; una propuesta de la forma del procedimiento de determinación temprana a ser adoptada por el tribunal³¹⁰ y comentarios sobre cómo esta propuesta satisfaría los objetivos mencionados en los artículos 13.1 y 5 de las Reglas; que refieren a la evitación de gastos y retrasos innecesarios, y al aseguramiento del debido proceso y de los principios de audiencia y contradicción³¹¹. Al amparo del artículo 43.2, cualquier parte que formule una solicitud de procedimiento de determinación anticipada deberá comunicarla, además de al Tribunal arbitral, a la HKAC y al resto de partes. Igualmente, habrá de formularla, tal como señala el apartado 3 del artículo 43, tan pronto como sea posible “*after the relevant points of law or fact are submitted, unless the arbitral tribunal directs otherwise*”.

107. En consonancia con el mandato del apartado 5 del artículo 43 de las Reglas, el tribunal arbitral, tras ofrecer a todas las partes la oportunidad de realizar las alegaciones que estimen oportunas en relación con la solicitud formulada, y en el plazo máximo de 30 días desde el momento de su formulación³¹², “*shall issue a decision either dismissing the request or allowing the request to proceed by fixing the early determination procedure in the form it considers appropriate*”. En este último supuesto, y de acuerdo con el tenor del artículo 43.6 de las Reglas, el Tribunal arbitral, en un plazo máximo de 60 días desde la adopción de su decisión de aceptar la excepción³¹³, dispondrá, a través de una orden o laudo –“*which may be in summary form*”, sobre los extremos de derecho o hecho que resulten relevantes. Durante este tiempo de pendencia de la solicitud, el tribunal arbitral puede decidir si, y hasta qué punto, el proceso arbitral debe continuar³¹⁴.

c) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC y el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC

108. Tanto el Reglamento de Arbitraje de la SCC, de 2017, como el Reglamento de Arbitrajes simplificados, incorporan un precepto relativo al proceso sumario³¹⁵. De hecho, el artículo 40 de este segundo repite de forma mimética el tenor del artículo 39 del Reglamento de Arbitraje.

³⁰⁷ Al respecto, vid. B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 39-40; M. ALTENKIRCH y M. BOUSSIHAD, *Fast, faster, Early Determination Procedures?*, Baker Mackenzie Global Arbitration News, 7.11.2018, disponible en: <https://globalarbitrationnews.com/fast-faster-early-determination-procedures/>

³⁰⁸ Art. 43.4.(a) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³⁰⁹ Art. 43.4.(b) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹⁰ Art. 43.4.(c) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹¹ Art. 43.4.(d) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹² Un plazo que, como especifica el precepto, puede ser doblemente extendido: “*may be extended by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKAC*”.

³¹³ De nuevo, el precepto permite la extensión de este plazo, “*by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKAC*”.

³¹⁴ Art. 43.7 *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹⁵ Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

109. El artículo 39.1 del Reglamento de Arbitraje de la SCC reconoce la capacidad de cualquiera de las partes para solicitar al tribunal arbitral que decida sobre una o más cuestiones de hecho, o de derecho, a través de un proceso sumario, sin necesidad de tramitar cada fase procesal, a la que de otro modo podría sujetarse el arbitraje. La solicitud formulada podrá referirse, tal como precisa el apartado 2 del mencionado artículo 39, a cuestiones “*de jurisdicción, admisibilidad o de fondo*”. Pudiendo incluir “*por ejemplo, una afirmación de que: (i) una alegación de hecho o de derecho sustancial para la resolución del caso es manifiestamente insostenible; (ii) incluso si los hechos alegados por la otra parte se asumieren ciertos, no sería posible bajo el derecho aplicable dictar un laudo favorable a tal parte; o (iii) cualquier cuestión de hecho o de derecho sustancial para la resolución del caso es, por cualquier otro motivo, susceptible de ser decidida a través de un proceso sumario*”. En todo caso, la solicitud deberá especificar las razones en que se fundamenta, la forma en que se propone proceder sumariamente y, tal como apunta el artículo 39.3, demostrar que tal proceder es eficiente y apropiado dadas las circunstancias del caso.

110. El tribunal arbitral ha de ofrecer a las partes la posibilidad de presentar los comentarios que estime oportunos. Tras lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 39, deberá dictar un auto, bien rechazando la solicitud, o fijando el proceso sumario en la forma en que éste lo estime apropiado. En esta decisión, añade el apartado 5 del precepto, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias que estime relevantes; incluyendo en qué medida el proceso sumario contribuye a una resolución más eficiente y expedita de la controversia. Si la solicitud de proceso sumario es estimada, el apartado 6 del artículo 39 exige al tribunal arbitral dictar auto o laudo sobre las distintas cuestiones sometidas a su consideración de manera eficiente y expedita, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto, y otorgando a cada parte una oportunidad suficiente para exponer su caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.2 del Reglamento de Arbitraje³¹⁶.

d) El artículo 26 de la CIETAC Investment Arbitration Rules

111. También el CIETAC incorpora la figura en su Reglamento de arbitraje de inversiones. El precepto, rubricado como “*Early Dismissal of Claim or Counterclaim*”, señala en su apartado 1 que “*A party may apply to the arbitral tribunal for the early dismissal of a claim or counterclaim in whole or in part on the basis that such a claim or a counterclaim is manifestly without legal merit, or is manifestly outside the jurisdiction of the arbitral tribunal.*”³¹⁷. Esta regla se desarrolla en los siguientes cinco apartados del artículo.

C) La existencia de notas o guías de apoyo al tribunal arbitral

112. Frente a las soluciones anteriores, la CCI adopta una aproximación peculiar, excluyendo la incardinación de la figura en el Reglamento Arbitral, y optando por incorporarla en la Nota a las partes y a los tribunales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2021³¹⁸.

113. El Reglamento de arbitraje de la CCI, su artículo 22.1, en línea con la posición tradicionalmente mantenida por otros grandes centros arbitrales, compele al tribunal arbitral, y a las partes, a rea-

³¹⁶ La mención en el art. 40.6 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados, lo es al art. 24.2 de éste último.

³¹⁷ Al respecto, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

³¹⁸ Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-the-arbitration-spanish-version/>. Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 3-4. Sobre la posición mantenida por la CCI en relación con estas excepciones, vid., A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 491-492. Una solución en esta misma línea se encuentra, por ejemplo, en el marco del *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, en cuyo seno se han elaborado las *Guidelines on Early Disposition of Issues in Arbitration*, Disponible en: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/guidelines-on-early-disposition-of-issues-in-arbitration>

lizar todos los esfuerzos necesarios para que el arbitraje se desarrolle de una manera expedita, y eficaz, en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. Debiendo actuar el Tribunal, en todo caso, de forma justa e imparcial, y asegurando que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su posición³¹⁹.

114. En línea con ello, y a efectos de asegurar el desarrollo efectivo del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, queda requerido a adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que, añade el apartado 2 del artículo 22, no vulneren ningún acuerdo adoptado por aquellas. Tales medidas podrán incluir una o más de las técnicas para la conducción del caso recogidas en el Apéndice IV del Reglamento. Igualmente, y a solicitud de cualquier parte, podrán dictarse órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento, o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje³²⁰. En todo caso, las partes, tal como exige el artículo 22.5, se comprometen a cumplir cualquier orden dictada por el tribunal arbitral.

115. La Nota a las partes y a los tribunales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2021, viene a complementar el mandato del artículo 22, incorporando en su numeral VII –“*Conducción del arbitraje*”- una letra D rubricada “*Decisión expedita de demandas o contestaciones manifiestamente injustificadas*”, en el que se incluyen orientaciones sobre cómo abordar una solicitud para la decisión expedita de demandas o defensas manifiestamente injustificadas “*en el sentido amplio del artículo 22*” del Reglamento de Arbitraje³²¹.

116. Se señala, así, que cualquier parte podrá solicitar al tribunal arbitral la adopción de una decisión expedita sobre una o varias demandas o defensas, con base en el hecho de que estas carecen manifiestamente de fundamento, o que se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral –a la que la Nota califica gráficamente como la “*solicitud*”-. Requiriendo, eso sí, que ésta se formule lo antes posible -sin aportar plazo cerrado al respecto- tras la presentación de las pertinentes demandas o defensas³²².

117. En consonancia con el numeral 111 de la Nota, el tribunal arbitral cuenta con “*discreción plena*” para decidir si permite que proceda la solicitud. Para ello, atenderá a las circunstancias que considere pertinentes; tales como la fase en que se encuentra el procedimiento y la necesidad de asegurar eficiencia en cuanto a tiempo y costos. En el caso de aceptar la solicitud, añade el numeral 112 de la Nota, el tribunal arbitral adoptará de inmediato las medidas procesales que considere oportunas, previa consulta a las partes; concediéndose en todo caso al resto de partes la oportunidad de contestar a la solicitud³²³.

118. En todo caso, el tribunal arbitral queda obligado a decidir sobre la solicitud “*lo antes posible*” -de nuevo, el numeral 113 de la Nota evita aportar un plazo cerrado- y “*de forma coherente con la naturaleza de la misma*”-. Pudiendo indicar –no usa el imperativa, sino el condicional- las razones para su decisión de la manera más concisa posible. Tal decisión podrá adoptar la forma de una orden o de un laudo, pudiendo el tribunal decidir, en ambos casos, sobre los costos de la solicitud, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 38 del Reglamento de Arbitraje, o reservar su decisión para una fase posterior.

³¹⁹ Art. 22.4 Reglamento Arbitraje (2021) CCI. Nótese PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 68; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 37-39.

³²⁰ Art. 22.3 Reglamento Arbitraje (2021) CCI. El precepto añade que, igualmente, el tribunal “*podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial*”.

³²¹ Numeral 109. En el marco de la CCI consta un uso de esta posibilidad en dos casos, el ICC Case No. 11413 y 12297. En ambos se rechazó la excepción planteada. Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, pp. 29-30.

³²² Numeral 110.

³²³ En todo caso, añade el numeral 112, “*La presentación ulterior de pruebas solamente se permitirá en circunstancias excepcionales*”.

119. En línea con la filosofía que imbuye el artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la Corte examinará todo laudo dictado respecto de una solicitud de decisión expedita, “normalmente dentro del plazo de una semana” tras su recepción por parte de la Secretaría³²⁴.

III. Los trabajos de la CNUDMI en relación con la desestimación temprana de la demanda como ejemplo de la tensión que acompaña a la potencial aceptación de la figura en el ámbito del arbitraje comercial internacional

120. El debate sobre la figura de la desestimación temprana de la demanda está abierto en el ámbito del arbitraje comercial internacional y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional no es ajena a este proceso. En este sentido, el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI recibió en el 51º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York en junio y julio de 2018, el mandato de tratar las cuestiones relativas al arbitraje acelerado³²⁵ en un intento de alcanzar el apuntado “magic triangle” arbitral³²⁶: menor coste, menor duración y mayor calidad del arbitraje, con independencia del significado exacto que se pueda atribuir a este último concepto. Un objetivo, el de aunar estos tres principios que, llamativamente, para algunos resulta intrínsecamente imposible³²⁷. Los trabajos concluyeron con la aprobación del Reglamento de Arbitraje acelerado³²⁸, en el 54º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York entre el 28 de junio y el 16 de julio de 2021³²⁹.

121. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo II tomaron como base la nota de la Secretaría de 16 de noviembre de 2018, sobre *Solución de controversias comerciales. Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado*³³⁰, en la que se avanzaban todo un conjunto de aspectos susceptibles de ser estudiados, con vistas a promover la eficiencia del arbitraje; intentando preservar a su vez la máxima calidad y el respeto a las garantías procesales y la equidad³³¹. Entre ellas, se apuntaba la problemática de la “desestimación temprana de reclamaciones mediante procedimiento sumario”³³², un instrumento “del que pueden servirse los tribunales arbitrales para desestimar las demandas y contestaciones infundadas”³³³. Un primer borrador se incorporó en el documento A/CN.9/WG.II/WP.209, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado*, de 25 de julio de 2019³³⁴.

122. Desde el inicio de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo se manifestó profundamente dividido en torno a la eventual admisión, tanto de la desestimación temprana, como de la determinación preliminar, en el Reglamento de Arbitraje Acelerado³³⁵; rechazándose, finalmente, incluir en

³²⁴ Numeral 114.

³²⁵ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., par. 252, p. 48.

³²⁶ Vid., J. KIRBY, “Efficiency”, cit., pp. 690-693.

³²⁷ Al respecto, vid. J. RISSE, “Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings”, *Arb. Int'l*, vol. 29, núm. 3, 2013, p. 454.

³²⁸ Disponible en: <https://uncitral.un.org/es/content/expedited-arbitration-rules>

³²⁹ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., pp. 38-39, nº. 189.

³³⁰ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit.

³³¹ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., p. 4 y p. 7, nº. 22.

³³² CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., p. 12, nº. 42.

³³³ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.209, de 25.7.2019, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 70º período de sesiones, Viena, 23 a 27.9.2019, p. 16, nº. 74.

³³⁴ Tanto sobre la desestimación temprana como sobre la determinación preliminar (Vid. CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.209, de 25.7.2019, *Solución*, cit., pp. 15-18, nnº. 73-78). Entendiéndose que éste último “permite a una parte solicitar al tribunal arbitral que decida sobre una o más cuestiones de derecho o de hecho sin que deban realizarse todos los actos procesales que, de otro modo, las partes y el tribunal arbitral deben llevar a cabo en el arbitraje (un mecanismo a menudo también denominado “procedimiento sumario”” (*Ibid.*, p. 17, nº. 76).

³³⁵ Un análisis de las opiniones contradictorias manifestadas en relación con estas instituciones se encuentra en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones*

él una disposición en relación con estas figuras³³⁶, y apostándose por proceder a su análisis en una etapa posterior³³⁷.

123. No obstante lo anterior, la Comisión, en su 54º periodo de sesiones, de junio-julio de 2021, solicitó al Grupo de Trabajo II que, en su 74º periodo de sesiones, a celebrar en septiembre de 2021, procediera a examinar el tema de la desestimación temprana³³⁸, con vistas a la posible inclusión de una disposición al respecto, ya no en el Reglamento de Arbitraje Acelerado, sino en el Reglamento de Arbitraje. Y ello, con independencia de la aceptación por parte de la propia Comisión de “los enfoques divergentes que existían en las distintas jurisdicciones y también en el contexto del arbitraje de inversiones”³³⁹. En tal sentido, la Secretaría preparó el Documento A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares – Nota de la Secretaría*, de 3 de agosto de 2021³⁴⁰, en el que se recoge un proyecto de disposición sobre “*excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*”.

124. La propuesta formulada –“*Proyecto de disposición X (Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares)*”³⁴¹– es especialmente amplia en su ámbito de aplicación, reconociendo a las partes, en su apartado 1, la posibilidad de oponer ante el tribunal arbitral un elenco de excepciones: “*1 ...: a) que la demanda o contestación carece manifiestamente de fundamento jurídico; b) que algunas de las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa una demanda o contestación carecen manifiestamente de fundamento; c) que alguna de las pruebas no es admisible; d) que no procedería dictar ningún laudo a favor de la otra parte aun suponiendo que las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basara una demanda o contestación fueran correctas; e) ...*”.

125. En línea con lo que hacen la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y en contraste con la opción mantenida por algunas instituciones arbitrales, la excepción sólo puede ser planteada por las partes, quienes, de acuerdo con el apartado 2 de la propuesta de disposición, deben plantearla “*en cuanto sea posible y a más tardar 30 días después de que se haya presentado la demanda o contestación, la cuestión de hecho o de derecho o la prueba de que se trate*”. En todo caso, se atribuye al tribunal arbitral la capacidad genérica de “*admitir una excepción que se oponga más tarde si considera justificada la demora*”.

126. El proyecto de disposición exige que la parte que plantee la excepción señale, con la mayor precisión posible, los hechos y fundamentos de derecho en que se basa, debiendo demostrar “*que una resolución sobre la excepción agilizará el proceso teniendo presentes todas las circunstancias del caso*”³⁴². El tribunal arbitral, tras invitar a las partes a manifestar su opinión en relación con la excepción

preliminares – Nota de la Secretaría, Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias), 74º periodo de sesiones, Viena, 27.9 a 1.10.2021, pp. 2-3, nº. 3.

³³⁶ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 3, nº. 4.

³³⁷ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.212, de 21.11.2019, *Solución*, cit., p. 25, nº. 111. Reproduciéndose el borrador de preceptos en las pp. 25-26, nº. 112. La misma apuesta por un eventual análisis posterior se reitera en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.214, de 23.7.2020, *Solución de controversias comerciales – Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 72º periodo de sesiones, Viena, 21 a 25.9.2020, p. 27, nº. 136, incorporándose el borrador de un precepto unificado, rubricado como “*(Excepciones oponibles en cuanto al fundamento y resoluciones preliminares)*”, en pp. 27-28, nº. 137. Texto que aparece, a su vez, reproducido en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.216, de 13.1.2021, *Solución de controversias comerciales – Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 73º periodo de sesiones, Nueva York (en línea), 22 a 26.3.2021, pp. 30-31, nº. 76.

³³⁸ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., p. 45, nº. 214.b).ii) y CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 3, nnº. 5 y 6.

³³⁹ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., p. 52, nº. 242.

³⁴⁰ Cit. nota 335 *supra*.

³⁴¹ CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., pp. 3-4, nº. 7.

³⁴² *Proyecto de disposición X (Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares)*, nº. 3, CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 4, nº. 7.

planteada, determinará si ha de dictar una resolución sobre la excepción, a modo de cuestión preliminar, dentro de los (15) días siguientes a la fecha en que se haya opuesto³⁴³. Debiendo resolver la excepción en los (30) días siguientes a la fecha de su planteamiento; aunque, como señala el apartado 5 de la propuesta, se reconoce al tribunal la posibilidad de ampliar el plazo “*en circunstancias excepcionales*”. En todo caso, añade el apartado 6 del borrador de disposición, la resolución sobre la excepción dictada por el tribunal no impide a las partes objetar en cualquier momento del transcurso del proceso la carencia de fundamento jurídico de la demanda o contestación.

127. Una vez más, el grupo de trabajo se ha mostrado profundamente dividido en relación con la posibilidad de incorporar una disposición que aborde esta figura en el Reglamento de Arbitraje. Y así, junto al eventual solapamiento con los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI en materia de arbitraje de inversiones³⁴⁴, se han apuntado todo un conjunto de argumentos a favor y en contra de la eventual incardinación³⁴⁵; haciéndose patente la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre la necesidad de regular la cuestión, o la forma de hacerlo³⁴⁶. Como la propia Secretaría admite, la conclusión final es que, en el supuesto de que el Grupo decidiera optar por regular la cuestión, existirían tres opciones sobre la mesa: “A detailed provision similar to draft provision X³⁴⁷, which would list the types of pleas allowed and introduce a standard of review as well as the relevant procedure; A provision highlighting in generic terms the inherent powers of the arbitral tribunal to make early or preliminary determinations on aspects other than jurisdiction; and A guidance document on the use of those powers under the UARs.”³⁴⁸. Y en tal sentido, el Grupo de Trabajo invitó a la Secretaría a ofrecer versiones articuladas de ellas³⁴⁹.

IV. ¿La fuerza del destino?

128. Aunque con una presencia muy limitada en la realidad normativa del arbitraje comercial internacional, el debate en torno a la conveniencia de contar con disposiciones que recojan y regulen, con mayor o menor amplitud, la figura del “*early dismissal*” de, al menos, las demandas arbitrales, está abierto: y no es ni neutro ni intrascendente³⁵⁰. En él se hace patente la ya apuntada tensión entre la búsqueda de la máxima eficiencia –traducida, entre otros extremos, en el menor coste y duración del proceso–, y la salvaguarda del derecho de las partes a hacer valer plenamente sus derechos, y al debido proceso.

129. Con un amplio fomento desde los Estados Unidos de América del Norte y otros países de *Common-Law*³⁵¹, la importación de instituciones procesales anglosajonas³⁵² en el ámbito del arbitraje comercial internacional no parece que haya redundado, hasta el momento, en un beneficio para él, en términos de costo, duración y previsibilidad del resultado. Todo lo contrario, ha favorecido que la

³⁴³ Proyecto de disposición X (*Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*), n.º. 4, CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, Proyecto, cit., p. 4, n.º. 7.

³⁴⁴ UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its seventy-fourth session (Vienna, 27 September–1 October 2021) (advance copy)*, Fifty-fifth session, New York, 27.6-15.7.2022, p. 8, n.º. 50.

³⁴⁵ Vid., UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 9, n.º. 51.

³⁴⁶ Vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 13, n.º. 66.

³⁴⁷ Y que fue objeto de valoración por el Grupo. Al respecto, vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, pp. 9-12, nn.º. 52-60.

³⁴⁸ Vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 12, n.º. 61.

³⁴⁹ UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 13, n.º. 67.

³⁵⁰ Incluso, en algunos países donde la institución está admitida en sus legislaciones nacionales en las que, recordemos, la figura actúa en un sistema procesal plenamente articulado, en el que se contemplan vías de recurso, algo que no existe, como regla general, en el arbitraje comercial internacional. Respecto de Inglaterra, vid. G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 22.

³⁵¹ B.T. HOWES y A. STOWELL, “The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 13, n.º 1, 2020, Spring, p. 52.

³⁵² Que pueden jugar con más o menos éxito en el plano estricto interno de estos países, Nótese, D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions*, *cit.*

institución arbitral luzca, de forma acentuada, “too much like litigation”³⁵³. La aceptación de la figura de la determinación temprana constituye un paso más en este camino, que no está exento de críticas y dudas de toda índole. De hecho, los amplios debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI en relación con ella, y la incapacidad de aunar posiciones y alcanzar un consenso al respecto, no hacen sino poner de manifiesto las controversias y tensiones que le acompañan.

130. La opción favorable a la incardinación de la figura de la desestimación temprana de la demanda, no es intrascendente ni inocua. Obviando el hecho de que constituye un paso más en la profundización de la apuntada “americanización” de la institución, supone una apuesta descarnada por el valor eficacia en el arbitraje, en detrimento de la idea de justicia. Un apoyo a lo que muy destacados especialistas denominan el “arbitraje como negocio”³⁵⁴, que, además de no venir contrastada por la práctica, ni asegurar el logro del objetivo avanzado, parece desatender -o, al menos, no primar- la naturaleza de complemento de los tribunales estatales que cumplen los MASC; también, dentro de ellos, la institución arbitral³⁵⁵.

131. Las distintas normativas arbitrales estatales, y los Reglamentos de las instituciones arbitrales, reconocen a las partes el derecho a ser tratadas “*con igualdad*”³⁵⁶, otorgándoles en cada etapa procesal “*una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos*”, algo que en el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacionales convierte en “*plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”³⁵⁷. Si bien para algunos esto queda salvaguardado con la figura³⁵⁸, para otros ello no se asegura de forma plena³⁵⁹.

132. La posible desestimación de la demanda en un proceso sumario, más o menos articulado, en los momentos iniciales del arbitraje, plantea graves dudas, tanto sobre la capacidad del árbitro de conocer en profundidad el fondo del litigio en un momento tan temprano –máxime en supuestos de arbitrajes complejos-, como sobre la posibilidad efectiva de las partes -a las que se les impide plantear su caso en su totalidad³⁶⁰- de defenderse y ver plenamente respetado su derecho a la tutela judicial efectiva. Más allá de lo anterior, la eventual desestimación temprana de la demanda coloca a las partes que han pactado someter su disputa a arbitraje, en un limbo jurídico. La posibilidad de acudir a los tribunales estatales sigue cerrada por el convenio arbitral, y la eventual iniciación de un nuevo proceso arbitral queda severamente limitada, salvo que se alteren en profundidad las circunstancias que sirvieron de base a la demanda desestimada.

133. Adicionalmente, si relevante es la posible existencia de decisiones contradictorias, algo que no es inhabitual³⁶¹, más aún lo es el riesgo de que el laudo devenga anulado o no resulte susceptible de ejecución³⁶². La mencionada imposibilidad de “*hacer valer sus derechos*”³⁶³ aparece en las distintas legislaciones nacionales como una de las causas habituales de anulación del laudo, viniendo igualmente recogido en el artículo V.1.b) *in fine* del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución

³⁵³ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration”, *cit.*, p. 51.

³⁵⁴ En acertadas palabras de S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del Siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, S. BARONA VILAR (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje*, *cit.*, p. 35.

³⁵⁵ Al respecto, S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis del arbitraje”, *cit.*, pp. 39-41.

³⁵⁶ Art. 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

³⁵⁷ Y que un gran número de Reglamentos arbitrales reconocen a las partes su derecho a realizar audiencias, si así lo solicitan, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2.

³⁵⁸ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter*, *cit.*, p. 220.

³⁵⁹ J. GILL, “Applications”, *cit.*, p. 516.

³⁶⁰ L. SAN ROMAN GUIJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 882-883.

³⁶¹ Así se demuestra en el ámbito del arbitraje de inversiones, vid. S.D. FRANCK, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, vol. 73, n.º 4, 2005, p. 1558 y ss.; K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims”, *cit.*, pp. 28-29.

³⁶² Incluso en jurisdicciones que conocen este mecanismo, al respecto, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*, pp. 69-72.

³⁶³ Art. 41.1.b) *in fine* Ley 60/2003, de Arbitraje.

de sentencias arbitrales³⁶⁴. El lugar donde se pretenda el reconocimiento y, en su caso, ejecución del eventual laudo dictado, devendrá decisivo en este sentido³⁶⁵, añadiendo un plus de incertidumbre a su uso³⁶⁶.

134. El uso de la figura, como su eventual estimación, ha resultado reducido, casi marginal, hasta el momento en los ámbitos en que ha sido aceptada; también en el arbitraje comercial internacional. Si bien ello refleja contención, lo cierto es que la realidad demuestra que las puertas que se abren en el marco del proceso civil, también en el proceso arbitral, tienden a colapsarse más pronto que tarde, y que, previsiblemente, la consolidación de microprocesos en el ámbito del proceso arbitral –al igual que ocurre en algunos países anglosajones en el proceso civil– acabará necesariamente implicando mayor duración, y costes adicionales relevantes para las partes, afectando a la accesibilidad y al nombre de la institución³⁶⁷.

135. Aun admitiendo que la decisión susceptible de ser adoptada se ve afectada por factores exógenos como la cultura o la formación jurídica³⁶⁸, así como por la propia condición de “*Homo Economicus*”³⁶⁹ que acompaña a los árbitros³⁷⁰, el potencial impacto que tiene en las expectativas sustantivas de las partes y en sus derechos³⁷¹ parece encontrarse en la base de esta prevención hacia la figura y su uso. Incluso asumiendo que los tribunales arbitrales están “*empowered to grant a motion to dismiss if it is reasonable to do so in the circumstances of a case*”³⁷², lo cierto es que el hecho de que “*its decision on the merits cannot be appealed is of serious concern and makes its position fundamentally different from that of a New York court*”³⁷³. Y ello conduce a que un gran número de árbitros se muestran reacios a aceptarla si las partes no han admitido su uso de forma expresa, o no se encuentra recogido en el Reglamento de la concreta institución arbitral³⁷⁴.

136. La objetiva pujanza del arbitraje comercial internacional no debe ocultar el incremento de las señales de agotamiento del modelo conformado en los últimos años. Quizás ha llegado el momento de hacer una parada y reflexionar sobre el futuro que deseamos para la institución arbitral, rechazando la extrapolación sin más de instituciones procesales a una realidad, la arbitral, que presenta múltiples aristas y tipologías³⁷⁵. Sin llegar a compartir la idea de “suicidio” del arbitraje que algunos comienzan a lanzar³⁷⁶, se corre el riesgo real de que la institución pueda acabar perdiendo sus esencias³⁷⁷, convirtiéndose ella misma en la mayor promotora del recurso a otros mecanismos ADR como la negociación o la

³⁶⁴ BOE de 11.7.1977. Al respecto, vid. PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 68.

³⁶⁵ Así, por ejemplo, en Inglaterra, nótese, Travis Coal Restructuring Holdings LLC v Essar Global Fund Limited [2014] EWHC 2510 (Comm), n.º. 47. Respecto de los EEUU, nótese A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 501-507.

³⁶⁶ CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 4-5.

³⁶⁷ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 710-711.

³⁶⁸ G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 22.

³⁶⁹ R. SMYTH, “Do Judges Behave as Homo Economicus, and If So, Can We Measure Their Performance? An Antipodean Perspective on Tournament of Judges”, *Florida State UL Rev.*, vol. 32, 2004-2005, p. 1301 y ss.

³⁷⁰ En contra de esta afirmación, A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 507-508.

³⁷¹ En contra de esta afirmación, A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 499-501.

³⁷² First Interim Award in ICC Case No 11413, n.º. 48, reproducido en ICC Intl Ct Arb Bull, vol. 21, n.º. 2, 2010, p. 34 (ICC Case 11413). La cita se obtiene de PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 69.

³⁷³ First Interim Award in ICC Case No 11413, n.º. 48, reproducido en ICC Intl Ct Arb Bull, vol. 21, n.º. 2, 2010, p. 34 (ICC Case 11413). La cita se obtiene de PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 69.

³⁷⁴ G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 21.

³⁷⁵ Así, por ejemplo, la propia CCI, que rechaza la incorporación de la figura en su Reglamento, lo admite en algunos de sus documentos. Así, CCI: *Financial Institutions and International Arbitration Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Financial Institutions and International Arbitration*, 2016, nn.º. 1 y 59, en los que se señala que las instituciones financieras optan por litigar en Londres y Nueva York, precisamente por la existencia de esta posibilidad, percibiendo los bancos su ausencia, como una rémora para acudir al arbitraje, disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0050_Report.htm?AUTH=&Timeframe=&txtSearchText=summary%20disp&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec1=true&chkSubsec2=true&chkSubsec3=true&chkSubsec4=true&chkSubsec5=true&chkSubsec6=true&chkSubsec7=true&chkSubsec8=true&chkSubsec9=true&dtFrom=&dtTo=

³⁷⁶ Al respecto, vid. S. SEIDENBERG, “International”, *cit.*

³⁷⁷ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration”, *cit.*, pp. 59-59.

mediación. En concreto, y en el caso específico de la desestimación temprana de la demanda, el amplio y plural impacto potencial de la figura sobre las partes, sus expectativas y derechos³⁷⁸, y la dependencia del arbitraje comercial internacional, una realidad diferenciada del arbitraje de inversiones, de la voluntad de las partes debería requerir, al menos, de un consentimiento informado de éstas a tal posibilidad³⁷⁹... aunque éste acabe siendo el de sus letrados (y conduzca a la aceptación de la desestimación y, al correlativo deterioro de los derechos procesales de las partes y de la justicia del sistema en su conjunto).

³⁷⁸ Se habla, así, entre otras, de la posibilidad de bifurcar la causa; un mecanismo que, en la práctica, puede resultar mucho más satisfactorio y rápido. Al respecto, D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions*, cit.

³⁷⁹ En tal sentido, incluso las *Revised Uniform Arbitration Act* (2000) vinculan en su Sección 15(b) esta posibilidad a la voluntad expresa de las partes, y siempre que éstas tengan capacidad de hacer valer sus derechos, al señalar que, “*An arbitrator may decide a request for summary disposition of a claim or particular issue: (1) if all interested parties agree; or (2) upon request of one party to the arbitration proceeding if that party gives notice to all other parties to the proceeding, and the other parties have a reasonable opportunity to respond*” (disponibles en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ad8d29fa-8fa5-576c-ec3d-de47b9530d51&forceDialog=0>). Aunque debe reconocerse la existencia de jurisprudencia americana posterior a las Uniform Act que reconoce a los árbitros el poder de dictar desestimaciones sumarias de forma generalizada. Así, por ejemplo, ocurre en *Sherrock Brothers Inc v Daimler Chrysler Motors Company, LLC* 260 Fed Appx 497 (3rd Cir 2008).