

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGLA 41(5) DE LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI Y SU IMPACTO EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

CELESTE E. SALINAS QUERO

Consejera Jurídica en uno de los Equipos de Gestión de Casos del CIADI

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones

Enero-mayo 2021 (1)

Págs. 325-340

Resumen: Desde su incorporación en 2006 a las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Regla 41(5) ha tenido una aplicación relativamente acotada. A la fecha se conocen treinta y cinco casos en los que una excepción preliminar se ha opuesto bajo dicho procedimiento sumario. Entre tales casos, apenas cinco han conducido a la desestimación sumaria de todas las reclamaciones por manifiesta falta de mérito jurídico. La presente nota describe la tramitación del procedimiento bajo la Regla 41(5), y su impacto en la duración de los arbitrajes en los que la excepción opuesta ha sido rechazada. La nota también comenta el alto estándar que tribunales CIADI han aplicado al examinar si una reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico, y el posible impacto que dicho estándar ha tenido en la acotada fase de argumentación escrita y oral en la que se enmarca la Regla 41(5). La nota concluye que, en la práctica, la tramitación de la Regla 41(5) cumple con el formato sumario que se quiso dar a la disposición en 2006. También concluye que, aun cuando la excepción se rechace de lleno, el tribunal se habrá acercado

Abstract: From its introduction in 2006 to the ICSID Arbitration Rules, Rule 41(5) has had a relatively narrow application. To date an exception under such summary procedure is known to have been raised in thirty-five cases. Among these cases, only five have led to the summary disposal of all claims for manifest lack of legal merit. This note describes the procedure under the Rule 41(5), and its impact in the duration of the arbitrations where the exception has been rejected. The note also comments the high standard that ICSID tribunals have applied when examining whether a claim manifestly lacks legal merit, and the possible impact that such standard has had in the narrow written and oral argumentative phase of Rule 41(5). The note concludes that, in practice, the procedure of Rule 41(5) meets the summary format envisioned for that provision in 2006. It also concludes that, even if the exception is rejected in whole, the tribunal would have early on studied the dispute; and, even if partially rejected, the exception would have contributed to narrowing down the scope of the dispute.

tempranamente a estudiar la disputa; y, aun cuando ella se rechace parcialmente, habrá contribuido a acotar su ámbito.

Palabras clave: Manifiesta falta de mérito jurídico – Regla 41(5) – Excepciones preliminares – Procedimiento sumario.

Keywords: Manifestly without legal merit – Rule 41(5) – Preliminary objections – Summary procedure.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRAMITACIÓN DE LA EXCEPCIÓN. 1. *Manifiesta falta de mérito jurídico*. 2. *Algunas consideraciones sobre el impacto la Regla 41(5) en la tramitación del procedimiento*. 3. *La tramitación de la Regla 41(5) en sede posterior al laudo*. 4. *La paradoja de la audiencia – ¿Dar los hechos por probados?* III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el art. 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el «Convenio del CIADI» o el «Convenio»), el poder de la Secretaria General para rechazar el registro de una solicitud de arbitraje se limita a casos en los que, de la información contenida en la solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro¹; es decir, cuando encuentre una falta manifiesta de los requisitos del Art. 25 del Convenio del CIADI. Así, el poder para rechazar el registro de una solicitud de arbitraje no se extiende a casos en los que quepan meras dudas sobre la jurisdicción del Centro, o en los que las reclamaciones puedan carecer de mérito jurídico².

La Regla 41(5) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las «Reglas de Arbitraje») y su equivalente, el art. 45(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), fueron introducidos con las enmiendas a las Reglas de Arbitraje de 2006³. Dichas disposiciones pretenden que un tribunal pueda, con expedición y al comienzo del procedimiento, desestimar una reclamación por manifiesta falta de mérito jurídico⁴. Así, tales disposiciones podrían servir para llenar el vacío que existe entre,

1. «(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación». Art. 36(3) del Convenio del CIADI.
2. *Antonio Parra*, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID Secretariat, Discussion Paper, October 22, 2004, para. 9.
3. En lo que sigue, esta nota emplea la designación «Regla 41(5)» para referirse tanto a la disposición contenida en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del Convenio, así como a la disposición del Art. 45(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).
4. *Antonio Parra*, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Working Paper of the ICSID Secretariat, May 12, 2005.

de un lado, el acotado poder de evaluación que la Secretaria General puede ejercer al registrar una diferencia (el cual mira solamente a cuestiones de jurisdicción), y, de otro, el poder del tribunal para adjudicar el fondo de las reclamaciones de una diferencia.

La Regla 41(5) ofrece a las partes la oportunidad de argumentar en un procedimiento contradictorio si el tribunal ha de desestimar la reclamación por manifiesta falta de mérito jurídico. Este es un punto importante, por cuanto dicha oportunidad está en contraste con el acto de registro de la solicitud de arbitraje. El registro, según el art. 36(3) del Convenio CIADI, se acota al examen que la Secretaria General hace de la información contenida en la solicitud de arbitraje. Así, difícilmente valdría la pena para una demandante confiar en el acto de registro como una indicación preliminar del valor del mérito jurídico de su reclamación. Esta cuestión la abordó el tribunal de *Ansung c. China*, el cual, acogiendo de lleno la excepción de la República Popular China, sostuvo que el acto de registro no prejuzga ni puede prejuzgar una excepción bajo la Regla 41(5). Dicho tribunal notó, además, que la decisión de registrar se sigue de un temprano proceso de evaluación basado únicamente en la información contenida en la solicitud de arbitraje⁵.

Otro contraste importante que cabe recalcar entre el acto de registro del art. 36(3) del Convenio y el procedimiento de la Regla 41(5), es que el primero conduce a un resultado de «todo o nada» – o se registra la diferencia, o no; el segundo, en cambio, puede conducir a que todas las reclamaciones sean desestimadas, o bien, también puede actuar como un filtro y acotar el ámbito de la diferencia, en el supuesto que la excepción prospere parcialmente y algunas reclamaciones avancen a ser analizadas en su mérito⁶. Así, en los casos en que un tribunal acoge en su totalidad una excepción bajo la Regla 41(5), el arbitraje llega a su fin mediante un laudo⁷. Cuando el tribunal rechaza la excepción de lleno o la acoge parcialmente, la Regla 41(5) conducirá una decisión.

A la fecha, según información pública, se han presentado excepciones bajo la Regla 41(5) en treinta y cinco casos⁸. De ellas, treinta han sido adju-

5. *Ansung Housing Co. Inc. c. República Popular China* (Caso CIADI No. ARB/14/25), Laudo, 9 de marzo de 2017 (en adelante, «*Ansung c. China*»), para. 72.

6. Antonio R. Parra, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Ch. 42: ICSID Arbitration Rule 41(5) Objections, p. 593.

7. Cabe notar que, a la fecha de redacción de esta nota, la excepción bajo la Regla 41(5) había sido interpuesta en dos procedimientos de anulación y en un procedimiento de revisión. En este último, el tribunal acogió en su totalidad la excepción opuesta, habiendo puesto fin al procedimiento mediante una decisión de revisión.

8. El CIADI mantiene en su página web una tabla de libre acceso al público indicando los casos en que se han emitido decisiones o laudos sobre excepciones opuestas de conformidad con la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje bajo el Convenio o el Art. 45(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario). Dicha tabla además indica si

dicadas mediante decisiones, conociéndose apenas cinco laudos en los que tribunales hayan desestimado todas las reclamaciones por manifiesta falta de mérito jurídico⁹. En lo que sigue, la presente nota se acota al examen de veinticuatro casos en los que se han opuesto excepciones bajo la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje o bajo el art. 45(6) del Mecanismo Complementario, y respecto de los cuales hay información pública sobre el resultado de la excepción. Cabe notar que, en tres de estos veinticuatro casos, las excepciones fueron opuestas por la parte interesada en procedimientos posteriores a la emisión del laudo (dos excepciones fueron opuestas en sede de anulación, y una en sede de revisión del laudo).

II. LA TRAMITACIÓN DE LA EXCEPCIÓN

La Regla 41(5) fue diseñada para que el tribunal resuelva la excepción tempranamente, en la primera sesión o prontamente con posterioridad a ella. Así, salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, la Regla 41(5) establece que la parte interesada podrá presentar su excepción a más tardar 30 días después de la constitución del tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión. La Regla 13 del Reglamento de Arbitraje establece que el tribunal celebrará su primera sesión a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo¹⁰.

En la práctica, las excepciones examinadas en esta nota se han tramitado en plazos que tienen una duración media de 4.5 meses¹¹ (un promedio de 5.7 meses) contados desde la fecha de oposición de la excepción a la fecha en que se dicta el laudo o decisión que recae sobre la misma. La tramitación de las

la excepción fue denegada, acogida total o parcialmente, en la medida en que dicho resultado se haya hecho público. Véase <https://icsid-archive.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx> (visitado por última vez el 5 de febrero de 2021).

9. El laudo que a la fecha de redacción de esta nota se había publicado más recientemente y que acoge en su totalidad una excepción bajo la Regla 41(5) no fue publicado por el CIADI y no aparece reportado en la tabla referida en el pie de página número 7 *supra*. Dicho laudo fue publicado el 10 de abril de 2020 por *Investment Arbitration Reporter* junto con un breve comentario sobre el mismo. Véase <https://www.iareporter.com/articles/analysis-lotus-holding-v-turkmenistan-tribunal-finds-that-the-claimant-only-articulated-contract-claims-belonging-to-a-third-party-and-it-dismisses-the-case-at-an-early-stage/> (visitado por última vez el 5 de febrero de 2021).
10. «(1) El Tribunal celebrará su primera sesión a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo. Las fechas de esa sesión serán fijadas por el Presidente del Tribunal después de consultar a sus miembros y al Secretario General [...]». Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje.
11. Siendo 0.8 meses el plazo de tramitación más breve y 13.9 meses el más largo, contado desde la fecha en que se opuso la excepción a la fecha en que se dictó la decisión o el laudo, según sea el caso.

excepciones suele dar cabida a una fase de argumentación escrita de una o dos rondas, seguida de una fase oral en conexión con la primera sesión, o bien, separadamente, en una audiencia dedicada a la excepción¹².

1. MANIFIESTA FALTA DE MÉRITO JURÍDICO

La Regla 41(5) no define qué deba entenderse por «manifiesta falta de mérito jurídico». La jurisprudencia parece estar de acuerdo con el estándar aplicado por el tribunal de *Trans-Global c. Jordania*¹³, y replicado por varios otros tribunales¹⁴, según el cual la parte interesada debe formular su excepción clara y obviamente, con relativa facilidad y celeridad¹⁵. En la misma línea, el tribunal de *Brandes c. Venezuela* hizo suyas las palabras de Antonio Parra, sosteniendo que, «como principio básico de equidad procesal, un laudo en virtud de la Regla 41(5) solo puede aplicarse a un caso claro y obvio, es decir, [...] a «reclamaciones obviamente infundadas»¹⁶.

La Regla 41(5) no distingue si la reclamación respecto de la cual se alega manifiesta falta de mérito jurídico compete a cuestiones de jurisdicción o de fondo. Ella tampoco especifica el procedimiento para tramitar la excepción, más allá de establecer que «[e]l Tribunal, después de dar a las partes oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes de su decisión sobre la excepción». Cabe mencionar que, en el actual proceso de enmiendas del CIA-DI, dos de los cambios que se proponen introducir a la Regla 41(5), pretenden precisamente atender estos aspectos. Así, a fin de codificar una línea de casos que considera que la manifiesta falta de mérito abarca jurisdicción y fondo¹⁷,

12. Para más datos estadísticos véase también la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIA-DI, Documento de Trabajo núm. 1, 2 de agosto de 2018, Vol. 3 (en adelante, «WP#1»), para. 370.

13. *Trans-Global Petroleum c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/07/25), The Tribunal's Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 12 de mayo de 2008 (en adelante, «*Trans-Global c. Jordania*»).

14. Véase, por ejemplo, *Ansung c. China*, para. 70; *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. República de Croacia* (Caso CIADI No. ARB/13/32), Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 de diciembre de 2014 (en adelante, «*MOL c. Croacia*»), para. 45.

15. *Trans-Global c. Jordania*, para. 88.

16. *Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela* (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, 2 de febrero de 2009 (en adelante, «*Brandes c. Venezuela*»), para. 64, citando a Antonio Parra, *The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, p. 56.

17. WP#1, para. 373. Véase, por ejemplo, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea* (Caso CIADI No. ARB/13/33), Decision on the Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5), 28 de octubre de 2014 (en adelante «*PNG c. Papúa Nueva Guinea*»); *Brandes c. Venezuela*, para.

la Regla 41(1) del Documento de Trabajo núm. 4 propone aclarar que «[1] a excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro o a la competencia del Tribunal»¹⁸. Por su parte, la Regla 41(2) del Documento de Trabajo núm. 4 propone un procedimiento bastante detallado que regula la tramitación de la excepción, y aborda, entre otros, (i) el plazo y forma para oponer la excepción (por escrito y a más tardar 45 días después de la constitución del tribunal); (ii) la facultad del tribunal para fijar los plazos para los escritos y presentaciones orales sobre la excepción; (iii) la facultad de la Secretaria General para fijar los plazos para los escritos sobre la excepción si ella se opusiera antes de la constitución del tribunal; y (iv) el plazo para que el tribunal decida la excepción (60 días siguientes a lo que suceda de último: la constitución del tribunal; el último escrito sobre la excepción; o la última presentación oral sobre la excepción).

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL IMPACTO LA REGLA 41(5) EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A primera vista, pareciera que la tramitación sumaria de la Regla 41(5) cumple su efecto cuando la demandada logra demostrar el alto estándar que exige tal disposición, y obtener que el tribunal desestime todas las reclamaciones por manifiesta falta de mérito jurídico. Así, por ejemplo, los cinco arbitrajes en que se acogieron de lleno las excepciones opuestas bajo la Regla 41(5), tuvieron una duración media de un año y siete meses (un promedio de un año y siete meses) contados desde el registro del caso a la fecha del laudo, o bien una duración media inferior a un año contados desde la oposición de la excepción a la fecha del laudo (media de 10,8 meses; promedio de 11,5 meses). En todos esos arbitrajes, las partes presentaron sus observaciones sobre la excepción por escrito y oralmente. En todos, salvo en un caso, la audiencia sobre la excepción se celebró en conexión con la primera sesión del tribunal. En la media de estos cinco casos, transcurrieron 3,3 meses (un promedio de 6,2 meses) entre la oposición de la excepción y la celebración de la audiencia,

⁵⁵; *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/09/11), Laudo, 1 de diciembre de 2020, para. 30.

18. Varios tribunales concuerdan en que el alcance de la «manifiesta falta de mérito» de la Regla 41(5) cubre tanto cuestiones de jurisdicción como de fondo. Así, por ejemplo, el tribunal en *Brandes c. Venezuela* consideró que «la expresión “mérito jurídico” abarca todas las excepciones conducentes a que se ponga fin al procedimiento en una etapa temprana porque, por cualquier razón, es manifiesto que el Tribunal no puede dar curso a la reclamación» *Brandes c. Venezuela*, para. 55. Expresamente concordando con dicho análisis, el tribunal en *PNG c. Papúa Nueva Guinea* consideró que las excepciones de la demandada en ese caso concernían tanto cuestiones de jurisdicción como de fondo. *PNG c. Papúa Nueva Guinea*, para. 91.

y una media de 4,8 meses (un promedio de 5,2 meses) entre la audiencia y la fecha en que se dictó el laudo.

No obstante, una mirada más cercana a los diecinueve casos en que se han opuesto excepciones bajo la Regla 41(5) que han sido rechazadas de lleno o parcialmente parece indicar que tal disposición puede incrementar la extensión y, con ello, los costos del procedimiento. Así, la tramitación de las excepciones en estos diecinueve casos tuvo una duración media de 11,2 meses (un promedio 12,7 meses) contados desde la fecha del registro de la solicitud de arbitraje a la fecha en que se dictó la decisión. Luego de dictada la decisión, tales casos continuaron su tramitación en relación con todas aquellas reclamaciones respecto de las cuales la excepción no prosperó. Al 31 de diciembre de 2020, había seis casos que seguían pendientes tras la haberse dictado la decisión bajo la Regla 41(5). Los casos que al 31 de diciembre del 2020¹⁹ seguían pendientes han tenido una duración media de 32,5 meses (un promedio de 44,3 meses) contados desde el registro, habiendo ya transcurrido una media de 17 meses (un promedio de 31,3 meses) desde la fecha en que se dictó la decisión.

Los otros casos ya concluidos en que se dictaron decisiones bajo la Regla 41(5) tuvieron una duración media de 34 meses (un promedio de 33,6 meses) contados desde el registro de la solicitud de arbitraje a la fecha en que se dictó el respectivo laudo, decisión de anulación, o de revisión sobre las reclamaciones, o bien la resolución que dejó constancia de la terminación del procedimiento²⁰. En tales casos transcurrió una media de 21,9 meses (un promedio de 20,9 meses) entre la fecha en que se dictó la decisión que rechazó de lleno o parcialmente la excepción y la fecha en que se dictó el respectivo laudo, decisión de anulación o de revisión que adjudicó el fondo de las reclamaciones, o la orden que puso término al procedimiento.

La Regla 41(2) del Documento de Trabajo núm. 4 propone al menos dos innovaciones que pretenden optimizar la tramitación de los casos en que se oponga una excepción de esta naturaleza. La primera, propone facultar a la Secretaria General para fijar plazos para que las partes presenten escritos sobre la excepción, cuando ella haya sido opuesta antes de la constitución del tribunal. Dicha disposición expresamente señala que ella pretende que «el Tribunal

19. A la fecha de escrituración de esta nota (31 de enero de 2021), esos seis casos seguían pendientes.

20. *Pan American Energy LLC v. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/10/8) y *Elsamex, S.A. c. República de Honduras* (Caso CIADI No. ARB/09/4) – Procedimiento de Anulación fueron descontinuados por avenimiento de las partes de conformidad con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje. *Petronor E&P Gambia Limited and APCL Gambia B.V. c. República de Gambia* (Caso CIADI No. ARB/17/38) concluyó mediante un laudo que incorporó el avenimiento de las partes de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje.

pueda considerar la excepción con prontitud una vez constituido²¹». En los casos examinados en esta nota, las excepciones fueron opuestas después de la constitución del tribunal, habiendo transcurrido en la media de los casos 29 días (un promedio de 42 días) desde la constitución a la fecha en que se opuso la excepción²². La innovación propuesta se inspira en la disposición actual de la Regla 39(5), que permite a la Secretaria General fijar los plazos para que las partes presenten observaciones cuando una parte ha solicitado medidas provisionales antes de la constitución del tribunal²³. Es de esperar que la innovación propuesta permita conducir a un cambio en el comportamiento de las partes, a fin de que, cuando sea apropiado, ellas hagan uso de la posibilidad que la Regla 41(5) ya ofrece de presentar la excepción lo más tempranamente posible.

La segunda innovación que pretende optimizar la tramitación de estas excepciones consiste en fijar un ambicioso plazo de 60 días para que el tribunal emita su decisión o laudo sobre la excepción (propuesta Regla 41(2)(d)). Este plazo se contaría desde lo que haya ocurrido más tarde, así sea la constitución del tribunal el último escrito sobre la excepción, o la última presentación oral sobre la excepción. Actualmente, la Regla 41(5) no fija un plazo para que el tribunal emita su decisión o laudo, sino que solamente exige que el tribunal notifique a las partes su determinación «en la primera sesión o prontamente después».

3. LA TRAMITACIÓN DE LA REGLA 41(5) EN SEDE POSTERIOR AL LAUDO

Si bien la excepción de la Regla 41(5) se ha opuesto en un universo pequeño de casos, y más pequeño aún si solamente se considera el universo de casos en sede posterior al laudo, vale la pena dedicar algunas líneas a estos tres casos²⁴. Los tiempos de tramitación de estos tres casos no se distinguen mucho de los tiempos de tramitación en sede de arbitraje. Los tres casos tuvieron una duración media de 5 meses (promedio de 4,9 meses) contados desde la opo-

21. Regla 41(2)(d), Documento de Trabajo # 4, Tomo 3, febrero de 2020.

22. Este cálculo incluye el caso *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/13/28), en el que la excepción se opuso más de un año después de la constitución, dado que el caso estuvo suspendido entre el 6 de mayo y el 6 de noviembre de 2014 por falta de pago del avance solicitado a las partes bajo la Regulación 14(3)(d) del Reglamento Administrativo y Financiero.

23. WP# 1, para. 376.

24. Excepciones bajo la Regla 41(5) se opusieron en los procedimientos de anulación de *Elsamex, S.A. c. República de Honduras* (Caso CIADI No. ARB/09/4) (en adelante, «*Elsamex c. Honduras*») y de *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/12/22) (en adelante, «*Venoklim c. Venezuela*»), y en el procedimiento de revisión de *Edenred SA c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/13/21) (en adelante, «*Edenred c. Hungría*»).

sición de excepción a la fecha de la decisión sobre la misma; y una duración media de 8 meses (promedio de 8,2 meses) contados desde el registro de la solicitud de anulación o de revisión a la fecha de la decisión sobre la excepción. En ambos procedimientos de anulación se celebró una audiencia sobre la excepción en conexión con la primera sesión, mientras que en sede de revisión la primera sesión trató solamente cuestiones procesales y no se ventilaron los argumentos de la excepción.

En cuanto al estándar de la Regla 41(5) en sede de anulación y de revisión, caben algunos comentarios. La procedencia de la Regla 41(5) en sede de anulación fue discutida por primera vez en *Elsamex c. Honduras*. El comité notó que, si bien la aplicación de la Regla 41(5) no había sido discutida en los trabajos preparatorios del 2006 y dicha Regla había sido diseñada para operar como filtro de demandas frívolas de inversionistas, la interpretación de la Regla 41(5) hecha por el tribunal de *Brandes c. Venezuela* ampliaba su ámbito de aplicación a «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 reclamación²⁵». Así, el comité de *Elsamex* consideró que el propósito de la Regla 41(5) y la interpretación del tribunal de *Brandes c. Venezuela* apoyaban la aplicación de la Regla 41(5) en sede de anulación, donde también es necesario evitar la tramitación de procedimientos innecesarios o costosos²⁶.

En cuanto al estándar de manifiesta falta de mérito jurídico, el comité de *Elsamex c. Honduras* consideró que el estándar era alto, así como ya lo habían señalado otros tribunales. El comité luego se detuvo a analizar cómo opera el estándar de la Regla 41(5) en consideración del art. 52(4) del Convenio CIADI, según el cual la Regla 53 se aplicará *mutatis mutandis* al procedimiento que se tramite. El comité notó que las causales de anulación del art. 52 del Convenio son exhaustivas, y la sede de anulación es la «instancia final en un arbitraje CIADI»²⁷. El comité consideró que el ámbito acotado de las causales de anulación y el hecho que la anulación fuera última instancia, le imponían al comité un estándar más elevado de convicción bajo la Regla 41(5). Así, para el comité de *Elsamex*, la condiciones para aceptar una excepción bajo la Regla 41(5) se dan si los motivos invocados para la anulación exceden manifiestamente las causales del Artículo 52 del Convenio.

El comité de *Venoklim*, por su parte, coincidió con el de *Elsamex* en que es procedente oponer una excepción bajo la Regla 41(5) en sede de anulación. El comité de *Venoklim* se enfrentó a la pregunta de si la solicitud de anulación

25. *Brandes c. Venezuela*, para. 55.

26. *Elsamex c. Honduras*, para. 100.

27. *Elsamex c. Honduras*, para. 123.

de ese caso manifiestamente carecía de mérito jurídico en razón de la forma en la que las causales de anulación habían sido invocadas sin cumplir con los requisitos de detalle o de especificidad de la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje. En tal caso, la solicitud de arbitraje identificaba las causales de anulación invocadas, pero no se explayaba sobre los motivos o consideraciones de cada una de las causales. El comité rechazó de lleno la excepción bajo la Regla 41(5), considerando que la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje no especifica qué grado de detalle se exige al invocar las causales de anulación. Además, el comité notó que acoger la excepción tendría el efecto de privar a la solicitante en anulación de la protección de sus derechos bajo el Convenio, mientras que la contraparte, de ser vencida en su excepción, de todas maneras, podría seguir defendiendo sus intereses en el procedimiento de anulación, pudiendo oponer una excepción bajo la Regla 41(5) sobre el mérito de las propias causales de anulación invocadas²⁸.

En cuanto a la excepción opuesta en sede de revisión, el tribunal de *Edenred c. Hungría* acogió la excepción opuesta por Edenred²⁹. En el arbitraje, Hungría fue hallada responsable de vulnerar sus obligaciones bajo el tratado bilateral Francia-Hungría. Hungría solicitó la revisión del laudo alegando que mediante la sentencia de *Achmea*³⁰, emitida después de dictado el laudo, Hungría había descubierto que desde su acceso a la Unión Europea en 2004 existía un conflicto entre las disposiciones sobre resolución de controversias inversionista-estado del tratado Francia-Hungría y el Tratado de Funcionamiento de Unión Europea. Según Hungría el conocimiento de tal conflicto era un hecho descubierto después de dictado el laudo que habría influido decisivamente en el mismo, y del cual Hungría no podía haber tenido conocimiento durante el arbitraje. Así, Hungría pidió al tribunal revisar el laudo y decidir que carecía de jurisdicción. Edenred opuso una excepción bajo la Regla 41(5), alegando que la solicitud de revisión de Hungría carecía manifiestamente de mérito jurídico. Edenred sostuvo que la solicitud no trataba la existencia de un hecho nuevo, sino el conocimiento de un conflicto entre dos normas legales, lo cual no podía calificarse como un hecho. Ambas partes estaban de acuerdo que, de conformidad con la Regla 53 de las Reglas de Arbitraje, la excepción bajo la Regla 41(5) también era aplicable los procedimientos de revisión.

28. *Venoklim c. Venezuela*, paras. 72-97.

29. La decisión de revisión no es pública, pero un comentario sobre la decisión fue publicado en *Global Arbitration Review*: <https://globalarbitrationreview.com/icsid-panel-declines-revisit-intra-eu-award>.

30. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018 en el asunto C-284/16 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), mediante resolución de 3 de marzo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de mayo de 2016, en el procedimiento entre Slowakische Republik y Achmea BV («Achmea»).

El tribunal acogió de lleno la excepción de Edenred, concluyendo que la interpretación de la sentencia de *Achmea* no revelaba un hecho que hubiera existido en el pasado, sino que era una nueva interpretación del derecho de la Unión Europea. Y que, los hechos subyacentes (accesión a la Unión Europea, medidas de Hungría impugnadas por Edenred, etc.) eran los mismos; vale decir, la aplicación de *Achmea* al arbitraje era una cuestión de derecho, no de hecho. Por lo tanto, la revisión no era el mecanismo apropiado, pues ésta exige el descubrimiento de un nuevo hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo.

4. LA PARADOJA DE LA AUDIENCIA: ¿DAR LOS HECHOS POR PROBADOS?

La celebración de una audiencia es una cuestión que no debiera darse por sentada en un procedimiento expedito diseñado para disponer sumariamente de las reclamaciones. La idea de que una reclamación carece de mérito jurídico de manera tan obvia o evidente invita a pensar que semejante reclamación debiera ser susceptible de ser desestimada con base en la prueba documental, prescindiendo de argumentos orales. Así, por ejemplo, no hubo audiencia en ocho de los diecinueve casos en los que tribunales rechazaron de lleno o parcialmente las excepciones bajo la Regla 41(5). Sin embargo, cabe notar que en cada uno de los cinco casos en que los tribunales dictaron laudos acogiendo de lleno las excepciones, sí se celebró una audiencia. No resulta extraño que un tribunal que pueda estar inclinado a acoger de lleno una excepción bajo la Regla del 41(5) desee, por consideraciones de debido proceso, dar a la demandante una oportunidad de presentar su caso por escrito y oralmente, considerando las consecuencias que se siguen para ella si sus reclamaciones resultasen desestimadas por manifiesta falta de mérito jurídico. Por el contrario, una demandada que confíe en la fuerza de su excepción o, mejor dicho, confíe en la evidente falta de mérito de las reclamaciones, debiera tener pocos o menos incentivos para insistir en la celebración de una audiencia.

El alcance de la oportunidad para presentar argumentos sobre la excepción o, visto desde otro punto de vista, el alcance de la oportunidad para presentar argumentos sobre el supuesto mérito de las reclamaciones toca un punto importante que guarda relación con el estándar que debe cumplir una reclamación para poder ser examinada en su mérito. En este sentido, es ilustrativa la distinción que hizo el tribunal de *MOL c. Croacia*³¹ entre argumentos (y contra-argumentos) plausibles y excepciones que sean lo suficientemente claras y ciertas como para poder desestimar sumariamente las reclamaciones al comienzo del procedimiento. El tribunal de *MOL c. Croacia* coincidió con el estándar aplicado por el tribunal de *Trans-Global c. Jordania*, al considerar

31. *MOL c. Croacia*, para. 46.

que, cuando haya cuestiones susceptibles de ser argumentadas en un sentido u otro, o cuando sea necesario entrar en un análisis elaborado, entonces tales cuestiones ya no son manifiestas³².

Al respecto, es también interesante examinar el laudo más reciente que desestimó de lleno las reclamaciones de la demandante en *Lotus c. Turkmenistán*³³. El tribunal en ese caso notó que, bajo la Regla 41(5) el «tribunal, en efecto, determina que no tiene sentido proceder con la reclamación porque ella *no puede prosperar*: sin importar qué prueba se presente, hay un vicio fundamental en la forma en que la reclamación está formulada que inevitablemente debe conducir a que se desestime»³⁴. Así, también sostuvo dicho tribunal que «[l]a inevitabilidad de la desestimación debe ser manifiesta. Debe ser obvio de las presentaciones de las partes que hay algún hecho inevitable o no controvertido, o alguna objeción legal respecto de la cual no se identifica contrargumento posible. Si la demandante, en sus presentaciones bajo la Regla 41(5), puede apuntar hacia un caso argumentable, la reclamación debiera proceder; pero, si el tribunal considera que no se ha identificado semejante caso argumentable, de conformidad con una buena administración de justicia, la reclamación debiera ser detenida y desestimada en ese momento»³⁵.

Lo anterior lleva de vuelta al tema de la necesidad de una audiencia, y la manera en que un tribunal puede acotar la tramitación de una excepción bajo la Regla del 41(5). Si los hechos se asumen, si ellos se tienen por no controvertidos, podría razonablemente cuestionarse la necesidad de celebrar una audiencia de prueba. Sobre este punto, es útil revisar el análisis del tribunal de *Ansung c. China*, quien sostuvo que «al decidir la excepción, el Tribunal acepta los hechos según los alega Ansung», e insistió más adelante en su laudo que «también vale repetir que, bajo la Regla de Arbitraje CIADI 41(5), China debe establecer que la reclamación de Ansung “manifiestamente carece de mérito jurídico” en base

32. *MOL c. Croacia*, para. 45, citando a *Trans-Global c. Jordania*, para. 84.

33. *Lotus Holding Anonim Şirketi c. República de Turkmenistán* (Caso CIADI No. ARB/17/30), Laudo, 6 de abril de 2020 (en adelante, «*Lotus c. Turkmenistán*»).

34. Traducción libre. La versión original en inglés de la sección relevante versa: «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 [...] *Lotus c. Turkmenistán*, para. 158.

35. Traducción libre. La versión original en inglés de la sección relevante versa: [...] 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. If the claimant, in its submissions under Rule 41(5), can point to an arguable case, the claim should proceed: but if 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». *Lotus c. Turkmenistán*, para. 158.

a los hechos según los alega *Ansung*»³⁶. Si bien en *Ansung c. China*, así como en los demás arbitrajes en que se acogió de lleno la excepción bajo la Regla 41(5), sí se celebró una audiencia, esos casos y otros en que se han emitido decisiones rechazando la excepción, parecen coincidir en que el vicio alegado, la falta de mérito, es efectivamente una cuestión de derecho. Así, el tribunal de *RSM c. Grenada* consideró que la operación de la Regla 41(5) requiere que la excepción se trate de un impedimento *legal* sobre la reclamación, no un impedimento de hecho³⁷. El tribunal en *Brandes c. Venezuela* ya había seguido esa misma línea, al sostener que «[e]l Tribunal es de la opinión de que básicamente la premisa de hecho debe considerarse según la alega la Demandante. Solo si, atendiendo al mejor enfoque para la Demandante, su caso carece manifiestamente de mérito jurídico, éste debe desestimarse sumariamente»³⁸. El mismo tribunal fue terminante al sostener que «una excepción preliminar en virtud de la Regla 41(5) es una excepción basada en la falta manifiesta de mérito jurídico de una reclamación y no en la falta de una base fáctica. Por lo tanto no es necesario probar hechos, cuando éstos, en caso de probarse, no fueran capaces de sustentar una reclamación que carece de mérito jurídico»³⁹.

Cuestiones controvertidas sobre el derecho también pueden conducir al rechazo de una excepción bajo la Regla 41(5). Así, por ejemplo, en *PNG c. Papúa Nueva Guinea*, el tribunal rechazó la excepción de la demandada, estimando que la «Regla 41(5) no está destinada a resolver cuestiones jurídicas novedosas, difíciles, o en disputa, sino solamente a aplicar a hechos no controvertidos reglas jurídicas no disputadas o genuinamente indisputables»⁴⁰. El tribunal consideró que la interpretación de la ley de inversión que la demandada hacía era central para su excepción relativa a la cláusula de nación más favorecida y dicha excepción involucraba novedosas cuestiones de interpretación y de análisis, notando que tal ley todavía no había sido interpretada por tribunales CIADI, no siendo apropiado decidir tal excepción por la vía sumaria⁴¹.

III. CONCLUSIÓN

En resumen, los tribunales CIADI parecen estar de acuerdo en que el estándar de manifiesta falta de mérito jurídico exige que la excepción presentada

36. *Ansung v. China*, para. 106.

37. *RSM Production Corporation y otros c. Grenada* (Caso CIADI No. ARB/10/6), Laudo, 10 de diciembre de 2010, (en adelante, «*RSM c. Grenada*»), para. 6.1.1(b).

38. *Brandes c. Venezuela*, para. 61.

39. *Brandes c. Venezuela*, para. 70.

40. Traducción libre. La versión original en inglés versa: «Rule 41(5) 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». *PNG c. Papúa Nueva Guinea*, para. 89.

41. *PNG c. Papúa Nueva Guinea*, para. 98.

sea una sobre el derecho, no sobre hechos controvertidos. De manera más simple, se podría decir que, incluso no siendo controvertidos, los hechos en que se basa el demandante no sirven para fundar jurídicamente la reclamación.

Lo anterior llama a que la parte interesada considere cuidadosamente sus opciones antes de oponer una excepción bajo la Regla 41(5), considerando el alto estándar que ella exige para obtener la desestimación sumaria de una reclamación. Además, también invita a las partes y a los tribunales a repensar cómo ese estándar se relaciona con la tramitación misma del procedimiento, y reflexionar sobre la necesidad de celebrar una audiencia de prueba. Por supuesto, consideraciones de debido proceso llaman a que se dé a las partes—en particular a la demandante—oportunidad adecuada para presentar sus observaciones; especialmente, si el tribunal pudiera estar inclinado a acoger la excepción.

Vale la pena concluir esta nota con un ejercicio empírico, notando que en la práctica no hay diferencia significativa entre la duración media de los casos en los que, con y sin audiencia, se rechazaron las excepciones (del todo o parcialmente). El primer grupo (con audiencia) tuvo una duración media de 11,2 meses (un promedio de 13,4 meses) entre el registro de la solicitud de arbitraje y la fecha en que se dictó la decisión; el segundo (sin audiencia) tuvo una duración media de 10,9 meses (un promedio de 11,8 meses) en el mismo período. Pareciera ser que la duración de la tramitación de una excepción bajo la Regla 41(5), al menos desde el registro de la solicitud de arbitraje a la fecha de la decisión o del laudo, no sufre mayores retrasos por la celebración de una audiencia. Lo anterior no es extraño, si se considera que las audiencias celebradas bajo la Regla 41(5) han sido en su gran mayoría celebradas prontamente en conexión con la primera sesión. Ello refleja fielmente el propio diseño dado a la Regla 41(5) cuando fue incorporada al Reglamento de Arbitraje el 2006.

Para concluir, también conviene recalcar que, en los casos en que se rechazaron las excepciones (total o parcialmente), transcurrieron una media de 33 días (un promedio de 57 días) desde la fecha de oposición de la excepción a la fecha de la primera sesión o de la audiencia sobre la que se alegó oralmente la excepción. En esos mismos casos, transcurrieron una media de 47 días (un promedio de 71,3 días) desde la celebración de la primera sesión o de la audiencia hasta la fecha en que se dictó la decisión sobre la excepción. Estos plazos parecen sugerir que la tramitación del procedimiento de la Regla 41(5) es efectivamente sumaria. Ahora bien, cuando una excepción es rechazada, ya sea total o parcialmente, y el examen de las reclamaciones avanza al mérito de las mismas, lo cual inevitablemente prolonga el procedimiento, lo cierto es que, de todas formas, hay una ganancia importante para ambas partes: cuando se opone una excepción bajo la Regla 41(5), el tribunal, aún sumariamente y

prima facie, deberá necesariamente analizar el caso, las reclamaciones y excepciones opuestas. Aun si la excepción se desestima de lleno, el ejercicio no habrá sido inútil, en la medida en que la Regla 41(5) exige que los árbitros aborden tempranamente las reclamaciones del caso. Y, si la excepción se desestima parcialmente, habrá contribuido a acotar el ámbito de la disputa.

