



## PROPOSAL FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES

Comments prepared by *Guglielmino – International Law*

On August 3, 2018 the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) published a comprehensive set of proposed changes to modernize the rules for resolving disputes between foreign investors and states.

The Arbitration Practice at *Guglielmino – Derecho Internacional* Law firm submits a series of comments to the ICSID Rules Amendment Project in response to the invitation made by the Centre to that effect. In particular, reference is made below to the proposals for amendment in connection with: (1) Third-Party Funding, (2) Security for Costs, (3) Proposal for Disqualification of Arbitrators, (4) Conditions for the Enforcement of Awards, (5) Quorum and Deliberation of the Tribunal and (6) Decision on Costs in Suspension of and Discontinuation of Arbitral Proceedings.

### 1. **Third-Party Funding**

The amendment of Rule 21 ((AF)AR 32) proposed by the Secretariat imposes on the parties the obligation to disclose if they have third-party funding and the name of the third-party funder. Further, such amendment establishes a continuing obligation to disclose any changes to such information during proceedings.

Our law firm is pleased with the regulation of such an important issue for current international arbitration. However, the importance of requiring the disclosure of the funding agreement should be highlighted. The requirement of disclosing information becomes incomplete if the information provided is not supported by the funding agreement, which may, in turn, affect the integrity of the arbitration proceedings.

On this regard, in line with the most recent arbitral decision on this issue<sup>1</sup>, disclosing the funding arrangement must be required to protect the integrity of the proceedings and, therefore, in the event there is a funding agreement, such agreement must be disclosed to the tribunal –especially to avoid any conflict of interest not disclosed to the members of the tribunal- and to the other party, since certain clauses may leave the unfunded party without security for reimbursement of legal costs in the event of a successful case (especially against insolvent parties). There are other serious inconveniences that may arise from the specific terms of a funding agreement, such as circumstances in which the claimant has no longer standing in the case. For that reason, a proposal is made for Rule 21 ((AF)AR 32) to read as follows:

**Rule 21. Disclosure of Third-Party Funding**

1) “Third-Party Funding” is the provision of funds or other material support for the pursuit or defense of a proceeding, by a natural or juridical person that is not a party to the dispute (“third-party funder”), to a party to the proceeding, an affiliate of that party, or a law firm representing that party. Such funds or material support may be provided:

(a) through a donation or grant; or

(b) in return for a premium or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the proceeding.

(2) A party shall file a written notice disclosing that it has third-party funding ~~and~~, the name of the third-party funder **and shall disclose the contents of the funding arrangement**. Such notice shall be sent to the Secretariat immediately upon registration of the request for arbitration, or upon concluding a third-party funding arrangement after registration, who shall then forward such arrangement to the other party and to the constituting Tribunal.

(3) Each party shall have a continuing obligation to disclose any changes to the information referred to in paragraph (2) occurring after its initial disclosure, including termination of the funding arrangement.

---

<sup>1</sup> In effect, the tribunal in the case *Manuel García Armas et al v. Bolivarian Republic of Venezuela* held: “By means of Procedural Order No. 4 and Procedural Resolution No. 3 of 9 December 2016 (“**PO4**” and “**PR3**”), to protect the integrity of proceedings, the Tribunal ordered Claimants to send, only to the Tribunal and the secretariats of the Permanent Court of Arbitration (“**CPA**”) and the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“**ICSID**”), the text of the funding arrangement (the “**Funding Arrangement**”) entered into with the Third-Party Funder, so that the Tribunal may examine it and decide if any part of such Arrangement should be disclosed to the Respondent. After receiving copies of the Funding Arrangement and its exhibits (some of them with deletions), and hearing and considering the arguments of the Parties with respect of the viability of sharing the Funding Arrangement with the Respondent, by means of Procedural Order No. 5 and Procedural Resolution No. 4 of 21 February 2017 (“**PO5**” and “**PR4**”), the Tribunal ordered: to serve notice on Respondent of the text of the Funding Arrangement and its Exhibits, which were then sent by Claimants to the Tribunal” (unofficial translation). See *Manuel García Armas et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2016-08 and Luis García Armas v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/16/1, Decision on Security for Costs, 20 June 2018, ¶2-3 (emphasis added).

## 2. Security for Costs

The amendment of Rule AR 51 ((AF)AR 60) proposed by the Secretariat recognizes the power of the tribunal to order the provision of security for costs. Thus, it is positive that the amendment reflects the good practices in this field, especially that the “Tribunal shall consider the party’s ability to comply with an adverse decision on costs and any other relevant circumstances”, in line with the most recent developments on this field.

Notwithstanding the above, and as noted in the comments introduced by some States<sup>2</sup>, potential unfair situations arising from such rules should be taken into account, since it does not distinguish between legal characteristics of individual or corporate entities and those of sovereign entities. Thus, it cannot be ignored that, in opposition to private persons, States are sovereign entities which have no possibility of “dissolution” as private corporate entities, so the requirement of security for costs from them becomes unreasonable.

Therefore, it is proposed that Rule 51 ((AF)AR 60) reads as follows:

### **Rule 51. Security for Costs**

- (1) ~~A party~~ **A Contracting State** may request that the Tribunal order the ~~other party~~ **national of the other Contracting Party** to provide security for the costs of the proceeding and determine the appropriate terms for provision of the security.
- (2) The following procedure shall apply:
  - (a) [...];
  - (b) [...];
  - (c) if ~~a party~~ **Contracting State** requires security for costs before the constitution of the Tribunal, [...]; and
  - (d) [...]
- (3) In determining whether to order ~~a party~~ **a national of the other Contracting State** to provide security for costs, the Tribunal shall consider the party’s ability to comply with an adverse decision on costs and any other relevant circumstances.
- (4) If ~~a party~~ **the national of the other Contracting State** fails to comply with an order for security for costs, [...].
- (5) ~~A party~~ **The national of the other Contracting Party** must promptly disclose any material change in the circumstances upon which the Tribunal

---

<sup>2</sup> See, for example, Indonesia’s Position Paper for ICSID Rules Amendment, 26 September 2018, available at: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Indonesia\\_26.9.2018.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Indonesia_26.9.2018.pdf)

ordered security for costs.  
(6) [...].

### **3. Proposal for Disqualification of Arbitrators**

The Secretariat has proposed a substantial amendment on this subject, by the implementation of Rule AR 29. One of the most remarkable aspects is that the filing of a disqualification motion does not suspend the proceedings. The proposed modification also replaces the former requirement to file it “promptly” with a limit of 20 days after the date on which the party “proposing the disqualification first knew or first should have known of the facts on which the proposal is based”.

On this regard, it is worth mentioning the significant institutional prejudice of not suspending proceedings after one or more arbitrators have been challenged.

Firstly, the amendment of this rule seems to assume that the request for disqualification has no sufficient merits or seriousness, which is contrary to the principles of the ICSID Convention that –reasonably- includes no assumptions on this issue.

Secondly, a red flag should be placed on several risky situations for the integrity of the proceedings if they are not suspended until the disqualification is decided, including, for example, that the arbitrators may still discuss jurisdiction and the merits of the case while the majority of the tribunal decides on the proposal for disqualification of one of the arbitrators<sup>3</sup>. It is not viable or advisable that in order to make processes more dynamic, the most basic principles of an international arbitration system like ICSID get weakened. Most importantly, the proposed amendment is not reasonable either in terms of effectiveness, since it may allow for delays and useless costs, for example, arising from a hearing held pending a disqualification decision that may be then held again because one or more arbitrators have been effectively disqualified.

Thirdly, the imposition of fixed and short periods for the party’s submissions and the decision on disqualification –which we deem correct- makes it even more unnecessary to

---

<sup>3</sup> It may even generate useless expenses if, for example, during the pendency of request for disqualification a hearing is held and should be then held again if the arbitrator is effectively challenged.

move on with the proceedings, since such fixed and short terms guarantee that not suspending proceedings until deciding on the disqualification becomes insignificant.

Further, we must point out that the term of 20 days after the date on which the party proposing the disqualification “first knew or first should have known of the facts on which the proposal is based” is unnecessarily short, and contrary to the interpretation that main precedents on this subject have made of the term “promptly” in current Arbitration Rule 9(1). The serious and extraordinary nature of a request for disqualification deserves the guarantee of equality of treatment of the parties and the parties’ right to be heard in the proceedings. Thus, recognizing the importance that the Rules provide for a specific term to submit a request for disqualification, and taking into account that, in some cases, requests for disqualification require solid legal analysis and the gathering and assessment of documentary evidence, it is reasonable to extend the term of 20 days to a term of 35 days. This amendment may not have any dilatory impact –mostly bearing in mind the prompt proceedings established for submissions and the decision on disqualification- while it is important to guarantee that the parties may sufficiently prove the existence of irregular circumstances for which a disqualification is filed and to provide well-reasoned grounds for such disqualification.

Therefore, our proposed modification to Rule 29 ((AF)AR 39) reads as follows:

**Rule 29**

Proposal for Disqualification of Arbitrators

- (1) A party may propose the disqualification of one or more arbitrators (“proposal”) pursuant to Article 57 of the Convention.
  - (2) The following procedure shall apply:
    - (a) any proposal shall be filed after the constitution of the Tribunal and **within 35 days** after the later of:
      - (i) the constitution of the Tribunal; or
      - (ii) the date on which the party proposing the disqualification first knew or first should have known of the facts on which the proposal is based;
    - (b) the party proposing the disqualification shall file a written submission, specifying the grounds on which it is based and including a statement of the relevant facts, law and arguments, with any supporting documents;
    - (c) the other party shall file its response and supporting documents within seven days after receipt of the written submission;
    - (d) the arbitrator to whom the proposal relates may file a statement limited to factual information relevant to the proposal. This statement shall be filed within five days after receipt of the written submissions referred to in paragraph (2)(c);
- and

(e) the parties may file final written submissions on the proposal within seven days after expiry of the time limit referred to in paragraph (2)(d).

**(3) The filing of a request for disqualification shall suspend proceedings, unless the parties agree otherwise. If the parties agree not to suspend proceedings and** if the proposal results in a disqualification, either party may request that any order or decision issued by the Tribunal while the proposal was pending, be reconsidered by the reconstituted Tribunal.

#### **4. Conditions for the Stay of Enforcement of the Award**

The proposed amendment of Rule 67 (4) provides that if a Tribunal or Committee decides to stay the enforcement of the award, it may impose conditions for such stay, considering all the relevant circumstances.

On this issue, we must alert of two significant issues that alter the scope of the Rules and the role of the Secretary-General.

Firstly, it must be noted that an arbitral tribunal or an annulment committee constituted under the ICSID Convention have no powers to intervene, guarantee or impose restrictions on potential enforcement of awards. As repeatedly held in different precedents, under the ICSID Convention an arbitral tribunal is not an enforcement tribunal and has no enforcement jurisdiction. Therefore, it erroneous from a technical viewpoint and also highly risky from an institutional viewpoint to delegate on tribunals and annulment committees powers only attributable to enforcement courts.

Secondly, the rule proposed by the Secretariat is contrary to the provisions of the ICSID Convention as it exceeds the scope of these regulations (Rules) and the role of the Secretary-General. Thus, it should be highlighted that the ICSID Convention does not empower, directly or indirectly, arbitral tribunals or *ad hoc* committees to order guarantees as a condition for the stay of enforcement of the award. This is a widely discussed subject for which there are no uniform or constant opinions. For example, taking the Reports of the Centre on annulment proceedings as reference, (ICSID, “Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID” (5 May 2016), p. 20-22), thirty-six decisions granted the stay of enforcement but, in only 14 of those cases, a bank security was required as a condition to maintain the stay. As the statistics of the ICSID itself reveal, maintaining the stay of enforcement of the award conditioned

upon the issuance of a banking security is not the rule but the exception. Based on the foregoing, it is not feasible to regulate this issue without amending the ICSID Convention.

An interpretation consistent with the object and purpose of the ICSID Convention shows the impossibility of delegating such powers on the committees. The interpretation of the ICSID Convention made in light of Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties show such impossibility. Such interpretation was followed, for example, by the committee in the case *Azurix v. Argentine Republic*, holding that:

To apply a strict rule that the “price” for the stay is the provision of security appears to the Committee to create a positive gloss to the enforcement regime provided for under Section 6 of the Convention. Effectively, such an approach would be to add a provision that is neither express nor implicit in the ICSID Convention. Indeed, it would effectively abrogate the scheme for security in Section 6 (particularly under Article 54) and substitute for those expressly qualified rights an entitlement to absolute security.

In the Committee’s view, such a default position would be in derogation to the approach to interpretation reflected in Article 31(1) of the Vienna Convention (see para 27 above) and also would work in a de facto sense impermissibly to amend the ICSID Convention by substituting a new and absolute enforcement mechanism for the qualified provisions of the Convention itself<sup>4</sup>.

Likewise, the annulment committee in the case *El Paso v. Argentine Republic* held that:

In a way, requiring Argentina to provide a guarantee for the continuation of the stay of the enforcement of the Award would be tantamount to punishing Argentina for having applied for the annulment of the award. Clearly, such sanction is not provided for in the ICSID Convention and rules.

Annulment Committees have a specific task: to determine whether the award submitted to them for consideration meets any of the grounds for annulment set out in Article 52 of the ICSID Convention. It is not their task to ensure compliance with the

---

<sup>4</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Argentine Republic’s Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, 28 December 2007, (Griffith, Ajibola, Hwang), ¶¶ 34-35.

respective award, regardless of the actions of the debtor in the case at hand or in others<sup>5</sup>.

An investigation of the history of the Convention leads to the same conclusion. The possibility of granting a security was originally contemplated in the text of the Convention and was then eliminated. Negotiation document no. 24 provided that:

The Committee shall have the power to stay enforcement of the award pending its decision and to recommend any provisional measures necessary for the protection of the rights of the parties<sup>6</sup>.

Then, in document 123, the text was deleted and the new text reflected the current text of Article 52(5):

The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision<sup>7</sup>.

To impose the burden of granting a security on the party that has filed a request for annulment as an exercise of its rights under the ICSID Convention can be understood as a revocation, by means of regulations, of the will of the Contracting States of the ICSID Convention. Thus, it can be concluded that the Contracting States of the ICSID Convention have not contemplated the possibility that the stay of enforcement of proceedings be conditioned upon the granting of a security or any limitation whatsoever, and then, any amendment of a rule contrary to the provisions of the Convention may not be adopted.

Therefore, a proposal is made to eliminate Rule 67(4) of the amendment document.

## **5. Quorum at hearings and for deliberations of the Tribunal**

It is essential that the all the members of the tribunal be present both at hearings and deliberations. Even though the decisions of the Tribunal may be taken by the majority of members (Rule 18), it is of the essence that all arbitrators, whether appointed by the parties, the

---

<sup>5</sup> *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, 14 November 2012, (Oreamuno, Cheng, Knieper), ¶¶ 55-56.

<sup>6</sup> HISTORY OF THE ICSID CONVENTION, Volume 1, 1970, p. 239.

<sup>7</sup> *Id.*



Centre, the Administrative Council, or other members of the Tribunal/Committee, be present at the hearings and deliberations.

Therefore, a proposal is made for Rule 17 ((AF)AR 27) to read as follows:

**Rule 17. Quórum**

The participation of **all** the members of the Tribunal shall be required at the first session, hearings and deliberations, by any appropriate means of communication, unless the parties agree otherwise.

**6. Decision on costs in orders for termination and discontinuance of arbitral proceedings**

In practice, tribunals do not usually decide on the costs of proceedings if the case is terminated for a reason other than an Award. This has led to a lack of certainty as how costs incurred in proceedings even at advanced stages should be distributed if the case is terminated for a reason other than the rendering of an Award. Then, it would be advisable that the orders of settlement and termination (Rule 55) and the orders of discontinuance of proceedings (Rule 56, 57 and 58) include a declaration of the Tribunal on the costs of proceedings, including fees and expenses of each of the members of the Tribunal, and a reasoned decision on the distribution of costs of proceedings.

Therefore, a proposal is made for Rule 19 ((AF)AR 29) to read as follows:

**Rule 19. Payment of Advances and Costs of the Proceeding**

[...]

(6) The Tribunal shall ensure that all decisions on costs are reasoned and form part of the Award **or of the order of termination or settlement or termination or discontinuance of proceedings, as applicable.**

Respectfully,

Oswaldo C. Gulgielmino  
Mariana Lozza  
Guillermo Moro  
Pablo Parrilla  
Nicolás Emilio Bianchi  
Alejandro Vulejser

## **PROPUESTA DE ENMIENDAS A LAS REGLAS DEL CIADI**

Comentarios elaborados por el estudio jurídico *Guglielmino – Derecho Internacional*

El 3 de agosto de 2018, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) publicó una serie de propuestas de modificaciones con el fin de modernizar sus reglas para la resolución de diferencias entre inversores extranjeros y Estados.

El Equipo de Arbitraje de la firma Guglielmino – Derecho Internacional presenta un resumen de sus principales comentarios a las propuestas de modificación de las Reglas del CIADI en respuesta a la invitación cursada por el Centro a ese efecto. En particular, se hace referencia a continuación a las reformas propuestas en los siguientes temas: (1) Financiamiento por terceros, (2) Garantía por costos, (3) Recusación de árbitros, (4) Garantías para el mantenimiento de la ejecución de un Laudo, (5) Quórum y deliberaciones del Tribunal y (6) decisión sobre costos en órdenes de terminación y discontinuación del procedimiento arbitral.

### **1. Financiamiento por terceros**

La modificación a la regla AR 21 ((AF)AR 32) que la Secretaría propone impone a las partes de un arbitraje la obligación de divulgar si cuentan con financiamiento de terceros y cuál es la fuente de ese financiamiento. Asimismo, dicha modificación impone la obligación de mantener esta información actualizada durante el curso del procedimiento.

Nuestra firma celebra la reglamentación de un tema tan importante para el arbitraje de inversiones en la actualidad. Sin embargo, debe subrayarse la importancia de que sea requerida la divulgación del acuerdo de financiamiento en cuestión. El requisito de brindar información queda incompleto si no se demuestra la información brindada con base en el soporte del acuerdo de financiamiento, lo cual a su vez puede afectar la integridad de los procedimientos arbitrales.

Al respecto, en línea con la más reciente decisión arbitral sobre el tema,<sup>8</sup> la transmisión del acuerdo de financiamiento es necesaria para salvaguardar la integridad del procedimiento y por ello, en caso de existir, el acuerdo de financiamiento debe ser transmitido al tribunal – especialmente ante la posibilidad de que exista un conflicto de interés que permanezca oculto a los miembros del tribunal– así como también a la contraparte –debido a que ciertas cláusulas podrían dejar a la parte no financiada sin garantías de cobro de las costas en caso de ser vencedora (especialmente ante partes insolventes). A lo anterior se agregan otros problemas graves que pueden derivarse de los términos específicos de un acuerdo de financiamiento, como por ejemplo, que la parte demandante haya perdido la legitimación activa respecto de su reclamo. En consecuencia, se sugiere que la Regla 21 ((AF)AR 32) quede expresada de la siguiente manera:

**Regla 21 Revelación de Financiamiento por Terceros**

1) El “financiamiento por terceros” es la provisión de fondos u otro apoyo sustancial a efectos de dar curso o defenderse en un procedimiento por una persona natural o jurídica que no es parte en la diferencia (“tercero financiador”) a una parte del procedimiento, una sociedad relacionada con esa parte o a una firma de abogados que represente a esa parte. Dichos fondos o apoyo sustancial podrán proporcionarse:

(a) mediante una donación o un subsidio; o  
(b) en contraprestación de una prima o a cambio de una remuneración o un reembolso total o parcialmente dependiente del resultado del procedimiento.

(2) Una parte deberá presentar una notificación escrita revelando que goza de financiamiento por terceros, y el nombre de dicho tercero financiador y **deberá revelar el contenido del acuerdo de financiamiento**. Esta notificación deberá

---

<sup>8</sup> En efecto, el tribunal del caso *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela* señaló lo siguiente: “Mediante la Orden Procesal No. 4 y la Resolución Procesal No. 3 del 9 de diciembre de 2016 (“OP4” y “RP3”), el Tribunal resolvió, con fundamento en su deber de salvaguardar la integridad del procedimiento, que los Demandantes debían enviar, solamente al Tribunal y a las secretarías de la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”), el texto del acuerdo de financiamiento (el “Acuerdo de Financiamiento”) que suscribieron con el Tercero Financista, para que el Tribunal pueda examinarlo y decidir si transmitir alguna parte del texto de dicho Acuerdo a la Demandada. Tras haber recibido copias del Acuerdo de Financiamiento y sus anexos (algunos de ellos con expurgaciones), y haber oído y considerado los argumentos de las Partes respecto de si correspondía compartir el Acuerdo de Financiamiento con la Demandada, mediante la Orden Procesal No. 5 y la Resolución Procesal No. 4 del 21 de febrero de 2017 (“OP5” y “RP4”), el Tribunal decidió lo siguiente: dar traslado a la Demandada de los textos del Acuerdo de Financiamiento y sus Anexos, tal cual fueron transmitidos por los Demandantes al Tribunal.” Ver *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08 y *Luis García Armas c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1, Decisión sobre la Solicitud de Garantía de Costos, 20 de junio de 2018, ¶2-3 (énfasis añadido).

enviarse al Secretariado inmediatamente después del registro de la solicitud de arbitraje o una vez se celebre el acuerdo de financiamiento por terceros si este ocurre con posterioridad al registro, quien deberá reenviarlo inmediatamente a la contraparte y al Tribunal constituido.

(3) Cada parte tendrá la obligación permanente de revelar cualquier cambio en la información a la que se hace referencia en el párrafo (2) que tenga lugar después de la revelación inicial, lo cual incluye la resolución o rescisión del acuerdo de financiamiento.

## 2. Garantía por costos

La modificación a la Regla AR 51 ((AF)AR 60) propuesta por la Secretaría, reconoce la potestad de un tribunal para ordenar una garantía por costos. En ese sentido, resulta positivo que la reforma refleje las buenas prácticas en la materia, especialmente que el “Tribunal deberá considerar la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos y cualquier otra circunstancia relevante”, en línea con los desarrollos más recientes en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal como fuera advertido en los comentarios introducidos por algunos Estados,<sup>9</sup> debe alertarse sobre las potenciales situaciones injustas que devienen de tal reglamentación en tanto no reconoce las características jurídicas que distinguen a un privado respecto de un Estado soberano. En este sentido, no puede obviarse que, a diferencia de los privados, los Estados Contratantes son entidades soberanas respecto de las que no existe la posibilidad de “disolverse” como puede ocurrir con una empresa, resultando irrazonable la exigencia de una garantía de costos en su contra.

En consecuencia, se sugiere que la Regla 51 ((AF)AR 60) quede expresada de la siguiente manera:

### **Regla 51 Garantía por Costos**

(1) ~~Una parte~~ **Un Estado Contratante** podrá solicitar que el Tribunal ordene que ~~la otra parte~~ **un nacional de un Estado Contratante** otorgue una garantía por costos del procedimiento y determine los términos adecuados para el otorgamiento de dicha garantía.

(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:

---

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, Indonesia’s Position Paper for ICSID Rules Amendment, 26 de septiembre de 2018, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Indonesia\\_26.9.2018.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Indonesia_26.9.2018.pdf)

- (a) [...];
- (b) [...];
- (c) si ~~una parte~~ **un Estado Contratante** solicita una garantía por costos antes de la constitución del Tribunal, [...]; y
- (d) [...]
- (3) Al determinar si le ordena a ~~una parte~~ **un nacional de un Estado Contratante** que otorgue una garantía por costos, el Tribunal deberá considerar la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos y cualquier otra circunstancia relevante.
- (4) Si ~~una parte~~ **un nacional de un Estado Contratante** incumpliera una orden de garantía por costos, [...].
- (5) ~~Una parte~~ **El nacional de un Estado Contratante** deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que el Tribunal ordenó la garantía por costos.
- (6) [...].

### 3. Propuestas de recusación de árbitros

La Secretaría ha sugerido una modificación sustancial de la materia, mediante la implementación de la Regla AR 29. Uno de los aspectos más llamativos es que la solicitud de recusación no suspende el procedimiento. La modificación propuesta también limita el requisito de ser presentado “sin demora” a un plazo máximo de 20 días desde que la parte “tuvo conocimiento o debería haber adquirido conocimiento de los hechos en los que se funda la propuesta”.

Al respecto, es necesario resaltar la gravedad institucional mayúscula que implicaría la no suspensión del proceso luego de que uno o más de los/as árbitros ha sido recusado/a.

En primer lugar, la modificación de la regla parece partir del presupuesto de que la propuesta de recusación no tiene merito ni gravedad suficiente, hecho que contraría los preceptos establecidos en el Convenio CIADI que –como es razonable– no contiene presunciones sobre esta materia.

En segundo lugar, debe alertarse sobre las numerosas situaciones de riesgo para la integridad del procedimiento que tendrían lugar si el procedimiento no se suspende hasta que se decida sobre la recusación, incluyendo, por ejemplo, que los árbitros podrán seguir manteniendo discusiones sobre la jurisdicción y el fondo del procedimiento mientras la mayoría del

tribunal determina la suerte de la propuesta de recusación sobre uno de los árbitros<sup>10</sup>. No es posible ni aconsejable que *so pretexto* de agilizar los procesos se debiliten los principios procesales más elementales que se esperan de un sistema de administración de arbitrajes internacionales como lo es el Centro. Más todavía, la modificación propuesta tampoco es razonable en términos de eficacia, teniendo en cuenta que posibilita la dilación y la generación de gastos inútiles, tales como los que se derivarían de situaciones en las que, por ejemplo, mientras está pendiente de decisión una recusación, se lleve adelante una audiencia que posteriormente debe volver a realizarse porque uno o más árbitros han sido efectivamente descalificados.

En tercer lugar, la imposición de plazos fijos y exiguos para las presentaciones de las partes y la decisión sobre la recusación –que consideramos apropiada– hace todavía más innecesaria la no suspensión del procedimiento, en la medida en que esos plazos fijos y exiguos garantizan que la suspensión no del procedimiento hasta que se resuelva una recusación nunca podrá ser significativo.

Por otra parte, nos vemos en la obligación de señalar que el plazo de 20 días desde que la parte “tuvo conocimiento o debería haber adquirido conocimiento de los hechos en los que se funda la propuesta” es innecesariamente exiguo, además de contrario a la interpretación que los principales precedentes en la materia le han otorgado al criterio de “sin demora” contenido en la actual Regla de Arbitraje 9(1). La naturaleza grave y extraordinaria de una propuesta de recusación amerita que se garantice a las partes su derecho de defensa e igualdad de armas en el procedimiento. En este sentido, reconociendo la importancia de que las Reglas establezcan un plazo cierto para presentar una propuesta de recusación, y teniendo en cuenta que, en algunas ocasiones, las propuestas de recusación requieren robustos análisis jurídicos y la aportación y análisis de documentos de prueba, resulta razonable ampliar el plazo de 20 días y establecer un plazo de 35 días. Esta modificación no puede tener ningún impacto dilatorio –sobre todo teniendo en cuenta el trámite expedito que se impondrá a las presentaciones y la decisión sobre la recusación– mientras que sí resulta significativa para

---

<sup>10</sup> Incluso más, podría generar una erogación de gastos inútiles si, por ejemplo, mientras subsiste una propuesta de recusación es llevada adelante una audiencia que posteriormente debe volver a realizarse si el árbitro es efectivamente recusado.

garantizar que las partes puedan calibrar suficientemente la existencia de una irregularidad que justifique interponer la recusación y formulen una solicitud bien fundamentada.

En consecuencia, se sugiere que la Regla 29 ((AF)AR 39) quede expresada de la siguiente manera:

**Regla 29**

Propuesta de Recusación de los o las Árbitros

(1) Una parte podrá proponer la recusación de uno o más árbitros (“propuesta”) de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 57 del Convenio.

(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:

(a) cualquier propuesta deberá presentarse después de la constitución del Tribunal y **dentro de los 35 días** siguientes a lo que suceda de último, sea:

(i) la constitución del Tribunal; o

(ii) la fecha en la que la parte que propone la recusación tuvo conocimiento o debería haber adquirido conocimiento de los hechos en los que se funda la propuesta;

(b) la parte que proponga la recusación deberá presentar un escrito especificando las causales en que se funda la propuesta e incluir una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos, junto con cualquier documento de respaldo;

(c) la otra parte deberá presentar su respuesta y documentos de respaldo dentro de los siete días siguientes a la recepción del escrito;

(d) el o la árbitro a quien se refiera la propuesta podrá presentar una explicación que se limite a información de hecho relevante para la propuesta. Esta explicación se presentará dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los escritos a los que se hace referencia en el párrafo (2)(c); y

(e) las partes podrán presentar escritos finales acerca de la propuesta dentro de los siete días siguientes al vencimiento del plazo al que se hace referencia en el párrafo (2)(d).

**(3) La presentación de una propuesta de recusación suspenderá el trámite del procedimiento, salvo acuerdo de las partes en sentido contrario. Si las partes han acordado no suspender el procedimiento,** y la propuesta tiene como consecuencia la recusación del o de la árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar que el Tribunal, una vez que sea reconstituido, reconsidere cualquier resolución o decisión emitida por el Tribunal mientras la propuesta de recusación se encontraba en curso.

**4. Imposición de garantías para el mantenimiento de la suspensión de la ejecución de un Laudo**

La propuesta de modificación de la Regla 67 (4) establece que si un Tribunal o Comité decide suspender la ejecución del laudo podrá imponer condiciones para la suspensión, o para el levantamiento de la suspensión, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes.

Al respecto, nos vemos en la obligación de alertar sobre dos situaciones de notable importancia que desnaturalizarían el alcance de las Reglas y el rol de la Secretaría General.

En primer lugar, debemos resaltar que un tribunal arbitral o comité de anulación constituido al amparo del Convenio CIADI no posee facultades para intervenir, garantizar, ni imponer restricciones a potenciales ejecuciones de laudos. Tal como fue repetido por diversos precedentes, bajo el Convenio CIADI un tribunal arbitral no es un tribunal de ejecución ni posee su competencia. Por tanto, es erróneo desde un punto de vista técnico, así como ampliamente riesgoso desde un punto de vista institucional, extender a los tribunales y comités de anulación las facultades que sólo posee un juez de ejecución.

En segundo lugar, la regla sugerida por la Secretaría contraría las disposiciones del Convenio CIADI al exceder el ámbito de reglamentación propio de este tipo de estructuras de normas (Reglas) y el rol de la Secretaría General. Al respecto, debemos resaltar que el Convenio CIADI no faculta directa ni indirectamente a un tribunal arbitral ni a un comité *ad hoc* para ordenar el otorgamiento de garantías como condición para el mantenimiento de la suspensión de la ejecución del laudo. Este es un tema ampliamente debatido en el que no existen opiniones homogéneas ni constantes. Por ejemplo, tomando como referencia el Reporte del Centro sobre procedimientos de anulación, (ICSID, “Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID” (5 de mayo de 2016), págs. 20-22 ) que de los treinta y seis casos en que se mantuvo la suspensión de la ejecución del laudo durante el procedimiento de anulación, solamente en catorce fue requerida una garantía bancaria como condición para que la suspensión fuese mantenida. Como revelan las estadísticas del propio CIADI, el mantenimiento de la suspensión de la ejecución del laudo condicionado al otorgamiento de una garantía bancaria es la excepción y no la regla. En vista de lo anterior, no es posible resolver el asunto por vía de reglamentación sin la modificación del Convenio CIADI.

Una interpretación consistente con el objeto y fin del Convenio CIADI revela la imposibilidad de asignarles a los comités una facultad semejante. La interpretación del Convenio CIADI realizada a la luz del Art. 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados revela tal imposibilidad. Tal interpretación fue realizada, por ejemplo, por el comité del caso *Azurix c. República Argentina*, quien sostuvo que:



Aplicar una norma estricta según la cual el “precio” de la suspensión sea el otorgamiento de una garantía daría lugar, a juicio del Comité, a un error de interpretación positivo del régimen de ejecución previsto en la Sección 6 del Convenio, añadiendo, en la práctica, una disposición que no figura expresa ni implícitamente en el Convenio del CIADI y que, de hecho, daría por resultado la abrogación del régimen de garantías de la Sección 6 (especialmente del previsto en el Artículo 54) y sustituiría esos derechos expresamente condicionados por un derecho absoluto de obtener una garantía.

A juicio del Comité, un régimen subsidiario, como el expresado, implicaría la derogación del enfoque hermenéutico que se refleja en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena (véase el párrafo 27, supra) y también contribuiría a enmendar de facto, en forma impropia, el Convenio del CIADI, al sustituir las disposiciones condicionadas del propio Convenio por un mecanismo de ejecución nuevo y rígido<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, el comité de anulación del caso *El Paso c. República Argentina* estableció que:

De alguna manera, exigir que Argentina rinda una garantía para que se mantenga la suspensión del laudo, implicaría la imposición de un castigo a esa Nación por el hecho de haber pedido la nulidad del laudo. Evidentemente, esa sanción no está prevista en la normativa del CIADI.

Los Comités de Anulación tienen una misión específica: la de determinar si el laudo que se somete a su consideración incurrió en alguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 52 del Convenio CIADI. No le corresponde a estos Comités asegurar el cumplimiento de lo resuelto en el laudo respectivo, independientemente de cuáles hayan sido las actuaciones del deudor, en el caso particular o en otros<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo, 28 de diciembre de 2007, (Griffith, Ajibola, Hwang), ¶¶ 34-35.

<sup>12</sup> *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión sobre la solicitud de Argentina para la suspensión de la ejecución del Laudo, 14 de noviembre de 2012, (Oreamuno, Cheng, Knieper), ¶¶ 55-56.

Una investigación de los antecedentes del Convenio también abona la misma conclusión. La posibilidad de otorgar una garantía estaba originalmente prevista en el texto del Convenio y fue posteriormente eliminada. El documento de negociación número 24 se establecía que:

La Comisión estará facultada para suspender la ejecución del laudo pendiente de resolución y para recomendar las medidas provisionales necesarias para resguardar los derechos de las partes<sup>13</sup>.

Luego en el documento de negociación 123 ese texto fue eliminado y el nuevo texto reflejaba ya el actual texto del Artículo 52(5):

Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación<sup>14</sup>.

El hecho de someter a quien solicita la anulación del laudo a la carga de tener que ofrecer una garantía para poder ejercer sus derechos bajo el Convenio implica derogar, por vía de reglamentación, la voluntad de los Estados signatarios del Convenio. De este modo, sólo puede concluirse que los Estados Contratantes en el Convenio CIADI no previeron la posibilidad de que la suspensión de la ejecución del laudo quedara condicionada al otorgamiento de una garantía ni de una limitación de ningún tipo y, por tanto, la modificación de una regla que contraría las disposiciones del Convenio no puede ser adoptada.

En consecuencia, se propone eliminar la Regla 67(4) del documento de enmiendas.

## **5. Quórum en las audiencias y deliberaciones del Tribunal**

Resulta imprescindible que tanto en las audiencias como en las deliberaciones esté presente la totalidad del Tribunal. Si bien las decisiones del Tribunal se pueden tomar por mayoría (Regla 18), resulta imprescindible que todos los árbitros, sean designados por las partes, el Centro, el Consejo Administrativo, o los demás miembros del Tribunal/Comité, estén presentes en la audiencia y en las deliberaciones.

---

<sup>13</sup> HISTORIA DEL CONVENIO CIADI [*HISTORY OF THE ICSID CONVENTION*], Tomo 1, 1970, pág. 239.

<sup>14</sup> *Íd.*

En consecuencia, se sugiere que la Regla 17 ((AF)AR 27) quede expresada de la siguiente manera:

**Regla 17 Quórum**

La participación de **todos** de los miembros del Tribunal será requerida tanto en la primera sesión como en las audiencias y deliberaciones, por cualquier medio de comunicación apropiado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

**6. Decisión de costos en órdenes de terminación y discontinuación del procedimiento arbitral**

En la práctica se ha visto que los tribunales no siempre deciden sobre los costos del procedimiento cuando éste se termina por una causa distinta a la emisión del Laudo. Ello ha generado una falta de claridad en cómo deben distribuirse los costos incurridos en los procedimientos, algunos hasta etapas muy avanzadas, que terminan por una razón distinta de la emisión del Laudo. Es por ello que sería recomendable que en las órdenes de avenencia y terminación (Regla 55) así como en las de discontinuación del procedimiento (Reglas 56, 57 y 58) se incluya una declaración del Tribunal sobre los costos del procedimiento, lo que incluye los honorarios y gastos de cada uno de los miembros del Tribunal, y una decisión razonada respecto de la distribución de los costos del procedimiento.

En consecuencia, se sugiere que la Regla 19 ((AF)AR 29) quede expresada de la siguiente manera:

**Regla 19 Pago de Anticipos y Costos del Procedimiento**

[...]

(6) El Tribunal deberá asegurarse de que todas las decisiones sobre costos sean fundadas y formen parte del laudo **o de la orden de terminación o de avenencia y terminación o discontinuación del procedimiento, según sea el caso.**

Respetuosamente,

Oswaldo C. Gulgielmino  
Mariana Lozza  
Guillermo Moro  
Pablo Parrilla  
Nicolás Emilio Bianchi  
Alejandro Vulejser