

**PROCESO DE ENMIENDA DE LAS REGLAS Y EL REGLAMENTO DEL
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

**Comentarios conjuntos de Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú a la
propuesta de reforma de las Reglas y el Reglamento del CIADI**

junio de 2019

1. Introducción

Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú (en adelante conjuntamente “Los Estados”), como Estados Contratantes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), mediante el presente documento presentan comentarios conjuntos a las propuestas de enmienda a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del Centro.

El objetivo central de estos comentarios es puntualizar ciertos aspectos de las reglas que gobiernan las actuaciones procesales Inversionista – Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que Los Estados consideran fundamental abordar para que la práctica arbitral refleje un sistema más balanceado entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores. Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú, comparten que el propósito primordial de las enmiendas es modernizar, simplificar y agilizar las Reglas. Asimismo, consideran que la flexibilización y reducción de los tiempos de los procedimientos arbitrales, en la medida que no afecten la seguridad jurídica y la equidad procesal entre las partes, deberían contribuir a reducir los costos y hacer más eficientes estos procedimientos.

En este sentido, Los Estados valoran la oportunidad que abre la Secretaría General del CIADI para actualizar las Reglas de Arbitraje que aplican al mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Mucho se ha discutido sobre las fortalezas y debilidades de este mecanismo, y este proceso ha permitido identificar consensos en cuanto a las posibilidades de mejora sobre la base de sus experiencias conjuntas y la práctica de los Estados en el arbitraje de inversión, a través de los cientos de casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.

Se presentarán comentarios relacionados con los asuntos que se listan a continuación. Para ellos se hace referencia a la numeración de las Reglas de Arbitraje del CIADI (RA), y al Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario (RAMC), actualmente en vigor (2006), así como al número correspondiente en las propuestas de agosto de 2018 (WP1) y marzo de 2019 (WP2).

- Escritos (Regla 31 RA 2006; Regla 13 RA WP1; Regla 29 WP2; Regla 22, RAMC WP1, Regla 38, RAMC WP2).
- Notificación de Financiamiento por Terceros (Regla 21 RA WP1; Regla 13, RA WP 2; Regla 32 RAMC WP1, Regla 22 RAMC WP2).

- Bifurcación (Regla 37 RA WP1; Reglas 41 y 42 Bis WP2; Regla 47 RAMC WP1, Regla 51 WP2).
- Publicación de Laudos y Decisiones sobre Anulación (Regla 48(4) RA (2006), Regla 44 RA WP1, Regla 61 WP2).
- Escritos de Partes No Contendientes (Regla 37 RA (2006), Regla 48 RA WP1; Regla 65 RA WP2; Regla 57 RAMC WP1, Regla 75 RAMC WP2).
- Participación de una Parte No Contendiente del Tratado (Regla 49 RA WP1; Regla 66 RA WP2, Regla 58 RAMC WP1, Regla 76 RAMC WP2).
- Garantía por costos (Regla 51 RA WP1 y WP2; Regla 60 RAMC WP1, Regla 61 RAMC WP2).
- Contenido del Laudo (Regla 60 RA WP1, Regla 58 RA WP2, Regla 70 RAMC WP1, Regla 69 RAMC WP2).
- Arbitraje Expedito (Reglas 69 a 79 RA WP1; Reglas 73-84 RA WP2)

Los Estados aclaran que estos comentarios conjuntos se realizan sin perjuicio de los comentarios particulares e individuales que cada uno haya presentado o vaya a presentar ante el CIADI.

2. Comentarios a la Propuesta de Enmiendas de las Reglas de Arbitraje

Escritos (Regla 29, RA WP2)

Se considera que reducir los tiempos procesales del arbitraje en la medida que sea posible es un objetivo legítimo. No obstante, ello no debería afectar la equidad procesal y la seguridad jurídica.

La Regla 29(3), referida a la posibilidad de presentar el memorial sobre el fondo o el memorial sobre excepciones preliminares en cualquier momento antes de la primera sesión, puede generar una asimetría significativa en el tiempo que disponen las partes para preparar su caso. Esto es particularmente importante en el proceso de la coordinación y respuesta de los Estados en este tipo de controversias, quienes generalmente, por ser la parte demandada, empiezan a organizar su defensa cuando son notificados de la intención de iniciar un procedimiento de solución de controversias; sin embargo, es la notificación de arbitraje la que detona el inicio formal de la defensa dado que no todas las notificaciones de intención avanzan a las etapas ulteriores. Esto a diferencia de la parte demandante que, por ser la parte actora, tiene control respecto al momento en el que se activa el proceso de arbitraje y, por ende, de la preparación de su caso.

Es importante resaltar que la Regla 29(3) tiene los mismos efectos prácticos que la Regla descartada del WP1 referida a la posibilidad de la parte solicitante de elegir que la solicitud de arbitraje se considere como el memorial, por lo que las preocupaciones expresadas con anterioridad respecto a esta propuesta son también aplicables al WP2.

Por otro lado, consideramos acertado el volver a establecer como regla general que habrá dos rondas de escritos de las partes, salvo acuerdo en contrario de las partes (RA WP2 29(1)).

Notificación de Financiamiento por Terceros (Regla 13, RA WP2)

El financiamiento por parte de terceros es un tema de interés para Los Estados en virtud de la reciente tendencia a recurrir a esta figura en los casos de arbitraje de inversión. En ese

sentido, se está de acuerdo en incluir, como parte de las enmiendas a las Reglas, disposiciones que tengan como objetivo la revelación oportuna de financiamiento por parte de terceros, así como el nombre del tercero financiador.

No obstante, Los Estados consideran que el texto propuesto en el WP2 (Regla 13(1), RA WP2), limita injustificadamente el objeto de dicha revelación del financiamiento por terceros a “efectos de completar la declaración del árbitro requerido.” Si bien estamos de acuerdo que uno de los aspectos principales de la revelación del financiamiento por terceros radica en identificar oportunamente y evitar conflictos de intereses, no debería limitar la capacidad de los árbitros de tomar en cuenta esta situación para otros aspectos del procedimiento.

Durante las reuniones de consulta con Estados Miembros en este proceso de enmienda de las Reglas CIADI, han surgido propuestas a fin de permitir que, además de la existencia y nombre del tercero financiador, se solicite la revelación del acuerdo de financiación. Sin embargo, conscientes de las dificultades que podría presentar dicha propuesta, y a fin de preservar determinados aspectos confidenciales del correspondiente acuerdo, se propone que las reglas sean explícitas en el sentido de permitir que el Tribunal Arbitral cuente con las facultades necesarias para requerir información adicional sobre el financiamiento por terceros y aspectos particulares del acuerdo de financiamiento, los que podrían incluir, pero no se limitan a, la naturaleza del financiamiento recibido, la existencia de disposiciones que regulan el cumplimiento de un laudo adverso y el nivel de participación o el derecho de veto del financista ante la posibilidad de una solución negociada. Se sugiere además que las partes sean consultadas por el Tribunal para determinar aquellos elementos que deban ser revelados por el tercero financiador, en el caso en particular.

Bifurcación (Reglas 41 y 42 BIS, RA WP2)

Las propuestas del WP1 y WP2 sugieren que la solicitud de bifurcación aplicable a excepciones preliminares (las más comunes) se realicen dentro de los 30 días siguientes a la presentación del memorial de fondo. Conforme con lo señalado por otros Estados anteriormente, Los Estados consideran que este plazo término puede ser insuficiente. Ello porque, a fin de presentar excepciones adecuadamente fundadas y serias, necesitarán analizar a profundidad el caso, realizar las coordinaciones y averiguaciones internas necesarias para conocer la naturaleza de la supuesta inversión del inversionista y el origen, estructura societaria y nacionalidad de este último para determinar si puede o no prevalecer del instrumento invocado. Con el objetivo que las solicitudes de bifurcación permitan efectivamente agilizar el proceso, por medio de objeciones serias que pudiesen desechar el procedimiento, se sugiere ampliar este término a, por lo menos, 60 días. En su defecto, proponemos que la flexibilidad aplicada a las otras solicitudes de bifurcación se mantenga para solicitudes de bifurcación relativas a excepciones preliminares; es decir proponemos que estas solicitudes sean presentadas “lo antes posible” como se indica en la Regla 41, de RA WP2.

Asimismo, consideramos que el plazo de 20 días conferido al Tribunal para decidir sobre una solicitud de bifurcación sobre las excepciones preliminares podría resultar insuficiente para que realice un análisis con la necesaria seriedad y profundidad.

Publicación de Laudos y Decisiones sobre Anulación (Regla 61, RA WP2)

Los Estados expresan su compromiso con la búsqueda de transparencia en la solución de controversias inversionista - Estado. En ese sentido, se considera que si bien el Artículo 48

(5) del Convenio del CIADI establece que el Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes, se debería aprovechar esta oportunidad para delimitar las objeciones a la publicación de Laudos, y Decisiones sobre Anulación, las cuales deberían ser razonadas y fundarse en razones objetivas relativas a la protección de información confidencial o privilegiada, por citar algunos ejemplos.

Asimismo, apoyamos el procedimiento establecido en la Regla 61 (3) del WP2, pues consideramos necesario contar con procedimientos claros y con términos preestablecidos para la publicación de cualquier extracto de la decisión.

Escritos de Partes No Contendientes y Participación de una Parte No Contendiente del Tratado (Regla 65, RA WP2 y Regla 66, RA WP2)

Respecto a los escritos de partes no contendientes, estamos de acuerdo con que, en la Regla 65 (RA WP2), se elimine la posibilidad de que el tribunal imponga una obligación de desembolso de costos a las partes no contendientes, que se había propuesto en el WP1 (Regla 48(4)(c)).

Respecto a la Participación de una Parte No Contendiente del Tratado, consideramos que la intervención de estos Estados debe limitarse a la interpretación del tratado en cuestión y no referirse a los hechos o méritos de la controversia. Por lo tanto, estamos de acuerdo con la nueva redacción de la Regla 66 (1) del WP2, que elimina la referencia a la posibilidad de la parte no contendiente de pronunciarse sobre la “aplicación” del tratado.

Garantía por Costos (Regla 51, RA WP2)

Se considera necesario incluir la posibilidad de que un Tribunal pueda ordenar una garantía por costos de oficio, si lo considera adecuado. Se considera relevante aprovechar esta revisión de las Reglas para facilitar a los Tribunales criterios para otorgar la garantía de costas cuando procede, sobre todo tomando en cuenta que existen numerosos antecedentes en los que Estados han tenido serios problemas para ejecutar Laudos dictados a su favor. La seguridad de los costos debe otorgarse si existen motivos razonables para creer que una parte contendiente no podrá cumplir con los efectos de un laudo adverso.

Adicionalmente, se solicita que la potencial participación de un Tercero Financiado sea incorporada dentro de la lista de elementos que podría tener en cuenta el Tribunal al momento de decidir si otorga una garantía por costos. Si bien entendemos que esto no necesariamente es un factor relevante en todos los casos, el texto de la regla puede redactarse de tal forma que solo se tome en cuenta, junto con el resto de posibles elementos, en aquellos casos en que exista dicho tipo de financiamiento.

Contenido del Laudo (Regla 58, RA WP2)

Los Estados consideran necesario que las modificaciones a las reglas tengan en cuenta la necesidad de contar con laudos que estén sustentados adecuadamente. Es necesario que las reglas del CIADI reflejen estos criterios, asegurando que los árbitros tengan la obligación de motivar y esclarecer los fundamentos que sustentan los laudos que emiten.

Por lo anterior, se sugiere que la Regla 58 del WP2 (Regla 60 WP1) incluya, además de los factores ya listados, otros requisitos como el derecho aplicable, el análisis del nexo causal

entre los hechos considerados violatorios del instrumento invocado y los perjuicios alegados, así como una justificación del método utilizado para cuantificar y calcular el daño.

Arbitraje Expedito (Regla 73-84, RA WP2)

Teniendo presente que los procedimientos ante el CIADI buscan establecer la responsabilidad internacional de un Estado, creemos que es debatible que un Arbitraje Expedito pueda ser un mecanismo idóneo. Si bien entendemos que es un mecanismo consensual que busca, entre otros, permitir que la pequeña y mediana empresa tenga acceso a mecanismos de reparación, los efectos de declarar la responsabilidad internacional del Estado son tan amplios y múltiples, que no se considera que un arbitraje expedito sea el mecanismo adecuado para lograr dicho objetivo. Asimismo, resaltamos que la apropiada defensa del Estado requiere la coordinación de más de una entidad u organismo gubernamental, y que los procesos para la contratación y pagos de servicios de asesoría externos, a veces necesarios para la defensa del Estado requieren tiempo.

3. Otros Comentarios

La Secretaría General del CIADI ha indicado en el párrafo 434 del WP2, Volumen 1 que se encuentra preparada para asistir a los Estados si desean discutir la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación. En este sentido, y sin que ello pueda ser interpretado como una posición particular de alguno de Los Estados (y sin perjuicio de lo que cada Estado manifieste de manera individual), sugerimos que el CIADI consulte a los Estados Miembros para conocer el interés de estos en promover la discusión sobre la incorporación de una segunda instancia de revisión de un laudo.

De igual manera, Los Estados entienden que la Secretaría del CIADI junto con la Secretaría de CNUDMI, están trabajando en el establecimiento de un código de conducta (ver párrafo 121, del WP2, volumen 1). Instamos a que se logre avanzar rápidamente con esta iniciativa, y que ésta no se sujete a los tiempos del proceso ante CNUDMI. Lo anterior, puesto que consideramos necesario contar con reglas claras respecto a la conformación y desempeño de los tribunales, para así asegurar la imparcialidad, legitimidad, independencia y credibilidad de los árbitros y del sistema en general.

4. Conclusiones

Los Estados manifiestan su interés en continuar participando activamente en las discusiones de estas reformas, y de aportar en la búsqueda de la modernización del procedimiento ante el CIADI. Más aún, este proceso de reforma es una oportunidad única para los Estados Contratantes de actualizar y modernizar estos instrumentos con reglas que se adecuen al contexto y realidad actual, lo cual permitirá a su vez dar respuesta a las críticas que ha enfrentado el sistema, sin que ello implique el menoscabo de la debida defensa de los Estados.

Se extiende una cordial invitación a los Estados Contratantes a tomar en consideración los comentarios expuestos en el presente documento. En ese sentido, Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú tienen plena confianza en que el objetivo de una reforma profunda, que atienda los desafíos que han venido enfrentando el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados, pueda efectivamente lograrse.
