

PROYECTO DE ENMIENDAS A LAS REGLAS Y REGLAMENTOS DEL CIADI
COMENTARIOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE AL DOCUMENTO DE TRABAJO NO. 4

JULIO 2020

TEMA	COMENTARIO
Enfoque de lenguaje neutro de género en español/francés	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile solicita que se busquen otros mecanismos y alternativas para mantener un lenguaje inclusivo en temas de género. Si bien estamos de acuerdo en que el mecanismo adoptado anteriormente era engorroso, rogamos encontrar otro mecanismo que no sea indicar que el masculino de una palabra incluye el masculino y el femenino. Consideramos que esta fórmula va en contra de los objetivos de diversidad discutidos por todos como deseables y que son esenciales para recobrar la legitimidad del sistema.

I. REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS REGIDOS POR EL CONVENIO DEL CIADI

REGLA	COMENTARIO
<p><u>Regla 14 - Honorarios, Gastos de Subsistencia y Otros Gastos</u> (1)(...)</p> <p><i>(2) El o la Secretario(a) General, con la aprobación del o de la Presidente(a) del Consejo Administrativo, determinará y publicará el importe de los honorarios y el per diem a los que se refiere el párrafo (1)(a) y (c). Cualquier solicitud de un importe mayor, deberá ser efectuada a través del o de la Secretario(a) General, y no directamente a las partes. Dicha solicitud deberá efectuarse con anterioridad a la constitución de la Comisión, Tribunal o Comité.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Respecto a la Regla 14(2), se sugiere que la Secretaría del CIADI solicite la aprobación de los Estados Miembros en caso de modificar el honorario de los árbitros y el <i>per diem</i>. ▪ Es importante recordar que la compensación de los árbitros compromete eventualmente el presupuesto de los Estados, por lo que es esencial que el Consejo Administrativo conozca y apruebe el monto e importe de los honorarios y el <i>per diem</i>. ▪ Considerando que existen importantes reparos respecto al rol, selección y compensación de los árbitros, creemos que es vital que no haya un aumento de los honorarios y del <i>per diem</i>, sin la autorización del Consejo Administrativo. El hecho que el Estado pueda ser Estado demandado y además Estado Contratante es una constante de la arquitectura y diseño del sistema CIADI desde sus orígenes, y los Estados deben poder ejercer ambos roles.

II. REGLAS DE INICIACIÓN APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS REGIDOS POR EL CONVENIO DEL CIADI

REGLA	COMENTARIO
<p><u>Regla 2 – Contenido De La Solicitud</u></p> <p>(...)</p> <p><i>(2) Respecto de la jurisdicción del Centro, la solicitud deberá incluir:</i></p> <p><i>(a) una descripción de la inversión, una descripción de la titularidad y control de la inversión, un resumen de los hechos pertinentes y de las reclamaciones, los petitorios, incluyendo un estimado del monto de la compensación pretendida, y una indicación de que existe una diferencia de naturaleza jurídica entre las partes que surge directamente de la inversión;</i></p> <p>(...)</p> <p><i>(d) si una parte es una persona jurídica:</i></p> <p><i>(i) información respecto a la nacionalidad de esa parte en la fecha del consentimiento, junto con documentos de respaldo que demuestren dicha nacionalidad;</i></p> <p>(...)</p> <p><i>(ii) información relativa al beneficiario efectivo* y a la estructura societaria de esa parte, y</i></p> <p><i>(iii) si esa parte tenía la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia en la fecha del consentimiento,</i></p>	<p>Chile agradece los comentarios del Secretariado, no obstante, en razón de la importancia de este tema, nos permitimos insistir en la necesidad de realizar las enmiendas reflejadas en control de cambios en la columna de la izquierda por las razones que detallamos ya en nuestros comentarios al DT No. 3, y que complementamos con los fundamentos que se detallan a continuación:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile reitera la necesidad de requerir que cualquier solicitud de arbitraje incorpore la estructura societaria de la persona-jurídica demandante e incluya una descripción de la titularidad y el control de la inversión por parte del inversionista. La claridad sobre este punto es esencial para que los Estados preparen su defensa y presenten cualquier objeción jurisdiccional meritoria de manera oportuna, garantizando de ese modo la resolución eficiente de la disputa. Además, el simple hecho de tener que describir la propiedad y el control no impone carga alguna al reclamante. En particular, no se requiere que se presenten documentos y los hechos que se describirán no requieren investigación, ya que el reclamante ya los conocerá. ▪ Con respecto a la adición propuesta de un nuevo subpárrafo (2) (d) (ii), dicha información es clave para evaluar el derecho del reclamante a presentar una reclamación y asegurarse de que no se confronte con múltiples casos relacionados con las mismas inversiones directas o indirectas, dando lugar a posibles dobles recuperaciones. Además, esta información es importante para que el Estado demandado prepare adecuadamente su defensa, así como para la conducción eficiente y ordenada de la disputa. En contraste con (i) y (iii), todo lo que se solicita en este subpárrafo es información, sin necesidad de que se adjunten además documentos de respaldo, por lo tanto, no impondrá una carga significativa adicional al reclamante. ▪ Chile ha tomado en cuenta que la Secretaría está proponiendo incluir una divulgación voluntaria de hechos similares bajo la Regla 3. Sin embargo, en su opinión, no hay razón por la cual esta divulgación no debiese ser obligatoria, ya que es esencial para garantizar la resolución adecuada de la disputa. ▪ Este es también un tema que ha sido resaltado en la presentación conjuntamente presentada por Chile con otros países incluyendo Australia, Canadá, Colombia, Corea y Costa Rica entre otros.

<p><i>información respecto al acuerdo de las partes para que la persona jurídica sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante en virtud del Artículo 25(2)(b) del Convenio, junto con documentos de respaldo que demuestren dicho acuerdo.</i></p> <p>* nos referimos a “beneficial owner” o “ultimate beneficial owner.”</p>	
--	--

III. REGLAS DE ARBITRAJE APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS REGIDOS POR EL CONVENIO DEL CIADI

REGLA	COMENTARIO
<p><u>Regla 12 – Plazos Aplicables al Tribunal</u></p> <p><i>1) El Tribunal <u>hará lo posible para cumplir</u> con los plazos para dictar las resoluciones, decisiones y el laudo.</i></p> <p><i>(2) <u>En el caso excepcional de que Si el Tribunal no puede</u> cumplir con un plazo aplicable, este notificará a las partes las circunstancias especiales que justifican la demora y la fecha en la que prevé que se dictará la resolución, la decisión o el laudo.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile toma nota y agradece los esfuerzos del Secretariado por vincular el incumplimiento de los plazos por el Tribunal, a consecuencias precisas. Si bien consideramos que vincular el retraso en la dictación de las resoluciones, decisiones o laudos a la postergación del pago de los árbitros va en el sentido correcto, consideramos que esto no es suficiente. ▪ Por las razones señaladas en los comentarios de Chile al DT No. 3 estimamos que señalar como regla general que el Tribunal hará lo posible para cumplir con los plazos, manda una señal equívoca de que el Tribunal no está ante una obligación firme y que esta es más bien discrecional. Por ello, Chile reitera su propuesta de eliminar la referencia a “best efforts” o que “el Tribunal hará lo posible”, para cumplir con los plazos para dictar las resoluciones, decisiones y el laudo, incorporada actualmente en la propuesta de Regla 12(1), y a la Regla 20 del mecanismo complementario.
<p><u>Regla 14 - Notificación de Financiamiento por Terceros</u></p> <p><i>(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección, <u>y -de ser aplicable, la estructura societaria y beneficiario efectivo</u> de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento (“financiamiento por terceros”).</i></p> <p><i>(2) <u>El tercero al que se refiere el párrafo (1) no incluye al representante de una parte.</u></i></p> <p><i>(...)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile considera que la notificación del financiamiento de terceros debe incluir también la divulgación del beneficiario final del tercero financiador y su estructura societaria. Chile propone que esta divulgación se haga sólo "de ser aplicable", ya que podría haber casos en que el financiador sea una persona natural. Sin este requisito adicional de divulgación, el valor de cualquier divulgación obligatoria se vería muy disminuido. Cabe reiterar que esta es información que ya está en posesión del tercero financiador de terceros y que no le representará una carga reunir o divulgar. ▪ En segundo lugar, Chile es de la posición que el párrafo (2) debe ser eliminado. Si el representante de una parte está financiando el litigio, esto debe ser revelado. Si bien Chile entiende que uno de los objetivos de la obligación de divulgación es contribuir a evitar los conflictos de interés, tal como lo hemos señalado previamente, este no es en ningún caso el único objetivo perseguido al imponer esta obligación. La divulgación es también importante para otros asuntos incluyendo el análisis de cuestiones jurisdiccionales, la avenencia, las contrademandas y las garantías por costos, por nombrar sólo algunos. <ul style="list-style-type: none"> ○ Desde el punto de vista de Chile, no deberían existir diferencias en el tratamiento acordado por las reglas a los diferentes financiadores simplemente por cómo organizan su relación con un reclamante. Un representante-financiador no debe obtener un trato más favorable en las Reglas que un financiador que no lo sea. Si bien Chile comprende las importantes protecciones que la ley otorga a la relación entre el abogado y el cliente, una simple revelación al tribunal arbitral de la relación de financiación no perjudicará la capacidad del demandante de obtener servicios jurídicos.

REGLA	COMENTARIO
<p>(5) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3) si lo considera necesario en cualquier momento del procedimiento.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Finalmente, con respecto al último párrafo de esta Regla, otorgándole al Tribunal los poderes de ordenar la revelación de información adicional, Chile agradece los cambios propuestos por la Secretaría. No obstante, sugiere la eliminación de la referencia a la Regla 36(3) y la referencia a “si lo considera necesario”. <ul style="list-style-type: none"> ○ Sobre este punto, consideramos que la facultad del Tribunal debería provenir de la regla misma, y no de los poderes del Tribunal bajo la Regla 36. Dicha remisión generará confusión y crea una limitación artificial que sólo aumentará los incidentes de procedimiento a lo largo de un caso, en lugar de ayudar a una rápida resolución de la disputa. Además, los tribunales que han solicitado recientemente información adicional relativa al financiamiento o al financiador, lo han hecho sobre la base de sus facultades inherentes y no sobre la base de la Regla 36 (actual Regla 34), mostrando, por lo tanto, que la Regla 36 no es necesariamente la única base potencial, o la que ha sido considerada por tribunales anteriores como la regla más apropiada. ○ En cuanto al segundo punto, la introducción de un test de necesidad es, en opinión de Chile, poco útil y añade incertidumbre. Si una solicitud debe ser presentada para obtener divulgación adicional, el Tribunal puede considerarla a la luz de los argumentos hechos por las partes y decidirla en el normal ejercicio de sus facultades.
<p><u>Regla 38 - Testigos y Peritos(as)</u></p> <p>(...)</p> <p><i><u>(8) Al momento del nombramiento de un(a) perito(a), éste deberá revelar cualquier lazo que tenga o haya tenido con las partes, el tribunal, los(as) peritos(as) o testigos (as) de la otra parte, y el tercero financista en caso de haberlo.</u></i></p> <p><i><u>(98) Antes de su interrogatorio, cada perito hará la siguiente declaración: “Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo”.</u></i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Reiteramos nuestra propuesta de incorporar una disposición adicional, en virtud de la cual se exija a los peritos revelar cualquier lazo con las partes, con el tribunal o con el tercero financiador en caso de haberlo (similar a lo que se propone en la Regla 39(4) para los expertos nombrados por el Tribunal). Lo anterior con la finalidad de establecer mecanismos que asistan en la identificación temprana de posibles conflictos. Consideramos que si bien la credibilidad del perito es un tema que puede ser determinado en un contrainterrogatorio, lo anterior en nada obsta a la incorporación de este requerimiento, puesto que una disposición como la propuesta buscaría establecer si existen conflictos de interés y no determinar el valor de la prueba aducida por medio del experto, lo que es el objetivo del contrainterrogatorio. ▪ Lo anterior se vuelve especialmente relevante, en consideración al efecto adverso que podría generar en el procedimiento que un laudo sea anulado por estimarse que la no revelación de un vínculo entre un perito y un miembro del tribunal podría implicar una incorrecta constitución del Tribunal y/o el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, como sucedió recientemente en la Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España en el caso <i>Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À.R.L. c. Reino de España</i> (Caso CIADI No. ARB/13/36). Teniendo en cuenta que este tipo de declaraciones no es oneroso y podría evitar incidentes procesales, aminorando el costo y duración de los procedimientos, nos permitimos insistir sobre este punto.
<p><u>Regla 41 - Manifiesta Falta de Mérito Jurídico</u></p>	<p>Ver Comentarios relacionados en la Regla 51.</p>

REGLA	COMENTARIO
<p><u>Regla 52 - Decisión sobre costos</u></p> <p><i>(1) Al distribuir los costos del procedimiento, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo:</i></p> <p><i>(a) el resultado del procedimiento o de una parte del mismo;</i> <i>(...)</i></p> <p><i>(2) El Tribunal deberá adjudicar a la parte que prevalezca los costos de presentar u oponerse a una objeción presentada en virtud de la Regla 41, Al ejercer su discrecionalidad bajo el párrafo 1 en un caso donde haya establecido que una reclamación carece de mérito jurídico de acuerdo a la Regla 41, el Tribunal deberá adjudicar todos los costos relacionados con la reclamación rechazada de acuerdo a la Regla 41 a la parte que haya presentado la objeción, salvo que el Tribunal determine que existen las circunstancias que justifiquen una distribución de costos diferente de conformidad con el párrafo (1).</i></p> <p><i>(3) El Tribunal podrá adoptar una decisión provisional sobre costos en cualquier momento.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile reitera la importancia de que se establezcan reglas que puedan disuadir reclamaciones que no debían haberse iniciado nunca al manifiestamente carecer de mérito jurídico y considera que la actual Regla 52(2) va en contra de este propósito, por lo que solicita su modificación. ▪ Consideramos que la Regla 52(2), como está formulada en el DT No. 4, crea una presunción injustificada respecto a la recuperación de los costos, en contra de la parte cuya objeción presentada de acuerdo a la Regla 41 no prosperó. <ul style="list-style-type: none"> ○ Dicha presunción carece de sentido bajo la actual estructura de las Reglas. El umbral para prosperar en una objeción contra una reclamación que carece manifiestamente de mérito jurídico es extremadamente alto. De conformidad con dicho estándar, no tendría sentido imponer una presunción de costos en caso de que la objeción no resulte exitosa. Por el contrario, dicha disposición podría tener el efecto indeseado de disuadir objeciones fundadas bajo la Regla 41, con las que se buscan una pronta resolución de la disputa, además de evitar demandas frívolas. Además, en consideración al alto estándar señalado, pareciera ser congruente imponer una presunción de costos cuando un tribunal resuelve que la reclamación efectivamente carece de mérito jurídico, puesto que la parte que logre cumplir con los requisitos de dicho estándar demostraría que dicha reclamación nunca debió ser sometida a arbitraje. ▪ Como dijimos en nuestra anterior presentación, consideramos que la modificación propuesta no sería necesariamente una regla que beneficie únicamente a los Estados, pues han habido solicitudes bajo la actual regla 41(5) respecto a procedimientos de anulación, y por lo tanto si hubiera un Estado que solicita la anulación de un laudo y esto manifiestamente carece de mérito jurídico, se vería confrontado a la misma regla y a la misma realidad.
<p><u>Regla 53 - Garantía por Costos</u></p> <p><i>(...)</i> <i>(4) El Tribunal considerará toda la prueba presentada en relación con las circunstancias previstas en el párrafo (3). El Tribunal podrá considerar la</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Respecto a la Regla 53, Chile agradece los cambios realizados por el Secretariado en el DT No. 4. Sin perjuicio de lo anterior, quisiéramos insistir respecto de la redacción del numeral cuarto de la Regla 53, puesto que, en su redacción actual considera que, a priori, el financiamiento por terceros no puede, por sí solo considerarse suficiente para justificar una garantía por costos.

REGLA	COMENTARIO
<p><i>existencia de financiamiento por terceros puede ser parte de dicha como prueba relacionada a las circunstancias del párrafo (3). Sin embargo la existencia de financiamiento por terceros pero por sí sola puede no ser es suficiente necesariamente para justificar una orden de garantía por costos concluir que existen tales circunstancias.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> Si bien la existencia de financiamiento por terceros no implica que se deba otorgar garantía por costos de manera automática, es posible establecer casos en los cuales el FpT sea de por sí suficiente para determinar que se deben otorgar garantías por costos, por lo que es necesario permitirle al Tribunal realizar el examen de este elemento sin que las reglas predispongan las conclusiones a las que debe llegar.
<p><u>Regla 59 - Contenido del Laudo</u></p> <p><i>(1) El laudo deberá dictarse por escrito y deberá incluir:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>(h) un breve resumen de los argumentos de las partes, incluyendo sus petitorios;</i></p> <p><i>(i) el derecho aplicable;</i></p> <p><i>(j) el análisis del nexo causal entre los hechos considerados violatorios del instrumento invocado y los perjuicios alegados;</i></p> <p><i>(k) los principios de evaluación aplicados</i></p> <p><i>(l) el cálculo del daño;</i></p> <p><i>(l) la decisión del tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida y las razones en las que se funda el laudo; y</i></p> <p><i>(m) ...</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> Al observar que esta Regla se mantiene inalterada, reiteramos nuestra solicitud – que ha sido realizada anteriormente por otros países- que busca se precise el contenido de la Regla 59(1) y por lo tanto de los laudos arbitrales, solicitando que se 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 sobre todo calcular el daño. Creemos que el mayor detalle en la elaboración y fundamento de los laudos solo redundaría en una mayor legitimidad del sistema y hace que, en caso de existir una decisión condenatoria, sea más fácil para los Estados demandados tener los elementos necesarios para justificar el pago de la indemnización ordenada por el Tribunal.

IV. **REGLAS DE ARBITRAJE – MECANISMO COMPLEMENTARIO**

Chile no hace comentarios adicionales respecto a las reglas de arbitraje para el mecanismo complementario, pero hace extensivas los comentarios realizados respecto a las reglas de arbitraje bajo el Convenio.

V. REGLAS DE MEDIACIÓN

REGLA	COMENTARIO
<p><u>Regla 6 - Iniciación de la Mediación en Ausencia de Acuerdo Previo de las Partes</u></p> <p><i>(1) Si las partes no tienen un acuerdo escrito previo en virtud de estas Reglas, cualquier parte que quiera iniciar una mediación deberá presentar una solicitud al o al Secretario(a) General y pagar el derecho de presentación publicado en el arancel de derechos.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chile apoya la decisión del Centro de proponer Reglas de Mediación y esperamos que éstas resulten en un método efectivo para resolver disputas. Sin embargo y como ya expresáramos en los comentarios al DT No. 3, creemos que el Centro sólo debería administrar procedimientos de mediación en los cuales ambas partes ya se hayan puesto de acuerdo sobre la idoneidad de la mediación para la disputa en cuestión. ▪ Consideramos que eliminar esta regla es necesario para evitar: (a) utilizar los recursos de la parte solicitante y del Centro cuando no hay acuerdo entre las partes para transmitir y notificar de la solicitud, asignar personal, abrir una cuenta financiera, etc., cuando el efecto será igual en caso de que la mediación no prospere; y (b) que el Estado se vea obligado a utilizar recursos para responder a una solicitud ante el CIADI, un organismo internacional, puesto que esto requiere del despliegue de una serie de mecanismos internos de coordinación y autorización, sin contar con el tener que establecer una estrategia ante la prensa debido a la solicitud. Esto significa un gasto de recursos para el Estado, sin que se realice previamente la determinación de que el Estado tiene la intención de mediar esa disputa en particular. ▪ Por lo tanto, reiteramos nuestra solicitud de eliminar la ahora Regla 6 y fortalecer en cambio el mecanismo contenido en la Regla 4, que permite la iniciación de la mediación por acuerdo previo de ambas partes.