

Comentarios de la República Oriental del Uruguay sobre la propuesta de modificación de reglas de arbitraje e iniciación.

La República Oriental del Uruguay (Uruguay) como Estado Contratante del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) realiza los siguientes comentarios a la propuesta de enmienda a las reglas de arbitraje, conciliación y mediación del CIADI para la resolución de diferendos internacionales relativos a inversiones.

Los comentarios que se realizan se basan en su experiencia como Estado demandado en procedimientos arbitrales bajo Acuerdos Bilaterales de Inversión (APPI) y de su participación como Estado soberano en la negociación de estos.

La experiencia de Uruguay en relación con los APPI ha sido en general positiva. Sin embargo, Uruguay como estado demandando se ha enfrentado a situaciones en las cuales ha perdido control sobre el alcance de las cláusulas contenidas en los acuerdos cuando estas son interpretadas en una forma diferente a la establecida en los APPI. El objetivo de un acuerdo internacional de inversión es la promoción y protección recíproca de inversión extranjera directa, la cual no tendría que desvirtuarse.

Uruguay agradece el esfuerzo realizado por la Secretaria del CIADI en la elaboración de las propuestas de enmiendas, los cuales esperamos sirvan para realizar las correcciones procesales necesarias en el sistema y asegurar que las disposiciones de los acuerdos internacionales sean respetadas, sin desvirtuarse.

-I- Comentarios relacionados con la uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales

A. Interpretaciones divergentes relativas a la competencia, admisibilidad y falta de uniformidad en el procedimiento.

Uruguay reconoce los esfuerzos que se realizan para reformar las reglas de arbitraje y los cambios que se han hecho a nivel bilateral para negociar tratados de inversión con mecanismos de desestimación temprana para resolver demandas frías.

En lo referente a enmiendas incluidas en Regla 2 sobre iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje la Secretaria del CIADI propone realizar una serie de cambios que aseguran a las partes contar con más información al momento de presentar la solicitud de arbitraje-conciliación. En estos se incluyen la presentación de documentos de respaldo sobre el consentimiento y nacionalidad de las partes. En el documento de trabajo se explica que esto facilitará el análisis “prima facie” realizado por esta para desestimar el registro de solicitudes de arbitraje que se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

De acuerdo al mandato otorgado por el Convenio CIADI – art.28(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”. Se entiende que el análisis que se realiza es muy preliminar “prima facie”, lo que en la práctica no impide el registro de solicitudes que si bien cumplen con las formalidades exigidas carecen de fundamentos de fondo y se pueden entender como “frívolas”, carentes de fundamento.

Atendiendo al mandato dado a la Secretaría en el Convenio CIADI se comenta que la enmienda que se propone en la regla 2 se limita a exigir más información a la parte demandante, las cuales serán un complemento de las exigencias incluidas en los tratados de inversión más modernos. Se propone agregar entre la documentación exigida información que le permita al Estado como demandado preparar mejor su defensa. Ver agregados en *itálico*.

Si una de las partes es una persona natural - Regla 2 (1) (c) - se propone incorporar dos incisos (iii) indicar si una tercera parte está financiando la reclamación objeto de la solicitud, y de ser el caso, identificarlo; y (iv) indicar el estado financiero de la parte que presenta la solicitud a fin de demostrar que tiene los recursos necesarios para sufragar la integridad de los costas de ser estas ordenadas por el tribunal.

Si una de las partes es una persona jurídica - Regla 2 (2) (d) se propone incorporar tres incisos:(iii) indicar si una tercera parte está financiando la reclamación objeto de la solicitud, y de ser el caso, identificarlo; (iv) indicar el estado financiero de la parte que presenta la solicitud a fin de demostrar que tiene los recursos necesarios para sufragar la integridad de los costas de ser estas ordenadas por el tribunal, (v) indicar su estructura corporativa.

B. Procedimientos penales paralelos: medidas provisionales

La enmienda contenida en la regla 50 propuesta por la Secretaria del CIADI sobre medidas provisionales dice que “al momento de decidir si recomienda medidas provisionales, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias pertinentes. El Tribunal solamente recomendará que se adopten medidas provisionales si determina que estas son urgentes y necesarias”.

Se observa que en estos criterios no se incluyen “daño irreparable” “riesgo que no se puede reparar con un laudo sobre daños”. La enmienda propuesta debería de contener criterios que se puedan aplicar a aquellos casos en donde la medida provisional interfiere con una investigación o procedimiento criminal en el Estado demandado.

Si bien los Tribunales actúan con precaución cuando estas se refieren al poder soberano del Estado en conducir investigaciones y procesamientos criminales dentro de su territorio, esté debería de incluirse entre las consideraciones que tendrá en cuenta el Tribunal al momento de realizar sus recomendaciones.

-II- comentarios relacionados con los árbitros y decisores

A. Elaboración de un código de conducta

En referencia a la independencia e imparcialidad de los árbitros y los decisores se apoya la iniciativa propuesta por la Secretaría del CIADI de trabajar en forma conjunta con la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial (CNUDMI) en la elaboración de un código de conducta común para árbitros que pueda incorporarse en la declaración presentada por estos.

Algunos tratados de inversión celebrados por Uruguay recientemente han incorporado un código de conducta para los árbitros a fin de garantizar el respeto de normas éticas y profesionales y denunciar conflictos de intereses.

B. Declaración de árbitros

En la declaración propuesta por la Secretaria del CIADI se entendió necesario “revelar relaciones profesionales, comerciales y otras relaciones significativas, dentro de los últimos cinco años, con...iv) cualquier tercero financiero...y b. los casos entre inversionistas y Estados en los que ha estado involucrado en calidad de abogado, conciliador, árbitro.... c. cualquier otra circunstancia que pudieran ocasionar que se cuestione razonablemente su independencia o imparcialidad”.

Se observa que en esta declaración no se exige declarar los casos en los cuales los árbitros ejercen simultáneamente la función de árbitro y consejero legal. Se considera necesario incluir este elemento en la declaración por entender que es una fuente de conflicto de intereses, la cual contribuye a la falta de independencia e imparcialidad del árbitro.

Esta doble función consideramos le quita legitimidad-neutralidad al sistema, por lo que sería necesario contar con guía o códigos de conducta que impidan estas prácticas. Resulta muy difícil para un árbitro que funge también como representante legal de las partes no dejarse influenciar por argumentos desarrollados en la defensa en calidad de abogado.

-III – Comentarios relacionados con el costo y la duración de los procedimientos arbitrales

A. Duración prolongada y onerosidad de los procesos

Algunas de las propuestas presentadas por la Secretaría del CIADI implican una reducción del plazo del procedimiento arbitral, lo cual tiene un impacto directo en el costo del procedimiento arbitral.

Se comparten las propuestas de reformas que tienden a reducir los plazos de los procedimientos arbitrales siempre que se mantengan las garantías del procedimiento arbitral.

El recurso a la bifurcación, cuando este no es estrictamente necesario, es señalado en las estadísticas presentadas por la Secretaría del CIADI como un factor que prolonga innecesariamente el procedimiento arbitral. Por lo que toda propuesta que limite la opción del recurso a la bifurcación será una contribución a la reducción de los plazos de los procedimientos y por ende de los costos.

Se comparte la propuesta presentada por la Secretaría del CIADI – Regla 35 manifiesta falta de mérito jurídico – la cual permite interponer una excepción preliminar para desechar demandas frívolas en una etapa temprana del procedimiento arbitral.

Aunque se observa con precaución los efectos que pueden tener otras enmiendas propuestas las cuales permiten optar por la bifurcación en una etapa avanzada del procedimiento. Por ejemplo, la enmienda incluida en la regla Regla 37 (2)(a) establece la opción de bifurcación 30 días siguientes a la presentación del memorial sobre el fondo. La regla 36 (4) propone que “si una de las partes opone una excepción preliminar, también debe presentar su memorial sobre el fondo o contestar el escrito inmediatamente posterior a la presentación de una demanda subordinada, si la excepción se refiere la demanda subordinada”. Estas propuestas merecen un estudio detallado para evitar otorgar un incentivo en el uso de la opción de bifurcación en una fase avanzada del procedimiento arbitral.

B. Límite de tiempo para emitir un laudo

La actual regla de arbitraje n.46 dice que “el laudo (incluyendo cualquier dictamen individual o disensión) deberá formularse y firmarse dentro de 120 días después del cierre del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá ampliar ese plazo por 60 días o más, si de lo contrario no pudiere formular el laudo”.

La aplicación de esta regla ha llevado a que los miembros del Tribunal Arbitral controlen el tiempo en el cual declararán cerrado el procedimiento para luego dictar el laudo. El límite de 120 días comienza a correr cuando el tribunal arbitral así lo decida. La regla no impone límites temporales para el dictado del laudo.

Se comparte la propuesta de la regla 59 la cual trata de solucionar este tema al fijar límites más precisos para el dictado del laudo arbitral, los cuales se cuentan a partir de los escritos presentados por las partes.

C. -asignación de costos por los tribunales arbitrales - Honorarios arbitros

Se agradecen los estudios realizados por la Secretaría del CIADI para controlar y reducir los costos del procedimiento arbitral. Uruguay como estado demandado utiliza fondos

públicos para pagar los elevados costos del proceso de solución de controversias inversionista y estado.

Se apoya la propuesta presentada por la Secretaria del CIADI de renumerar a los árbitros por hora trabajada a los árbitros, conciliadores, personas de comprobar hechos y mediadores. Esta medida asegura el pago de las horas efectivamente trabajadas. Si bien la propuesta presentada no impedirá solicitudes de honorarios más elevados de los sugeridos, esta información será el punto de base para las negociaciones que generalmente se desarrollan durante la primera audiencia procesal con los miembros del tribunal arbitral.

D. Garantía de costos

Se comparten las propuestas presentadas por la Secretaría del CIADI de incluir el tema de la garantía de costos en las reglas de iniciación de los procedimientos (regla 14) y en las reglas de procedimientos arbitrales (regla 51).

En la etapa de iniciación de los procedimientos se propone incluir una enmienda a la Regla 14 (5) (a) de iniciación de procedimiento arbitral, la cual permite solicitar el pago por adelantado de los costos estimados del procedimiento hasta la primera sesión del Tribunal arbitral al momento de registrar una solicitud de arbitraje o conciliación.

Esta medida brinda una seguridad financiera en laudos por costas CIADI contra demandantes a prueba de sentencias para aquellos Estados demandado que enfrentan dificultades al tratar de recuperar la totalidad o algunos de sus gastos de los inversionistas demandantes. Si bien, esta no impedirá el registro de solicitudes de arbitraje-conciliación frívolas o sin mérito, sólo se asegura que la parte que presenta una solicitud tenga disponibilidad financiera para adelantar costos del procedimiento.

Como comentario general se señalan diferencias entre la propuesta de enmienda de la Regla 14 y la actual redacción de la misma. Se comparte la propuesta de reducir el plazo de 6 meses a 90 días para discontinuar el procedimiento arbitral en caso de falta de pago por una de las partes – Regla 14 (5) (e) (iii). Se señala que la propuesta, en su redacción en español, habla de la posibilidad de “discontinuar” el procedimiento. En la redacción actual de la regla 14 (3)(d) se habla de “poner fin al procedimiento”. Además de ello, la redacción actual de la regla habla de “suspensión por un periodo de más de 6 meses consecutivos”. Se solicita a la Secretaría aclaración sobre la forma en la cual se contará el plazo de 90 días, además de los efectos entre discontinuar o poner fin al procedimiento.

En la etapa del procedimiento arbitral se apoya la iniciativa de incluir una nueva regla sobre garantía de costos, a través de la cual se puede solicitar al Tribunal que ordene que la otra parte otorgue una garantía por costos del procedimiento y determine los términos adecuados para el otorgamiento de dicha garantía.

La regla 51 fue incorporada a iniciativa de Panamá basándose en su experiencia como país demandado ante la imposibilidad de cobrar laudos del inversor. Aunque se observa

que los Estados cuando participan del mecanismo de solución de controversias siempre tienen fondos para honrar laudos por cobro de pesos. En este sentido, esta exigencia debería imponerse sólo a los inversores.

D. Financiamiento por terceros para hacer frente a la carga financiera de las partes en el proceso.

La Secretaría del CIADI propone incluir una nueva regla “N.21- revelación de financiamiento por terceros”

Uruguay comparte la inclusión de reglas sobre la participación de terceras partes que financian el procedimiento, aunque entiende que esta debería ser solo aplicable al inversor y no al Estado.

Atendiendo a que el Estado, en calidad de demandante o demandado, financia su actuación con fondos público este está sujeto a normas de transparencia inherentes a su propio actuar. La exigencia de revelar la participación de terceras partes financieras debería ser impuesta sólo al inversionista. El inversionista como parte privada no participa en el procedimiento arbitral mediante el uso de fondos públicos, sino de fuente privada.

Al mismo tiempo observa que en el documento de trabajo presentado a la discusión de los Estados Contratantes del Convenio CIADI, la Secretaría incluyó como ejemplo de donación la realizada por la fundación Bloomberg en caso de Philip Morris v. Uruguay destinado a la defensa de las políticas de control de tabaco en Uruguay.

Entendemos que la mención en forma individual al caso de Uruguay como beneficiario de donación de la Fundación Bloomberg en este contexto no es procedente, atendiendo a que en el mismo no es el resultado de un estudio global que comprenda jurisprudencia o práctica en la materia.

Sin perjuicio de ello se aclara que la donación realizada por la fundación Bloomberg en el procedimiento arbitral se realizó de una forma transparente y pública, no presentándose en el curso del procedimiento arbitral ningún conflicto de intereses. Se considera que el debate sobre la participación de terceras partes financieras se da en aquellos casos en los cuales la intervención de terceras partes financieras no es transparente generando conflicto de intereses e incentivando la presentación de demandas frívolas, sin fundamento.

La introducción de una regla sobre revelación de financiamiento de terceros brindará más transparencia y evitará potenciales conflictos de intereses en los procedimientos arbitrales. Aunque para obtener estos resultados se recomienda un ajuste de la redacción de esta regla para exigir copia del acuerdo financiero realizado entre las partes y el tercero que financia. Muchas veces quien financia no está conectado en forma directa con el inversor, sino que es parte de una estructura corporativa compleja (hedge funds). Lo anteriormente expresado refuerza el comentario de que esta regla debería ser una

exigencia sólo para el inversor, parte privada del procedimiento arbitral y no para el Estado.
