

La propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI

Fernando MANTILLA-SERRANO*
Diego ROMERO**
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 649-665.

SUMARIO

Introducción 1. Objetivos de la propuesta 1.1. *Eficiencia*
1.2. *Transparencia* 1.2.1. Publicidad de las decisiones 1.2.2. Re-
velación del financiamiento de terceros 1.3. *Predictibilidad y*
consistencia 1.3.1. Medidas provisionales 1.3.2. Caución para
cubrir los costos 1.3.3. Decisión sobre costos **Conclusión**

Introducción

Para algunos, el arbitraje de inversión enfrenta actualmente una seria crisis de legitimidad. Varios Estados, tanto receptores como exportadores de capital –entre ellos, antiguos defensores del arbitraje de inversión– han expresado su inconformidad con el sistema actual¹. Las críticas más fuertes respecto del arbitraje de inversión se relacionan con la falta de transparencia,

* **Pontificia Universidad Javeriana**, Abogado y Economista. **New York University**, MCJ en Jurisprudencia Comparada. **Université Paris II Panthéon-Assas**, DEA y DSU. Socio co-director del Grupo de Arbitraje Internacional de Latham & Watkins.

** **Universidad de los Andes** (Bogotá), Abogado. **Columbia University**, LL.M. Asociado, Grupo de Arbitraje Internacional de Latham & Watkins, París.

¹ Véase, PUIG, Sergio y SHAFFER, Gregory: «*Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*». En: *American Journal of International Law*. Vol. 112, N.º 3. Cambridge, 2018, p. 6. Véase también en la misma *Revista*: ROBERTS, Anthea: «*Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*», pp. 6-9; FRANCK, Susan: «*The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*». En: *Fordham Law Review*. Vol. 73, N.º 4. Nueva York, 2005, p. 1558.

la inconsistencia en las decisiones, los elevados costos y la demora en los procedimientos².

Consciente de las preocupaciones de sus usuarios y de la marcada evolución del arbitraje de inversiones en la última década, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) decidió, en octubre de 2016, iniciar un proceso de enmienda de sus Reglas, el cuarto en los cincuenta años de existencia del Centro³. Este artículo ofrece un análisis de las propuestas más sobresalientes de la Propuesta de enmiendas a las Reglas de Arbitraje del CIADI, en su versión más reciente, publicada en marzo de 2019 –la Propuesta–⁴.

1. Objetivos de la propuesta

De acuerdo al CIADI, la Propuesta busca modernizar sus Reglas⁵, al incorporar las «buenas prácticas» desarrolladas en los 650 casos tramitados por el Centro durante los últimos 13 años⁶. La Propuesta busca asimismo responder de manera práctica y concreta a las diversas críticas que ha enfrentado el arbitraje de inversión en tiempos recientes, al incluir disposiciones para

² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): «*Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth sesión –Part I–*», 13-12-17, UN Doc. A/CN.9/930/Rev.1, pp. 7-13; «*Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session –Part II–*», 13-12-17, UN Doc. A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, pp. 3-5.

³ POLASEK, Martina y VIS-DUNBAR, Damon: «*Modernizing ICSID's Rules For Resolving Investment Disputes*», 2018, p. 1, <http://international-litigation-blog.com/modernizing-icsid-rules/>.

⁴ CIADI: «Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI –*Working Paper N.º 2*». Vols. 1 y 2. 2019.

⁵ La Propuesta incluye enmiendas a todas las Reglas del Centro. Sin embargo, este artículo se enfocará en las proposiciones de enmienda en relación con las Reglas de arbitraje solamente.

⁶ REYNOLDS, Sarah y COLEMAN, James: «*Extensive Revisions to ICSID's Rules Amid Challenges to Investor-State Arbitration*», 2018, p. 1, <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2018/08/extensive-revisions-to-icsids-rules-amid-challenge>.

umentar la eficiencia en términos de costo y tiempo e incrementar la transparencia y la predictibilidad de las decisiones. Sin embargo, al ser este proyecto una enmienda a las Reglas del Centro, la Propuesta no puede sobrepasar lo dispuesto en el Convenio CIADI⁷.

1.1. Eficiencia

Uno de los ejes fundamentales de la Propuesta apunta a incrementar la eficiencia en los procedimientos de arbitraje. Según estadísticas del propio CIADI, en 2018, la duración promedio de un procedimiento de arbitraje es de 3,8 años –desde la fecha de constitución del tribunal, hasta el laudo–, mientras que la de un procedimiento de anulación es de 1,9 años⁸. A su vez, el CIADI ha identificado que la constitución del tribunal es una de las fases del arbitraje que más tiempo toma y que la etapa de deliberación del tribunal tarda alrededor de un 34 % del tiempo total del mismo⁹. Esto contrasta con los tiempos promedio de un arbitraje comercial internacional, en donde la duración promedio de un procedimiento usualmente no excede los 16 meses¹⁰.

La Propuesta incluye diversas medidas para reducir los plazos de las distintas fases del procedimiento y evitar dilaciones injustificadas al mismo. En primer lugar, con el fin de obligar a las partes a cumplir los plazos fijados en el calendario procesal del arbitraje, la propuesta de Regla 10 dispone: «se tendrá por no presentada cualquier petición o solicitud presentada después del vencimiento de los plazos contenidos en» los artículos 49 –relativo a la rectificación del laudo por errores materiales, aritméticos o similares–, 51 –relativo a la revisión del laudo– y 52 –relacionado con la anulación del laudo– del Convenio CIADI¹¹. De la misma forma, tampoco se tendrán en cuenta las actuaciones realizadas por fuera de cualquier otro plazo, a menos que la otra parte no objete la presentación tardía, o existan «circunstancias

⁷ POLASEK y VIS-DUNBAR: ob. cit., p. 2.

⁸ CIADI: «*Duration of ICSID Proceedings*», 10-09-18, p. 2.

⁹ *Ibid.*, pp. 4 y 9.

¹⁰ London Court of International Arbitration: «*Costs and Duration: 2013-2016, Facts and Figures*», p. 3.

¹¹ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 429.

especiales» que justifiquen el incumplimiento¹². De forma similar, la propuesta de Regla 11 exige al tribunal hacer «lo posible para cumplir los plazos aplicables» e informar a las partes cuando existan «circunstancias especiales» que le impidan hacerlo¹³.

Al respecto, sería conveniente que la decisión de si un determinado evento constituye una «circunstancia especial» a efectos de las Reglas 10 y 11 se tomara luego de consultar a las partes, como ocurre en otros casos similares bajo las Reglas¹⁴.

En segundo lugar, la Propuesta agiliza significativamente el trámite para decidir las propuestas de recusaciones a los árbitros. Según la propuesta de Regla 21, las propuestas de recusación de uno o más árbitros deberán presentarse a más tardar 21 días después de la constitución del tribunal, o de la fecha en que se tuvo conocimiento, o se debía haber adquirido conocimiento de los hechos que fundan la recusación¹⁵. Igualmente, la propuesta de Regla 22 establece que el tribunal deberá hacer lo posible por resolver una propuesta de recusación dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la misma.

Por otra parte, el CIADI había planteado inicialmente la eliminación de la suspensión automática del procedimiento cuando se formula una propuesta de recusación¹⁶. Esto buscaba evitar que las recusaciones a los árbitros se utilizaran con fines dilatorios o para obstruir el adecuado desarrollo del procedimiento. Sin embargo, luego de recibir comentarios en contra de esta proposición

¹² *Ibíd.*, p. 429.

¹³ *Ibíd.*, pp. 429 y 430.

¹⁴ Véase, Propuesta de Reglas 26.3 –respecto a la adopción de oficio de una resolución o decisión por parte del tribunal– y 38.2 –respecto al nombramiento de un perito por el tribunal–. Véase también, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD): «*Summary Comments to the Proposals for Amendment of the ICSID Arbitration Rules*», 2019, p. 6.

¹⁵ CIADI: *ob. cit.* («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 433.

¹⁶ CIADI: «Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI –*Working Paper* N.º 1». Vol. 3. 2018, p. 158. La propuesta inicial señalaba: «A menos que el procedimiento sea suspendido, total o parcialmente, de común acuerdo por las partes, éste continuará mientras la propuesta de recusación se encuentre en curso».

—particularmente por las preocupaciones que generaba la posibilidad de que un árbitro, objeto de una recusación, continuara interviniendo en el procedimiento— la Propuesta abandonó la idea de eliminar la suspensión automática¹⁷. En su lugar, se prevé la posibilidad de que el procedimiento no se suspenda por la formulación de una propuesta de recusación si las partes así lo acuerdan¹⁸.

En tercer lugar, la Propuesta contempla plazos más reducidos para dictar el laudo. De acuerdo a la propuesta de Regla 57, el tribunal deberá emitir su laudo «lo antes posible» y, en cualquier caso, a más tardar 60 días (dos meses) después del último escrito, presentación oral o constitución del tribunal en relación con una objeción por falta manifiesta de mérito jurídico de la reclamación; 180 días (seis meses) después del último escrito o presentación oral en relación con una objeción preliminar, o 240 días (ocho meses) después del último escrito o presentación oral en relación con cualquier otra cuestión¹⁹. Asimismo, la propuesta de Regla 44 señala que el tribunal deberá decidir las solicitudes de medidas provisionales, a más tardar, 30 días después del último escrito o presentación oral²⁰.

En cuarto lugar, siguiendo la tendencia de otras instituciones y reglamentos de arbitraje en el mundo, la Propuesta introduce un procedimiento de arbitraje expedito²¹. Este procedimiento prevé plazos significativamente más cortos para el trámite del arbitraje. Así, bajo el procedimiento de arbitraje expedito²²:

a. La constitución del tribunal arbitral tendrá lugar dentro de los 60 días siguientes al registro de la solicitud de arbitraje; b. la primera sesión se desarrollará 30 días después de la constitución del tribunal; c. la demandante presentará su memorial dentro de los 60 días siguientes a la primera sesión

¹⁷ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 141.

¹⁸ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 434: «El procedimiento se suspenderá hasta que se emita la decisión sobre la propuesta, salvo que las partes acuerden continuar con el procedimiento en todo o en parte».

¹⁹ *Ibíd.*, p. 455.

²⁰ *Ibíd.*, p. 448.

²¹ *Ibíd.*, p. 544.

²² *Ibíd.*, pp. 549 y 550.

y la demandada presentará su memorial de contestación 60 días después; d. la demandante presentará su réplica dentro de los 40 días siguientes a la presentación del memorial de contestación y la demandada presentará su réplica dentro de los 40 siguientes; e. la audiencia se desarrollará dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la réplica; f. los escritos sobre costos se presentarán dentro de los 10 días siguientes al último día de audiencia; y g. el tribunal dictará el laudo lo más pronto posible y en cualquier caso, a más tardar 120 días después de la audiencia sobre el fondo.

Adicionalmente, en el arbitraje expedito, la primera ronda de escritos –memorial y memorial de contestación– no podrán tener una extensión superior a 200 páginas, mientras que en la segunda ronda –réplica y réplica–, los escritos no podrán superar las 100 páginas²³. De igual forma, el procedimiento de arbitraje expedito permite a las partes escoger entre un árbitro único o un tribunal compuesto por tres personas²⁴.

Para que una disputa se tramite bajo el procedimiento de arbitraje expedito, las partes deberán notificar conjuntamente por escrito al Secretario General²⁵. De esa forma, la Propuesta permite a los Estados acordar este procedimiento para cada disputa en particular, o en un tratado o ley de inversiones que disponga que ciertos tipos de disputas se resolverán por esta vía²⁶. Adicionalmente, la propuesta de Regla 86 exige el acuerdo de ambas partes para dejar de tramitar el arbitraje mediante el procedimiento expedito²⁷.

²³ Ídem.

²⁴ *Ibid.*, p. 545.

²⁵ En la propuesta inicial, las partes debían acordar tramitar la disputa mediante el arbitraje expedito, a más tardar dentro de los 20 días siguientes a la notificación del registro de la solicitud de arbitraje. Sin embargo, para incentivar el uso de esta figura, el CIADI eliminó cualquier limitación temporal al uso de esta facultad. Véase, CIADI: *ob. cit.* («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 304.

²⁶ LEVENTHAL, Alexander: «*The 2018 Proposals for Amendments Of the ICSID Rules: ICSID Enters The Era Of Trump, Populism, And State Sovereignty*». En: *American Society of international Law Insights*. Vol. 22, N.º 15. 2018, pp. 2 y 3, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/15/2018-proposals-amendments-icsid-rules-icsid-enters-era-trump-populism>.

²⁷ CIADI: *ob. cit.* («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 551.

Al respecto, la Propuesta debería permitir mayor flexibilidad a los Estados para salir del procedimiento de arbitraje expedito cuando circunstancias excepcionales así lo requieran. En efecto, para un Estado, el cumplimiento de los plazos reducidos del procedimiento de arbitraje expedito puede constituir un verdadero desafío, ya que no siempre es posible predecir la capacidad de reacción, ni tampoco coordinar los tiempos de respuesta de las distintas entidades estatales involucradas en un arbitraje de inversión. Así, bajo las condiciones actuales de la Propuesta, es difícil ver a un Estado comprometerse a someter un arbitraje CIADI al procedimiento expedito.

1.2. Transparencia

1.2.1. Publicidad de las decisiones

Los arbitrajes de inversión, por su propia naturaleza, involucran temas de interés público. Por este motivo, existe una demanda creciente –aunque no siempre justificada– por un más amplio acceso a las decisiones que en ellos se profieran. Adicionalmente, a pesar de que en el arbitraje de inversión no existe un sistema de precedentes, la publicación de los laudos facilita la consistencia en las decisiones, pues permite conocer los razonamientos y conclusiones de otros tribunales respecto a casos similares.

En la actualidad, existe cierto consenso sobre la necesidad de una dosis mayor de publicidad en el arbitraje de inversión, sobre todo, al compararlo con el arbitraje comercial. Por ejemplo, en 2013, la UNCITRAL adoptó las Reglas sobre Transparencia en Arbitraje Internacional de Inversiones. Del mismo modo, las generaciones más recientes de tratados bilaterales de inversión y de libre comercio –como por ejemplo, los TLC suscritos por Colombia con Estados Unidos²⁸ y Canadá²⁹– prevén la publicidad del laudo y de la audiencia. En cambio, el Convenio CIADI establece que los laudos no serán públicos a menos que las partes dispongan otra cosa³⁰.

²⁸ Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos, artículo 10.21.

²⁹ Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, artículo 830.

³⁰ Convenio Ciadi, artículo 48.5.

La Propuesta busca alinear el arbitraje CIADI con la tendencia de hacer públicas las decisiones de los tribunales arbitrales, pero sin exceder los estrictos límites del Convenio. Bajo la propuesta de Regla 72, se entiende que las partes han prestado su consentimiento si no han objetado a la publicación del laudo, las resoluciones y decisiones del tribunal dentro de los 60 días siguientes a la emisión de los mismos³¹. De igual manera, la Propuesta prevé la publicación de los escritos de las partes, sujetos a las expurgaciones acordadas entre ellas³². Asimismo, de acuerdo a la propuesta de Regla 74, el tribunal deberá permitir la asistencia a la audiencia de personas diferentes a las partes, sus representantes, testigos y peritos, a menos que cualquiera de las partes se oponga³³.

1.2.2. Revelación del financiamiento de terceros

El financiamiento de terceros, es decir, el acuerdo mediante el cual un tercero se compromete a aportar fondos o a prestar apoyo financiero a una de las partes para adelantar una reclamación, a cambio de recibir una remuneración dada en función del resultado del arbitraje, es una de las cuestiones más debatidas en el campo del arbitraje internacional en los últimos años. En el campo del arbitraje de inversiones, el financiamiento de terceros ha encontrado una fuerte oposición en algunos sectores, los cuales consideran que este tipo de acuerdos constituyen una amenaza a la integridad del sistema³⁴.

En particular, sus detractores han señalado que el financiamiento de terceros puede dar origen a frecuentes conflictos de interés, ya que muchos individuos que actúan como árbitros son asimismo asesores de entidades de financiamiento de terceros o miembros de sus juntas directivas, o tienen una relación estrecha con dichas entidades, ya sea directamente o través de las firmas de abogados a las cuales pertenecen³⁵. Adicionalmente, se ha cuestionado el

³¹ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 542.

³² Ídem.

³³ *Ibid.*, pp. 542-543.

³⁴ IISD: ob. cit., p. 13.

³⁵ UNCITRAL: «*Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Third-Party Funding, Note by the Secretariat*», abril de 2019, UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.157, p. 5.

financiamiento de terceros porque permite que el tercero ejerza un control excesivo sobre el arbitraje, a pesar de no ser parte del mismo, o incluso, no beneficiarse de las disposiciones sustantivas del tratado de inversión aplicable³⁶. Igualmente, los opositores al financiamiento de terceros argumentan que estos acuerdos fomentan las reclamaciones especulativas o temerarias de reclamantes insolventes, quienes carecen de la capacidad para pagar una eventual condena en costos³⁷.

Al respecto, la Propuesta contempla medidas para evitar posibles conflictos de interés entre los árbitros y las entidades de financiamiento de terceros únicamente. La propuesta de Regla 13 establece la obligación de notificar al tribunal –antes de que sus respectivos miembros completen sus declaraciones de independencia e imparcialidad– la existencia y «nombre de cualquier tercero del cual la parte, su afiliada o representante, haya recibido fondos o un apoyo equivalente para la interposición o defensa en un procedimiento»³⁸. Para efectos de la propuesta de Regla 13, la Secretaría aclaró que el «representante de una parte» no es un tercero financiador, de modo que los acuerdos de honorarios de resultado no están cubiertos por este deber de notificación³⁹. De igual manera, este deber tampoco se extiende respecto al contenido o las condiciones del acuerdo de financiamiento de terceros⁴⁰.

La revelación de la existencia de un acuerdo de financiamiento de terceros no es nuevo en el arbitraje CIADI. En el caso *Muhammet Cap vs. Turkmenistán*, el tribunal exigió al demandante informar «si las reclamaciones en este arbitraje están siendo financiadas por terceros y, de ser el caso, informar los

³⁶ *Ibíd.*, p. 6.

³⁷ *Ibíd.*, p. 8.

³⁸ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 430. En una versión anterior de la Propuesta, la Secretaría del CIADI había incluido una definición detallada de financiamiento de terceros. Sin embargo, para evitar posibles conflictos respecto a si un acuerdo constituye o no financiamiento de terceros, la Secretaría modificó la redacción de la Regla 13 al lenguaje actual. Véase, CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, pp. 120-123.

³⁹ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 121.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 122.

nombres y detalles de contacto de los terceros financiadores y los términos de dicho financiamiento»⁴¹. En opinión del tribunal, la revelación de la existencia de un financiamiento de terceros era necesaria para «garantizar la integridad del procedimiento y para determinar si alguno de los árbitros estaba afectado por la existencia de un tercero financiador»⁴². Asimismo, el tribunal consideró que la información requerida podría ser relevante para una eventual caución para cubrir los costos del procedimiento⁴³.

Por otra parte, la Propuesta guarda silencio respecto a las consecuencias de no notificar al tribunal de la existencia de un acuerdo de financiamiento de terceros. Al respecto, la mayoría de Estados han señalado la necesidad de que la obligación de revelación vaya más allá del simple *disclosure* de la existencia e identidad del financiamiento de terceros⁴⁴. Asimismo, algunos Estados han sugerido incluir sanciones por el incumplimiento de esta obligación⁴⁵. Por ejemplo, Corea propuso como sanción la suspensión del procedimiento, o la posibilidad de establecer un indicio grave para efectos de la asignación de costos o una caución para cubrir los costos del arbitraje⁴⁶. Sin embargo, el CIADI ha expresado que, bajo la Propuesta, los tribunales cuentan con discreción para considerar esta circunstancia como uno –de varios factores– para la asignación de los costos del procedimiento⁴⁷.

1.3. *Predictibilidad y consistencia*

Otro de los ejes fundamentales del proceso de enmienda es el de incorporar la experiencia y «buenas prácticas» desarrolladas por el Centro en la última

⁴¹ Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistán, caso CIADI N.º ARB/12/6, Orden Procesal N.º 3, 12-06-15, ¶ 8.

⁴² *Ibid.*, ¶ 9.

⁴³ *Ibid.*, ¶¶ 10 y 11.

⁴⁴ En sus comentarios sobre la Regla 13, Australia, Canadá, Colombia, EU, Indonesia, Israel, Corea y Uruguay expresaron que, además de la existencia e identidad de un financiamiento de terceros, era importante conocer los términos materiales de los acuerdos de financiación, CIADI: «*Rule Amendment Project Member State & Public Comments on Working Paper N.º 2 of March 15, 2019*», pp. 63-74.

⁴⁵ Entre otros, Corea, Israel y Luxemburgo. Véase, *ibid.*, pp. 68-71.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁷ Ciadi: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 123.

década. Así, la Secretaría ha propuesto codificar algunos de los criterios acogidos por los tribunales o la Secretaría para decidir ciertas cuestiones respecto de las cuales el Convenio o las Reglas no ofrecen indicaciones precisas. Por ejemplo, la Propuesta de Regla 2 de las Reglas de Iniciación contiene un *checklist* detallado de requisitos de la solicitud de arbitraje⁴⁸. A continuación, se analizarán las principales novedades de la Propuesta dirigidas a mejorar la predictibilidad y consistencia de las decisiones de los tribunales CIADI.

1.3.1. Medidas provisionales

La Propuesta incluye disposiciones detalladas sobre los requisitos, tipos, y trámite de las medidas provisionales. En efecto, la propuesta de Regla 44 dispone que cualquier parte podrá solicitar la adopción de medidas provisionales para «impedir acciones que probablemente ocasionen un daño actual o inminente a la otra parte»; «mantener o restablecer el *status quo* hasta que se decida la diferencia»; o «preservar los medios de prueba que pudieran ser relevantes para la resolución de la diferencia»⁴⁹.

Adicionalmente, la propuesta de Regla 44 incorpora la práctica de los tribunales arbitrales en la materia de medidas provisionales, al señalar como criterios para el otorgamiento de medidas provisionales, la necesidad y urgencia de las medidas, el efecto que las mismas puedan tener sobre las partes, así como «toda otra circunstancia relevante»⁵⁰. No obstante, la Propuesta también aclara que, debido al lenguaje inequívoco del Convenio CIADI al respecto, los tribunales solo pueden «recomendar» —en vez de «ordenar»— la imposición de medidas provisionales⁵¹. De ese modo, para algunos, la Propuesta pareciera abrir nuevamente el debate de si las medidas provisionales en el arbitraje CIADI son vinculantes para las partes o no, lo cual parecía haberse zanjado en la práctica de los tribunales⁵². Por otra parte, la Propuesta

⁴⁸ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, pp. 420 y 421.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 447 y 448.

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, pp. 214 y 215.

⁵² NIEMOJ, Asaf: «*Here Comes the Revolution? Here Comes the Revolution! Provisional Measures Under the New Proposed ICSID Arbitration Rules: Where Are We Heading Now?*», 2019, pp. 1 y 2, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>.

dispone que el tribunal deberá decidir una solicitud de medidas provisionales en un periodo que no podrá exceder los 30 días⁵³.

La Propuesta hace un buen trabajo en incorporar la urgencia, necesidad y proporcionalidad como criterios para el otorgamiento de medidas provisionales. No obstante, sería aconsejable que la Propuesta precisara, como lo ha hecho la práctica del Centro, que los derechos, objeto de una medida provisional, pueden ser de índole sustantivo o procesal⁵⁴.

1.3.2. Caucción para cubrir los costos

En el régimen vigente, los tribunales CIADI solo pueden decidir las solicitudes de caución para cubrir los costos aplicando un análisis propio del otorgamiento de medidas provisionales, es decir, efectuando un examen de la necesidad y urgencia de la medida requerida⁵⁵. Por otra parte, en los últimos años, algunos Estados han intentado obtener este tipo de cauciones de demandantes que se han apoyado en entidades de financiamiento de terceros para financiar los costos del procedimiento de arbitraje. Con ello, han buscado protegerse de la eventualidad de que los demandantes –que generalmente requieren de un acuerdo de financiamiento de terceros por estar en una precaria situación económica– no estén en condiciones de pagar una condena en costos.

Salvo contadas excepciones, estos intentos de obtener caución para cubrir los costos han sido infructuosos, ya que los Estados no han podido demostrar el carácter necesario y urgente de dichas medidas⁵⁶. Por ejemplo, en

[com/2019/01/19/here-comes-the-revolution-here-comes-the-revolution-provisional-measures-under-the-new-proposed-icsid-arbitration-rules-where-are-we-heading-now/](https://www.icsid.org/2019/01/19/here-comes-the-revolution-here-comes-the-revolution-provisional-measures-under-the-new-proposed-icsid-arbitration-rules-where-are-we-heading-now/).

⁵³ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 448.

⁵⁴ Por ejemplo, véase, *Convial Callao S. A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S. A. vs. República del Perú*, caso CIADI N.º ARB/10/2, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22-02-11, ¶ 82; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. República Unida de Tanzania*, caso CIADI N.º ARB/05/22, Orden de procedimiento N.º 1, 31-03-06, ¶ 71.

⁵⁵ IISD: ob. cit., p. 7.

⁵⁶ LEVENTHAL: ob. cit., p. 3.

Burimi *vs.* Albania, el tribunal rechazó una solicitud de caución para cubrir los costos respecto a unos demandantes insolventes cuyas reclamaciones estaban siendo financiadas por un tercero. A juicio del tribunal, la medida no era necesaria porque «el daño que se pretende evitar no es inminente sino depende de la conducta futura de los demandantes [el impago de una eventual condena en costos], de lo cual el demandado no ha aducido ninguna prueba convincente de que vaya a ocurrir»⁵⁷. Igualmente, respecto a la urgencia, el tribunal señaló «en tanto el daño alegado es especulativo, no hay fundamentos para concluir que esta cuestión [la medida solicitada] no pueda esperar el resultado del laudo»⁵⁸.

Estas decisiones han sido objeto de fuertes críticas. En ausencia de una caución para cubrir los costos, un Estado carece de herramientas para ejecutar una condena en costos contra un demandante insolvente. Adicionalmente, el tercero financiador –al no ser parte del arbitraje– no podrá ser obligado a pagar en su lugar. Motivada por estas preocupaciones, la Propuesta plantea introducir un estándar completamente autónomo para el examen de una solicitud de caución para cubrir los costos. En virtud de la propuesta de Regla 51, el tribunal deberá considerar, a efectos de decidir una solicitud de caución para cubrir los costos, «la capacidad que tiene dicha parte para cumplir una decisión adversa en materia de costos»; «la voluntad de esa parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos»; «el efecto que pudiera tener dicha garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para promover su demanda o demanda reconventional»; «la conducta de las partes» y «toda otra circunstancia relevante»⁵⁹.

Sin embargo, la propuesta de Regla 51 no incluye ninguna referencia al financiamiento de terceros. Para el CIADI, incluir al financiamiento de terceros expresamente dentro de los factores a tener en cuenta para una caución para cubrir los costos daría la impresión equivocada de que el financiamiento de

⁵⁷ Burimi SRL ye Eagle Games SH.A *vs.* República de Albania, caso CIADI N.º ARB/11/18, Orden procesal N.º 2, 03-03-12, ¶ 39.

⁵⁸ *Ibíd.*, ¶ 40.

⁵⁹ CIADI: *ob. cit.* («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 452.

terceros es relevante en todas las situaciones⁶⁰. No obstante, la Propuesta se queda corta al no incluir mecanismos que obliguen a la parte que se beneficia de un acuerdo de financiamiento de terceros la revelación del contenido del mismo. A diferencia de las cuestiones de conflicto de interés, los términos de un acuerdo de financiamiento de terceros sí son relevantes para determinar la capacidad de un demandante para pagar una eventual condena en costos. Por ejemplo, la revelación del contenido de un acuerdo de financiamiento de terceros podría aclarar si el tercero financiador se ha comprometido —o no— a financiar dicha posible condena. La Propuesta, tal como está planteada actualmente, exige a la parte solicitante de la caución tenga de antemano prueba de la imposibilidad o renuencia de un demandante para pagar un laudo en costos, sin que el demandado deba aclarar el efecto que tiene un acuerdo de financiamiento de terceros en su capacidad de pago.

Adicionalmente, la Propuesta tampoco establece el estándar jurídico o de prueba necesario para ordenar una caución para cubrir los costos. Para algunos Estados, sería suficiente con tener «motivos fundados» de que una parte no estará en capacidad de cumplir con una eventual condena en costos⁶¹. En cambio, para otros participantes en el proceso de enmienda, debería establecerse un estándar de prueba mucho más elevado para el otorgamiento de este tipo de medidas⁶². Para el CIADI, estas cuestiones quedarán a juicio del tribunal, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso⁶³. Bajo estas circunstancias, resulta aún más importante contemplar la posibilidad de revelar el contenido del acuerdo de financiamiento de terceros.

Por otra parte, a diferencia de las decisiones sobre medidas provisionales, el otorgamiento de una caución para cubrir los costos vendría en forma de una «orden», siendo en consecuencia vinculante para la parte contra la cual se expide⁶⁴. Asimismo, la Propuesta concede al tribunal la facultad de suspender el procedimiento en caso de incumplimiento de dicha orden. Si el procedimiento

⁶⁰ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 235.

⁶¹ Ídem.

⁶² Ídem.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, pp. 451 y 452.

se suspende por un término superior a 90 días, el tribunal podrá ordenar la discontinuación del procedimiento⁶⁵.

1.3.3. Decisión sobre costos

Según el artículo 61 del Convenio CIADI, es facultad del tribunal decidir quién deberá pagar y cómo se deberán repartir los costos del arbitraje. Ante el margen de discreción que el Convenio le confiere a los tribunales en este aspecto, existe poca consistencia respecto a los criterios utilizados en la práctica para la asignación de los costos⁶⁶. En muchas ocasiones, los tribunales no justifican sus decisiones sobre costos y, en otras, emplean razonamientos contradictorios. En consecuencia, se ha expresado la necesidad de establecer una regla por defecto o, al menos, establecer ciertos criterios para las decisiones sobre costos⁶⁷. La Propuesta responde a ese llamado, aunque sin eliminar el carácter discrecional de este tipo de decisiones –el cual no proviene de las Reglas, sino del Convenio CIADI–.

Según la propuesta de Regla 50, el tribunal deberá tener en cuenta, a efectos de una decisión sobre costos, «el resultado del procedimiento»; «la conducta de las partes durante el procedimiento, lo cual incluye la medida en que hayan actuado de manera expedita y eficiente en materia de costos»; «la complejidad de las cuestiones»; «la razonabilidad de los costos reclamados» y «toda otra circunstancia relevante»⁶⁸. Adicionalmente, la Propuesta exige al tribunal que motive su decisión sobre costos⁶⁹.

De ese modo, la Propuesta incorpora criterios clásicos para la asignación de costos en el arbitraje internacional, pero sin fijar una regla automática para todos los casos. Por ejemplo, algunos países, como Canadá y Australia, habían planteado que el demandante debía pagar la totalidad de los costos del

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ HODGSON, Matthew: «*Cost Allocation in ICSID Arbitration: Theory and (mis)application*». En: *Columbia FDI Perspectives*. N.º 152. Nueva York, 2015, p. 2, <http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-%20perspectives/>.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 2, p. 451.

⁶⁹ Ídem.

procedimiento, en el evento de que sus reclamaciones fueran rechazadas por la manifiesta falta de fundamento jurídico de las mismas⁷⁰. Para el CIADI, la imposición de una regla automática hubiera sido contraria al Convenio, porque habría eliminado el poder discrecional del tribunal para decidir según su propio criterio⁷¹. Así, al establecer una lista de criterios que el tribunal deberá tener en cuenta –pero sin obligarlo a aplicarlos– la Propuesta respeta el carácter eminentemente discrecional de este tipo de decisiones.

Además de ser necesaria para no sobrepasar lo previsto en el Convenio CIADI, la adopción de una serie de criterios para guiar al tribunal en su determinación sobre costos resulta apropiada teniendo en cuenta el nivel de complejidad de las decisiones de los tribunales de inversión. En efecto, implementar por defecto la regla de *costs follow the event* –como lo propusieron algunos Estados– habría sido inconducente para mejorar la calidad de las decisiones sobre costos, ya que es poco habitual que una parte resulte vencedora en un 100 % de su reclamación. Adicionalmente, no habría resultado justa la aplicación de este principio en casos en los cuales los costos de la parte vencedora son exagerados, o cuando dicha parte no ha tramitado su reclamación de una manera costo-eficiente.

Conclusión

El proceso de enmienda de las Reglas no ha terminado. Se prevé al menos una ronda adicional de comentarios antes de que el Consejo Administrativo del CIADI enmiende las Reglas. Así, la Propuesta no es el producto final, y es muy probable que experimente cambios adicionales.

No obstante, la Propuesta es sin duda alguna un desarrollo positivo. En particular, son bienvenidas las iniciativas de incluir plazos para las decisiones del tribunal, las modificaciones al trámite de los incidentes de recusaciones de los árbitros, la obligación de motivar las decisiones sobre costos y el establecimiento de un estándar autónomo para decidir solicitudes de caución

⁷⁰ CIADI: ob. cit. («*Rule Amendment...*»), pp. 129 y 130.

⁷¹ CIADI: ob. cit. («Propuesta de enmiendas... N.º 2»), vol. 1, p. 228.

para cubrir los costos. Por otra parte, será necesario examinar con mayor detalle y replantear las propuestas en relación con los acuerdos de financiamiento de terceros, el procedimiento expedito y las medidas provisionales. De cualquier forma, este proceso de enmienda fortalecerá y brindará mayor legitimidad al arbitraje del CIADI.

* * *

Resumen: Los autores revisan las últimas propuestas de enmienda de las Reglas del CIADI a los fines de destacar los objetivos que persiguen. En tal sentido, destacan los cambios en materia de eficiencia, transparencia, predictibilidad y consistencia, subrayando las modificaciones positivas, así como aquellos asuntos donde –a su juicio– se deberá continuar trabajando, pues de seguro estas propuestas no serán la versión definitiva.

Palabras clave: Reglas CIADI, eficiencia, transparencia, predictibilidad, consistencia. Recibido: 15-15-19. Aprobado: 30-01-20.