

Comentarios de Argentina sobre las disposiciones 5 , 6, 7, 9 y 12 del Proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales (A/CN.9/WG.III/WP.244)

I. Sobre el proyecto de Disposición 5 (Garantía de pago de las costas):

Comentarios:

Argentina considera sumamente relevante que se establezca que una de las circunstancias que el tribunal debe analizar a la hora de ordenar a una parte litigante que preste garantía de pago de las costas es si existe financiación por terceros (inciso (e) del párrafo 4), al igual que sucede con la Regla 53 (4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022.

Consideramos relevante tener presente que las garantías de pago de las costas suelen tener lugar ante reclamos que tienen una cierta probabilidad de ser rechazados en la etapa jurisdiccional; en efecto, la garantía de pago de las costas busca evitar que reclamantes con reclamos sin fundamento puedan aventurarse en procesos contra los Estados sin consecuencia alguna.

Entendemos que esta disposición debería estar dirigida a requerir garantías de pago de costas a la parte privada en una controversia. Consideramos que se debe tener en cuenta que, en el caso de los Estados, podrá llevar más o menos tiempo cobrar los costos, pero un Estado casi con seguridad no va a desaparecer –al menos no sin dejar un Estado sucesor–, lo que torna innecesario requerir garantías de pago de costas en el caso de los Estados.

En función de lo expuesto no creemos que haya que incluir la expresión “*o una reconvencción*” en el párrafo 1 del proyecto de disposición 5.

También tenemos dudas sobre cómo se evaluaría el requisito sobre la voluntad para cumplir con el pago de las costas de parte del demandante (“*la voluntad que tenga la parte litigante de cumplir una decisión de condena en costas;*”). La preocupación es que se entienda que este requisito está cumplido con una declaración del demandante.

II. Sobre el proyecto de Disposición 6 (Suspensión del proceso):

Comentarios:

Sin perjuicio de las objeciones que los Estados puedan formular en cuanto a la falta de jurisdicción del tribunal o la inadmisibilidad de los reclamos, consideramos apropiado que el tribunal se encuentre facultado a suspender el procedimiento en caso de que exista otro fuero paralelo que se encuentre tratando una cuestión relevante para la determinación del caso.

Creemos que modificar la Disposición 6 en ese sentido mejoraría la eficiencia y eficacia en la resolución de disputas al permitir a los tribunales suspender el procedimiento y así: (i) evitar que continúe cuando otros foros puedan ofrecer una resolución más pronta o económica de la disputa; (ii) evitar planteos de revisión de laudos u otras resoluciones

debido a decisiones posteriores en otros foros que modifiquen las bases sobre las cuales se emitió el laudo u otra resolución; (iii) evitar que los reclamos de los inversores sean declarados prematuros si ellos se relacionan con resoluciones pendientes en otros fueros, lo que eventualmente llevaría a nuevos procedimientos arbitrales una vez que se tornen firmes dichas resoluciones en otros fueros, y (iv) evitar que los Estados y los inversores se enfrenten a litigios en múltiples foros sobre una misma cuestión, multiplicando expendios para ambas partes.

La práctica de los tribunales arbitrales de inversión sugiere que esta inclusión mejoraría la eficiencia y eficacia en la resolución de disputas inversor-Estado. En ese sentido, el tribunal de *SPP c. Egipto* estableció que “[w]hen the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction. However, in the interest of international judicial order, either of the tribunals may, [sic] in its discretion and as a matter of comity, decide to stay the exercise of its jurisdiction pending a decision by the other tribunal.”¹ En el mismo sentido, el tribunal de *SGS c. Filipinas*, concluyó que “[...] justice would be best served if the [t]ribunal were to stay the present proceedings pending determination of the amount payable, either by agreement between the parties or by the Philippine courts in accordance with [a]rticle 12 of the CISS Agreement.”²

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 6 (en negrita):

*“...El tribunal podrá, a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, ordenar la suspensión del proceso tras invitar a las partes litigantes a expresar su opinión. **El tribunal tendrá especialmente en cuenta la existencia de procesos paralelos al decidir si suspende el proceso.**”*

III. Sobre el proyecto de Disposición 7 (Conclusión del proceso):

Entendemos que el lenguaje de la disposición debería incluir supuestos de terminación como consecuencia de la inacción de las partes, tal como lo establece la Regla 57 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 o como se comprende en el supuesto de falta de presentación del escrito de demanda, en el Artículo 30(a) del Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje de 2012. También consideramos que debería contener el supuesto de terminación del procedimiento por innecesidad o imposibilidad de continuar con el procedimiento, tal como lo establece el Artículo 36(2) del Reglamento de la CNUDMI de 2021.

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 7 (en negrita):

Sugerimos agregar un inciso 4 que rece:

¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Decisión sobre Objeciones Preliminares a la Jurisdicción del 27 de noviembre de 1985, ¶ 84.

² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción del 29 de enero de 2004, ¶ 175.

“4. Si la demandante no presenta sus escritos dentro del plazo fijado para ello, el tribunal notificará a las partes dejando constancia de esta situación y fijando un plazo de 30 días para que las partes se expidan. Si no se realiza ninguna actuación dentro del plazo fijado por el tribunal, se considerará que el procedimiento se ha discontinuado y el tribunal emitirá una resolución al respecto. Si alguna de las partes actúa dentro de dicho plazo, el procedimiento continuará. Si el tribunal aún no está constituido o existen vacancias en el mismo, la institución arbitral u organismo pertinente emitirá la notificación y resolución correspondientes.”

V. Sobre el Proyecto de Disposición 9 (Asignación de las Costas)

Comentarios:

Argentina considera que sería de utilidad establecer en esta disposición que, al momento de distribuir las costas entre partes y al examinar la razonabilidad de éstas, el tribunal debería considerar las diferencias o brechas entre los gastos y costas presentados por cada parte a fin de evitar la sobredimensión de los gastos o la inclusión de gastos superfluos. Respecto a este punto, nos parece prudente compartir nuestra preocupación sobre lo que percibimos como aumentos desproporcionados en el costo de los informes de expertos.

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 9 (en negrita):

Disposición 9: Asignación de las costas

- 1. Las costas del proceso correrán en principio a cargo de la parte litigante que haya resultado vencida.*
- 2. Sin embargo, el tribunal podrá distribuir las costas entre las partes litigantes si determina que esa distribución es razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre ellas las siguientes:*
 - a) el resultado del proceso o de cualquiera de sus partes, **teniendo en cuenta que reclamos fueron estimados y desestimados en etapa de jurisdicción, fondo y quantum;***
 - b) la conducta de las partes litigantes durante el proceso y, entre otras cosas, en qué medida han actuado de manera expedita y eficaz en función de los costos de conformidad con el reglamento aplicable y en cumplimiento de las órdenes y decisiones del tribunal;*
 - c) la complejidad de las cuestiones;*
 - d) la razonabilidad de las costas reclamadas por las partes litigantes;*
 - e) la existencia de financiación por terceros;~~y~~*
 - f) el monto de la indemnización pecuniaria/compensación reclamada por el demandante en relación con el monto concedido por el tribunal; y*
 - g) la relación de proporción entre los costos de las partes.*

2bis. A momento de distribuir las costas entre partes y al examinar la razonabilidad de éstas, el tribunal considerará las diferencias o brechas entre los gastos y costas presentados por cada parte.

3. A menos que el tribunal determine lo contrario, los gastos en que incurra una parte litigante que estén relacionados con la financiación por terceros o deriven de ella no se incluirán en las costas del proceso.

4. Los párrafos 1 a 3 se aplicarán a las costas que deriven de la solicitud de una parte litigante para que se determine que una demanda carece manifiestamente de fundamento jurídico de conformidad con la disposición 4.

5. El tribunal podrá, a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, dictar en cualquier momento una decisión provisional sobre las costas.

6. El tribunal velará por que todas las decisiones sobre costas estén motivadas y formen parte del laudo.

VI. Sobre el Proyecto de Disposición 12 (Financiación por terceros)

Comentarios:

En relación con la disposición 12, sin perjuicio de la posición argentina sobre si debería admitirse o no la financiación por terceros, formularemos algunos comentarios sobre el proyecto de disposición.

Observando que en algunos casos el financiamiento proviene del estudio que representa a la parte demandante, consideramos importante explicitarlo para que quede en claro que es necesario conocer si es el demandante quien está financiando con fondos propios el arbitraje o a través de terceros. Conocer esta información es relevante, eventualmente, en una discusión sobre garantía por pago de costos.

En el caso del inciso (a) del párrafo 2, sugerimos que en caso que el tercero que aporta financiación sea una persona jurídica, la notificación debería incluir los nombre de las personas y entidades que poseen y controlan a esa persona jurídica, como es el caso de la Regla 14 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022.

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 12 (en negrita):

Disposición 12: Financiación por terceros

*1. Por “financiación por terceros” se entenderá la prestación de cualquier tipo de financiación directa o indirecta a una parte litigante por una persona física o jurídica que no sea parte en el proceso, pero que celebre un acuerdo para proporcionar, o proporcione de algún otro modo, financiación (“tercero que aporta financiación”) para un proceso, **incluido de parte del estudio jurídico que represente a la parte**, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución condicionada al resultado del proceso.*

2. Una parte litigante que reciba financiación por terceros deberá revelar al tribunal y a la otra parte litigante la siguiente información:

a) el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación, y, **en el caso de tratarse de una persona jurídica e/los nombre/s de la/s persona/s que posee/n o controla/n a esa persona jurídica**, y

b) el nombre y la dirección del beneficiario final del tercero que aporta financiación y de toda persona física o jurídica con facultad decisoria respecto del tercero que aporta financiación o en nombre de este en relación con el proceso.

3. Además, el tribunal podrá exigir a la parte financiada que revele lo siguiente:

a) información sobre el acuerdo de financiación y sus condiciones;

b) si el tercero que aporta financiación acepta hacerse cargo de la condena en costas que se pueda imponer;

Todo cambio que se produzca en relación con la financiación de terceros debe ser informada al tribunal y a la otra parte litigante en forma inmediata.

c) cualquier derecho que tenga el tercero que aporta financiación a controlar la gestión de la demanda o el proceso o a influir en ellos, así como a poner fin al acuerdo de financiación;

d) cualquier acuerdo entre el tercero que aporta financiación y el representante legal de la parte litigante, y

e) cualquier otra información que el tribunal estime necesaria.

4. La parte litigante comunicará la información señalada en el párrafo 2 cuando presente su escrito de demanda o, si el acuerdo de financiación se celebra tras la presentación del escrito de demanda, inmediatamente después. La parte litigante comunicará la información solicitada por el tribunal de conformidad con el párrafo 3 tan pronto como sea posible.

5. Si hubiera alguna información nueva o se produjera alguna modificación en la información comunicada de conformidad con los párrafos 2 y 3, la parte litigante comunicará esa información o modificación al tribunal y a la otra parte litigante tan pronto como sea posible.

6. El tribunal podrá limitar la financiación por terceros en las siguientes circunstancias excepcionales:

a) cuando el rendimiento que se estime recibirá el tercero que aporta financiación supere un monto razonable;

b) cuando el número de casos financiados por el tercero que aporta financiación que se hayan entablado contra la parte contratante demandada en relación con la misma medida supere un número razonable, o

c) [...].

7. Si la parte litigante no cumple con su deber de comunicar la información prevista en los párrafos 2 a 5, el tribunal podrá:

a) suspender o dar por concluido el proceso de conformidad con las disposiciones 6 o 7;

b) ordenar que se preste garantía de pago de las costas de conformidad con la disposición 5, o

c) tener en cuenta ese hecho cuando asigne las costas de conformidad con la disposición 9.

8. Si las partes litigantes reciben financiación que no esté permitida de conformidad con el párrafo 6, el tribunal podrá adoptar las medidas enumeradas en el párrafo 7 y, además, ordenar a la parte litigante que rescinda el acuerdo de financiación y que restituya los fondos.

Comentarios de Argentina sobre las disposiciones 21 y 22 del documento que contiene un proyecto de Disposiciones adicionales sobre cuestiones procesales y transversales (A/CN.9/WG.III/WP.248)

I. Sobre el proyecto de Disposición 21 (Interpretación conjunta):

Comentarios:

Sugerimos incluir una referencia similar a la que existe en la disposición 22 sobre el efecto que tiene el hecho de que los Estados no acepten la invitación a que los Estados busquen alcanzar una interpretación conjunta.

Modificaciones sugeridas (en negrita):

*“3. El tribunal podrá, a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, solicitar una interpretación conjunta de cualquier disposición del acuerdo que sea objeto de la controversia. **El tribunal no hará ninguna inferencia de la falta de observaciones o de respuesta ante una invitación que se formule de conformidad con los párrafos 1 o 2.**”*

II. Sobre el proyecto de Disposición 22 (Observaciones presentadas por una parte en el tratado que no es parte litigante):

Comentarios:

Respecto del párrafo 2, sugerimos que el Tribunal se encuentre obligado a permitir a la Parte No Contendiente presentar sus observaciones, tal como lo permite la Regla 68 de las Reglas CIADI 2022. En todo caso, las partes discutirán y el Tribunal decidirá sobre la extensión y alcance de dicha presentación.

Con relación al párrafo 2(b), se sugiere eliminar la frase “*de hecho*”, ya que el alcance de la disposición solo refiere a la interpretación del Tratado.

Sobre el párrafo 5, consideramos que, en aras de la economía procesal, los comentarios sobre las observaciones de las Partes No Contendientes, en la medida de lo posible, deberían ser presentados junto con los escritos de las Partes, tal como fueron previstos en los calendarios procesales pertinentes. Si ello no fuese posible, podrían formularse de forma separada.

Modificaciones sugeridas (en negrita):

*“...2. El tribunal, tras celebrar consultas con las partes litigantes, **permitirá** que una parte en el tratado que no sea litigante presente observaciones sobre otras cuestiones comprendidas en la controversia. A la hora de decidir **el alcance y la forma de tales observaciones**, el tribunal tendrá en cuenta, entre otras cosas:*

(...)

*5. El tribunal se asegurará de que las partes litigantes tengan una oportunidad razonable de presentar comentarios sobre cualquier observación que realice una parte en el tratado que no sea litigante. **En la medida de lo posible, los comentarios se presentarán junto con los escritos a presentarse por las Partes.***