

## **Comentarios sobre la categorización y priorización de las reglas de procedimiento y asuntos transversales del documento de trabajo A/CN.9/WG.III/WP.231**

Esta presentación sobre la categorización y priorización de las reglas de procedimiento y asuntos transversales del documento de trabajo A/CN.9/WG.III/WP.231 (“Documento de Trabajo 231”) es realizada conjuntamente por la República Federativa de Brasil, la República de Chile, la República de Colombia, la República de Costa Rica, la República de Panamá y los Estados Unidos Mexicanos. Los siguientes comentarios son realizados sin perjuicio de las posiciones específicas que cada país pueda mantener sobre las distintas propuestas de disposiciones abordadas en el documento de trabajo.

Durante la Séptima Reunión entre Periodos de Sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, celebrada del 7 al 8 de marzo de 2024 en Bruselas, Bélgica, la Secretaría de la CNUDMI realizó una presentación en la que clasificaron las disposiciones propuestas en el Documento de Trabajo 231 en las siguientes categorías:

- **Categoría A:** Aquellas que buscan lograr la armonización con las reglas de procedimiento existentes (incluyendo las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022) y que podrían formar un suplemento a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: disposiciones 13 (prueba), 14 (bifurcación), 16 (medidas provisionales), 19 (desestimación temprana), 20 (garantía de pago de las costas), 22 (suspensión y conclusión del proceso), 24 (plazo para dictar la decisión final) y 25 (asignación de las costas).
- **Categoría B:** Aquellas que se basarían en las reglas de procedimiento existentes y en disposiciones encontradas en tratados de inversión recientes, que podrían redactarse como disposiciones de tratado para ser adoptadas por los Estado: disposiciones 11 (reconvenciones), 15 (acumulación de procesos) y 21 (financiamiento por terceros), así como la incorporación del código de conducta de la CNUDMI y el reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado; y
- **Categoría C:** Aquellas que no se encuentran en las reglas de procedimiento, abordando los llamados asuntos transversales: disposiciones 7 (renuncia al derecho a iniciar un proceso de solución de controversias), 8 (plazo de prescripción), 9 (denegación de beneficios), 10 (demandas de los accionistas), 12 (derecho a regular), 23 (cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización).

Ante la consulta del presidente del Grupo de Trabajo III sobre el camino a seguir para abordar la propuesta de categorización y priorización de las reglas de procedimiento y asuntos transversales del Documento de Trabajo 231, presentamos los siguientes comentarios:

### **Categoría A:**

- Forma: Aunque consideramos que no es necesario definir en este momento la forma que podrían adoptar estas disposiciones, en principio apoyamos la propuesta de que puedan adoptar la forma de suplemento o anexo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI para arbitraje de inversiones.
- Priorización: Dado el trabajo previo realizado por varias delegaciones participantes en el Grupo de Trabajo III durante el proceso de reforma de las reglas de arbitraje del CIADI (2022), consideramos que las disposiciones en esta categoría deberían tomar menos tiempo de debate en el Grupo de Trabajo que las otras categorías. En consecuencia, sugerimos que el Grupo de Trabajo III no utilice sus recursos para discutir ampliamente estas disposiciones durante sus sesiones.

Recomendamos llevar a cabo un trabajo en paralelo a las discusiones en las sesiones del Grupo de Trabajo III, similar al trabajo realizado respecto del "toolkit de prevención y mitigación de controversias internacionales en materia de inversiones". Para ello, proponemos realizar avances en los periodos entre sesiones mediante el envío de comentarios por escrito.

### **Categoría B:**

- Forma: Si bien consideramos que algunas de estas disposiciones podrían adoptar la forma de suplemento o anexo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI para el arbitraje de inversiones, algunas disposiciones también podrían adoptar la forma de lenguaje de tratado para ser incluidas en el instrumento multilateral sobre la reforma al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (MIIR, por sus siglas en inglés) y así a modificar tratados anteriores. En algunos casos consideramos que una disposición podría ser considerada para ser adoptada en ambos formatos. Por ejemplo, la disposición sobre financiamiento por terceros podría ser incluida en un anexo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI para el arbitraje de inversiones, y a la vez en el MIIR para modificar tratados anteriores, y así elevar el estándar en aquellas controversias internacionales en materia de inversión en que no se utilice el reglamento de arbitraje de la CNUDMI.
- Priorización: Reconocemos que no todas las disposiciones dentro de esta categoría representan el mismo nivel de impacto en la reforma al SCIE, y sugerimos que sean consideradas individualmente, según requieran mayor discusión por parte del Grupo de Trabajo.

### **Categoría C:**

- **Forma:** Proponemos que estas disposiciones se incorporen como artículos de tratado en el MIIR para reformar tratados anteriores. Esto representaría un aporte significativo al proceso de reforma, ya que permitiría modificar los tratados existentes y abordar específicamente las preocupaciones más críticas expresadas por varias delegaciones del Grupo de Trabajo sobre la falta de consistencia, coherencia y predictibilidad en las decisiones de los tribunales, así como los costos y la duración de los procedimientos de SCIE.
- **Priorización:** Estas disposiciones deben ser prioritarias en la discusión, junto con algunas que puedan ser identificadas en la categoría B. Consideramos que los recursos del Grupo de Trabajo III deben centrarse en los asuntos más complejos, especialmente los de la categoría C, que requieren un mayor debate. A diferencia de las reformas contempladas en la categoría A, que ya fueron ampliamente discutidas durante el proceso de reforma de las reglas de arbitraje CIADI 2022, las disposiciones de las categorías B y C abordan cuestiones fundamentales que necesitan una atención más detallada y exhaustiva para asegurar una reforma efectiva y sustancial del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Por otro lado, quisiéramos señalar que la presentación realizada por la Secretaría de la CNUDMI durante la 7ª reunión entre sesiones en Bélgica, deja fuera de las categorías establecidas algunas disposiciones incluidas en el Documento de Trabajo 231. Hacemos un llamado a los participantes del Grupo de Trabajo para considerar esas categorías con flexibilidad, de manera que las disposiciones identificadas en el Documento de Trabajo 231 puedan ser consideradas adecuadamente. Abandonar ciertas disposiciones simplemente porque estarían fuera de esas categorías presentadas reduciría el impacto potencial del esfuerzo de reforma.

Es esa misma línea, adicionalmente sugerimos incorporar las siguientes disposiciones al debate del Grupo de Trabajo III:

- **Interpretación conjunta por las Partes del tratado vinculantes para el tribunal.** Ver TIPAT/CPTPP, T-MEC/USMCA/CUSMA, Chile – EU AFA, TLC Panamá – EE.UU., TLC Panamá – Canadá.
- **Presentación al tribunal de una Parte no contendiente.** Ver TIPAT/CPTPP, T-MEC/USMCA/CUSMA, Chile – EU AFA, TLC Panamá – EE.UU., TLC Panamá – Canadá.

**Comments on the categorization and prioritization of procedural rules and cross-cutting issues from Working Paper A/CN.9/WG.III/WP.231:**

This presentation on the categorization and prioritization of procedural rules and cross-cutting issues from Working Paper A/CN.9/WG.III/WP.231 ("Working Paper 231") is jointly made by the Federative Republic of Brazil, the Republic of Chile, the Republic of Colombia, the Republic of Costa Rica, the Republic of Panama, and the United Mexican States. The following comments are made without prejudice to the specific positions that each country may maintain regarding the various proposed provisions discussed in the working document.

During the Seventh Intersessional Meeting of UNCITRAL Working Group III, held on March 7-8, 2024, in Brussels, Belgium, UNCITRAL Secretariat presented a classification of the proposed provisions in Working Paper 231 into the following categories:

- **Category A:** Those seeking harmonization with existing procedural rules (including the 2022 ICSID Arbitration Rules) and which could supplement UNCITRAL Arbitration Rules: provisions 13 (evidence), 14 (bifurcation), 16 (interim/provisional measures), 19 (early dismissal), 20 (security for costs), 22 (suspension and termination of the proceeding), 24 (period of time for making the final decision), and 25 (allocation of costs).
- **Category B:** Those based on existing procedural rules and provisions found in recent investment treaties, which could be drafted as treaty provisions for adoption by States: provisions 11 (counterclaim), 15 (consolidation of proceedings), and 21 (third-party funding), as well as the incorporation of UNCITRAL's Code of Conduct and UNCITRAL's Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration; and
- **Category C:** Those not found in procedural rules, addressing so-called cross-cutting issues: provisions 7 (waiver of rights to initiate dispute resolution proceeding), 8 (limitation period), 9 (denial of benefits), 10 (shareholder claims), 12 (right to regulate), 23 (Assessment of damages and compensation).

In response to the Chair of Working Group III's inquiry regarding the way forward to address the proposal for categorization and prioritization of procedural rules and cross-cutting issues in Working Document 231, we offer the following comments:

### **Category A:**

- Form: While we consider it unnecessary to define at this moment the form these provisions might take, we generally support the proposal that they could take the form of a supplement or annex to the UNCITRAL Arbitration Rules for investment arbitration.
- Prioritization: Given the previous work carried out by several participating delegations in Working Group III during the ICSID Arbitration Rules reform process (2022), we consider that provisions in this category should require less debate time in the Working Group than those in other categories. Consequently, we suggest that Working Group III not use its resources to extensively discuss these provisions during its sessions.

We recommend conducting parallel work alongside discussions in Working Group III sessions, similar to the work done regarding the "toolkit for the prevention and mitigation of international investment disputes". To this end, we propose making progress in between sessions through the submission of written comments.

### **Category B:**

- Form: While we believe some of these provisions could take the form of a supplement or annex to the UNCITRAL Arbitration Rules for investment arbitration, some provisions could also take the form of treaty language to be included in the Multilateral Instrument on ISDS Reform (MIIR) and thereby modify existing treaties. In some cases, we consider that a provision could be considered for adoption in both formats. For example, the provision on third-party funding could be included in an annex to the UNCITRAL Arbitration Rules for investment arbitration, as well as in the MIIR to modify previous treaties, thus raising the standard in those international investment disputes where the UNCITRAL arbitration rules are not used.
- Prioritization: We acknowledge that not all provisions within this category represent the same level of impact on ISDS reform, and we suggest they be considered individually, requiring more discussion from the Working Group.

### Category C:

- Form: We propose that these provisions be incorporated as treaty articles in the MIIR to reform previous treaties. This would represent a significant contribution to the reform process, allowing modification of existing treaties and specifically addressing critical concerns expressed by several Working Group delegations regarding the lack of consistency, coherence, and predictability in tribunal decisions, as well as the costs and duration of ISDS proceedings.
- Prioritization: These provisions should be prioritized in discussion, along with some that may be identified in Category B. We believe Working Group III resources should focus on the most complex issues, especially those in Category C, which require deeper and more exhaustive debate. Unlike reforms contemplated in Category A, which have already been extensively discussed during the ICSID Arbitration Rules reform process 2022, provisions in Categories B and C address fundamental issues that need detailed and thorough attention to ensure an effective and substantial ISDS reform.

Additionally, we suggest incorporating the following provisions into the discussion of Working Group III:

- **Binding joint interpretations by treaty Parties of treaty provisions.** See TIPAT/CPTPP, USMCA/TMEC/CUSMA, Chile-EU AFA, Panama-US FTA, Panama-Canada FTA.
- **Non-disputing treaty Party submissions on treaty interpretation.** See TIPAT/CPTPP, USMCA/TMEC/CUSMA, Chile-EU AFA, Panama-US FTA, Panama-Canada FTA.