

Comentarios de Argentina sobre la Sección A del Proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales (A/CN.9/WG.III/WP.244)

I. Sobre el proyecto de Disposición 1 (Prueba):

Comentarios:

La Argentina entiende que, tal como está establecido en el proyecto de Disposición 1, la carga de probar los hechos en los que se funda la demanda o contestación debería recaer en cada una de las partes, como así también que el tribunal debería tener la facultad de dictar el laudo fundándose en las pruebas que disponga. Sin embargo, también consideramos menester que se precise en la disposición que el tribunal tiene la capacidad de aplicar la “inferencia negativa” o “inferencia adversa” en casos de falta de prueba por motivos tales como la falta de justificación para brindar la prueba solicitada, justificación insuficiente o la omisión de presentar pruebas directamente relacionadas a lo que se intenta alegar. Esta inferencia puede consistir en una desestimación del planteo alegado por la parte que no pudo probar su reclamo o liberar de la carga probatoria a la parte contraria al reclamo no probado.

La Regla 34(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006 permitía a los tribunales “tomar nota formal” de la falta de presentación de pruebas por una de las partes, lo que podría dar lugar a una inferencia adversa. El tribunal del caso CIADI OPIC Karinum Corporation c. Venezuela aplicó la inferencia negativa cuando las explicaciones de la Demandada sobre la no presentación de documentos fueron “menos que plenamente convincentes”. El tribunal del caso NAFTA Feldman c. México aplicó la inferencia negativa al entender que el demandado no había presentado pruebas directamente relacionadas y porque nunca se explicó por qué no se presentaron.

En cuanto al párrafo 2 de la disposición 1, Argentina desearía saber si el tribunal puede solicitar la prueba aun estando cerrado el proceso.

En el caso del párrafo 5, nos parecería apropiado que esto sea sin perjuicio de la voluntad de las partes, es decir, la voluntad de cada parte de querer llamar a declarar a un testigo o experto ofrecido por la contraparte.

Atento los comentarios obrantes más arriba, desearíamos proponer algunas modificaciones al texto borrador de la disposición 1.

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 1 (en negrita):

Proyecto de Disposición 1: Prueba

1. Cada parte litigante asumirá la carga de probar los hechos en que se base para fundamentar su demanda o contestación.

2. *En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes litigantes presenten documentos u otras pruebas.*

3. *El tribunal podrá denegar cualquier solicitud, a menos que la formulen todas las partes litigantes, de que se establezca un procedimiento en virtud del cual una parte pueda pedir a la otra parte que presente documentos. Al examinar esas solicitudes de presentación de documentos, el tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, entre ellas las siguientes:*

a) el alcance y la oportunidad de la solicitud;

b) la admisibilidad, pertinencia, importancia y peso de los documentos solicitados;

c) la carga que comporta la presentación de los documentos, y

d) el fundamento de las objeciones que pueda formular la otra parte.

4. *Si una parte litigante, que haya sido debidamente invitada por el tribunal a presentar documentos u otras pruebas, no lo hace en el plazo establecido, sin demostrar causa suficiente para no presentar esos documentos o pruebas, el tribunal podrá dictar el laudo fundándose en las pruebas de que disponga. **El Tribunal tomará nota formal de la no presentación de documentos u otras pruebas por la parte que fue invitada a hacerlo, así como de las razones aducidas para tal accionar, y podrá hacer inferencias negativas contra la parte que no coopera.***

5. *A menos que el tribunal disponga otra cosa **previa consulta con las partes**, las declaraciones de los testigos y peritos se presentarán por escrito e irán firmadas por ellos. El tribunal podrá decidir qué testigos y peritos prestarán declaración ante él en una audiencia, de celebrarse una.*

6. *El tribunal determinará la admisibilidad, la pertinencia, la importancia y el peso de las pruebas que se hayan presentado.*

7. *El tribunal podrá, a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, excluir de las pruebas o de la obligación de presentación todo documento o prueba que se haya obtenido ilegalmente o por las siguientes razones: [...]*

8. *El tribunal podrá ordenar una visita a cualquier lugar vinculado con la controversia, a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, y podrá realizar ahí las investigaciones oportunas.*

II Sobre el Proyecto de Disposición 2 (Bifurcación):

Comentarios:

Argentina considera que sería útil si pudiera hacerse algún tipo de agregado en esta Disposición para el escenario en que la parte litigante que solicitó la bifurcación del proceso hace una reserva de oponer una excepción preliminar junto con los méritos de la disputa. Han existido casos en los que tribunales arbitrales han utilizado este tipo de reserva de derechos para imponer un estándar reforzado para el análisis del grado de

relevancia de las excepciones preliminares respecto de las cuales se solicitó la bifurcación.

Entendemos que, si se generara una instancia para la resolución de excepciones jurisdiccionales de derecho o que puedan ser tratadas en un plazo corto, esto permitiría un ahorro en los tiempos y contribuiría a la eficiencia del proceso.

Argentina está de acuerdo con la importancia de que, tal como lo hace el proyecto de disposición, se aclare el tipo de circunstancias que el tribunal deberá analizar a la hora de decidir si bifurcar o no un procedimiento, al igual que sucede con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022.

Ahora bien, es habitual que tribunales arbitrales expresen que bifurcar implica más tiempo que si no se bifurca el procedimiento, cuando ello es algo obvio y no necesariamente debería implicar que la bifurcación no sea admitida. El énfasis debería estar en que esa demora no sea desproporcionada. Proponemos cambios en el texto para que ello quede claro.

Sugerimos también que se aclare que el tribunal puede disponer la bifurcación solo respecto de algunas de las causales.

Modificaciones sugeridas al texto del proyecto de Disposición 2 (en negrita):

Disposición 2: Bifurcación

*1. Una parte litigante podrá solicitar que una cuestión, incluida la excepción de incompetencia del tribunal, se examine en otra etapa del proceso (“solicitud de bifurcación”). **Dicha solicitud será sin perjuicio de otras excepciones preliminares que pueda presentar, a más tardar, al momento de presentar la contestación de demanda.***

2. La solicitud de bifurcación se formulará lo antes posible y en ella se indicará la cuestión que ha de examinarse en esa otra etapa. El tribunal fijará el plazo dentro del cual las partes litigantes deberán pronunciarse sobre la solicitud de bifurcación.

3. Al decidir si bifurcará el proceso, el tribunal considerará todas las circunstancias pertinentes, entre ellas las siguientes:

*a) si la bifurcación **no genera una extensión desproporcionada de ~~reduciría~~ sustancialmente** la duración y el costo del proceso **teniendo en cuenta que siempre que hay una bifurcación, y finalmente las excepciones preliminares son rechazadas, la duración y el costo es mayor al escenario en que no hubiera habido bifurcación;***

b) si la resolución de las cuestiones por separado serviría para poner fin a la totalidad de la demanda o a una parte sustancial de ella, y

c) si las cuestiones cuyo examen tendría lugar en otra etapa del proceso están tan entrelazadas que no resultaría práctico bifurcar el proceso.

4. El tribunal decidirá respecto de la solicitud de bifurcación dentro de los [30] días siguientes a la última comunicación relativa a la solicitud y fijará los plazos necesarios para la continuación del proceso.

5. Si el tribunal ordena la bifurcación, suspenderá el proceso con respecto a las cuestiones que hayan de examinarse en una etapa posterior, a menos que las partes litigantes acuerden otra cosa. **El tribunal podrá ordenar la bifurcación solo respecto de algunas de las excepciones preliminares.**

6. El tribunal podrá decidir en cualquier momento y por iniciativa propia si una cuestión ha de examinarse en otra etapa del proceso.

III. Sobre el Proyecto de disposición 4 (Manifiesta falta de fundamento jurídico/desestimación temprana)

Comentarios:

El párrafo 2 del proyecto de disposición 4 reza: “Una parte litigante formulará la excepción tan pronto como sea posible tras la constitución del tribunal, pero a más tardar [45] días después de su constitución. El tribunal podrá admitir una excepción posterior si considera justificada la demora.”. No preguntábamos qué pasaría si el plazo fijado para contestar la demanda resultara ser mayor a 45 días. ¿En esos casos estaría justificado que una parte presente una objeción por manifiesta falta de fundamento jurídico *después* de cumplidos esos 45 días?

IV. 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.

Entendemos también 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.

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 su cuadragésimo novena sesión, la cual tuvo lugar en Viena entre el 23 y el 27 de septiembre de 2024, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI acordó que las delegaciones podrían presentar observaciones por escrito en relación con las disposiciones de la sección A (disposiciones 1 a 9), la disposición 11 y la disposición 12 (párrs. 1 a 5 y 7).

En relación con la disposición 12, si bien nuestra posición es que no debería admitirse la financiación por terceros, estamos de acuerdo con la redacción general de la disposición relativa a la financiación de terceros, aunque consideramos que la disposición debería dejar en claro que en caso de que hubiere financiamiento de terceros, esto debe revelarse tan pronto como sea posible y no en una instancia procesal determinada. En realidad, debería notificarse al iniciarse el proceso y debería llevarse a cabo una verificación continua del aportante.

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.

En cuanto al inciso (b) del párrafo 6, nos gustaría dilucidar cómo se estimará que el monto que recibe el tercero es razonable o proporcionado.

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.