

**Asamblea General**

Distr. limitada
11 de julio de 2022
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema
de Solución de Controversias entre Inversionistas
y Estados)
43^{er} período de sesiones
Viena, 5 a 16 de septiembre de 2022**

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Proyecto de disposiciones sobre la reforma procesal****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Proyecto de disposiciones sobre la reforma procesal.	4
A. Desestimación temprana.	4
B. Garantía de pago de las costas	6
C. Asignación de las costas.	8
D. Reconvenciones	11
E. Financiación por terceros	13
Anexo	
Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022	25



I. Introducción

1. Durante las etapas primera y segunda de su labor, el Grupo de Trabajo señaló aspectos preocupantes en relación con el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) que sería conveniente reformar. Estos aspectos preocupantes se clasificaron en categorías amplias como aspectos relativos a la falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de los laudos arbitrales dictados por los tribunales que entienden en casos de SCIE; los aspectos relativos a los árbitros y los decisores, y los aspectos relativos al costo y la duración de los procesos de SCIE, que incluían inquietudes respecto de la financiación por terceros ([A/CN.9/964](#) y [A/CN.9/970](#)). En relación con este último conjunto de aspectos preocupantes, se consideró en general que sería conveniente mejorar el marco procesal y que había varias formas de dar respuesta a esas inquietudes como ponían de manifiesto los tratados de inversión recientes.

2. En su 39º período de sesiones, celebrado en octubre de 2020, el Grupo de Trabajo examinó varias cuestiones relativas a las demandas infundadas, la garantía de pago de las costas y las reconvenções sobre la base de las notas preparadas por la secretaría ([A/CN.9/WG.III/WP.192](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.193](#)). En cuanto a las demandas infundadas, se apoyó en general la idea de que se elaborara un marco más predecible, que permitiera desestimar ese tipo de demandas en una etapa temprana del proceso y previera para ello un procedimiento acelerado ([A/CN.9/1044](#), párrs. 78 y 84 a 89)¹.

3. El Grupo de Trabajo también reafirmó que era necesario que se elaborara un marco más previsible y claro para la garantía de pago de las costas, que protegería a los Estados de la imposibilidad o la falta de voluntad del demandante para pagar y desalentaría las demandas infundadas. También se destacó que sería necesario adoptar un enfoque equilibrado dado que la garantía de pago de las costas podría limitar el acceso a la justicia de algunos inversionistas, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME) ([A/CN.9/1044](#), párrs. 64 y 74 a 77).

4. En cuanto a las reconvenções, se destacaron dos aspectos distintos: uno, el procesal, es decir, la admisibilidad de las reconvenções y la competencia de los tribunales para examinarlas, y otro, el relacionado con las obligaciones sustantivas de los inversionistas, cuyo incumplimiento constituiría la base de las reconvenções ([A/CN.9/1044](#), párr. 57). El Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que siguiera trabajando sobre el tema de las reconvenções, poniendo énfasis en los aspectos procesales, y preparara opciones para aclarar las condiciones que deberían darse para que pudiera presentarse una reconvenção ([A/CN.9/1044](#), párrs. 61 y 62).

5. En el 36º período de sesiones, celebrado en octubre de 2018, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que era conveniente elaborar propuestas de reforma para dar respuesta a las inquietudes relativas a la asignación de las costas por los tribunales arbitrales en casos de SCIE ([A/CN.9/964](#), párrs. 124 a 127). El Grupo de Trabajo examinó cuestiones relativas al efecto que tenían la conducta de las partes y la financiación por terceros en la asignación de las costas. Además, se mencionó la dificultad de asignar las costas en proporción al éxito de las partes litigantes.

¹ En la fecha del presente documento, se espera que la Comisión examine durante la última semana de su 55º período de sesiones, como parte del tema del programa titulado “Programa de trabajo”, diferentes enfoques legislativos respecto de la desestimación temprana y la determinación preliminar en el contexto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sobre la base de una nota de la secretaría (véase el documento [A/CN.9/1114](#)).

6. Los días 2 y 3 de septiembre de 2021, la República de Corea acogió la cuarta reunión entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, dedicada a la reforma de las normas procesales². En las primeras tres sesiones se examinó un proyecto preparado por la secretaría sobre la desestimación temprana de demandas, la garantía de pago de las costas y las reconvenções. La cuarta sesión consistió en una serie de exposiciones a cargo de los delegados y los observadores sobre cuestiones intersectoriales relacionadas con la reforma procesal, entre las que figuraron el cálculo de daños y perjuicios, el agotamiento de los recursos internos, la parálisis normativa, el derecho a regular, la participación de terceros, la inmunidad de ejecución y la intervención de órganos judiciales nacionales.

7. En sus períodos de sesiones 37º y 38º, celebrados respectivamente en abril y octubre de 2019, el Grupo de Trabajo examinó el tema de la financiación por terceros a partir de las notas preparadas por la secretaría ([A/CN.9/WG.III/WP.157](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.172](#)). El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente trabajar en el marco jurídico relativo a la financiación por terceros en la SCIE en vista de su impacto en los procesos de SCIE y el régimen en su conjunto. Se analizaron posibles opciones de reforma y se solicitó a la secretaría que preparara un proyecto de disposiciones sobre la financiación por terceros ([A/CN.9/970](#), párrs. 17 a 25; [A/CN.9/1004](#), párrs. 80 a 94 y 97). La secretaría preparó un proyecto inicial sobre la financiación por terceros, que se puso a disposición de las delegaciones y varias partes interesadas el 6 de mayo de 2021 para que formularan observaciones³.

8. La presente nota recopila las opciones de reforma anteriormente mencionadas en forma de conjunto de normas procesales. Contiene un proyecto de disposiciones sobre la desestimación temprana (disposición A), la garantía de pago de las costas (disposición B), la asignación de las costas (disposición C), las reconvenções (disposición D) y la financiación por terceros (disposición E), temas respecto de los cuales el Grupo de Trabajo tuvo la ocasión de dar instrucciones concretas a la secretaría. A fin de completar el presente conjunto de normas procesales se tendrán que preparar otras normas que den respuesta a otras inquietudes y regulen las denominadas cuestiones intersectoriales (por ejemplo, los procesos múltiples y el cálculo de los daños y perjuicios). El Grupo de Trabajo tal vez desee dar orientaciones sobre las demás disposiciones que habrán de prepararse.

9. El proyecto de disposiciones que figura en la presente nota se ha preparado con vistas a su posible inclusión en tratados de inversión o un instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE a fin de proporcionar un conjunto coherente de normas sobre aspectos procesales, que podrían ser aplicables a los procesos que se sigan con arreglo a los actuales tratados de inversión. Las disposiciones tendrían que modificarse si pasaran a formar parte de reglamentos de arbitraje o integrar la legislación nacional. Además, se utiliza el término “tribunal arbitral” a lo largo de todo el proyecto de disposiciones y la presente nota únicamente para facilitar su consulta. El término tendría que adaptarse en función del medio de solución de controversias, así como de la entidad a la que se confiriera la facultad correspondiente.

10. La presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema y no se pretende con ella expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que corresponde examinar al Grupo de Trabajo. Se ha hecho referencia en particular a las enmiendas de las Reglas y el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que entraron en vigor el 1 de julio de 2022⁴. Las disposiciones pertinentes se han reproducido en el anexo de la presente nota.

² Más información en la dirección <https://uncitral.un.org/en/content/uncitral-working-group-iii-isds-reform-intersessional-meeting-procedural-rules-reform>. El resumen de la reunión figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.214](#).

³ Pueden consultarse el proyecto inicial y la recopilación observaciones en la dirección <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>.

⁴ Pueden consultarse en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>.

II. Proyecto de disposiciones sobre la reforma de las normas procesales

A. Desestimación temprana de demandas manifiestamente carentes de fundamento jurídico

11. Se ha considerado que la posibilidad de desestimar tempranamente las demandas que estén claramente infundadas es una herramienta importante para prevenir un uso abusivo del sistema de SCIE y garantizar un acceso efectivo a la justicia en relación con otras demandas. Varios reglamentos de arbitraje institucional⁵, así como algunos tratados de inversión celebrados recientemente⁶, prevén mecanismos para dar respuesta a demandas carentes de mérito.

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente disposición A relativa a la desestimación temprana de las demandas:

DISPOSICIÓN A

1. *A instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, el tribunal arbitral podrá resolver que una demanda, una reconvencción o una demanda a efectos de compensación (en adelante, una “demanda”) carece manifiestamente de fundamento jurídico.*

2. *Las partes litigantes deberían presentar la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 lo antes posible y antes de que transcurran [...] días desde la presentación de la demanda. El tribunal arbitral podrá admitir una solicitud que se formule más tarde si considera justificada la demora.*

3. *La parte litigante señalará con la mayor precisión posible los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen su solicitud. La parte litigante también deberá demostrar que una decisión del tribunal arbitral agilizará el proceso y tendrá una repercusión importante en el resultado del proceso.*

4. *En un plazo de [...] días a partir de la fecha de la solicitud de la parte litigante, el tribunal arbitral determinará, después de invitar a las partes litigantes a expresar su opinión, si ha de dictar una decisión sobre la solicitud.*

⁵ Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 41; el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del Singapore International Arbitration Centre (SIAC) de 2016, regla 29; el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) de 2017, art. 39; el Reglamento de Arbitraje Institucional del Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) de 2018, art. 43, y el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) de 2017, regla. 26. Puede encontrarse más información sobre la práctica del CIADI en <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration/manifest-lack-of-legal-merit/2022>

⁶ Por ejemplo, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT), art. 9.23, párrs. 4 a 6 (Realización del Arbitraje); el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea, arts. 8.32 (Demandas manifiestamente carentes de valor jurídico) y 8.33 (Demandas infundadas como cuestión de derecho); el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), art. 14.D.7; el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia (2019), arts. 14.21 y 14.30; el Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre Colombia y el Reino Unido (2010), art. IX; el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República Dominicana (1998), art. 10.20; el TBI entre Eslovaquia e Irán (2016), art. 20, y el TBI entre Belarús y la India (2018), art. 21. Entre los principales cambios que contiene el acuerdo en principio relativo a la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, alcanzado el 24 de junio de 2022, se prevé un mecanismo para i) desestimar las demandas que carezcan manifiestamente de fundamento jurídico como cuestión sustantiva o de competencia al inicio del proceso y ii) desestimar rápidamente las demandas infundadas como cuestión de derecho sobre el fondo. Se prevé una disposición especial para desestimar las demandas presentadas fruto de la reestructuración de las inversiones con la única finalidad de presentar una demanda con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía.

5. *Si el tribunal arbitral determina que dictará una decisión sobre la solicitud, indicará un plazo dentro del cual se pronunciará e invitará a las partes litigantes a expresar su opinión.*

6. *El tribunal arbitral podrá pronunciarse emitiendo una orden o dictando un laudo.*

7. *La decisión del tribunal arbitral, incluida una determinación de no examinar la solicitud de una parte litigante, no impedirá a esa parte litigante alegar, en el transcurso del proceso, que la demanda carece de fundamento jurídico.*

13. En el párrafo 1 se establece la norma general de que el tribunal arbitral podrá desestimar una demanda que se considere manifiestamente carente de fundamento jurídico. El tribunal puede hacerlo a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia. Si bien el párrafo trata de la desestimación de varios tipos de demandas (incluidas las reconvenções de los Estados demandados), no se aplica a las “contestaciones” (A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 10).

14. En el párrafo 1 no se trata de abarcar otros tipos de excepciones u objeciones que una parte pueda oponer durante el proceso (por ejemplo, las siguientes: i) las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa la demanda carecen manifiestamente de fundamento; ii) determinadas pruebas son inadmisibles⁷, y iii) no puede dictarse un laudo favorable para la parte litigante aunque se haya supuesto que la demanda es correcta) (A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 11). Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la excepción de incompetencia del tribunal arbitral o la excepción de que la demanda trasciende manifiestamente su competencia deberían quedar comprendidas en el párrafo 1 (A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 20)⁸.

15. En los párrafos 2 a 6 se expone el procedimiento que se ha de seguir. La parte litigante que desee formular una solicitud de desestimación temprana debe hacerlo en un plazo determinado, que comienza con la presentación de la demanda. Esa parte tendría que justificar su solicitud y demostrar que una decisión del tribunal arbitral tendría una repercusión importante en el proceso. Se prevé que el tribunal arbitral procediera en dos etapas: en primer lugar, determinaría si ha de dictar una decisión sobre la solicitud en un plazo determinado a contar desde la solicitud y, posteriormente, resolvería si desestima o no la demanda en cuestión. De esta manera, se espera que el tribunal arbitral emita una orden o dicte un laudo. El Grupo de Trabajo tal vez desee dar orientaciones sobre la adecuación del proceso y la medida en que deberían elaborarse disposiciones detalladas (por ejemplo, los plazos y las consecuencias de que la otra parte litigante no se oponga a la solicitud; véase el documento A/CN.9/1044, párr. 86).

16. En el párrafo 7 se aclara que la parte que haya presentado la solicitud puede seguir alegando que la demanda carece de fundamento jurídico en una etapa posterior del proceso, aun cuando la solicitud que haya formulado con arreglo a la disposición A haya sido desestimada por el tribunal arbitral.

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar lo siguiente: i) si el tribunal arbitral debería tener en cuenta la existencia de financiación por terceros (en particular, de quienes no están facultados con arreglo a los modelos de regulación; véase la sección E *infra*) al determinar si una demanda carece manifiestamente de fundamento jurídico y ii) en tal caso, si ello debería estar reflejado en la disposición A y de qué manera.

⁷ Véase el art. 9 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

⁸ Véase el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 23.

18. En relación con la disposición C *infra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el tribunal arbitral debería tener la posibilidad de asignar las costas derivadas de una solicitud formulada de conformidad con la disposición A a la parte litigante que la hubiera formulado en el caso de que se denegara la solicitud (A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 20)⁹. Podría ser una salvaguardia frente a cualquier abuso del proceso por las partes litigantes.

B. Garantía de pago de las costas

19. Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un marco más previsible y claro para la garantía de pago de las costas, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que preparara una disposición que: i) fuera independiente de la disposición relativa a las medidas provisionales o cautelares, ii) hiciera hincapié principalmente en que los demandados podrían solicitar garantías de pago de las costas a los demandantes, iii) aclarara que la garantía de pago de las costas solo podría exigirse a instancia de parte, iv) no fuera aplicable frente a partes que no fueran litigantes, v) estableciera las condiciones y el umbral pertinentes y vi) presentara opciones sobre las consecuencias en caso de incumplimiento (A/CN.9/1044, párrs. 64, 65 y 74).

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente disposición B relativa a la garantía de pago de las costas:

DISPOSICIÓN B

1. *A instancia de una parte litigante, el tribunal arbitral podrá ordenar a la otra parte litigante que haya interpuesto la demanda que garantice el pago de las costas.*

2. *La parte litigante que formule la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 señalará con la mayor precisión posible las circunstancias que justifiquen la garantía de pago de las costas.*

3. *En un plazo de [...] días a partir de la fecha de la solicitud de la parte litigante, el tribunal arbitral determinará, después de invitar a las partes litigantes a expresar su opinión, si ordena la garantía de pago de las costas.*

4. *Al determinar si ordena a una parte litigante que garantice el pago de las costas, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, incluidas las siguientes:*

a) *la posibilidad que tenga esa parte de cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;*

b) *la voluntad que tenga esa parte para cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;*

c) *el efecto que la garantía de pago de las costas podría tener en la posibilidad de que esa parte siga adelante con su demanda;*

d) *la conducta de las partes litigantes, y*

e) *la existencia de financiación por terceros.*

5. *El tribunal arbitral especificará en su orden las condiciones de la garantía de pago de las costas, incluido el plazo dentro del cual la parte litigante deberá cumplir con la orden. Si la parte litigante incumple la orden, el tribunal arbitral podrá suspender el proceso durante un período determinado, transcurrido el cual podrá ordenar la conclusión del proceso.*

⁹ Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla. 52, párr. 2, que reza así: “Si el Tribunal emite un laudo en virtud de la Regla 41(3), otorgará a la parte que prevalezca los costos razonables, a menos que el Tribunal decida que existen circunstancias especiales que justifiquen una distribución de costos diferente”.

6. *Las partes litigantes comunicarán con prontitud todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias en que haya basado el tribunal arbitral su determinación de ordenar o no la garantía de pago de las costas.*

7. *A instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, el tribunal arbitral podrá modificar o revocar la orden de garantía de pago de las costas.*

21. En el párrafo 1 se dispone que únicamente se dictará una orden de garantía de pago de las costas a instancia de una parte litigante y no por iniciativa propia del tribunal arbitral. Se puede ordenar que se garantice el pago de las costas a una parte que interponga una demanda (incluida una reconvencción o una demanda a efectos de compensación; véase la disposición A, párr. 1), de modo que se da un trato equitativo a los inversionistas demandantes y a los Estados demandados ([A/CN.9/WG.III/WP.214](#), párr. 25).

22. En el párrafo 2 se explica cómo una parte litigante debería formular la solicitud de garantía de pago de las costas. A diferencia de la disposición A, no se fija ningún plazo dentro del cual la parte litigante tenga que formular la solicitud.

23. En el párrafo 3 se explica cómo debería proceder el tribunal arbitral al ordenar que se garantice el pago de las costas. Se prevé un plazo breve en el cual el tribunal arbitral deberá decidir si ordena que se garantice el pago de las costas (por ejemplo, 30 días a partir de la fecha de la solicitud), teniendo en cuenta las opiniones expresadas por las partes litigantes. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la disposición debería contemplar una situación en que la solicitud de garantía de pago de las costas se formule antes de la constitución del tribunal y, en tal caso, a quién debería formularse esa solicitud y cómo se ajustaría el inicio del cómputo del plazo fijado en el párrafo 3.

24. En el párrafo 4 figura una lista no taxativa de circunstancias que habría de examinar el tribunal arbitral al decidir si ordena la garantía de pago de las costas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si incluye esa lista o deja la determinación completamente a la facultad discrecional del tribunal arbitral en vista de las circunstancias del caso ([A/CN.9/WG.III/WP.214](#), párrs. 24 y 27).

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar asimismo si los elementos que figuran en los distintos apartados son apropiados, incluso si garantizan lo siguiente: i) que exista un equilibrio entre el ejercicio efectivo por los Estados demandados de sus derechos y el acceso a la justicia y ii) que el tribunal arbitral no tenga la obligación de prejuzgar la controversia ([A/CN.9/1044](#), párr. 75).

26. Por ejemplo, en los apartados a) y b) se pretende contemplar una situación en la que existan motivos razonables para creer que se corre el riesgo de que la parte litigante pueda no ser capaz de hacer frente al pago de las costas en caso de que se le imponga¹⁰. Si la falta de fondos y, por ende, la incapacidad para satisfacer las costas impuestas obedece a actos de la otra parte, se trataría de una circunstancia que también debería tenerse en cuenta. En cuanto a los apartados d) y e), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los elementos que se mencionan en ellos son más bien “pruebas” que habría de tener presentes el tribunal arbitral en relación con las “circunstancias” mencionadas en los apartados a) a c)¹¹. Esto guarda relación con el modo en que el tribunal arbitral debería sopesar los diferentes factores, así como con la parte que debería soportar la carga de la prueba.

¹⁰ Véanse el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), art. 3.48, y el Modelo de Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras del Canadá de 2021, art. 39. La modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía prevé una nueva disposición sobre la garantía de pago de las costas en determinados casos, como cuando se corra el riesgo de no ser capaz de hacer frente una decisión adversa sobre las costas.

¹¹ Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 53, párr. 4, que reza así: “El Tribunal considerará toda la prueba presentada en relación con las circunstancias previstas en el párrafo (3), incluyendo la existencia de financiamiento por terceros”.

27. El apartado e) trata de la orden de que se garantice el pago de las costas en los casos en que una parte litigante haya recibido financiación por terceros. El apartado tendría que modificarse en función de la regulación que se haga de la financiación por terceros (véase la sección E *infra*). Uno de los objetivos es dar respuesta a las inquietudes por la imposibilidad de que se reembolse a los Estados demandados sus gastos, en particular cuando un demandante sin recursos haya interpuesto la demanda sin el apoyo de financiación por terceros (A/CN.9/1004, párr. 94).

28. En la disposición E-3 se menciona la garantía de pago de las costas como una de las vías para aplicar la regulación de la financiación por terceros. En cuanto a la financiación por terceros que se prohibiría, se podría estudiar la posibilidad de ordenar que se garantizara el pago de las costas junto con otras sanciones. Por otra parte, en relación con los tipos de financiación por terceros que se permitirían, el Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar que la mera existencia de la financiación por terceros no justificaría que se ordenara la garantía de pago de las costas como se reflejaba en el párrafo 4 (A/CN.9/1004, párr. 94, y A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 28). Esa sería la situación que se plantearía, en particular por cuanto podría haber casos en que la orden de garantizar el pago de las costas podría resultar inapropiada, por ejemplo en los supuestos siguientes: i) la parte financiada no tiene la posibilidad de interponer la demanda sin la financiación por terceros, ii) el tercero que aporta financiación expresa que tiene posibilidades y voluntad de cumplir una decisión que sea adversa para la parte financiada, o iii) el Estado demandado es responsable de la falta de fondos de la parte financiada.

29. En el párrafo 5 se establece cómo el tribunal arbitral debería ordenar la garantía de pago de las costas (incluido un plazo determinado para cumplir la orden), así como las medidas que han de adoptarse en caso de incumplimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de que se den más orientaciones sobre las condiciones de la garantía de pago de las costas (por ejemplo, el importe, el método y la duración) y la conveniencia de que la disposición fije un período de suspensión determinado (por ejemplo, 90 días).

30. En el párrafo 6 se obliga a las partes litigantes a comunicar todo cambio en las circunstancias que llevaron al tribunal arbitral a hacer la determinación sobre la garantía de pago de las costas. Así pues, el tribunal arbitral tendría la obligación de exponer las razones en que hubiera basado su determinación. Se hace referencia a la “determinación” del tribunal arbitral y no a la “orden de garantía de pago de las costas” para abarcar aquellas situaciones en que el tribunal arbitral no haya ordenado que se garantice el pago de las costas, pero sí hayan cambiado las circunstancias¹². Por ejemplo, así sucedería en los supuestos en que la parte ya no estuviera en condiciones de cumplir una decisión sobre las costas que le fuera adversa y en que se buscara la financiación por terceros después de que el tribunal arbitral hubiera decidido no ordenar la garantía de pago de las costas.

31. En el párrafo 7 se confiere facultad discrecional al tribunal arbitral para modificar o revocar su orden de garantía de pago de las costas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si ello puede hacerse únicamente a instancia de una parte litigante o sin que medie una solicitud de esa índole (en comparación, en el párrafo 1 se exige que una parte litigante solicite una orden de garantía de pago de las costas). De esta manera se daría cabida a los cambios que pudieran comunicarse de conformidad con el párrafo 6.

C. Asignación de las costas

32. Se sugirió que la existencia de una norma clara sobre la asignación de las costas podría tener un efecto positivo al reducir los gastos generales del proceso y podría impedir incoherencias (A/CN.9/964, párrs. 125 y 126).

¹² Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 53, párr. 7, que reza así: “Una parte deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que se basó el Tribunal al ordenar la garantía por costos”.

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente disposición relativa a la asignación de las costas:

DISPOSICIÓN C

1. *Las costas del proceso serán en principio a cargo de la parte litigante vencida o las partes litigantes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir las costas entre las partes litigantes si determina que la distribución es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*
2. *Las costas del proceso incluyen los costos jurídicos y de otro tipo ocasionados a las partes litigantes en la medida en que el tribunal arbitral determine que el monto de esos costos es razonable.*
3. *Al asignar las costas del proceso, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, incluidas las siguientes:*
 - a) *el resultado del proceso o de cualquiera de sus partes;*
 - b) *la conducta de las partes durante el proceso;*
 - c) *la razonabilidad de las costas, y*
 - d) *la existencia de financiación por terceros.*
4. *Las costas del proceso no incluyen gastos relacionados con la financiación por terceros o derivados de ella ocasionados a una parte litigante, a menos que el tribunal arbitral determine otra cosa.*
5. *El párrafo 1 es aplicable a las costas del proceso derivadas de la solicitud de una parte litigante que alegue que la demanda carece manifestamente de fundamento jurídico de conformidad con la disposición A.*
6. *El tribunal arbitral fijará en el laudo final o, si lo estima oportuno, en otro laudo, la suma que una parte litigante deba pagar a otra parte litigante a raíz de la decisión o las decisiones sobre la asignación de las costas.*

34. En el párrafo 1 se establece la norma supletoria según la cual la parte litigante vencida debería hacerse cargo íntegra o parcialmente de las costas del proceso (“quien pierda paga”)¹³. Una norma alternativa consistiría en que cada parte litigante se hiciera cargo de sus propios costos jurídicos y su parte proporcional de las costas del proceso. En el párrafo 1 se dispone además que el tribunal arbitral podrá repartir las costas del proceso cuando así lo estime razonable. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si ese reparto debería circunscribirse a situaciones excepcionales y si sería conveniente dar más orientaciones sobre los supuestos en que cabe apartarse de la norma supletoria (A/CN.9/964, párr. 126)¹⁴.

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se incluye una norma supletoria de esa índole en la disposición o se deja la regulación en manos de las normas aplicables¹⁵. El Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 confieren

¹³ Véanse el CETA, art. 8.39, párr. 5, que reza así: “El tribunal dictaminará que las costas del procedimiento sean soportadas por la parte perdedora en la diferencia”, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), art. 3.21, párr. 1, que reza así: “El Tribunal dictaminará que los costes del procedimiento sean soportados por la parte perdedora en la diferencia”.

¹⁴ *Ibid.*: “En circunstancias excepcionales, el tribunal podrá repartir las costas entre las partes en la diferencia si determina que el reparto es apropiado dadas las circunstancias de la demanda” y “En circunstancias excepcionales, el Tribunal podrá repartir los costes entre las partes en la diferencia si determina que el reparto es apropiado dadas las circunstancias del caso” (sin cursiva en el original).

¹⁵ Véanse el T-MEC, anexo 14-D, art. 14.D.13, párr. 4, y el Acuerdo de Inversiones Australia-Hong Kong (2019), art. 35, párr. 3. En relación con las normas aplicables, véase el art. 42 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

flexibilidad al tribunal arbitral para que asigne las costas sin que haya una norma supletoria¹⁶.

36. En el párrafo 2 se aclara que “las costas del proceso” incluyen los honorarios de los abogados y otros gastos ocasionados a las partes litigantes en relación con el proceso¹⁷. También limita esas costas a un monto considerado razonable por el tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la disposición C debería incluir otro párrafo sobre el significado y el alcance de las costas del proceso (véase el párrafo 4 relativo a los gastos derivados de la financiación por terceros)¹⁸.

37. En el párrafo 3 se enumeran los factores que ha de tener en cuenta el tribunal arbitral cuando asigne las costas¹⁹. En el apartado a) se pretende contemplar la situación en la que únicamente prosperaron algunas partes de la demanda. El apartado b) permitiría al tribunal arbitral considerar si las partes litigantes cumplieron las normas aplicables, así como las órdenes y resoluciones del tribunal, y si actuaron de manera oportuna y eficiente en función del costo (A/CN.9/964, párr. 125). También permitiría al tribunal arbitral tener en cuenta los esfuerzos de las partes por llegar a una solución amistosa de la controversia. En el apartado c) se exigiría al tribunal arbitral considerar si las costas reclamadas por las partes litigantes son razonables y limitarlas en ese sentido. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si deberían mencionarse otros factores en el párrafo 3 (por ejemplo, el carácter excesivo del monto reclamado y la complejidad de las cuestiones)²⁰.

38. En el apartado d) se obliga al tribunal arbitral a tener en cuenta la existencia de financiación por terceros al asignar las costas²¹. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar otras cuestiones derivadas de la financiación por terceros en relación con la asignación de las costas²².

¹⁶ Véanse el Convenio del CIADI, art. 61, párr. 2, y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, reglas 50 y 52.

¹⁷ Véase el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 40, párr. 2, que reza así: “El término ‘costas’ comprende únicamente lo siguiente: [...] e) Los costos jurídicos y de otro tipo ocasionados a las partes por el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de esos costos es razonable”. Véanse también las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 50, que reza así: “Los costos del procedimiento consisten en todos los costos incurridos por las partes en relación con el procedimiento, incluyendo: (a) los honorarios legales y gastos de las partes...”.

¹⁸ Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 40, y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 50.

¹⁹ Véanse las *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*, párr. 48, que dispone lo siguiente: “Al asignar las costas, el tribunal arbitral también puede tener en cuenta determinadas conductas de las partes, a saber: a) el incumplimiento de las órdenes procesales que dicte el tribunal arbitral, o b) la falta de razonabilidad de las solicitudes que hayan presentado (por ejemplo, peticiones de documentos o solicitudes de medidas procesales e interrogatorios), en cuanto hayan repercutido efectivamente de un modo directo en el costo del arbitraje y siempre que, a juicio del tribunal arbitral, hayan demorado u obstruido innecesariamente las actuaciones”.

²⁰ Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 52, párr. 1 c). Sin embargo, no queda claro cómo se podría tener en cuenta la complejidad de las cuestiones al repartir las costas entre las partes vencedoras y vencidas.

²¹ Véase el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del SIAC (2017).

²² Véase el informe del grupo de trabajo del International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la Queen Mary University sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional (agosto de 2018) (informe del ICCA de 2018), apéndice, principio C:

C.3. La cuestión de si se pueden reembolsar algunos de los gastos de financiación, incluido el rendimiento del tercero que aporta financiación, como costas dependerá de la definición que se haga de las costas reembolsables en la legislación nacional o las normas procesales aplicables, pero, por regla general, debería supeditarse al criterio de la razonabilidad y a la comunicación de los detalles de este tipo de gastos de financiación desde el inicio o en el transcurso del arbitraje de modo que la otra parte pueda valorar su exposición.

C.4. A falta de una facultad expresa, en la legislación nacional o las normas procesales aplicables, un tribunal carecería de competencia para dictar una orden sobre las costas dirigida a un tercero que aporta financiación.

39. En primer lugar, habría que considerar si los gastos derivados de la financiación por terceros (incluido cualquier rendimiento abonado al tercero que aporta financiación)²³, que soporta la parte financiada, pueden asignarse a la otra parte litigante. En el párrafo 4 se refleja la opinión de que los gastos relacionados con la financiación por terceros no deberían asignarse y, por tanto, no deberían ser reembolsables (A/CN.9/1004, párr. 93). Sin embargo, se otorga facultad discrecional al tribunal arbitral para que decida otra cosa.

40. En segundo lugar, habría que considerar si el tribunal arbitral puede asignar las costas a un tercero que aporta financiación, en particular en los casos en que no es posible el reembolso de los gastos con cargo a una parte financiada (A/CN.9/1004, párr. 93). La justificación de ordenar a un tercero financiador que abone las costas impuestas es que un financiador que se beneficia económicamente del proceso no debería poder salir de él sin asumir ninguna responsabilidad por las decisiones adversas sobre costas dictadas contra la parte financiada²⁴. Sin embargo, sin una disposición explícita o el consentimiento del tercero financiador, el tribunal arbitral suele carecer de facultades para asignarle las costas por cuanto no es parte en el acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta cuestión junto con la disposición E-3, en que se obliga a la parte financiada a comunicar si el tercero que aporta financiación acordó hacerse cargo de las costas en caso de ser condenada a hacerse cargo de ellas. Una opción pasaría por exigir el consentimiento del tercero que aporta financiación para que abone las costas asignadas a la parte financiada como condición para permitir la financiación por terceros.

41. En relación con la disposición A *supra*, en el párrafo 5 se aclara que la norma supletoria enunciada en el párrafo 1 se aplica al procedimiento por el que se determina si una demanda carece manifiestamente de fundamento jurídico. Esto quiere decir que, si la parte que formula la solicitud no prospera, debería hacerse cargo de las costas derivadas de dicha solicitud. Por otra parte, si se resuelve que una demanda carece manifiestamente de fundamento jurídico o el tribunal arbitral dicta un laudo según el cual todas las pretensiones carecen de fundamento jurídico, las costas del proceso han de ser asumidas por la parte litigante que hubiera formulado esas pretensiones (véase el párr. 18 *supra*).

42. En el párrafo 6 se dispone que el tribunal arbitral no tiene que esperar hasta el laudo definitivo para imponer el pago de las costas, cosa que puede hacer a instancia de la parte litigante o por iniciativa propia.

43. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la disposición debería tratar algún otro aspecto (por ejemplo, los acuerdos vinculantes sobre el reparto de costas entre las partes) y si habría que dar más orientaciones al tribunal arbitral y a las partes litigantes (por ejemplo, sobre el modo de llevar un registro preciso y completo del tiempo y los gastos invertidos en el proceso).

D. Reconvencciones

44. Un marco que permitiera a los Estados demandados interponer una reconvencción reduciría la inseguridad, fomentaría la equidad y lograría, en última instancia, un equilibrio entre las partes litigantes. Ese marco daría respuesta a inquietudes derivadas del hecho de que los tratados de inversión imponen obligaciones a los Estados anfitriones y, en cambio, muy pocas obligaciones, o ninguna, a los inversionistas. Al permitir que las reconvencciones sean examinadas junto con la demanda inicial

²³ En caso de vencer, la parte financiada suele tener la obligación de abonar al financiador un rendimiento con arreglo al acuerdo de financiación y es posible que pretenda el reembolso de estos gastos de financiación a costa de la parte vencida. La cuestión del reembolso se plantea cuando los tribunales arbitrales determinan el alcance de las costas ocasionadas a una parte que han de recaer sobre la otra parte.

²⁴ Véase el informe del ICCA de 2018, pág. 161.

también se aumentaría la eficiencia procesal y se evitarían posiblemente múltiples procesos entre las mismas partes litigantes en diferentes foros.

45. Las normas procesales aplicables contemplan por regla general la posibilidad de que la parte demandada interponga una reconvencción si concurren determinadas condiciones²⁵. En los tratados de inversión recientes se han incluido disposiciones que permiten las reconvencciones²⁶.

46. El Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que siguiera trabajando sobre el tema de las reconvencciones, poniendo énfasis en los aspectos procesales, y preparara opciones para aclarar las condiciones para que pudiera presentarse una reconvencción (A/CN.9/1044, párrs. 61 y 62).

47. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente disposición relativa a las reconvencciones:

DISPOSICIÓN D

1. *El demandado podrá formular una reconvencción:*

- a) *que dimane directamente del objeto de la controversia;*
- b) *que guarde relación con los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, o*
- c) *según la cual el demandante ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud [del presente tratado o de otro tratado aplicable, del derecho internacional, del derecho interno o de los contratos de inversión].*

2. *Para evitar dudas, el consentimiento del demandado a la presentación de una demanda por parte del demandante está condicionado a que el demandante preste su consentimiento a la presentación de las reconvencciones mencionadas en el párrafo 1.*

48. En el párrafo 1 se afirma que el Estado demandado puede formular una reconvencción y se enumeran las posibles condiciones o motivos para formular reconvencciones. En los apartados a) y b) se exige que la reconvencción guarde relación con el objeto de la controversia²⁷ o con los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda²⁸. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si deberían conservarse ambas formulaciones.

49. En cambio, en el apartado c) se amplía el alcance al permitir que el Estado demandado formule una reconvencción alegando que el inversionista demandante ha incumplido alguna de sus obligaciones, lo cual no tiene que guardar relación necesariamente con el objeto de la controversia o las cuestiones de hecho y de derecho de la demanda²⁹. En el apartado c) se enumeran entre corchetes los posibles instrumentos que contienen esas obligaciones³⁰.

50. Como se ha señalado (véase el párr. 46 *supra*), en la disposición D no se pretende especificar las obligaciones de los inversionistas (A/CN.9/1044, párr. 59). Sin embargo, para formular reconvencciones en controversias relativas a inversiones planteadas en el marco de un tratado, tendrían que incluirse en el respectivo tratado las obligaciones sustantivas, cuyo incumplimiento sería el fundamento de las reconvencciones.

²⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 21, párr. 3; Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 48; Reglamento de Arbitraje de la SCC; art. 9, párr. 1 iii), y Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), art. 5.

²⁶ Por ejemplo, TIPAT, art. 9.19, párr. 2; TBI Eslovaquia-Irán, art. 14, párr. 3, y TBI Argentina-Emiratos Árabes Unidos (2018), art. 28, párr. 4.

²⁷ Véanse, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 48.

²⁸ Véase, por ejemplo, el TIPAT, art. 9.19.

²⁹ Así se indica con la palabra “o”. En otras palabras, no es necesario cumplir simultáneamente las condiciones enumeradas en los apartados (A/CN.9/WG.III/WP.214, párr. 41).

³⁰ Véase, por ejemplo, el Modelo de TBI de Marruecos (2019), art. 28.4; véase también el Código Panafricano de Inversiones (PAIC), art. 43.

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar tratados de inversión recientes que impongan ese tipo de obligaciones³¹ y considerar si deberían prepararse disposiciones similares.

51. En el párrafo 2 se pretende aclarar que las reconvenciones formuladas por los demandados de conformidad con el párrafo 1 quedan comprendidas en la competencia del tribunal arbitral (A/CN.9/1044, párr. 61). Ello obedece a que las normas procesales suelen circunscribir las reconvenciones a aquellas respecto de las cuales tienen competencia los respectivos tribunales arbitrales³², que a menudo han desestimado las reconvenciones por falta de competencia³³.

E. Financiación por terceros

1. Definiciones

DISPOSICIÓN E-1 (Definiciones)

1. Por “tercero que aporta financiación” se entenderá toda persona física o jurídica que no sea parte en una controversia internacional relativa a inversiones (CII) pero celebre un acuerdo para financiar o financie de otro modo el proceso.

2. Por “parte financiada” se entenderá una parte en una controversia internacional relativa a inversiones (CII) que se beneficie de la financiación por terceros.

3. Por “financiación por terceros” se entenderá toda financiación directa o indirecta o apoyo equivalente a una parte en una controversia internacional relativa a inversiones (CII) (“parte financiada”) por una persona física o jurídica que no sea parte en el proceso (“tercero que aporta financiación”) a cambio de una remuneración que dependa del resultado del proceso.

52. En la disposición E-1 se definen términos clave, por cuanto la eficacia de la regulación que se haga de la financiación por terceros dependerá de que se definan los conceptos con claridad (A/CN.9/1004, párr. 86). Las definiciones tendrían que modificarse en función del modelo de regulación y su alcance³⁴.

53. En los párrafos 1 y 2 se definen los dos actores principales que intervienen en la financiación por terceros: el financiador y la parte financiada. En el párrafo 1 se pretende reflejar el significado de “tercero” (toda persona física o jurídica que no sea parte en el proceso) y los casos en que aún no se ha aportado la financiación (“celebre un acuerdo

³¹ Véanse el PAIC, arts. 21 a 24; el TBI Argentina-Qatar (2016), arts. 11 y 12; el TBI Marruecos-Nigeria (2016), arts. 18 y 24; el Texto Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la India, arts. 9 a 12; el Acuerdo de Inversión Revisado para el Área Común de Inversión (CCIA) del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA) (2017), parte 4; el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC) (2012), parte 3, y el Modelo de TBI de Marruecos, arts. 18 y 28.

³² Véanse, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 21, párr. 3, que reza así: “siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas”, y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 48, que reza así: “siempre y cuando la demanda subordinada esté dentro del ámbito del consentimiento de las partes y de la jurisdicción del Centro”.

³³ Por ejemplo, *Spyridon Roussalis v. Romania*, caso del CIADI núm. ARB/06/1, laudo (7 de diciembre de 2011), párrs. 859 a 877; *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, laudo (17 de diciembre de 2015), párrs. 906 a 959, y *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso del CIADI núm. ARB(AF)/12/15, laudo (22 de agosto de 2016), párrs. 618 a 629.

³⁴ Por ejemplo, la comunicación conjunta del Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), el International Institute for Environment and Development (IIED) y el International Institute for Sustainable Development (IISD) recogen una definición amplia del término, según la cual los requisitos de comunicación de información son aplicables a toda financiación por terceros. En ese caso, la cláusula de prohibición se limitaría a la financiación por terceros sin recurso supeditada al resultado.

para financiar”)³⁵. La palabra “beneficie” que figura en el párrafo 2 pretende abarcar la financiación “indirecta”, según la cual no se entregan los fondos directamente a la parte litigante sino por conducto de su afiliado o representante (pueden celebrar el acuerdo de financiación como tal un afiliado o un representante en beneficio de la parte litigante). Es la “parte financiada” quien tiene la obligación de comunicar determinada información con arreglo a la disposición E-2.

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los Estados demandados deberían quedar excluidos del concepto de “parte financiada”, limitando así el alcance de la disposición a los inversionistas demandantes. De adoptarse ese criterio, podría ser necesario hacer los consiguientes cambios en la redacción, ya que la versión actual se ha preparado para que fuera aplicable a cualquier parte financiada.

55. En el párrafo 3 se alude a los elementos clave de la financiación por terceros. La palabra “indirecta” pretende abarcar una situación en la que la parte litigante no sea parte en el acuerdo de financiación ni receptor director de la financiación, pero, no obstante, se beneficie de la financiación (véase el párr. 53 *supra*). La palabra “financiación” se refiere al apoyo financiero³⁶, mientras que las palabras “apoyo equivalente” pretenden abarcar el apoyo que no sea de índole financiera³⁷. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en el párrafo 3 debería mencionarse expresamente que la financiación o el apoyo equivalente tiene como finalidad “financiar total o parcialmente el costo del proceso”, lo cual está implícito en las palabras “apoyo [...] a una parte en una controversia internacional relativa a inversiones (CII)”. El párrafo 3 contiene una definición amplia de “financiación por terceros” para que no se permita ningún acto que tenga la intención o el efecto de eludir la regulación de la financiación por terceros.

56. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esta definición amplia es apropiada, por cuanto podría tener como efecto involuntario que se regularan otros tipos de apoyo (por ejemplo, escritos *amicus curiae* en apoyo de una posición, los servicios jurídicos prestados a título gratuito por un despacho de abogados y el asesoramiento jurídico prestado por un centro de asesoramiento). En la última parte del párrafo 3 se aclara que el objetivo subyacente de la financiación es obtener a cambio un porcentaje o un derecho sobre el resultado del proceso al que tendría derecho la parte litigante (lo cual recibe a menudo el nombre de financiación “comercial”)³⁸.

Proceso

57. En la disposición E-1 se hace referencia a la expresión “controversia internacional relativa a inversiones (CII)” que está examinando el Grupo de Trabajo en el contexto del proyecto de código de conducta, en el cual se enumeran los fundamentos jurídicos

³⁵ Véase el informe del ICCA de 2018, pág. 50. Véanse también el CETA, art. 8.1, y el Tratado de Libre Comercio entre Chile y el Canadá (CCFTA) (2017), art. G-23 *bis*, párr. 3.

³⁶ Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 14; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, art. 3.1, párr. 2 f), y las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses (“Directrices IBA”), nota explicativa sobre la norma general 6 b): “contribuya [...] al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso”.

³⁷ Véase, por ejemplo, el informe del ICCA de 2018, pág. 50. Otro enfoque consistiría en añadir una expresión general como “y otros mecanismos de financiación equivalentes” con el fin de evitar que se socavara la definición y garantizar la aplicación efectiva de cualquier regulación. Las Directrices IBA definen “financiación” como el hecho de que se “contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material”.

³⁸ En el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, art. 3.1: “a cambio del pago de una cuota u otro interés en la ganancia o posible ganancia del procedimiento sobre la que la parte en la diferencia pueda adquirir un derecho, o bien en forma de donación o ayuda”; CCFTA, art. G-23 *bis*: “ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución condicionada al resultado de la controversia”; Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 14: “a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento”.

de las controversias³⁹. La palabra “proceso” se refiere a cualquier procedimiento para dirimir una CII (arbitraje, mediación y cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias)⁴⁰. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si debería limitarse el alcance a determinados mecanismos de solución de controversias.

Financiación sin fines de lucro

58. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la financiación o un apoyo equivalente que no persiga fines de lucro, normalmente en forma de donación o subvención, también debería quedar comprendida en la definición de “financiación por terceros” (A/CN.9/1004, párr. 87)⁴¹. El motivo es que la financiación sin fines de lucro y la financiación por organizaciones para el desarrollo⁴² tal vez no susciten las mismas inquietudes que la financiación comercial.

Otros tipos de arreglos de financiación

59. Puede haber una amplia variedad de arreglos de financiación como, por ejemplo, los siguientes:

- Aporta financiación el representante legal o de otra índole de las partes litigantes⁴³;
- La financiación procede de la emisión de acciones (por ejemplo, cuando el financiador compra acciones de la parte litigante o crea una entidad instrumental con esa parte), y
- El financiador es propietario de un despacho de abogados que representa a una parte litigante o invierte en él⁴⁴.

60. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los arreglos de financiación de esa índole también deberían estar regulados y, en tal caso, si la definición enunciada en el párrafo 3 es lo suficientemente amplia como para que queden comprendidos en ella.

61. En función del modelo de regulación que se escoja y su alcance, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de formular exclusiones a la definición.

2. Modelos de regulación

62. A continuación se exponen los distintos modos de regular la financiación por terceros. El Grupo de Trabajo tal vez desee dar orientaciones sobre el modelo que se ha de elaborar teniendo en cuenta además diversos factores como, entre otros, la necesidad de garantizar la integridad del proceso impidiendo todo abuso de él y los beneficios que la financiación por terceros podría tener para los demandantes con recursos financieros insuficientes, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME) (A/CN.9/1004, párr. 85).

³⁹ Véase el documento A/CN.9/WG.III/WP.216: “Por ‘controversia internacional relativa a inversiones’ (CII) se entenderá una controversia que se plantee entre un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica [...] y que se entable para que sea dirimida de conformidad con: i) un tratado que proteja las inversiones o los inversionistas; ii) una ley que regule las inversiones extranjeras, o iii) un contrato de inversión”.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, las Reglas de Conciliación del CIADI de 2022, regla 12.

⁴¹ Véase una definición amplia en la comunicación conjunta del CCSI, el IIED y el IISD. Véase un ejemplo de financiación sin fines de lucro en el caso *Philip Morris c. el Uruguay*, en el cual la Bloomberg Foundation y su “Campaign for Tobacco-Free Kids” aportaron fondos al Gobierno del Uruguay. Véase también el informe del ICCA de 2018, pág. 96.

⁴² Por ejemplo, el Servicio Africano de Apoyo Jurídico, la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO) y el centro de asesoramiento contemplado por el Grupo de Trabajo.

⁴³ Véanse el informe del ICCA de 2018, pág. 50, y el proyecto de disposición 3 b) en la comunicación conjunta del CCSI, el IIED y el IISD.

⁴⁴ Véase el informe del ICCA de 2018, págs. 35 y 36.

1) Modelo de prohibición

63. Una opción pasaría por prohibir por completo la financiación por terceros (A/CN.9/1004, párr. 81)⁴⁵. De esta manera se podría dar respuesta a la inquietud de que la financiación por terceros agrava el desequilibrio estructural en el régimen de la SCIE y aumenta el número de casos de SCIE, demandas infundadas y el monto de los daños y perjuicios reclamados.

64. Podría implantarse el modelo de prohibición por medio de diferentes opciones de redacción. Una opción sería incluir una disposición general que prohibiera la financiación por terceros (opción W)⁴⁶. Otra opción consistiría en condicionar la presentación de una demanda a la inexistencia de financiación por terceros (opción X)⁴⁷. En una tercera formulación se supeditaría el consentimiento del Estado demandado a la CII a la inexistencia de financiación por terceros (opción Y)⁴⁸. La existencia de financiación por terceros en las opciones Y Z llevaría probablemente a la desestimación de la demanda o a la determinación del tribunal arbitral de que carece de competencia. Una última opción pasaría por denegar los beneficios contemplados en el tratado a un demandante que contara con financiación por terceros (opción Z)⁴⁹.

Modelo de prohibición

Opción W: El demandante no podrá celebrar un acuerdo sobre financiación por terceros ni recibir dicha financiación.

Opción X: Únicamente se podrá presentar una demanda si el demandante no ha celebrado un acuerdo sobre financiación por terceros ni ha recibido dicha financiación y se abstiene de hacerlo.

Opción Y: El consentimiento del demandado exige que el demandante no haya celebrado un acuerdo sobre financiación por terceros ni haya recibido dicha financiación y se abstenga de solicitar financiación por terceros.

Opción Z: Una Parte podrá denegar los beneficios del presente tratado a un inversionista de otra Parte que presente una demanda si el inversionista ha celebrado un acuerdo sobre financiación por terceros o ha recibido dicha financiación.

65. En el modelo de prohibición, tal vez sería necesario excluir de la definición de financiación por terceros que figura en la disposición E-1, párrafo 3, determinados tipos de financiación por terceros (por ejemplo, la financiación sin fines de lucro, la asistencia jurídica, los arreglos de contingencia y la financiación aportada por un afiliado de la parte litigante⁵⁰; véase el párr. 58 *supra*). De esta manera, se daría respuesta a la

⁴⁵ Véanse las comunicaciones del Gobierno de Sudáfrica (A/CN.9/WG.III/WP.176) y el Gobierno de Marruecos (A/CN.9/WG.III/WP.161). Véase también el documento A/CN.9/WG.III/WP.172 (“Financiación por terceros”), párrs. 15 a 19.

⁴⁶ Véase el TBI Argentina-Emiratos Árabes Unidos, art. 24 (“No se permitirá el financiamiento de terceros”).

⁴⁷ Véanse el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.35, y el Acuerdo de Inversiones Australia-Hong Kong (2019), arts. 26 y 27.

⁴⁸ Véanse el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.36, y el Acuerdo de Inversiones Australia-Hong Kong, art. 24.

⁴⁹ Por medio de cláusulas de denegación de beneficios, los Estados han denegado los beneficios previstos en los tratados de inversión a determinadas categorías de inversionistas a los que los tratados de inversión no pretendían proteger como, por ejemplo, los demandantes que están “controlados por nacionales de un tercer Estado” o “carecen de una conexión económica real con el Estado anfitrión”. Véase Loukas Mistelis y Crina Baltag, “‘Denial of Benefits’ Clause in Investment Treaty Arbitration”, Queen Mary University of London, documento de investigación de la School of Law Legal Studies núm. 293/2018, págs. 1 y 2. Algunos Estados han recurrido a cláusulas de denegación de beneficios para “contrarrestar estrategias que persiguen la protección conferida por determinados tratados adquiriendo una nacionalidad favorable”, en otras palabras, para impedir la elección del foro más conveniente y el aprovechamiento oportunista de los beneficios contemplados en el tratado de inversión. Véase Rudolf Dolzer, Ursula Kreibbaum y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (3ª edición, 2022), pág. 74.

⁵⁰ Véase un ejemplo de redacción en la comunicación conjunta del CCSI, el IIED y el IISD.

inquietud de que el modelo de prohibición podría dificultar que las PYME demandantes y los demandantes sin recursos presentaran demandas.

2) Modelo restrictivo

66. Otro modelo consistiría en prohibir la financiación por terceros excepto en determinadas circunstancias.

Modelo de la excepción del acceso a la justicia

Queda prohibida la financiación por terceros a menos que el demandante demuestre que no está en condiciones de presentar la demanda sin financiación por terceros.

Modelo de la excepción del desarrollo sostenible

Queda prohibida la financiación por terceros a menos que el demandante demuestre que su inversión cumple [las disposiciones sobre desarrollo sostenible aplicables].

67. En el modelo de la excepción del acceso a la justicia, el demandante podría recabar financiación por terceros si la financiación fuera necesaria para presentar la demanda. Esta disposición está concebida especialmente para las PYME demandantes y otros demandantes con dificultades financieras (A/CN.9/1004, párrs. 82 y 83). De acuerdo con este enfoque, no estaría permitida la financiación por terceros obtenida meramente con fines empresariales (por ejemplo, para gestionar riesgos o deducir el costo del proceso de su balance). Sin embargo, podría resultar difícil para el demandante demostrar que carece de recursos (A/CN.9/1004, párr. 83)⁵¹ o que la financiación es necesaria para presentar la demanda.

68. En el modelo de la excepción del desarrollo sostenible, el demandante podría recabar financiación por terceros únicamente si su inversión cumple los requisitos de desarrollo sostenible definidos previamente o las leyes o reglamentos pertinentes del Estado demandado. De esta manera quedan reflejados los esfuerzos desplegados por los Estados, en particular los Estados en desarrollo, por lograr un equilibrio entre la protección de los inversionistas y la agenda de desarrollo sostenible en sus tratados de inversión. Al permitir únicamente a los inversionistas que contribuyan al desarrollo sostenible obtener financiación por terceros, este modelo podría ayudar a los Estados a priorizar y promover ese tipo de inversiones (por ejemplo, las inversiones que tengan por finalidad mitigar el cambio climático). Sin embargo, este modelo podría crear una diferencia de trato con respecto a las inversiones que de otro modo también cumplirían las condiciones para recibir la protección prevista en el tratado de inversión.

69. En ambos modelos, la carga recaería sobre el demandante, que tendría que justificar la financiación por terceros. Se podrían imponer otros requisitos al demandante. Por ejemplo, el demandante podría tener la obligación de demostrar lo siguiente: i) que presenta su demanda de buena fe, ii) que es probable que venza en el proceso o iii) que la financiación recabada no interferiría de manera injustificada en el proceso.

70. A fin de aplicar estas excepciones, sería preciso elaborar otras normas procesales que regularan, por ejemplo, los aspectos siguientes: i) cómo y cuándo (y a quién) debería solicitar permiso el demandante, ii) la información que debe proporcionarse en la solicitud (en vista de la disposición E-2), iii) la autoridad que concedería permiso (por ejemplo, el tribunal arbitral), iv) la consecuencia de que no se concediera permiso y v) las posibles sanciones en el caso de que el demandante procediera a obtener financiación por terceros (véase la disposición E-3).

⁵¹ Véase el informe del ICCA de 2018, pág. 20.

3) Modelo permisivo

71. En el modelo permisivo, la financiación por terceros estaría permitida con carácter general con la excepción de determinados tipos de financiación de financiación por terceros, que deberían especificarse en una lista. En comparación con el modelo restrictivo, este modelo daría más flexibilidad al demandante para que obtuviera financiación por terceros con distintas finalidades.

Modelo permisivo

Se permite la financiación por terceros a menos que:

- a) se aporte la financiación sin recurso a cambio de una suma en el caso de que prospere la demanda y otras formas de remuneración pecuniaria o el reembolso íntegro o parcial dependiente del resultado de un proceso o de una cartera de procesos;*
- b) el rendimiento que se espera abonar al tercero que aporta financiación supere un monto razonable;*
- c) el número de casos financiados por el tercero que aporta financiación contra el Estado demandado en relación con la misma medida supere un número razonable, o*
- d) ...*

72. Anteriormente se han expuesto algunos ejemplos de financiación por terceros que no estarían permitidos en el modelo permisivo. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esos ejemplos son apropiados y si deberían recogerse otros tipos de financiación, por ejemplo, en el caso de demandas infundadas o carentes de fundamento jurídico, demandas presentadas de mala fe o demandas presentadas con fines políticos (A/CN.9/1004, párr. 82).

73. En el apartado a) se persigue la prohibición de la financiación con fines especulativos (A/CN.9/1004, párr. 82). Sin embargo, esto puede llevar a limitar la mayoría de tipos de financiación comercial. En el apartado b) se pretende abarcar la financiación por terceros en los casos en que el monto del rendimiento esperado es excesivo o supera un umbral determinado. Una regulación alternativa pasaría por limitar el monto o el porcentaje del rendimiento⁵². En el apartado c) se pretende comprender las situaciones en las que el financiador ya ha aportado financiación a diversas demandas presentadas contra el mismo Estado demandado en relación con la misma medida. De esta manera se limitaría el número de procesos contra un Estado determinado que puede financiar un tercero financiador específico. Se consideró que esa situación aumentaba el desequilibrio existente en detrimento de esos Estados, ya que el tercero financiador podía ejercer una influencia considerable en el resultado de los casos.

74. Al igual que en el modelo restrictivo, sería necesario que se prepararan normas procesales para aplicar el modelo permisivo (véase el párr. 70 *supra*). Podría determinarse si la financiación por terceros queda comprendida en la categoría prohibida a partir de la información comunicada de conformidad con la disposición E-2. Sin embargo, las normas procesales deberían regular, por ejemplo, los aspectos siguientes: i) la autoridad que haría la determinación o aprobaría la financiación por terceros; ii) el hecho de que la determinación se hiciera a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia de la autoridad; iii) los plazos que habría que respetar, en el caso de que la determinación se hiciera únicamente a instancia de una parte litigante; iv) la consecuencia de que la autoridad determinara que no está permitida la financiación por terceros, y v) las posibles sanciones en el caso de que el demandante procediera a obtener financiación por terceros (disposición E-3).

⁵² Comunicación del Gobierno de Turquía (A/CN.9/WG.III/WP.174), pág. 3: "... el rendimiento que obtiene el financiador debería limitarse a una parte razonable de la indemnización".

3. Comunicación de información

75. La comunicación de información es una manera de prevenir conflictos de intereses y reforzar la transparencia. Varios tratados de inversión y reglamentos de arbitrajes vigentes incluyen normas sobre comunicación de información relativa a la financiación por terceros⁵³.

76. El requisito de comunicar información podría ser un modelo de regulación en sí. Sin embargo, la aplicación de los otros modelos de regulación mencionados en la sección 2 exige la comunicación de determinada información a fin de determinar si la financiación por terceros está o no permitida.

77. En la disposición E-2 se refleja el entendimiento del Grupo de Trabajo de que debería comunicarse la existencia de financiación por terceros y la identidad del tercero financiador en una etapa temprana del proceso o tan pronto como se celebrara el acuerdo de financiación y de que esa obligación debía mantenerse durante todo el proceso (A/CN.9/1004, párr. 89).

DISPOSICIÓN E-2 (Comunicación de información)

1. La parte financiada comunicará al tribunal arbitral y a las otras partes litigantes la siguiente información:

- a) el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación;*
- 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, y*
- c) el acuerdo de financiación o sus condiciones.*

2. Además, el tribunal arbitral podrá exigir a la parte financiada que comunique la siguiente información:

- a) si el tercero que aporta financiación acepta hacerse cargo de las costas impuestas en un laudo adverso;*
- b) el monto del rendimiento que se espera para el tercero que aporta financiación;*
- c) cualquier derecho que tenga el tercero que aporta financiación a controlar la gestión de la demanda o el proceso o de influir en ella, así como a poner fin al acuerdo de financiación;*
- d) el número de casos financiados por el tercero que aporta financiación para presentar demandas contra el Estado demandado;*

⁵³ Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 14, y las Reglas de Conciliación del CIADI de 2022, regla 12. Véase también el Reglamento de Arbitraje de la ICC, art. 11, párr. 7, que reza así: “Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje”. Además, el proyecto de modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía prevé una nueva disposición que obligue a ambas partes litigantes a comunicar información sobre un tercero que financie las costas procesales.

e) cualquier acuerdo entre el tercero que aporta financiación y el asesor letrado o despacho que represente a la parte financiada, y

f) cualquier otra información que estime necesaria el tribunal arbitral.

3. La parte financiada comunicará la información enumerada en el párrafo 1 cuando presente su escrito de demanda o, si se celebra el acuerdo de financiación después de la presentación del escrito de demanda, tan pronto como sea posible después de la celebración del acuerdo. La parte financiada comunicará la información solicitada por el tribunal arbitral de conformidad con el párrafo 2 tan pronto como sea posible después de la solicitud.

4. Si hubiera alguna información nueva o algún cambio en la información comunicada de conformidad con los párrafos 1 y 2, la parte financiada comunicará esa información al tribunal arbitral y a las otras partes litigantes tan pronto como sea posible.

5. Si la parte financiada no cumple las obligaciones establecidas en la presente disposición, el tribunal arbitral adoptará las medidas apropiadas y necesarias mencionadas en la disposición E-3.

La obligación de la parte financiada de comunicar información

78. En el párrafo 1 se obliga a la parte financiada a comunicar determinada información. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el Estado demandado debería estar sometido a esa misma obligación (véase el párr. 54 *supra*), por cuanto los Estados quizás estén sometidos a otras obligaciones en materia de comunicación de información con arreglo al derecho interno ([A/CN.9/1004](#), párr. 84).

79. En el párrafo 1 se refleja además la opinión de que la información debería comunicarse al tribunal arbitral y a las otras partes litigantes ([A/CN.9/1004](#), párr. 91)⁵⁴.

Alcance de la comunicación de información

80. En el párrafo 1 también se refleja el entendimiento del Grupo de Trabajo de que deberían comunicarse la existencia de financiación por terceros y la identidad del tercero que aporta financiación ([A/CN.9/1004](#), párr. 89). Por consiguiente, en el apartado a) se obliga a comunicar el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación⁵⁵.

81. En el apartado b) se obliga a comunicar el nombre y la dirección del beneficiario final del tercero que aporta financiación, así como el nombre y la dirección de toda persona con facultad decisoria respecto del tercero que aporta financiación o en nombre de este (por ejemplo, un gestor o un asesor de inversiones). Esto contribuye a identificar posibles conflictos de intereses, en particular cuando la financiación se canaliza a través de una entidad instrumental ([A/CN.9/1004](#), párr. 89)⁵⁶. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar en qué medida esa información estaría a disposición de la parte financiada y debería ser comunicada.

⁵⁴ En el informe del ICCA de 2018 se sugiere que solo se comunique al tribunal arbitral, a la institución de arbitraje y a la autoridad nominadora (de haberla). Véanse el informe del ICCA de 2018, pág. 14; el CETA, art. 8.26; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.37, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, art. 3.8.

⁵⁵ Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 14, párrafo 4, que reza así: “El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3)”.

⁵⁶ Véase Victoria Shannon Sahani, “Judging Third-Party Funding”, 63 UCLA L. Rev. 388 (2016).

82. En el apartado c) se obliga a comunicar el acuerdo de financiación o sus condiciones.

83. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se han de limitar las circunstancias que exigirían comunicar información con arreglo al párrafo 1 (por ejemplo, la probabilidad de un conflicto de intereses). Sin embargo, sería difícil para la parte financiada saber si existe un conflicto de intereses hasta que se comunicara la información al tribunal arbitral y a las otras partes litigantes.

84. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar además si deberían contemplarse excepciones a la obligación de comunicar información como, por ejemplo, los arreglos de asistencia a título gratuito, los arreglos de contingencia, los acuerdos de financiación entre empresas (A/CN.9/1004, párr. 87) o el arreglo de financiación por tercero que pueda estar sujeto a otras obligaciones en materia de comunicación de información⁵⁷.

85. En el párrafo 2 se refleja la opinión de que el tribunal arbitral debería tener la facultad de requerir determinada información más allá de lo que se exige comunicar en el párrafo 1 según las circunstancias del caso (A/CN.9/1004, párr. 90)⁵⁸. También se refleja la idea de que, en función de los modelos de regulación, diferiría la información requerida por el tribunal arbitral al hacer su determinación. Por ejemplo, en algunos modelos de regulación, la parte financiada quizás tendría incentivos para facilitar más información al tribunal arbitral con el fin de que se permitiera la financiación por terceros.

Plazo y medios para comunicar información

86. En el párrafo 3 se refleja la opinión de que la información debería comunicarse en una etapa temprana del proceso o tan pronto como se celebre el acuerdo de financiación (A/CN.9/1004, párr. 89). En las disposiciones de tratados de inversión recientes se suele exigir que la información se comunique en el momento de presentar la demanda o inmediatamente después de que se reciba la financiación o se celebre un acuerdo de financiación⁵⁹.

87. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se deberían preparar normas para la comunicación de información antes de que se constituya el tribunal arbitral, por ejemplo, en la notificación del arbitraje a la otra parte o en una notificación a la institución que administre el arbitraje, a la autoridad nominadora o a otra autoridad. En tal caso, la entidad que recibiera la información tendría la obligación de transmitirla a los posibles candidatos y al tribunal arbitral una vez constituido.

88. En el párrafo 4 se refleja la opinión de que la obligación de comunicar información debería regir a lo largo del proceso (A/CN.9/1004, párr. 89). Se exige además que la parte financiada notifique al tribunal arbitral y a las otras partes litigantes cualquier cambio en la información ya comunicada o cualquier información nueva.

89. En el párrafo 5 se prevén las medidas que habrán de adoptarse cuando se incumpla la obligación de comunicar información.

⁵⁷ Véase el informe del ICCA de 2018, pág. 96, en que se hace referencia al ejemplo de la norma general 7 a) de las Directrices IBA, según la cual la comunicación de información a los efectos de valorar los conflictos no es aplicable únicamente a una parte, sino también a “cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades [en su condición de parte] o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje”; véase también el proyecto de disposición 3 c) en la comunicación conjunta del CCSI, el IIED y el IISD.

⁵⁸ Véanse el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, art. 3.8; el CCFTA, art. G-23 bis; el Acuerdo Comercial entre la Argentina y Chile (2017), art. 8.27; el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia, art. 14.32; el CETA, art. 8.26, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.37. En las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 14, se exige que se comunique “el nombre y la dirección” del tercero que aporta financiación.

⁵⁹ Por ejemplo, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.37; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur, art. 3.8, y el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia, art. 14.32, párr. 2.

Vinculación con las obligaciones de comunicar información que recaen sobre el tribunal arbitral

90. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la disposición E-2 también a la luz del artículo 10 del proyecto de código de conducta que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.216](#), que obliga a los candidatos y a los árbitros a comunicar toda relación financiera, empresarial, profesional o personal mantenida en los últimos cinco años con una entidad señalada por una parte litigante (párr. 2 a), inciso i)) o con cualquier entidad que, según haya señalado una parte litigante, tenga un interés directo o indirecto en el resultado de la CII, incluidos los terceros que aporten financiación. Esa comunicación tiene que producirse antes de aceptar el nombramiento o en el mismo momento de aceptarlo de conformidad con el artículo 10, párrafo 5. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar este vínculo por cuanto guarda relación con el momento en que puede producirse la comunicación de información con arreglo a la disposición E-2, ya que no es probable que los candidatos tengan conocimiento de la identidad del tercero que aporta financiación.

Comunicación de información al público

91. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado no regula la publicación de información o documentos sobre la financiación por terceros. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se debería concebir un mecanismo para poner igualmente a disposición del público toda información comunicada de conformidad con la disposición E-2 que sea similar al mecanismo previsto en el Reglamento sobre la Transparencia⁶⁰.

4. Consecuencias jurídicas y sanciones en caso de incumplimiento

92. La gama y los tipos de financiación por terceros que quedarían prohibidos diferiría en cada modelo de regulación. En cualquier caso, sería necesario prever las consecuencias que tendría que una parte celebrara un acuerdo de financiación por terceros de esa índole u obtuviera una financiación de esa índole.

93. Dadas las opiniones de que unas sanciones definidas con claridad y aplicadas rigurosamente en caso de incumplimiento de la obligación de comunicar determinada información serían garantía de cumplimiento efectivo de esas obligaciones ([A/CN.9/1004](#), párr. 92), se podrían aplicar las mismas consecuencias cuando las partes litigantes no cumplieran la obligación de comunicación de información enunciada en la disposición E-2⁶¹. En los tratados de inversión recientes se dispone que el tribunal arbitral podrá suspender o dar terminado el proceso⁶², tener en cuenta el incumplimiento en su decisión sobre las costas⁶³ o adoptar toda medida que determine⁶⁴.

94. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente disposición en la que se indican posibles medidas que el tribunal arbitral podría adoptar:

⁶⁰ Véase la comunicación conjunta del CCSI, el IIED y el IISD, pág. 5.

⁶¹ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia, art. 14.32, párr. 3, según el cual, si un inversionista litigante no comunica la existencia de financiación por terceros con arreglo al presente artículo, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del proceso.

⁶² Véase el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia, art. 14.32, párr. 3.

⁶³ Véanse el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.37, párr. 3, y el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones de la CIETAC (2017), art. 27, párr. 3.

⁶⁴ Véase el Acuerdo Comercial entre la Argentina y Chile, art. 8.27, párr. 2.

DISPOSICIÓN E-3 (Sanciones)

Si una parte celebra un acuerdo sobre financiación por terceros o recibe financiación por terceros [que no se permita con arreglo a las presentes disposiciones], o si una parte financiada no comunica la información de conformidad con [la disposición E-2], el tribunal arbitral podrá:

- a) ordenar que la parte resuelva el acuerdo y restituya la financiación que hubiera recibido;
- b) suspender o concluir el proceso;
- c) ordenar la garantía de pago de las costas de conformidad con [la disposición B];
- d) tener en cuenta este hecho cuando asigne las costas de conformidad con [la disposición C].

95. La medida que habría de adoptar el tribunal arbitral variaría probablemente en función del modelo de regulación. En las opciones X e Y del modelo de prohibición, el tribunal arbitral podría decidir que la demanda es inadmisibile o que carece de competencia para conocer de la demanda.

96. El tribunal arbitral debería tener la posibilidad de adoptar varias de las medidas enumeradas en la disposición E-3. Tal vez también sería necesario ajustar las medidas en función del modo y el momento en que se determine que no está permitida la financiación por terceros. Además, sería necesario estudiar las medidas que habrían de adoptarse si la parte procediera a obtener financiación por terceros a pesar de la determinación en sentido contrario.

97. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si las medidas expuestas anteriormente son apropiadas y si deberían agregarse otras medidas como, por ejemplo, obligar al tercero que aporta financiación a asumir el compromiso irrevocable de hacerse cargo de las costas impuestas en la decisión adversa que pueda dictarse.

98. Al igual que en otras disposiciones sobre la financiación por terceros, deberían elaborarse normas procesales que regulen si una parte tiene que solicitar al tribunal arbitral que adopte alguna de las medidas, así como los factores que habrían de tenerse en cuenta al optar por una medida (por ejemplo, el perjuicio ocasionado a la otra parte).

99. Si bien la disposición E-3 se centra en las medidas que puede adoptar el tribunal arbitral, también es posible que el incumplimiento de las disposiciones relativas a la financiación por terceros lleve a la anulación del laudo o la decisión.

5. Terceros que aportan financiación como inversión

100. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de preparar una disposición que aclare que la financiación por terceros no debe interpretarse como una inversión protegida con arreglo a los tratados de inversión y que el tercero que aporta financiación no se considera un inversionista con arreglo a los tratados de inversión. Una disposición de esa índole evitaría que los terceros que aportan financiación presentaran demandas contra un Estado alegando pérdidas o daños y perjuicios sufridos por financiar a otro demandante.

6. Código de conducta para terceros que aportan financiación

101. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si debería prepararse un código de conducta para terceros que aportan financiación partiendo de las iniciativas existentes⁶⁵. En un código de esa índole se podrían tratar, entre otras, estas cuestiones: i) la comunicación de información, en particular de cualquier conflicto de intereses; ii) las obligaciones en materia de transparencia con respecto al modo de llevar a cabo su actividad; iii) la limitación sobre el rendimiento que ha de abonarse al financiador (por ejemplo, un porcentaje máximo del monto otorgado en el laudo o del monto reclamado); iv) la limitación del control que el financiador podría ejercer sobre el proceso; v) la limitación del número de demandas que un financiador podría financiar para prestar apoyo a las demandas presentadas contra el mismo Estado, y vi) la debida diligencia que debería ejercerse sobre las demandas para prevenir la financiación de demandas infundadas.

⁶⁵ Véanse el Código de Prácticas para la Financiación del Arbitraje por Terceros de Hong Kong (7 de diciembre de 2018), que puede consultarse en la dirección https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf, y el Código de Conducta para Financiadores de Litigios elaborado por el Consejo de Justicia Civil del Ministerio de Justicia del Reino Unido, que puede consultarse en la dirección <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>.

Anexo

REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI DE 2022

Los Estados miembros del CIADI aprobaron las reglas enmendadas el 21 de marzo de 2022 y las reglas actualizadas entraron en vigor el 1 de julio de 2022. A continuación, se reproducen algunos fragmentos de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 que son pertinentes para el debate.

Regla 14

Notificación de Financiamiento por Terceros

(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento (“financiamiento por terceros”). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, la notificación deberá incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica.

(2) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo (1) al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.

(3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b).

(4) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3).

Regla 41

Manifiesta Falta de Mérito Jurídico

(1) Una parte podrá oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro, o a la competencia del Tribunal.

(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:

(a) una parte presentará un escrito a más tardar 45 días después de la constitución del Tribunal;

(b) el escrito especificará las causales en que se funda la excepción y contendrá una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos;

(c) el Tribunal fijará plazos para las presentaciones sobre la excepción;

(d) si una parte opone la excepción antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General fijará plazos para los escritos sobre la excepción, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la excepción con prontitud una vez constituido; y

(e) el Tribunal dictará la decisión o el laudo sobre la excepción dentro de los 60 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la excepción.

(3) Si el Tribunal decide que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto. De lo contrario, el Tribunal emitirá una decisión sobre la excepción y fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.

(4) Una decisión según la cual la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción preliminar en virtud de la Regla 43 o a argumentar posteriormente en el procedimiento que una reclamación carece de mérito jurídico.

Regla 43

Excepciones preliminares

(1) Una parte podrá oponer una excepción preliminar según la cual la diferencia, o cualquier demanda subordinada, no se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro o por otras razones no es de la competencia del Tribunal (“excepción preliminar”).

(2) Una parte notificará al Tribunal y a la otra parte su intención de presentar una excepción preliminar lo antes posible.

(3) El Tribunal podrá considerar de oficio, en cualquier momento, si una diferencia o una demanda subordinada se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro o es de su competencia.

(4) El Tribunal podrá pronunciarse sobre una excepción preliminar en una fase separada del procedimiento o conjuntamente con las cuestiones de fondo. El Tribunal procederá a solicitud de parte en virtud de la Regla 44, o de oficio en cualquier momento, de conformidad con el procedimiento establecido en la Regla 44(2)-(4).

* Véanse también la regla 44 (Excepciones Preliminares con una Solicitud de Bifurcación) y la regla 45 (Excepciones Preliminares sin una Solicitud de Bifurcación)

Regla 48

Demandas Subordinadas

(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una demanda reconvenzional (“demanda subordinada”), que esté relacionada directamente con el objeto de la diferencia, siempre y cuando la demanda subordinada esté dentro del ámbito del consentimiento de las partes y de la jurisdicción del Centro.

(2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvencción se presentará a más tardar en el memorial de contestación, salvo que el Tribunal decida lo contrario.

(3) El Tribunal fijará los plazos para las presentaciones sobre la demanda subordinada.

Regla 50

Costos del Procedimiento

Los costos del procedimiento consisten en todos los costos incurridos por las partes en relación con el procedimiento, incluyendo:

- (a) los honorarios legales y gastos de las partes;
- (b) los honorarios y gastos del Tribunal, las personas que asistan al Tribunal con aprobación de las partes y los peritos nombrados por el Tribunal; y
- (c) los cargos administrativos y costos directos del Centro.

Regla 52

Decisión sobre Costos

(1) Al distribuir los costos del procedimiento, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo:

- (a) el resultado del procedimiento o de una parte del mismo;

(b) la conducta de las partes durante el procedimiento, incluyendo la medida en la que hayan actuado de manera expedita y eficiente en materia de costos y en cumplimiento de estas Reglas y de las órdenes y decisiones del Tribunal;

(c) la complejidad de las cuestiones; y

(d) la razonabilidad de los costos reclamados.

(2) Si el Tribunal emite un laudo en virtud de la Regla 41(3), otorgará a la parte que prevalezca los costos razonables, a menos que el Tribunal decida que existen circunstancias especiales que justifiquen una distribución de costos diferente.

(3) El Tribunal podrá adoptar una decisión provisional sobre costos en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de una de las partes.

(4) El Tribunal deberá asegurar que todas las decisiones sobre costos estén motivadas y formen parte del laudo.

Regla 53

Garantía por Costos

(1) A solicitud de una de las partes, el Tribunal podrá ordenar a cualquiera de las partes que haya presentado una demanda o una demanda reconvencional, que otorgue una garantía por costos.

(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:

(a) la solicitud incluirá una relación de las circunstancias relevantes y documentos de respaldo;

(b) el Tribunal deberá fijar plazos para las presentaciones sobre la solicitud;

(c) si una parte solicita una garantía por costos antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá fijar plazos para los escritos sobre la solicitud, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la solicitud con prontitud una vez constituido; y

(d) el Tribunal emitirá la decisión sobre la solicitud dentro de los 30 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la solicitud.

(3) Al determinar si ordena a una parte que otorgue una garantía por costos, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo:

(a) la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos;

(b) la voluntad de esa parte de cumplir con una decisión adversa en materia de costos;

(c) el efecto que pudiera tener el otorgar dicha garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para seguir adelante con su demanda o demanda reconvencional; y

(d) la conducta de las partes.

(4) El Tribunal considerará toda la prueba presentada en relación con las circunstancias previstas en el párrafo (3), incluyendo la existencia de financiamiento por terceros.

(5) El Tribunal especificará cualquier término relevante en una resolución sobre garantía por costos y fijará el plazo para el cumplimiento de la resolución.

(6) Si una parte incumpliera una resolución para otorgar una garantía por costos, el Tribunal podrá suspender el procedimiento. Si el procedimiento se suspendiera durante más de 90 días, el Tribunal podrá, previa consulta a las partes, ordenar la discontinuación del procedimiento.

- (7) Una parte deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que se basó el Tribunal al ordenar la garantía por costos.
 - (8) El Tribunal podrá modificar o revocar la resolución de garantía por costos de oficio o a solicitud de una de las partes en cualquier momento.
-