



Asamblea General

Distr. limitada
11 de abril de 2018
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)**
35º período de sesiones
Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Observaciones del Gobierno de Tailandia

Nota de la Secretaría

En preparación del 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el Gobierno de Tailandia presentó a la Secretaría observaciones sobre cuestiones de procedimiento relativas al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). La versión inglesa de las observaciones se presentó a la Secretaría el 11 de abril de 2018. El texto recibido por la Secretaría se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que se recibió.



Anexo

Cuestiones de procedimiento relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados: la perspectiva de Tailandia

Español [Original: inglés]
[Fecha: 11 de abril de 2018]

1. Introducción

1. El presente documento tiene por objeto señalar algunas cuestiones de procedimiento relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) que generan inquietud desde la perspectiva de un país en desarrollo, como receptor de inversión extranjera directa o como exportador de capital. Sin perjuicio de la posición de Tailandia, los debates sobre la reforma del sistema de SCIE deberían centrarse no solo en cuestiones de procedimiento sino también en cuestiones sustantivas, teniendo en cuenta que existen importantes divergencias entre los acuerdos internacionales de inversión (AII).

2. En el documento se reiteran en primer lugar los principios generales en que deberían basarse las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (sección 2). Posteriormente se describen y explican las cuestiones de procedimiento relativas a la SCIE que merecen un análisis detallado por parte del Grupo de Trabajo (sección 3). En la última sección (sección 4) se examina la importancia que tienen la cooperación interinstitucional y las iniciativas de fomento de la capacidad para las deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas a la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

2. Principios en que deberían basarse las deliberaciones

3. Para que una reforma sea legítima, viable, sostenible y beneficiosa para todos, un principio importante en el que deberían basarse las deliberaciones sobre la SCIE del Grupo de Trabajo es la inclusividad. Tanto los países que son miembros de la CNUDMI como los que no lo son, independientemente de su nivel de desarrollo, deben poder participar plenamente a fin de que puedan examinarse en el proceso todas las cuestiones que se planteen.

4. Las deliberaciones sobre la reforma del sistema de SCIE deberían ser integrales y equilibradas, y deberían tener en cuenta las distintas prioridades de cada Estado, en particular: a) la consecución de los objetivos de orden público del Estado receptor; b) la promoción de una inversión responsable; c) la protección de los derechos de los inversionistas; y d) la consecución de objetivos mundiales como el desarrollo sostenible y la seguridad alimentaria.

5. Las deliberaciones sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados deberían también ser exhaustivas y no limitarse a un solo aspecto de la SCIE, es decir, al arbitraje. Si las deliberaciones se centran en el arbitraje como medio de solución de las controversias en materia de inversiones, el Grupo de Trabajo podría verse privado de la posibilidad de encontrar soluciones innovadoras a problemas actuales. El Grupo de Trabajo debería más bien facilitar el debate sobre otros aspectos de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular sobre mecanismos alternativos de solución de controversias que puedan utilizarse durante la etapa previa al arbitraje y paralelamente al proceso arbitral.

3. Inquietudes relacionadas con los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados

3.1 La gran cantidad de tiempo que insumen los procesos arbitrales y su elevado costo

3.1.1 Uso ineficaz de los mecanismos alternativos de solución de controversias durante la etapa previa al arbitraje – ¿Se pierde la posibilidad de reducir la brecha entre posiciones divergentes?

6. Los países en desarrollo que son partes en una controversia no siempre están familiarizados con los mecanismos alternativos de solución de controversias ni con la posibilidad de utilizarlos en la etapa previa al arbitraje. En muchos AII solo se prevé expresamente el proceso de consulta como medio para llegar a una solución mutuamente aceptable. En otros casos, los AII no contemplan en absoluto la posibilidad de que se recurra a mecanismos alternativos de solución de controversias.

7. Los mecanismos a que se puede recurrir antes de un proceso arbitral, como los buenos oficios, la mediación y la conciliación, pueden ayudar a los demandantes y a los Estados receptores a aclarar sus respectivas posiciones y reducir la brecha entre las partes. En ese sentido, esos mecanismos pueden facilitar la solución de las controversias mediante un diálogo constructivo. Debería alentarse también la participación de terceros facilitadores desde la etapa inicial y recurrir más a esa participación para ayudar a las partes en la controversia a llegar a una solución mutuamente convenida, lo que permitiría reducir el tiempo y los gastos que insume el proceso en su conjunto. Sin embargo, si los terceros facilitadores intervienen demasiado tarde en el proceso, una de las partes puede considerar que la participación de estos es innecesaria o que constituye una táctica dilatoria de la parte contraria.

8. Sería útil analizar la posibilidad de elaborar una guía que promueva una mayor interacción entre los profesionales que intervienen en la etapa previa al proceso arbitral a través de mecanismos alternativos de solución de controversias y los árbitros que participan el proceso arbitral.

3.1.2 La larga “lucha” durante la etapa de ejecución de los laudos — otro aspecto oculto de los procesos arbitrales costosos y prolongados

9. Los Estados que no son miembros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y que deciden no reconocer o ejecutar los laudos dictados por un tribunal arbitral pueden solicitar la anulación de dicho laudo con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. El procedimiento de ejecución a menudo insume una gran cantidad de tiempo y recursos económicos. En algunos casos complejos, puede llevar más tiempo que la etapa de arbitraje en sí. Por lo tanto, desde la perspectiva de un país en desarrollo con recursos limitados, toda reforma del sistema de SCIE debería promover la claridad y la eficiencia en la etapa de ejecución.

3.2 Los árbitros y su conducta

10. Otra cuestión relativa a la SCIE que genera inquietud se relaciona con la posibilidad de que los árbitros ya tengan una opinión sesgada preexistente en razón de haber sido nombrados repetidas veces por una parte en la controversia, y que haya una superposición de funciones en los casos en que las mismas personas sean nombradas para actuar como letrado y árbitro en controversias similares. Esas situaciones pueden generar conflictos de intereses en relación con ciertas funciones, y socavar la imparcialidad de los árbitros.

11. Además, los árbitros más reconocidos suelen intervenir en un gran número de casos simultáneamente, lo que no les deja suficiente tiempo para realizar un análisis exhaustivo de las cuestiones que se discuten.

12. Otro problema relacionado con el proceso tiene que ver con los requisitos específicos que deben cumplir los árbitros, que podrían generar cargas adicionales para los países en desarrollo. Los árbitros suelen prevalecer sobre los Estados en el

establecimiento de las normas de procedimiento y otros arreglos de tipo procesal, que podrían generar gastos y demoras no previstos.

13. Las opiniones incoherentes e incongruentes de los árbitros derivan en el dictado de laudos arbitrales incoherentes e incongruentes. En lo que respecta a alcanzar un equilibrio adecuado entre preservar el margen de acción del Estado receptor en materia de políticas y salvaguardar los derechos de los inversores, toda reforma futura debería estar orientada a velar por que los laudos sean coherentes y que los Estados logren asegurar su posición de “dueños de los tratados”, por ejemplo, utilizando un mecanismo de interpretación conjunto, y que no se conviertan en “esclavos de sus propios tratados” mediante la celebración de un proceso arbitral. Por otra parte, el Grupo de Trabajo debería actuar con cautela al considerar la posibilidad de añadir un nuevo estrato al sistema de SCIE actual, ya fuera una entidad internacional compuesta o un mecanismo de apelación encargado de reexaminar los laudos, y debería evitar crear nuevas instituciones de SCIE que no sean necesarias.

14. A fin de solventar estas inquietudes, podría considerarse la posibilidad de elaborar un código de conducta sobre la ética de los árbitros, que contuviera, entre otras cosas, disposiciones claras acerca de las actividades externas que sería permisible realizar y las formas en que se aplicaría el mecanismo de interpretación conjunto.

3.3. El asesoramiento letrado externo y su profesionalidad

15. Los países en desarrollo a menudo carecen de experiencia en casos de SCIE y no cuentan con abogados internos especializados en esa materia. Por consiguiente, dependen en gran medida de los servicios jurídicos de abogados externos. Dado que los abogados externos de sólida trayectoria a menudo también constituyen un grupo reducido y se ocupan de numerosos casos simultáneamente, suele suceder que solo puede asignárseles recursos limitados a cada uno.

16. Existen bufetes internacionales de abogados especializados en SCIE que no tienen demasiada experiencia trabajando con países en desarrollo. Por lo tanto, no se encuentran necesariamente familiarizados con los procedimientos de esos países, su forma de pensar y su metodología de trabajo. Esa situación genera una serie de problemas que van desde la imposibilidad que tienen los bufetes de abogados de proporcionar en la primera consulta los servicios que necesitan los países en desarrollo hasta la imposibilidad de redactar un contrato de locación de servicios que satisfaga las necesidades particulares de esos países. Las cuestiones que preocupan de forma más inmediata a los países en desarrollo en lo que respecta al asesoramiento letrado externo son el costo del proceso arbitral, las cuestiones del procedimiento del proceso arbitral en sí, y la falta de flexibilidad que existe en ciertas circunstancias. Es necesario que los bufetes internacionales de abogados y las autoridades administradoras sean conscientes de que los recursos de los países en desarrollo son limitados.

3.4 Falta de preparación de los Estados receptores en los casos de SCIE

17. Los países en desarrollo en general carecen de conocimientos especializados en las cuestiones arbitrales que se plantean en la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Por lo tanto, con frecuencia no están preparados para hacer frente a controversias en que se recurre a un mecanismo de SCIE. Este problema se ve agravado por el hecho de que a menudo no existe un canal de comunicación disponible, como consecuencia de lo cual la coordinación entre los organismos nacionales pertinentes resulta ineficiente. Por lo tanto, ello impide a los países en desarrollo resolver sus controversias con eficacia. Además, los Estados demandados suelen tener que cumplir con plazos breves, especialmente para preparar la defensa de su posición, lo que los coloca en una situación desventajosa en comparación con la de los demandantes, que en general tienen mucho más tiempo para prepararse. Esta situación se ve exacerbada por el hecho de que algunos de los reglamentos de arbitraje, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, no otorgan al Estado demandado la oportunidad de solicitar que se modifiquen los plazos fijados por el tribunal arbitral.

18. En los casos en que se utilizan mecanismos de SCIE, los países en desarrollo también pueden encontrarse ante situaciones imprevistas, cuando los demandantes reciben financiación de terceros. Si bien la financiación por terceros puede facilitar el acceso a la justicia y dar una mayor seguridad de que se puedan afrontar los gastos de un proceso arbitral, también plantea interrogantes relativos a los conflictos de intereses que se generan cuando, por ejemplo, el letrado que interviene en un caso para el que se ha recibido financiación es árbitro en otro caso financiado por el mismo tercero. Una situación así puede afectar la imparcialidad de los árbitros, y hacer peligrar la legitimidad del proceso arbitral. La regulación adecuada de la financiación por terceros puede ayudar a reducir sus consecuencias no deseadas, maximizando sus beneficios, como la distribución de las costas y la seguridad de su pago.

3.5 Acceso limitado a asistencia letrada a un costo razonable

19. En la actualidad, no existe un órgano internacional que se especialice en prestar asesoramiento jurídico independiente y de bajo costo sobre la SCIE a los países en desarrollo, por ejemplo, un órgano similar al Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, que ofrece servicios de asesoramiento jurídico económicos sobre el derecho de la OMC. Así, muchos países en desarrollo han tenido que afrontar el costo relativamente elevado de los servicios jurídicos que prestan los bufetes internacionales, muchos de los cuales quizás no tengan siquiera experiencia ni conocimientos especializados suficientes para manejar casos de SCIE. En efecto, la defensa de los casos de SCIE insume una enorme cantidad de recursos de los países en desarrollo, tanto humanos como financieros, que podrían aprovecharse mejor si se destinaran a afrontar sus necesidades de desarrollo.

20. En ese sentido, podría ser útil que se estableciera una entidad consultiva independiente, que tuviera en cuenta las circunstancias particulares de los países en desarrollo y sus necesidades específicas. Dicha entidad podría ser un centro de asesoramiento sobre la solución de controversias en materia de inversiones, y su establecimiento sería independiente del establecimiento del Tribunal Internacional de Inversiones que se ha propuesto. La entidad debería ser independiente, recibir financiación internacional, y estar compuesta por abogados que representen una variedad de regiones geográficas y se especializaría en la prestación de asesoramiento jurídico a bajo costo sobre derecho internacional de las inversiones a países en desarrollo. La entidad debería brindar asesoramiento de forma expedita y los costos de sus servicios deberían ser lo más económicos que fuera posible.

21. Dicha entidad podría ayudar a los países en desarrollo a defenderse adecuadamente en los casos en que se utilicen mecanismos de SCIE, aumentando la legitimidad del sistema de SCIE, para cuya utilización se requieren conocimientos especializados.

4. Otras sugerencias

4.1 Promoción de la coordinación entre las organizaciones internacionales pertinentes

22. Muchos países en desarrollo, entre ellos Tailandia, han participado en deliberaciones sobre la SCIE en numerosos foros internacionales además de la CNUDMI, como la UNCTAD y la OCDE. Sin embargo, estos debates hasta ahora han dado pocos resultados concretos, en parte debido a la falta de coordinación suficiente entre los foros pertinentes. Sin una coordinación de la labor, estos debates poco sistemáticos sobre la reforma del sistema de SCIE podrían conducir a resultados fragmentados e incoherentes que serían contraproducentes para las iniciativas mundiales de reforma del sistema de SCIE.

23. A fin de garantizar una labor concertada entre las distintas organizaciones, la CNUDMI debería coordinar más estrechamente sus actividades con las otras organizaciones regionales e internacionales que participan en las deliberaciones sobre la reforma del sistema de SCIE, entre ellas, la UNCTAD, el CIADI y la OCDE. Esa mayor coordinación ayudará no solo a evitar la duplicación de esfuerzos entre las distintas organizaciones, sino que permitirá también enriquecer y contextualizar las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

4.2 Asistencia para el fomento de la capacidad a fin de promover la prevención de controversias

24. Los países en desarrollo a menudo carecen de los conocimientos o la capacidad necesarios para impedir que una controversia se agrave de modo que deba llegarse a la sustanciación de un proceso arbitral propiamente dicho. Ello hace que los Estados receptores resulten vulnerables ante las reclamaciones de los inversionistas. Por lo tanto, toda reforma del sistema de SCIE debe ir acompañada de medidas de prevención de controversias. Una de esas medidas podría consistir en mejorar la comunicación entre inversionistas y Estados mediante el fortalecimiento de los arreglos institucionales entre los inversionistas y los organismos respectivos.

25. Desde la perspectiva de los países en desarrollo, la prestación de asistencia para el fomento de la capacidad debería considerarse prioritaria a los efectos de la reforma. Esta asistencia la pueden prestar las organizaciones internacionales competentes o los países desarrollados con experiencia en la gestión de controversias en materia de inversión, y puede adoptar diversas formas, como la organización de cursos prácticos o sesiones de capacitación para los organismos interesados. Estas actividades de fomento de la capacidad pueden ayudar a los Estados en la elaboración de políticas de inversión eficaces y racionales, con lo cual se evitaría la proliferación de casos en que se recurra a un mecanismo de SCIE.
