Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.161

Asamblea General

Distr. limitada
4 de marzo de 2019
Español
Original: francés

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)
37º período de sesiones
Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos

Nota de la Secretaría

Se acompañan a la presente nota un primer documento recibido el 1 de marzo de 2019 del Gobierno de Marruecos (véase el anexo I), y un documento complementario a este recibido el 19 de marzo de 2019 (véase el anexo II), en el marco de los preparativos del 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo III.

V.19-01298 (S) 270319 270319

Se ruega reciclar

Anexo

1. Marruecos elogia la iniciativa emprendida por la CNUDMI, en su período de sesiones celebrado en Viena en julio de 2017, para llevar a cabo una reflexión sobre la reforma del actual sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).

2. La importancia de esta iniciativa es indiscutible, ya que brinda a los países en desarrollo la oportunidad de participar en la reforma de una rama central del derecho internacional de las inversiones relacionada con el arbitraje internacional, cuyos principios y reglas actuales se elaboraron sin la participación de la mayoría de esos países.

3. Además, la reforma integral del sistema de SCIE a nivel multilateral debería hacer innecesaria la inclusión de mecanismos de SCIE en los tratados bilaterales de inversión (TBI) celebrados por los países que se hayan adherido a la reforma multilateral del sistema, lo que a su vez implicaría, una armonización de las normas y procedimientos a nivel internacional.

4. En este contexto, Marruecos considera que la reforma del sistema de SCIE daría probablemente lugar a inversiones internacionales responsables y acordes con los objetivos de desarrollo sostenible, y también contribuiría a luchar contra las prácticas fraudulentas que determinados inversionistas extranjeros utilizan para demandar a los Estados anfitriones ante los tribunales arbitrales a fin de recibir indemnizaciones inmerecidas.

5. A ese respecto, la reforma del sistema de SCIE, cuyo examen se encomendó al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, tiene por objeto atender las inquietudes planteadas por varios países de todo el mundo sobre el funcionamiento del sistema de SCIE en relación con los TBI, y especialmente los países en desarrollo, dado que estos sufren las consecuencias adversas de este sistema que afecta concretamente a sus recursos financieros, y además carecen de personal cualificado para gestionar y controlar los casos de SCIE.

6. Marruecos acoge con beneplácito la labor realizada hasta la fecha por el Grupo de Trabajo III, que ha constituido un espacio propicio para acercar las posiciones de los distintos países sobre los medios más eficaces para reformar el sistema de SCIE.

7. Marruecos aprovecha la oportunidad para subrayar la importancia de que en el Grupo de Trabajo III se alcance un consenso sobre la reforma del sistema de SCIE, que debería ser profunda y tomar en consideración las inquietudes planteadas por los distintos países con miras a lograr un sistema de SCIE justo, equitativo y digno de la confianza de todos ellos, y en especial de los países en vías de desarrollo.

8. Marruecos ha elaborado recientemente un nuevo modelo de TBI que es moderno y garantiza un equilibrio de derechos y obligaciones entre los inversionistas y el Estado anfitrión y en el que ha optado por mantener el sistema de SCIE, aunque renovando sus disposiciones.

9. Las principales novedades que el nuevo modelo marroquí de TBI introduce en materia de SCIE están encaminadas, entre otras cosas, a alcanzar los siguientes objetivos:

- instaurar un marco institucional de prevención de controversias en que el Comité Mixto y los coordinadores previstos en el tratado desempeñen un papel importante;
- limitar las controversias que puedan someterse a mecanismos de SCIE y determinar un plazo máximo para la presentación de demandas con vistas a impedir que vuelvan a plantearse reclamaciones anteriores;
- agotar todos los recursos internos antes de recurrir al arbitraje internacional para resolver la controversia, en cumplimiento de la obligación que en ese sentido impone el derecho internacional público;

- reforzar el derecho de los Estados partes en el tratado de interpretar las disposiciones de este sobre la protección de las inversiones, incluso después de que el tratado haya entrado en vigor;

- establecer un dispositivo por el que se puedan tramitar de forma acelerada las demandas infundadas o injustificadas, y acumular las demandas, con miras a reducir los costos del arbitraje;

- permitir al Estado que ha recibido la inversión la posibilidad de presentar una contrademanda ante el tribunal arbitral si el inversionista no cumple alguna de las obligaciones que le incumben en virtud del tratado;

- impedir que los inversionistas extranjeros recurran de manera abusiva al arbitraje, imponiéndoles sanciones cuando presenten demandas infundadas;

- restringir el recurso al arbitraje por parte de los inversionistas que apliquen estrategias para aprovechar las ventajas que ofrece un tratado más beneficioso ("*treaty shopping*");

- fortalecer la ética de los árbitros y mejorar el funcionamiento y la transparencia de los procedimientos arbitrales de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado; y

- brindar a las partes la posibilidad de someter las controversias que tengan entre sí a un tribunal multilateral de inversiones una vez que este se haya constituido.

10. A pesar de los esfuerzos destinados por Marruecos a la reforma de los mecanismos de SCIE en su nuevo modelo, aún quedan pendientes varios aspectos de ese mecanismo que, por su naturaleza, requieren la acción coordinada y concertada de un importante número de países de todo el mundo.

11. A tales efectos, la celebración de un diálogo multilateral en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de SCIE podría propiciar la creación de un consenso sobre la mejor opción de reforma a la que debería darse prioridad y la manera más adecuada de implementarla.

12. En ese contexto, Marruecos acoge con satisfacción la oportunidad de presentar a la secretaría de la CNUDMI sus observaciones sobre el proceso de reforma que se está llevando a cabo en el Grupo de Trabajo III en relación con el sistema de SCIE y hace suyas las inquietudes observadas por ese Grupo y anunciadas durante su período de sesiones celebrado en Viena del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018.

13. No obstante, Marruecos considera útil que en el marco de esta reforma se examinen más a fondo varias cuestiones sobre los aspectos principales que se exponen a continuación.

I. Reducción de los costos del arbitraje

14. El incremento del costo del arbitraje ha dado paso a una insatisfacción creciente con el arbitraje internacional, concretamente respecto de sus repercusiones en las políticas públicas y el desarrollo sostenible de los países. Por consiguiente, es fundamental que el Grupo de Trabajo III no escatime esfuerzos en buscar las mejores opciones que permitan ahorrar tiempo y dinero en el arbitraje. En ese contexto, se podría considerar la posibilidad de adoptar las siguientes medidas para disminuir los gastos vinculados con la SCIE:

- instaurar un dispositivo de prevención de conflictos y promover los mecanismos alternativos de solución de controversias que podrían utilizarse antes de recurrir al arbitraje internacional, a fin de encontrar soluciones que sean aceptables para ambas partes;

- agotar los recursos internos antes de iniciar un procedimiento de arbitraje internacional. El agotamiento de estos recursos internos podría conducir a una solución satisfactoria para ambas partes en la controversia y con ello, se evitaría el recurso al arbitraje, cuyos costos son muy superiores a los generados por los primeros;

- no someter una controversia a arbitraje si los tribunales nacionales competentes ya hubieran dictado una sentencia firme al respecto y, por lo tanto, esta hubiera adquirido la fuerza de cosa juzgada, para evitar la multiplicación de los procedimientos y economizar recursos financieros;

- instaurar un mecanismo de examen preliminar de las demandas infundadas o injustificadas que permita imponer a la parte demandante el pago de todos los gastos ocasionados por ese tipo de reclamaciones;

- establecer plazos en que los árbitros deban dictar sus laudos definitivos, lo que les incitaría a actuar con mayor eficiencia. Sin embargo, estos plazos no deberían ser excesivamente breves para evitar que la calidad de los laudos de los árbitros sea deficiente y los laudos puedan anularse ulteriormente;

- revisar el mecanismo de participación de las partes en los gastos e incorporar en él el principio de “quien pierde paga”, que permite imponer a la parte vencida el pago del costo total del procedimiento;

- establecer un baremo de honorarios y gastos que permita disminuir los costos del arbitraje fijando un límite máximo para la remuneración de los árbitros, peritos y testigos;

- adoptar criterios objetivos y transparentes para el cálculo de la indemnización que deba abonarse a los inversionistas que hayan sufrido daños. En ese contexto, es importante que la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios sea proporcional al daño real sufrido.

II. Primacía de la competencia de los órganos judiciales nacionales en virtud de un contrato sobre la competencia de los tribunales arbitrales en virtud de un TBI

15. En varios casos de arbitraje, el tribunal arbitral autorizó a los inversionistas a someterle una controversia de tipo contractual sobre la base de un tratado, a pesar de que el contrato incluía una cláusula específica sobre la solución de controversias (véase, por ejemplo, el caso Salini contra Marruecos).

16. En otros casos, se sometieron a arbitraje demandas por incumplimiento de un contrato en virtud de un TBI, a pesar de que dicho contrato no contenía ninguna cláusula que atribuyera la competencia al CIADI.

17. Para evitar este tipo de situaciones de conflicto en que se solapa la competencia de los órganos judiciales nacionales y la de los tribunales de arbitraje, se sugiere que se definan las condiciones relativas a la competencia de los tribunales en materia de arbitraje entre inversionistas y Estados y que esa competencia se limite a las demandas que se funden en los TBI.

III. Apoyo a los países en desarrollo en materia de arbitraje

18. Al carecer de recursos financieros suficientes y de personal con sólida experiencia en la SCIE, los países en desarrollo necesitan recibir asistencia en esta esfera. En ese sentido, es sumamente deseable que se establezca un mecanismo para apoyar y acompañar específicamente a esos países en sus casos de SCIE con vistas a que puedan preparar, gestionar y controlar mejor sus controversias relacionadas con las inversiones internacionales.

19. Además, sería conveniente instaurar una cooperación entre los jueces nacionales y los árbitros, ya que, por una parte, el juez nacional desempeña una importante función en la ejecución de las decisiones arbitrales al velar por la aplicación de los laudos, y por otra, interviene también como juez del exequátur cuando se impugnan esos laudos.

20. Como parte de la reforma del sistema de SCIE, también se sugiere que se defina una función para los centros de arbitraje nacionales y se determine el apoyo que se les prestará para que puedan cumplir su mandato y con ello, responder a las necesidades de los operadores económicos.

IV. Examen previo de los laudos

21. La mayoría de los reglamentos de arbitraje en materia de inversiones no prevé procedimientos de control de calidad previos a la emisión de los laudos definitivos que permitan su revisión.

22. Es importante que se establezca un procedimiento de examen previo de los laudos, a semejanza del que aplica el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

23. Este examen previo, que debe tener lugar en plazos abreviados (de unas dos semanas), permitiría garantizar que se hayan cumplido todas las formalidades, que en el laudo se hayan abordado todas las pretensiones y que en él se expongan los motivos sobre los que se funda.

24. Además, este procedimiento permitiría a las partes en la controversia presentar comentarios escritos al tribunal de arbitraje sobre todos los aspectos del laudo antes de que sea definitivo.

25. Por último, cabe señalar que el examen previo del laudo puede ser realizado por un órgano independiente adscrito a una de las organizaciones de arbitraje actuales, como el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje.

V. Financiación aportada por terceros

26. La financiación por terceros es una importante herramienta de la que se sirven numerosos inversionistas para demandar a los Estados en los que han hecho su inversión, en especial cuando no disponen de recursos financieros suficientes para sufragar los costos del arbitraje.

27. Sin embargo, este método de financiación no es transparente, ya que las entidades que participan en él suelen preferir que no se divulgue información sobre su función a las demás partes en la controversia ni a los árbitros.

28. La financiación por terceros no puede desempeñar una función constructiva en la SCIE mientras no esté regulada.

29. Por consiguiente, sería conveniente que se establecieran normas y procedimientos que regulasen este tipo de financiación para evitar que los inversionistas utilicen esta modalidad de forma especulativa o abusiva. Esas normas y procedimientos podrían regular, entre otras cuestiones, la divulgación de la identidad del tercero financiador, la cuantía financiada y las condiciones del contrato de financiación, en particular si ese tercero se ha comprometido de forma irrevocable a asumir toda condena que pueda dictarse en contra de la parte actora (inversionista demandante) al pago de las costas, ya que el inversionista que recurre a este tipo de financiación suele atravesar dificultades financieras que le impiden hacer frente a su obligación de abonar las costas, lo cual supone un riesgo para el Estado anfitrión.

30. A la espera de que se adopten normas internacionales que regulen la financiación por terceros, se sugiere que se contemple la posibilidad de prohibir el recurso a este tipo de financiación en el marco de la actual reforma del sistema de SCIE.

VI. Garantías de cobro de las costas

31. Las garantías de cobro de las costas constituyen un eficaz instrumento de disuasión frente a las demandas infundadas o injustificadas. Asimismo, este mecanismo permite al Estado anfitrión protegerse contra el riesgo de que el inversionista se declare en quiebra antes de haber cumplido su condena al pago de las costas.

32. En este contexto, es fundamental que en la reforma del sistema de SCIE se establezca un dispositivo que exija al tribunal ordenar el depósito de costas, sobre todo cuando existan motivos para pensar que el inversionista ha estructurado su sociedad o ha cedido activos con vistas a eludir las consecuencias del arbitraje.

33. Además, en consonancia con lo anterior, en el supuesto de que se aprobase la financiación por terceros en el marco de la reforma del sistema de SCIE, el inversionista que recurra a esa modalidad de financiación deberá depositar una caución para las costas, ya que la falta de recursos financieros suficientes para satisfacer el pago de éstas es precisamente la razón de su recurso a dicha financiación.

VII. Establecimiento de un mecanismo de apelación permanente para los laudos arbitrales

34. La creación de un mecanismo de apelación permanente que pudiera asimilarse a un tribunal superior permitiría, entre otras cosas:

- garantizar la coherencia en la interpretación de las disposiciones de los TBI, en especial las relativas a cuestiones de fondo de estos tratados, con vistas a evitar divergencias en las conclusiones que sobre los mismos hechos emitan los distintos tribunales arbitrales, con lo que se conseguiría a su vez una jurisprudencia homogénea propicia a la seguridad jurídica;
- ofrecer a los Estados e inversionistas una mayor predictibilidad sobre la aplicación de las disposiciones de los TBI, lo cual reforzaría también la legitimidad del arbitraje de inversiones; y
- rectificar los errores cometidos por algunos tribunales arbitrales en laudos que podrían incidir considerablemente en los fondos públicos, especialmente si se tiene en cuenta que el arbitraje de inversiones trata a menudo de cuestiones de interés público.

Anexo II

[Original: árabe]

1. La reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados es una de las principales preocupaciones que se presentan como consecuencia de la relación entre un inversionista extranjero y el Estado que recibe la inversión y plantea una serie de cuestiones jurídicas y sustantivas.

I. Desequilibrio jurídico

2. Las controversias que se someten al arbitraje de inversiones surgen a raíz de las obligaciones que, en virtud de un tratado de inversión, el Estado anfitrión tiene respecto del otro Estado parte y no respecto del inversionista extranjero. Las controversias que se someten a arbitraje dependen de una de las partes, a saber, del Estado, más que de la otra. La conducta se valora sobre la base de una obligación recogida en un tratado de inversión suscrito por una parte distinta, es decir, otro Estado.

3. Debido a que la oferta del Estado anfitrión es, por naturaleza, pública y abierta, cualquier inversionista puede recurrir al arbitraje, incluso cuando no mantenga ninguna relación jurídica con el primero. Esa oferta se dirige a partes de las que el Estado no tiene conocimiento o cuya existencia ignora. El Estado lanza ofertas “al aire”, lo cual permite a una parte que el Estado no conoce a presentar una demanda en su contra en un procedimiento arbitral, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje celebrado en el marco de un contrato, en que las partes se conocen mutuamente en el momento en que acuerdan las condiciones del arbitraje. Esta situación se ha dado en una serie de casos planteados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, del que Marruecos es Estado contratante, entre los que figuran el de *The Carlyle Group* y el relacionado con la empresa alemana Sholz.

4. El inversionista es el único que puede servirse de este mecanismo de arbitraje y, además, puede determinar el momento de hacerlo y elegir el sistema de arbitraje que mejor se adecue a su situación. Goza de cierto monopolio en cuanto a la posibilidad de recurrir a un tribunal arbitral, facultad de la que carece el Estado. En el arbitraje de inversiones solo puede actuar como demandante el inversionista, y como demandado, el Estado.

5. Por consiguiente, los inversionistas a veces recurren a los tribunales arbitrales de forma abusiva. En algunos casos, lo hacen con el propósito de ganar poder de negociación y presionar al Estado anfitrión para que este les conceda determinados privilegios, llegar a un acuerdo con él o lograr que se ponga fin a una causa penal en contra del inversionista.

II. Desequilibrio sustantivo

6. El arbitraje de inversiones es unilateral, ya que mientras concede protección absoluta al inversionista mediante la imposición de un conjunto de obligaciones al Estado anfitrión, las obligaciones que recaen en el inversionista extranjero son leves o completamente inexistentes.

7. Además, se definen de manera amplia e imprecisa términos como “inversión”, “inversionista”, “expropiación de inversiones” y “trato justo y equitativo”. Esos términos se refieren a distintas conductas de los Estados como la denegación de justicia, los procedimientos discriminatorios, las medidas abusivas y arbitrarias y la participación de buena fe. Por consiguiente, las disposiciones en materia de arbitraje no concuerdan y los tribunales arbitrales no ofrecen las garantías de los sistemas judiciales nacionales, no son transparentes ni rinden cuentas.

8. Algunas expresiones como “las expectativas legítimas del inversionista” también plantean una serie de interrogantes. No es claro qué significan esos términos, ya que varían de un tribunal arbitral a otro y su definición es a veces contraria a la orientación política del país o incluso viola el derecho soberano de este a modificar su propia legislación interna, en particular en las esferas de la salud, el medio ambiente, la seguridad y la diversidad cultural.

III. Observaciones sobre el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

9. En vista de lo que antecede, y a fin de encontrar un justo equilibrio entre las expectativas de los inversionistas extranjeros y las del Estado anfitrión, no pensamos que deba abandonarse por completo el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En su lugar, proponemos que se lleve a cabo una reforma gradual del mismo que tenga como objetivo desarrollar el mecanismo de arbitraje y se centre en los aspectos siguientes:

a) La mayoría de los tratados de inversión no permiten que el Estado anfitrión presente una solicitud de arbitraje contra del inversionista extranjero, situación que socava los derechos de dicho Estado. Por consiguiente, debería ser posible que los Estados entablaran una demanda en contra del inversionista extranjero si este infringiera una disposición de la legislación interna del Estado anfitrión o de los tratados internacionales.

b) La actitud del tribunal arbitral respecto de las expectativas legítimas del inversionista puede atentar contra las prerrogativas soberanas del Estado anfitrión y, en particular, su derecho a modificar su propia legislación. Por consiguiente, proponemos que las obligaciones que incumben a los Estados se establezcan con precisión. Los Estados deberían conservar la libertad de legislar sobre determinados sectores y esferas estrictamente definidos, siempre que ello no afecte a derechos adquiridos que la ley confiera al inversionista. Esas obligaciones deberían consignarse en el contrato de inversión celebrado entre el Estado anfitrión y el inversionista extranjero, y la expectativa legítima de este no debería interpretarse como una cláusula de estabilización. Los inversionistas no pueden acogerse a las condiciones establecidas en el tratado de inversión, en particular las relativas al trato justo y equitativo o a las expectativas legítimas del inversionista, de manera que se imponga una obligación al Estado que le impida modificar sus propias leyes y legislación interna. Cuando un Estado adopta medidas legislativas para proteger el bienestar público, las consecuencias económicas que tenga su accionar para el inversionista no pueden constituir incumplimiento alguno de las obligaciones internacionales contraídas dicho Estado.

c) Con respecto al elevado costo del arbitraje, que supone una carga para el presupuesto del Estado, deseamos formular la propuesta siguiente:

- Debería elaborarse un marco que comprendiera un mecanismo para supervisar las solicitudes presentadas por los inversionistas con miras a impedir que los inversionistas extranjeros presenten solicitudes de arbitraje abusivas o excesivas. A fin de evitar que los Estados anfitriones se expongan a riesgos jurídicos y financieros, consideramos que se debería alentar el recurso al arbitraje acelerado y denegar automáticamente las solicitudes de arbitraje abusivas;

- Debería alentarse a las partes a que, antes de recurrir al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sometan primeramente sus controversias a los tribunales nacionales durante un período de tiempo determinado (por ejemplo, de 12 meses). Los tribunales nacionales deberían conservar la competencia para conocer de este tipo de controversias y los jueces deberían tener la formación especializada necesaria para dirimirlas con imparcialidad cuando el Estado sea parte en ellas.

d) Se han dado casos de falta de transparencia o conflicto de intereses que ponen en peligro el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Estas situaciones se han planteado debido al número, relativamente reducido, de especialistas en solución de controversias en materia de inversiones, lo que a su vez explica que tan solo pueda nombrarse a un grupo limitado de personas como decisores. Como consecuencia de ello, las mismas personas físicas pueden acumular distintas funciones ("*double hatting*") y actuar simultáneamente como decisores, asesores jurídicos y abogados. El ejemplo que mejor ilustra esta situación es el reciente caso de la Sra. Malotobi, que se excusó de intervenir como decisora en una causa entre un inversionista y la Argentina después de que trascendiera que su marido era asesor de ese país.

Con miras a defender el principio de transparencia, Marruecos propone que en el proceso de selección de los decisores se tenga en cuenta la dimensión geográfica y se adopte una perspectiva de género.

e) En el artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, se establece que un tercero (es decir, un *amicus curiae*) puede presentar un escrito en el marco de una controversia sometida a arbitraje. Esta práctica plantea las cuestiones siguientes:

- La intervención de un tercero ante los tribunales arbitrales es incongruente con el principio de relatividad de los contratos y los acuerdos de arbitraje.
- ¿Qué condición jurídica tiene ese tercero? ¿Se trata de una parte litigante o de una parte que apoya la posición de una de las partes en el arbitraje? ¿Sus observaciones son generales o se suman a los medios utilizados por una de las partes litigantes?
- ¿Qué límites se aplican a la intervención de un tercero no litigante en un arbitraje? ¿Puede intervenir ese tercero ante un tribunal nacional una vez que la decisión se haya vuelto ejecutable o se impugne su validez?
- El tribunal arbitral tiene la facultad discrecional de aceptar o rechazar las observaciones de terceros sin consultar con las partes litigantes, que tan solo podrán formular observaciones sobre la posición de esos terceros, lo que plantea interrogantes sobre los criterios del tribunal arbitral para aceptar esas observaciones y la responsabilidad de ese tribunal arbitral, en particular cuando el principal objetivo que persiga el tercero con su intervención sea abusivo o su intervención responda al deseo de prolongar el procedimiento, especialmente cuando el tercero estuviera asesorado por determinadas entidades o partes.