



Asamblea General

Distr. limitada
31 de julio de 2019
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)**
38º período de sesiones
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019

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

Comunicación de la República de Corea

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 31 de julio de 2019 del Gobierno de la República de Corea con miras a su participación en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. En el anexo de la presente nota figura la traducción al español del texto en inglés recibido.



Anexo

I. Introducción

La República de Corea (“Corea”) agradece el trabajo colectivo que los Estados miembros que han participado en el Grupo de Trabajo III durante los últimos cuatro períodos de sesiones han realizado para identificar una amplia gama de preocupaciones relativas al mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados (“SCIE”) establecido en acuerdos internacionales de inversión (“AII”) y para analizar posibles opciones de reforma. Dado que en su 38° período de sesiones, que se celebrará en octubre de 2019, las deliberaciones del Grupo de Trabajo entrarán en la siguiente fase, Corea desea presentar sus observaciones acerca del futuro enfoque del Grupo con el fin de contribuir a las deliberaciones en curso.

Teniendo en cuenta que las deliberaciones del Grupo de Trabajo son abiertas y que los temas están en constante evolución, Corea considera que sería provechoso que el Grupo adopte una postura flexible para evaluar posibles opciones de reforma, manteniendo el impulso actual. En este contexto, el objetivo de Corea es ofrecer una contribución práctica para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

En la presente comunicación, que también refleja las distintas opiniones del mundo académico y la sociedad civil¹, Corea desea tratar tres temas principales: i) las modalidades de futuras deliberaciones; ii) los temas adicionales para las deliberaciones del Grupo de Trabajo; y iii) las sugerencias relativas a un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones (“mecanismo permanente”).

II. Modalidades de futuras deliberaciones en el Grupo de Trabajo

En los períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo surgieron dos enfoques distintos. En uno de ellos se propone una opción de reforma “incremental”. Se sugiere que los Estados recaben más inquietudes y persigan los cambios necesarios en el marco vigente del mecanismo de SCIE². En el otro enfoque se propone que los Estados busquen una reforma “estructural”. Según este enfoque, las inquietudes expresadas hasta la fecha indican que es necesario revisar el sistema de SCIE actual³. Habiendo reconocido que existen dos enfoques distintos y que las opiniones expuestas en el Grupo de Trabajo están divididas, los Estados han acordado adoptar un sistema de dos vías, a través del cual el Grupo de Trabajo estudiará ambos enfoques en sus futuras deliberaciones y dedicará la misma cantidad de tiempo y recursos a ambos⁴.

¹ Varios grupos de la sociedad civil coreana, con el nombre de Solidaridad de los Pueblos para la Democracia Participativa, publicaron y presentaron un comunicado conjunto ante el Ministerio de Justicia de Corea en junio de 2019 en el que se sugerían varias opciones de reforma con respecto a las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la CNUDMI. En el comunicado se sugiere i) prohibir la financiación por terceros; ii) exigir el agotamiento de los recursos internos; iii) ampliar la participación de terceros (incluida la sociedad civil); iv) aumentar el uso de contrademandas por los Estados demandados; v) fortalecer la transparencia; vi) prevenir las controversias; e incluso vii) abolir el sistema de SCIE. Señalaron que las deliberaciones de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de SCIE eran una gran oportunidad para desarrollar políticas de inversión más democráticas y respetuosas de los derechos humanos, sobre la base de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. *Opinión sobre la reforma del sistema de SCIE presentada por Lawyers for Democratic Society y Solidaridad de los Pueblos para la Democracia Participativa el 27 de junio de 2019.*

² A/CN.9/970, *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones (Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019)*, párr. 68.

³ *Ibid.*, párr. 71.

⁴ *Ibid.*, párr. 81.

La tarea que queda pendiente es decidir cómo gestionar este enfoque de dos vías de forma justa, equilibrada y eficiente, de modo que los Estados puedan lograr los objetivos establecidos en el mandato de la Comisión. Como ya se señaló durante el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, un esquema doble de deliberaciones y negociaciones en el marco del sistema de dos vías supondría una carga logística tanto para los Estados como para la Secretaría. Desde nuestro punto de vista, en los últimos cuatro períodos de sesiones ya se ha alertado sobre la considerable carga logística para los Estados y la Secretaría que conlleva la organización, preparación y funcionamiento del Grupo de Trabajo. En este sentido, el modelo de dos vías podría agregar otro nivel de complejidad, a menos que se gestione de forma adecuada.

Lo que es más importante, en la opinión de Corea, es que el modelo de dos vías no debería permitir, en efecto, que dos subgrupos distintos dentro del Grupo trabajen de manera independiente y por separado. Esto podría no solo exacerbar las divisiones dentro del Grupo, sino también dificultar la realización del objetivo debido a obstáculos logísticos cada vez mayores. Por lo tanto, Corea considera fundamental asegurar que el Grupo de Trabajo no se dividirá en dos subgrupos distintos. Por el contrario, a lo largo de todo el proceso, debería haber un solo grupo dedicado a las dos facetas de las deliberaciones.

Lo anterior significa que las deliberaciones sobre una vía deberían ser la continuación de las relativas a la otra vía, y viceversa. En otras palabras, no se deberían suspender las deliberaciones sobre una vía para comenzarlas sobre la otra. Los Estados Miembros podrían simplemente ajustar la forma de analizar las cuestiones. De ese modo, las deliberaciones sobre una vía podrían esclarecer las relativas a la otra de una manera mutuamente complementaria, lo que permitiría mantener el impulso de las deliberaciones y garantizar su eficiencia en la mayor medida posible.

Corea sostiene que esta fórmula es viable porque consideramos que los elementos sustantivos (es decir, las inquietudes señaladas hasta ahora) que se examinarían con relación a los dos enfoques son los mismos (o, por lo menos, se superponen en gran medida). Los objetivos y los temas de las deliberaciones son idénticos o muy similares. La única diferencia parece radicar en la forma de responder a las inquietudes señaladas. Si eso ocurre, el Grupo de Trabajo podría tener en cuenta el siguiente formato. En cada semana de los futuros períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo podría comenzar sus deliberaciones teniendo en cuenta el enfoque incremental y trasladar luego los resultados de esas deliberaciones a su examen del enfoque estructural; tal vez la única diferencia en estas últimas deliberaciones sería que las mismas cuestiones se examinarían desde la perspectiva de la creación de un nuevo mecanismo permanente. Del mismo modo, el contenido de las deliberaciones relativas a la vía de la reforma estructural podría luego trasladarse al examen de la vía incremental cuando se reanudara el siguiente período de sesiones. En otras palabras, las cuestiones examinadas en relación con una vía podrían continuamente trasladarse al examen de la otra. Con una adecuada planificación previa, Corea considera que esta propuesta podría ponerse en práctica de forma eficiente. Se podría solicitar a la Secretaría que elabore un plan concreto a este respecto.

Corea opina que durante este proceso es fundamental respetar y preservar la facultad discrecional de la Presidencia. La Presidencia podría ejercer su discreción de manera flexible, sin dejar de mantener el equilibrio general y la equidad. En principio, se debería otorgar a cada vía la misma cantidad de tiempo de deliberación, a condición de que la Presidencia pueda redistribuir el tiempo según la evolución de las deliberaciones.

En cuanto al resultado final de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se ha subrayado repetidamente que, en este momento, no debería haber ninguna conclusión determinada con anterioridad. El Grupo de Trabajo debería asegurarse de que el resultado quede abierto. En nuestra opinión, esta es la mejor manera de fomentar contribuciones significativas y sinceras de los Estados en el Grupo de Trabajo.

Cuando las deliberaciones lleguen a su fin, se podrían presentar los resultados relativos a cada una de las vías para consolidarlos, organizarlos o ajustarlos de forma definitiva. Sería preferible que hubiera un “paquete” final. En este único paquete final, se podría ofrecer un instrumento multilateral a los Estados que lo quisieran. En el paquete también se podría proporcionar orientación y alternativas entre las que los Estados podrían elegir para incorporar en sus futuros AII. Un Estado podría no elegir ninguna, optar por una de las dos o por ambas, según sus circunstancias y el contenido del paquete final.

III. Temas adicionales para las deliberaciones del Grupo de Trabajo

Corea desea señalar las siguientes cuestiones a la atención del Grupo de Trabajo para enriquecer las deliberaciones en curso: 1) la regulación de la financiación por terceros; 2) la cooperación internacional para la prevención de controversias en materia de inversiones; y 3) la regulación de las reclamaciones de fondos multinacionales de inversión libre.

1. La regulación de la financiación por terceros

En las observaciones e información de los períodos de sesiones anteriores se ha reconocido ampliamente que la práctica de la financiación por terceros se ha extendido de manera sustancial tanto en lo que respecta al número de financiadores como en lo relativo al capital disponible⁵. En Corea existen diversas opiniones sobre cómo tratar la financiación por terceros. Las organizaciones de la sociedad civil afirman que, en principio, la financiación por terceros debería prohibirse, pero que se podría permitir en circunstancias excepcionales a fin de garantizar el acceso a la justicia⁶. Sin embargo, partiendo del supuesto de que las deliberaciones del Grupo de Trabajo se encaminan hacia la regulación de la financiación por terceros, no su total prohibición, quisiéramos proponer algunas cuestiones que podrían examinarse.

En las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo se ha mostrado que los Estados coinciden en las principales razones para regular la financiación por terceros, por ejemplo, ocuparse de cuestiones relacionadas con los conflictos de intereses ocultos entre árbitros y financiadores, el control e influencia indebidos de los terceros en la gestión de los casos o la solución de controversias, los problemas en la confidencialidad, la garantía de cobro de las costas, y el aumento de demandas infundadas⁷. Corea comparte estas preocupaciones y desea reiterar su interés en iniciar un análisis exhaustivo de la cuestión. Lo mejor sería realizar dicho análisis en tres etapas: alcance de la regulación; obligación de comunicar información y requisitos conexos; y medidas de ejecución.

En cuanto al alcance de la regulación, se podría subrayar la necesidad de incluir el asesoramiento y representación jurídicos en el marco de la posible regulación de la financiación por terceros. Se ha identificado a la incapacidad de una parte de cumplir con un laudo adverso (incluido un laudo por el que se ordene el pago de las costas de la parte contraria) como una de las principales preocupaciones en las que se basa la regulación de la financiación por terceros⁸. Así sucede, sobre todo, en cuanto a los Estados demandados, ya que ha habido casos en los que a los Estados se les había otorgado la

⁵ *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Financiación por terceros, Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.157, párr. 7; Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018), A/CN.9/935, párr. 89.*

⁶ *Opinión sobre la reforma del sistema de SCIE presentada por Lawyers for Democratic Society y Solidaridad de los Pueblos para la Democracia Participativa el 27 de junio de 2019.*

⁷ *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Financiación por terceros, Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.157, párrs. 16 a 34.*

⁸ *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Financiación por terceros, Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.157, párr. 31.*

recuperación de las costas, pero finalmente no lograron cobrarlas⁹. Los arreglos de pago alternativos, como los pactos de cuotalitis, son ejemplos clásicos de financiación proporcionada por los representantes de las partes y, en muchos casos, podrían implicar un posible riesgo de que una parte carezca de fondos. Asegurar que la futura regulación de la financiación por terceros cubra los gastos del asesoramiento y representación jurídicos podría ayudar a aumentar la eficacia de esa nueva regulación.

En cuanto a los requisitos de comunicar información, se podría incluir una disposición en la que se establezca explícitamente que las partes tienen la obligación de comunicar información sobre la existencia de financiación por terceros, la identidad del financiador y, posiblemente, la naturaleza y condiciones del acuerdo de financiación por terceros en cuestión. Otros requisitos pertinentes podrían fijarse mediante AII o a través de la facultad de un tribunal para disponer que se comunique información adicional si se considera necesario. Además, el tribunal, tras tener en cuenta las circunstancias de la controversia, como la existencia de financiación por terceros y la naturaleza de sus condiciones, podrá ordenar la garantía de cobro de las costas para afrontar la posibilidad de que una parte carezca de fondos.

En caso de quebrantamiento o incumplimiento de estos requisitos, sería esencial contar con medidas de ejecución adecuadas. En este sentido, la suspensión del procedimiento —que podría conducir a su conclusión— o la posibilidad de que se ordene el pago de las costas de la parte contraria podrían ser opciones viables. También se podría establecer que el incumplimiento de la obligación de comunicar información sea un motivo para que el tribunal extraiga conclusiones desfavorables de la parte en cuestión.

Corea ha presentado observaciones sobre este tema en el contexto de las enmiendas de las reglas del CIADI¹⁰. Las deliberaciones actuales sobre las enmiendas de las reglas del CIADI relativas a la financiación por terceros, con aportaciones de la Secretaría del CIADI y los Estados participantes, son una contribución importante para las futuras deliberaciones sobre este tema en el Grupo de Trabajo.

2. Cooperación internacional para la prevención y respuesta relativas a las controversias en materia de inversiones

Como han confirmado varios estudios, responder a los procedimientos de SCIE requiere una cantidad considerable de tiempo y dinero. Corea ha sostenido que es más rentable concentrarse en la “prevención” de controversias que en la regulación *a posteriori*. De hecho, Corea ha realizado un trabajo continuo para concebir y poner en práctica medidas de prevención de SCIE que incluyen, como señalaron algunos Estados miembros durante nuestras deliberaciones, el sistema de defensoría y la publicación de manuales.

La experiencia de Corea indica que un sistema de defensoría para la inversión extranjera puede ser un recurso valioso para la retención de las inversiones y la prevención de controversias al brindar una asistencia amplia a los inversionistas extranjeros tras la controversia. A través de este sistema se pueden atender las reclamaciones y armonizar las discrepancias entre los organismos conexos. El sistema de defensoría puede ayudar a evitar que una reclamación se convierta en una controversia en materia de inversiones. El Gobierno de Corea publica y distribuye manuales y folletos para proporcionar información general sobre la prevención de controversias y sobre el significado de las principales disposiciones de los AII. A petición de organismos públicos, municipalidades locales o entidades públicas, el ministerio competente organiza conferencias y seminarios sobre la prevención de SCIE basándose en la información de estos manuales.

⁹ Secretaría del CIADI, *Survey for ICSID Member States on Compliance with ICSID Awards (2017)*, pág. 4; Christine Sim, “Security for Costs in Investor-State Arbitration”, 33 (3) *Arbitration International* 427, págs. 461 a 462.

¹⁰ *The Republic of Korea’s Further Comments to ICSID Rule Amendments*, págs. 3 a 5 y 9 a 11. (Disponible en: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Korea_CommentsWP2_06.28.2019.pdf).

En particular, gracias a su experiencia con una serie de casos recientes de SCIE, Corea ha aprendido que la acumulación de conocimientos generales y especializados, experiencia y capacidad institucional desempeña un papel crucial para brindar una respuesta eficaz a las controversias en materia de inversiones, sobre todo en las primeras etapas del arbitraje. En este contexto, Corea considera que los Estados miembros podrían beneficiarse enormemente de la creación de un método sistemático de intercambio de conocimientos y prácticas eficaces vinculadas a la prevención y respuesta de controversias. El Gobierno de Tailandia ya había realizado una observación similar en el Grupo de Trabajo¹¹ al proponer que este estudiara la creación de “directrices en materia de prevención de controversias” y el establecimiento de un “centro de asesoramiento sobre derecho internacional de las inversiones”¹². Corea reconoce las ventajas de estas propuestas y las apoya.

El centro de asesoramiento podría convertirse en una plataforma para la recopilación y difusión de las mejores prácticas e información institucional. El centro podría ayudar a los Estados en desarrollo al publicar directrices de política, educar sobre la prevención de controversias, crear una base de datos de laudos y decisiones arbitrales y brindar asesoramiento jurídico sobre la gestión de posibles controversias. En este sentido, Corea quisiera añadir que una red de centros de asesoramiento regionales puede ser más eficaz para lograr ese objetivo. Corea quisiera aprovechar esta oportunidad para comunicar a los Estados miembros que el actual Centro Regional de la CNUDMI para Asia y el Pacífico podría ser una opción viable para asumir esas responsabilidades.

3. Reclamaciones de fondos multinacionales de inversión libre

Como última observación para proseguir las deliberaciones en el Grupo de Trabajo, Corea quisiera señalar a la atención de los Estados miembros la necesidad de regular las reclamaciones abusivas de los fondos multinacionales de inversión libre¹³. Como señalaron acertadamente algunas delegaciones en períodos de sesiones anteriores, el número, así como la magnitud, de las reclamaciones presentadas por fondos multinacionales ha aumentado. A pesar de las crecientes dificultades relativas a la compatibilidad de estos fondos con el objeto y propósito de los AII, se sospecha que algunos de ellos están abusando de su estructura orgánica ambigua y de varios niveles (generalmente adaptada a efectos fiscales) para elegir la jurisdicción más ventajosa donde presentar los casos de SCIE.

Prácticamente todos los AII firmados y ratificados hasta la fecha tienen el objetivo de promover el desarrollo económico de los Estados partes al establecer condiciones que los inversionistas extranjeros podrían aceptar y, al mismo tiempo, proteger sus derechos¹⁴. Los AII suelen restringir el alcance de la protección y la competencia sustantivas al prever la existencia de inversiones e inversionistas “cubiertos” o “protegidos”. En este sentido, los laudos anteriores han confirmado que las inversiones que merecen protección deben cumplir ciertos requisitos, como tener una duración suficiente y haber contribuido al desarrollo económico del Estado anfitrión¹⁵. Sin embargo, en el régimen actual de los AII no ha existido la oportunidad de examinar el carácter singular de las reclamaciones de los fondos de inversión libre a corto plazo desde este punto de vista. Los tribunales arbitrales tampoco han analizado este fenómeno ni han producido la jurisprudencia adecuada. Se pueden plantear cuestiones sobre cómo determinar si estos

¹¹ *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Nota de la Secretaría*, A/CN.9/WG.III/WP.149, párr. 59.

¹² *Observaciones del Gobierno de Tailandia*, A/CN.9/WG.III/WP.162, párrs. 25 a 27.

¹³ En el anexo A.2. del documento A/CN.9/WG.III/WP.149, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Nota de la Secretaría*, se ha identificado que el abuso del proceso es uno de los problemas del mecanismo actual de SCIE.

¹⁴ Kenneth Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press (2009), págs. 1 y 2.

¹⁵ Desde hace tiempo se reconoce que estos dos requisitos son una parte esencial de la llamada “prueba *Salini*”. Véase Christoph Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary* (segunda edición), Cambridge University Press (2009), págs. 130 a 134.

fondos cumplen los requisitos básicos para ser considerados una “inversión” o un “inversionista”.

IV. Deliberaciones sobre el mecanismo permanente

Si bien Corea considera que la reforma estructural es una opción viable para responder a las preocupaciones de los Estados señaladas anteriormente en relación con el sistema actual de SCIE, también opina que, antes de que el Grupo de Trabajo llegue a una conclusión prematura, es necesario estudiar y examinar cuidadosa y exhaustivamente las cuestiones jurídicas y las dificultades logísticas relativas a la reforma estructural. Quisiéramos señalar que la reforma estructural podría entrañar consecuencias no deseadas o inesperadas en muchos aspectos, ya que el Grupo de Trabajo está examinando un sistema que tiene 53 años y que ha producido más de 3.300 AII. En particular, tener una idea más clara de un acuerdo multilateral, como un mecanismo permanente, que no solo abarque sus ventajas, sino también sus desventajas, ayudará a los Estados a prepararse para esas consecuencias imprevistas y minimizarlas.

La compatibilidad con el sistema actual de SCIE podría ser una de las cuestiones que más atención merecen. Se debería prestar más atención a la compatibilidad de un posible acuerdo multilateral con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York y los AII de los Estados. En concreto, los Estados podrían solicitar que se aclare si estos instrumentos vigentes deberían modificarse para articular un posible mecanismo permanente. Algunos Estados miembros quizás también tengan que modificar su legislación interna.

Otra cuestión fundamental es la duración de un período de transición. Parece posible que, durante dicho período, algunos Estados se encuentren en una situación en la que habría dos sistemas distintos. Los Estados tendrían que ocuparse de procedimientos de SCIE de conformidad con sus AII vigentes y, al mismo tiempo, de procedimientos basados en un mecanismo permanente recién creado. Para algunos Estados, esto podría suponer otra capa de fragmentación en la solución de controversias sobre inversiones. Por lo tanto, la manera de hacer frente a una situación de ese tipo durante el período de transición parece ser un tema importante de deliberación para el Grupo de Trabajo.

Además, otro problema práctico sería la selección de decisores. Con respecto a los criterios de selección, se deberían tener en cuenta varios factores, como la representación regional, la diversidad de antecedentes y la experiencia demostrada. Elaborar un proceso de selección aceptable sería igualmente importante. Seleccionar y retener decisores que puedan responder a las preocupaciones señaladas será esencial para el éxito de la reforma. Asimismo, una forma de asegurar los recursos financieros para financiar un nuevo acuerdo multilateral y asignar los gastos entre los Estados merece la cuidadosa atención del Grupo de Trabajo. De hecho, la viabilidad y factibilidad de una opción de reforma estructural depende en última instancia de la manera en que el Grupo de Trabajo trate y analice estos temas concretos.

En este contexto, Corea considera que las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las reformas estructurales serían más productivas si se realizaran teniendo en cuenta estas repercusiones sistémicas y problemas prácticos.