



Asamblea General

Distr. limitada
17 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)**
38° 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 del Gobierno de Sudáfrica

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 17 de julio de 2019 del Gobierno de Sudáfrica con miras al 38° período de sesiones del Grupo de Trabajo III. En el anexo figura la traducción al español del texto en inglés que se ha recibido.



Anexo

I. Introducción

1. El Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha señalado inquietudes, que pueden agruparse en cuatro categorías, en relación con las cuales se considera conveniente reformar el sistema de SCIE:

- *Inquietudes relacionadas con la falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en casos de SCIE*: interpretaciones divergentes de normas sustantivas, interpretaciones divergentes en cuanto a la competencia y la admisibilidad y falta de uniformidad en los procedimientos; falta de un marco aplicable a los procesos múltiples; limitaciones de los mecanismos actuales para subsanar la falta de concordancia y corrección de las decisiones arbitrales¹;
- *Inquietudes relacionadas con los árbitros y los decisores*: falta real o aparente de independencia o imparcialidad; límites de los mecanismos de recusación existentes; falta de diversidad de los decisores; cualificación de los decisores²;
- *Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos de SCIE*: procesos de SCIE largos y costosos y falta de un mecanismo para hacer frente a las demandas infundadas o carentes de mérito; asignación de las costas en los procesos de SCIE; inquietudes relativas a la disponibilidad de garantías de cobro de las costas en los procesos de SCIE; inquietudes relacionadas con la financiación aportada por terceros³; e
- *Inquietudes relacionadas con la financiación aportada por terceros*: falta de transparencia y regulación y repercusiones de la financiación aportada por terceros en distintos aspectos de la SCIE, por ejemplo, el aumento del número de demandas infundadas, los costos de la SCIE y las garantías de cobro de las costas⁴.

2. El Grupo de Trabajo también tuvo en cuenta diversos aspectos planteados durante el debate acerca de otras inquietudes de cara a la elaboración de sus herramientas de reforma a fin de que todas las partes interesadas consideren que las soluciones son legítimas. Entre estos aspectos, pueden citarse: el examen de otros medios, distintos del arbitraje entre inversionistas y Estados, para resolver controversias relativas a las inversiones, así como métodos para prevenir controversias⁵; el agotamiento de recursos internos⁶; la participación de la comunidad local afectada por la controversia relativa a la inversión para que se puedan dar a conocer y examinar las cuestiones que sean pertinentes, además de los escritos que pueda presentar la comunidad local en su calidad de tercero⁷; obligaciones de los inversionistas y reconveniones⁸, y, en el contexto del examen de la parálisis normativa, los posibles efectos de los mecanismos de SCIE en la política de los Estados en materia de regulación⁹.

¹ Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018), párrs. 39, 53 y 63.

² *Ibid.*, párrs. 83, 90, 98 y 106.

³ *Ibid.*, párrs. 122, 123 y 133.

⁴ CNUDMI, informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019), (en adelante, “informe del 37º período de sesiones”), párr. 25.

⁵ *Ibid.*, párr. 29.

⁶ *Ibid.*, párr. 30.

⁷ *Ibid.*, párrs. 31 a 33.

⁸ *Ibid.*, párrs. 34 y 35.

⁹ *Ibid.*, párrs. 36 y 37.

II. Proceso convenido para determinar y desarrollar soluciones

3. En su 37º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 1 al 5 de abril de 2019, el Grupo de Trabajo convino en observar los siguientes pasos:

- Paso 1: los Estados y las organizaciones a las que se haya otorgado la condición de observadoras deberían haber presentado a la secretaría de la CNUDMI a más tardar el 15 de julio de 2019 sus observaciones sobre las otras soluciones que podrían desarrollarse y el momento en que podrían debatirse esas soluciones;
- Paso 2: en su siguiente período de sesiones, que tendría lugar en octubre de 2019 (14 a 18 de octubre de 2019, en principio), el Grupo de Trabajo III determinaría qué opciones se debatirían y cuándo se las examinaría, teniendo en cuenta su capacidad y la organización de su programación;
- Paso 3: el Grupo de Trabajo III debería empezar a elaborar y desarrollar posibles soluciones que se habrían de recomendar a la Comisión.

4. El objetivo de la presente comunicación es exponer la opinión de Sudáfrica respecto de las posibles opciones de reforma, teniendo en cuenta el contexto de la SCIE y sus problemas conexos, así como los principios necesarios en los que deberían basarse las propuestas de reforma para que prosperaran.

III. La SCIE en contexto

5. Las instituciones económicas internacionales han promovido ampliamente la inversión extranjera como medio de desarrollo. En ese contexto, por desarrollo se entiende liberalización financiera, privatización de bienes y servicios públicos, desregularización, apertura a la inversión extranjera, disciplina fiscal y un Estado con un papel reducido. Por tanto, el significado de desarrollo abarca el concepto de crecimiento económico a través del libre mercado, la propiedad privada y la libre circulación de capitales.

6. A menudo se dice que la mejor manera de lograr el desarrollo pasa por el crecimiento económico y, a tal fin, hace falta garantizar la existencia de un mercado libre y la competencia leal. Asimismo, para alcanzar el desarrollo es necesario proteger al máximo la propiedad privada y los derechos contractuales y garantizar la libre circulación de capitales en el mundo a través del comercio internacional y la inversión extranjera directa. Se considera que el Estado tiene por función establecer y preservar un marco institucional adecuado para esas prácticas. Según esta concepción, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar los derechos de propiedad para optimizar el desarrollo del mercado. Se estima que lo mejor es dejar la distribución de los recursos, como la salud, la vivienda, la educación, el agua y el saneamiento, entre otros, en manos del mercado: el Estado no debería intervenir en esa distribución, puesto que sus intereses podrían afectar a la neutralidad y la competencia leal en el mercado.

7. Según este planteamiento, los derechos humanos significan un costo de producción que es elevado y las personas que viven en las zonas en que se llevan a cabo proyectos de desarrollo son percibidas como parte de un riesgo jurídico al que debe hacerse frente. Se desplaza a las comunidades locales de las zonas en que han vivido tradicionalmente a fin de liberar espacio para los proyectos de inversión y, pese a ello, no se ofrecen a esas comunidades nuevos trabajos ni nuevas oportunidades y apenas se tienen en consideración los vínculos culturales, sociales y políticos que las unen a sus tierras, cuando no se obvian por completo. Según esta lógica, la propiedad y los derechos contractuales de los inversionistas priman sobre el interés público y las necesidades públicas. Además, se protegen los derechos de los inversionistas con varios instrumentos como los acuerdos internacionales de inversión y los contratos entre inversionistas y Estados. Los Estados garantizan derechos a los inversionistas mediante tratados de inversión, algunos de los cuales ofrecen garantías similares a las previstas en las normas internacionales de derechos humanos, como el derecho a no ser privado de la propiedad arbitrariamente y el derecho a recibir igual protección de la ley. Por otra

parte, algunos de estos derechos que se reconocen a los inversionistas pueden incidir en cuestiones de interés público como la salud, las condiciones laborales, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y el acceso al agua potable.

8. El sistema de SCIE permite a los inversionistas extranjeros presentar demandas ante un tribunal arbitral internacional contra el Gobierno anfitrión y da a los particulares acceso a las instancias supranacionales, lo que constituye una discriminación a las empresas que realizan sus actividades localmente y plantea algunas cuestiones sistémicas. En cambio, las personas y las comunidades perjudicadas por las inversiones extranjeras no disponen de mecanismos claros para reclamar justicia y reparación. Sus derechos están sometidos a un sistema que obedece a criterios puramente comerciales y privados y que está diseñado para resolver los casos que se suscitan entre las partes, centrándose exclusivamente en atender al interés económico privado de los inversionistas.

9. La ausencia de participación pública en la negociación de los tratados de inversión o en las controversias que surgen en el marco de esos tratados debería ser razón suficiente para exigir la incorporación adecuada y efectiva de las normas de derechos humanos en los acuerdos internacionales de inversión. Asimismo, hacer que los Estados sean los únicos obligados a promover, proteger y garantizar los derechos de las personas, como ocurre en el actual marco jurídico internacional en materia de derechos humanos es ignorar el orden económico mundial actual en el que las empresas tienen un mayor poder de influencia sobre las vidas de las personas, pero no tienen la necesidad de responder de sus acciones, al menos no por cauces formales. Así pues, los países se enfrentan a un sistema desequilibrado en que se utiliza el mecanismo de ejecución de SCIE para amparar a las multinacionales, mientras que los derechos humanos y el medio ambiente únicamente se protegen mediante un “derecho no vinculante” cuyo cumplimiento no se puede exigir. Por tanto, el sistema de SCIE traslada el interés público y los derechos de las personas al ámbito del derecho privado.

10. La inversión extranjera dista de ser una mera cuestión exclusivamente privada relacionada con el beneficio económico de los inversionistas; es una cuestión que lleva aparejadas inquietudes en materia de derechos humanos e interés público. Por ese motivo, la interacción entre los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones suscita inquietudes fundamentales. Sin embargo, el derecho de los tratados de inversión prevé su propia interpretación del modo en que deben entenderse los derechos de los inversionistas y en que debe asegurarse su cumplimiento, y discrepa claramente de las normas de derechos humanos. Asimismo, el cumplimiento de las garantías que amparan a los inversionistas puede, a su vez, tener implicaciones para las garantías de los derechos humanos de otros colectivos que pueden no estar representados en los procesos de SCIE que se inician.

11. Por tanto, el régimen internacional actual en materia de inversiones es perjudicial para los presupuestos públicos, las reglamentaciones que defienden el interés público, la democracia y el estado de derecho. El régimen actual no hace nada para proteger los derechos de las personas afectadas por las inversiones extranjeras. Las multinacionales no tienen obligaciones internacionales vinculantes en materia derechos humanos y laborales, ni en materia de protección medioambiental, y las personas físicas y las comunidades afectadas no pueden recurrir a la justicia internacional cuando las multinacionales conculcan sus derechos. Las multinacionales, como entidades privadas con ánimo de lucro, deben estar sometidas al interés público, no solo en el plano nacional, sino también en el internacional.

12. Los países tienen que evaluar los costos y los beneficios de los tratados internacionales de inversión y reflexionar sobre sus estrategias y objetivos futuros. También es necesario dejar claro en los tratados de inversión que no deben perseguirse sus objetivos de protección de las inversiones y de liberalización a costa de la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente o la promoción de los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

13. Son cada vez más los países que tratan de poner fin a la asimetría del sistema de SCIE modificando o abandonando el régimen internacional de las inversiones y que

impulsan la elaboración de un tratado de las Naciones Unidas en materia de multinacionales y derechos humanos, que sea vinculante. Ese tratado debería incluir obligaciones exigibles para las multinacionales y un mecanismo para garantizar su cumplimiento y, de ese modo, contribuir a que se acabe con la impunidad de que gozan con respecto a las vulneraciones de los derechos humanos y a que se garantice el acceso a la justicia de las personas y las comunidades afectadas por los abusos que cometen. No deberían tener cabida los acuerdos que facultan a las multinacionales a demandar a los Gobiernos que atienden las necesidades socioeconómicas, sino que debería salvaguardarse un margen de acción para la aplicación de políticas públicas:

- para promover y proteger los derechos humanos y laborales, la salud de las personas y el medio ambiente;
- para permitir que los países hagan transiciones sin asumir obligaciones onerosas y riesgos de responsabilidad civil;
- para establecer la primacía de los derechos humanos y el derecho medioambiental por encima del deseo de obtener beneficios.

IV. Criterios de reforma

14. Toda reforma del régimen internacional de las inversiones debe comenzar por atender a su propia finalidad. Debido a su origen, los acuerdos internacionales de inversión han tenido y siguen teniendo como principal objetivo la protección de los inversionistas extranjeros y, más recientemente, la facilitación de las operaciones de esos inversionistas, tratando de fomentar así que se intensifiquen los flujos de inversión extranjera directa. Sin embargo, esa finalidad ya no es suficiente y debe ser ampliada. En particular, los acuerdos internacionales de inversión deben reconocer, además, la necesidad de promover el desarrollo sostenible y los flujos de inversión extranjera directa que respalden ese objetivo.

15. Debe reconocerse conscientemente el principio del desarrollo sostenible incentivando y facilitando las inversiones y velando por que estas sean responsables, lo cual también quiere decir que las reformas deberían estar encaminadas a fomentar el desarrollo de una alternativa inclusiva a la solución de controversias relativas a las inversiones.

16. Asimismo, la reforma del sistema de SCIE debe ser compatible con unos objetivos más amplios en materia de desarrollo sostenible. En el momento en que el Grupo de Trabajo III inicie la fase 3 y busque soluciones a las inquietudes que se han señalado, es importante que las deliberaciones de los Estados se guíen por sus obligaciones internacionales y nacionales. Las soluciones que puedan proponerse en la fase 3 deben perseguir los objetivos de las Naciones Unidas, cuya expresión más reciente constituyen los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La promoción y la atracción de inversiones no debería ser un fin en sí mismo, sino un medio para cumplir los objetivos más amplios enunciados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las obligaciones de derechos humanos, como la reducción de la pobreza y el hambre, el empoderamiento de los pueblos indígenas, la promoción del trabajo decente y la lucha contra la degradación ambiental y el cambio climático.

17. Las deliberaciones acerca de la reforma del sistema de SCIE deben tomar en consideración un conjunto creciente de propuestas de reforma y dedicar tiempo suficiente a su examen. Además, deben tener como objetivo fomentar una alternativa coordinada, integral e inclusiva a la solución de controversias relativas a las inversiones, que también dote de transparencia al sistema de SCIE y contemple la participación en los procesos de SCIE de terceros no litigantes afectados por esos procesos o de organizaciones que persiguen el interés público para que actúen en defensa de intereses mundiales específicos.

18. Asimismo, es necesaria una alternativa al sistema de SCIE que se materialice en un proceso de solución de controversias más moderno, más estructurado y mejor adaptado a las controversias en materia de inversiones que guarden relación con el

desarrollo sostenible y las cuestiones de orden público y en las que concurren actores e intereses diversos.

19. Los debates que se celebren sobre el sistema de SCIE deben enmarcarse en un contexto y un diálogo sobre las reformas más amplios, en que se incluya la modificación de las condiciones que se establezcan en los tratados pertinentes, porque la reforma del sistema de SCIE no basta por sí misma para solucionar los problemas a que hace frente el sistema en la actualidad, muchos de los cuales exigen necesariamente que se reformen las normas sustantivas.

20. Sudáfrica considera que no se pueden disociar las inquietudes relativas al procedimiento de las inquietudes sustantivas, puesto que están íntimamente ligadas entre sí. En vista de que el proceso de la CNUDMI está dirigido por los Gobiernos y de que, al conferir el mandato al Grupo de Trabajo, la Comisión acordó que se le diera un amplio margen de discrecionalidad para su cumplimiento, el Grupo de Trabajo no cumpliría su mandato cabalmente si se excluyeran las deliberaciones sobre las inquietudes sustantivas.

21. Únicamente una reforma sistémica permitirá dar una respuesta integral a las inquietudes relacionadas con el mecanismo de SCIE. Los enfoques parciales solo tendrán efectos limitados, puesto que sigue habiendo acuerdos internacionales de inversión “antiguos” y los inversionistas pueden estructurar sus inversiones para beneficiarse de esos tratados.

22. El principio del desarrollo sostenible exige entender el derecho de las inversiones, no como un obstáculo al desarrollo, sino como una herramienta al servicio de los Estados anfitriones para que estos logren sus objetivos en materia de desarrollo. Al mismo tiempo, el principio del desarrollo sostenible también requiere que la inversión extranjera sea objeto de una reglamentación eficaz tanto en el plano nacional como internacional a fin de evitar daños medioambientales y sociales.

23. Por tanto, los países tienen que emprender una reforma sistemática y orientada al desarrollo sostenible. Al hacerlo, deben enmarcar los acuerdos internacionales de inversión en el contexto más amplio del desarrollo sostenible y armonizar en consecuencia las aspiraciones nacionales y regionales en materia de desarrollo. En este sentido, la función del derecho de las inversiones y de todo sistema de solución de controversias relativas a las inversiones debe ser fomentar la estabilidad política necesaria para que los inversionistas nacionales y extranjeros participen en actividades económicas orientadas al crecimiento sin dejar de dar respuesta a otras inquietudes públicas concurrentes.

24. Por ello, los países deben aspirar a elaborar acuerdos que:

- permitan la inversión en desarrollo;
- garanticen que las normas relativas a las inversiones favorezcan el crecimiento económico;
- incorporen el desarrollo sostenible en los debates acerca de las políticas en materia de inversiones, en general, y tengan en cuenta también el desarrollo sostenible en los tratados de inversión de nueva generación;
- sitúen los objetivos de crecimiento inclusivo y desarrollo sostenible en el centro de las políticas nacionales e internacionales en materia de inversiones; e
- implanten un sistema de solución de controversias relacionadas con las inversiones que promueva el desarrollo sostenible.

25. Los países tienen que fomentar y facilitar las inversiones para que estas sean responsables. Las empresas locales y las multinacionales deben contribuir al desarrollo sostenible y al trabajo decente respetando el estado de derecho y los derechos de los trabajadores en sus operaciones e inversiones y armonizando sus iniciativas empresariales con las políticas públicas y las prioridades nacionales en materia de trabajo decente.

26. Los países necesitan un mecanismo amplio, pragmático, equilibrado y completo que tenga en cuenta una compleja red de inversiones transfronterizas y que sea lo suficientemente flexible para resolver varias controversias que giren en torno a intereses, derechos y obligaciones diversos y posiblemente opuestos.

27. Los países deben aspirar a encontrar soluciones que protejan y preserven adecuadamente el margen de acción para la regulación.

28. A pesar de que cada vez hay mayor consenso para reformar el sistema de SCIE, se siguen debatiendo el alcance y las modalidades de esa reforma y las estrategias para llevarla a cabo. Para que la reforma sistémica del mecanismo de SCIE prospere, es fundamental que se elaboren propuestas de reforma que den respuestas eficaces y legítimas a las inquietudes señaladas, así como propuestas basadas en un marco normativo mundialmente convenido. Este marco puede utilizarse para formular diversas propuestas concretas de reforma del derecho de las inversiones y de aplicación de mecanismos que permitan a los Estados asegurarse de que el sistema de SCIE sea democrático, respetuoso con los derechos humanos y acorde con el estado de derecho.

V. Principios de la reforma

Protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos

29. La protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos es una inquietud constitucional compartida en todo el mundo que puede servir de referencia para reformar y rediseñar el sistema de SCIE. Los países deben tener en cuenta la importancia de los derechos humanos al abordar las relaciones internacionales en el ámbito de las inversiones y en cualquier reforma del sistema de SCIE. A tal fin, las decisiones adoptadas por todo mecanismo de solución de controversias deben tener presentes inquietudes concurrentes ajenas a la inversión y no deben crear obstáculos que impidan a los Gobiernos cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Margen de acción para regular

30. Los Estados anfitriones deberían tener margen de acción para introducir reglamentaciones que defiendan el interés público.

Reglas de juego uniformes

31. Debe haber un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados anfitriones y los inversionistas en aras del desarrollo.

Inclusividad

32. El sistema de SCIE debe ser transparente y contemplar la participación de terceros no litigantes afectados por el proceso de SCIE, como las organizaciones que persiguen el interés público para que actúen en defensa de intereses mundiales específicos que pueden estar en juego en un proceso de SCIE. Por tanto, las reformas deberían estar encaminadas a fomentar el desarrollo de una alternativa inclusiva a la solución de controversias relativas a las inversiones.

Respeto por el estado de derecho

33. Para que exista el estado de derecho es necesario que haya coherencia y previsibilidad y que la SCIE se estructure de manera tal que el acceso a la justicia no sea prohibitivo.

Protección de las inversiones responsables

34. La protección debería circunscribirse a las demandas presentadas por inversionistas responsables que no hayan vulnerado ninguna ley, norma, reglamentación ni valor internacionalmente reconocido ni hayan participado en actividades corruptas y

debería excluir las demandas que tuvieran por objeto la legislación que defiende el interés público.

35. A fin de lograr el grado de cambio sistémico necesario para cumplir los objetivos de la CNUDMI, estas reformas de procedimiento en el sistema de solución de controversias relativas a las inversiones podrían y deberían venir acompañadas de cambios importantes en las normas de protección de los inversionistas. Entre otros cambios, se trataría de limitar la definición y el alcance de “inversión” y de “trato de la nación más favorecida” y de excluir o restringir considerablemente los mecanismos más controvertidos para impugnar las decisiones de los Estados en materia de regulación, como la expropiación indirecta, el trato equitativo e igualitario y las medidas de seguridad física que establezcan condiciones más exigentes que las del derecho internacional consuetudinario. También deberían incluirse las correspondientes obligaciones en materia de responsabilidad de los inversionistas.

VI. Posibles soluciones de reforma

36. La comunidad a la que se aplica el actual derecho internacional de las inversiones se encuentra en una encrucijada con respecto a la utilización de los métodos apropiados para solucionar las controversias relativas a las inversiones internacionales. Si se desea avanzar en el debate sobre los aspectos de fondo de la SCIE, es necesario estudiar si existen otros enfoques que puedan cumplir mejor y a menor costo sus finalidades. Por tanto, lo primordial es encontrar una solución equilibrada, aceptable y factible a las controversias relativas a las inversiones.

Necesidad de un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados: los países deberían estudiar si realmente hacen falta mecanismos de SCIE.

37. Cabe preguntarse en primer lugar si los mecanismos de SCIE son convenientes o necesarios. Los países no deben precipitarse y suponer que las políticas en materia de SCIE han de formar parte de sus acuerdos de inversión y deben tener en cuenta los orígenes del sistema de SCIE. En ningún momento se concibieron los mecanismos de SCIE como sustitutivos de los mecanismos nacionales de solución de controversias jurídicas, sino como una medida provisional para los casos en que la administración de justicia por los Gobiernos sería extremadamente deficiente.

Políticas de prevención de controversias

38. Las políticas de prevención de controversias se aplican antes de que surja una controversia, o incluso un conflicto, entre un inversionista y el Estado. Estas políticas ayudan a prevenir o a abordar de manera eficaz posibles controversias relativas a las inversiones, reduciendo la posibilidad de que se agraven y lleguen a someterse a arbitraje internacional. Por tanto, son políticas que intentan evitar que se produzcan controversias.

39. Puede considerarse que la adopción de políticas de prevención constituye un enfoque prometedor para atajar el problema que representa el número creciente de casos de SCIE. Mientras que los procesos de solución de controversias por vías alternativas, como el arbitraje, se utilizan para resolver una controversia ya planteada, para los Gobiernos debería ser preferible que no se planteara ninguna controversia.

Solución de controversias por vías alternativas

40. La solución de controversias por vías alternativas ofrece una opción distinta del arbitraje sobre tratados de inversión y del recurso a los tribunales nacionales. La solución de controversias por vías alternativas puede consistir en una conciliación o mediación, pero también puede centrarse en un ejercicio de determinación de los hechos que permita estrechar el alcance real de la controversia. La finalidad del proceso es solucionar controversias.

41. La ventaja de estos enfoques alternativos es que ofrecen una solución más rápida y menos onerosa, sobre todo cuando se aborda el problema en una fase temprana y con el objetivo específico de evitar que se agrave.

Procedimientos nacionales de examen en el ámbito administrativo: *se podría someter a examen en el ámbito administrativo la ley o la medida que el inversionista considerara contraria al tratado.*

42. Otra forma de prevenir que las controversias se agraven consistiría en implantar mecanismos institucionales que permitieran a los inversionistas que han sufrido un perjuicio incoar un proceso en el Estado anfitrión para que se llevase a cabo un examen administrativo de la ley o la medida que consideraran contraria al tratado. La ventaja de ese examen administrativo es que permitiría solventar fácilmente un problema. El hecho de acudir a un procedimiento administrativo institucional o amistoso podría beneficiar tanto a los Gobiernos como a los inversionistas en cuestión.

Tribunales nacionales: *deberían agotarse las vías de recurso internas antes de acceder al mecanismo de SCIE.*

43. De este modo se garantizaría que las instituciones judiciales nacionales fueran las primeras en pronunciarse sobre la conducta del Gobierno antes de que pudiera someterse un caso al sistema de SCIE. También se pondría el derecho de las inversiones en consonancia con el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional de los derechos humanos y se contribuiría a prevenir su incompatibilidad con las leyes y las reglamentaciones nacionales.

44. Los mecanismos de SCIE obstaculizan la buena gobernanza. El recurso al arbitraje internacional hace que las instituciones jurídicas nacionales queden sustituidas por los mecanismos de SCIE y, por ende, las debilidades de estas pueden afianzarse. La disponibilidad del sistema de SCIE en el plano internacional quita presión externa a los Estados para que mejoren sus mecanismos y prácticas gubernamentales.

45. La diferencia en el derecho aplicable a las empresas extranjeras y las empresas nacionales hace que la disponibilidad del mecanismo de SCIE plantee dificultades, no solo de procedimiento, sino de fondo. Como se deja de lado en gran medida la utilización de los órganos judiciales nacionales, los tribunales arbitrales tienen competencia para interpretar y aplicar el derecho interno desde una perspectiva comercial y no de orden público, lo que a menudo decanta la balanza a favor de los intereses privados y no de los intereses públicos. Los árbitros que conocen de casos relativos a las inversiones suelen ser especialistas en el derecho internacional de las inversiones y no conocen necesariamente las complejidades de un ordenamiento jurídico nacional. Para respetar a las comunidades políticas nacionales, debería ser obligatorio acudir a las autoridades nacionales en las cuestiones de derecho interno.

46. Incluso cuando se trata de normas de derechos humanos, la persona a quien presuntamente se le ha vulnerado un derecho debe presentar su denuncia en primer lugar a las autoridades nacionales, lo que les permite reparar toda injusticia que se haya podido cometer. ¿Por qué deberían los inversionistas extranjeros tener derecho a presentar sus demandas directamente ante las instancias internacionales sin estar obligados a agotar las vías de recurso internas?

Defensoría: *se podría constituir una defensoría que funcionara como ventanilla única a donde se presentarían las demandas.*

47. Para los inversionistas, una defensoría proporcionaría un canal oficial por el que podrían plantearse cuestiones y problemas en una etapa inicial. Podría ser una de las vías a su disposición para tratar de encontrar una solución rápida, amistosa y probablemente económica, en una etapa temprana, a un problema relacionado con sus inversiones. Para los Estados anfitriones, una defensoría serviría como primer punto o vía de contacto para abordar un problema al que se enfrentara un inversionista extranjero. La defensoría podría facilitar información a las autoridades desde el principio para que estas evaluaran el problema. Quizás también facilitaría que se

adoptaran medidas en una etapa temprana, en caso necesario, de forma que las autoridades podrían corregir el problema antes de que se agravara.

Cooperación interestatal en la prevención de controversias: *se debería favorecer la cooperación interestatal en lugar de la confrontación; probablemente es preferible que una demanda se tramite con rapidez y sin complicaciones a que se someta la controversia a procesos de SCIE costosos y prolongados.*

48. Existen comisiones conjuntas interestatales de cooperación que se han constituido con la finalidad de tramitar las demandas de los inversionistas y remitirlas a los organismos gubernamentales competentes para su examen ulterior. Los inversionistas podrían acudir al representante de la comisión conjunta en su país de origen, que celebraría posteriormente consultas con su homólogo en el Estado anfitrión para intentar solucionar en una etapa temprana la controversia que se estuviera generando.

Instituciones arbitrales

49. Las instituciones arbitrales también desempeñan una función relevante en la normalización del uso de vías alternativas en la comunidad que opera con el derecho internacional de las inversiones:

- Las instituciones arbitrales podrían proponer normas simplificadas para solucionar controversias por vías alternativas o permitir una mayor flexibilidad en las normas relativas a la conciliación, la mediación y la determinación de los hechos para que fueran opciones más atractivas a ojos de quienes desearan acudir a esos mecanismos en los procesos entablados en materia de inversiones;
- Las instituciones arbitrales también podrían facilitar el acceso a los procedimientos alternativos de solución de controversias aumentando su capacidad o alentando la inclusión en sus listas de expertos en técnicas alternativas de solución de controversias;
- Las instituciones arbitrales también podrían prestar más apoyo a las partes que desearan someterse a un procedimiento alternativo de solución de controversias (podría tratarse de apoyo logístico, apoyo en funciones de secretaría, etc.).

Organizaciones internacionales: *las organizaciones internacionales podrían desempeñar una importante función concienciando a la comunidad implicada en las inversiones internacionales y a los Estados de las posibles ventajas que presentan los enfoques alternativos en materia de arbitraje relacionado con tratados de inversión.*

50. Las organizaciones internacionales podrían prestar asesoramiento con respecto al diseño, el establecimiento y la aplicación de las políticas adecuadas para prevenir controversias, incluidas todas las actividades de asistencia técnica y creación de capacidad que fueran necesarias. De este modo, los Estados podrían reforzar sus marcos institucionales de prevención de las controversias relativas a las inversiones.

Precedente: *el precedente es la base para lograr concordancia y para que el cuerpo normativo sea coherente y debería ser vinculante.*

51. Los árbitros ya incluyen con frecuencia referencias y citas de laudos anteriores relacionados con inversiones que crean un tipo de precedente persuasivo *de facto*, pero este sistema continúa dando lugar a decisiones discordantes, puesto que no todos los árbitros se atienen a este principio.

Legitimación procesal: *todas las personas afectadas por un proceso deberían tener legitimación procesal.*

52. Si, además de permitir que los inversionistas demanden a los Estados, se permitiera que otras personas físicas o comunidades afectadas también pudieran demandar a los inversionistas, se abriría la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas que tuvieran un interés directo y actual en el proceso intervinieran en él. Se trata de un elemento necesario para que el proceso sea más justo y se convierta en un foro que proteja los derechos de todas las personas, y no solo los derechos de las multinacionales.

53. Las demandas son distintas de los escritos presentados por un *amicus curiae*. El actual proceso de *amicus curiae* se ha aplicado de manera aleatoria y sin criterio uniforme. A menudo, la falta de disposiciones vinculantes que permitan específicamente la intervención ha dado lugar a que se deniegue la legitimación procesal. Para que haya una verdadera participación pública, debe haber normas escritas que confieran al público la posibilidad de participar.

54. Para que el tribunal multilateral de inversiones se atenga a las mejores prácticas en materia de procesos abiertos y transparentes, debe haber mayor claridad respecto de las intervenciones de terceros. Estas intervenciones deben responder al interés público y no deben tener por objeto afectar injustamente a las partes en la controversia relativa a las inversiones. Debe haber normas que garanticen que la admisión de un interviniente por parte del tribunal multilateral de inversiones ayudará al tribunal a pronunciarse al expresar el interviniente opiniones nuevas o independientes.

Competencia: *se debería limitar la competencia a las demandas que presentaran los inversionistas responsables que no hubieran vulnerado ninguna ley, norma, reglamentación o valor internacionalmente reconocido.*

55. Es necesario aplicar el criterio de que la conducta debe ser intachable y desestimar las demandas asociadas con la infracción de leyes y reglamentaciones o el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Cláusula de protección del interés público: *esta cláusula impediría la interposición de demandas por las que se pretendiera atacar leyes, normas y reglamentaciones que defienden el interés público.*

56. Es necesario asegurarse de que los inversionistas no puedan impugnar reglamentaciones legítimas que defienden el interés público.

57. La cláusula de protección del interés público es importante porque uno de los inconvenientes más graves del sistema de SCIE es que los inversionistas lo han utilizado para cuestionar políticas y reglamentaciones socioeconómicas con la amenaza de entablar un litigio.

Cláusula de supremacía: *se debería incorporar una cláusula de supremacía que aclarara que las medidas de protección de las inversiones no pesan más que los compromisos que el país haya contraído en materia social, medioambiental y de derechos humanos.*

58. Los países deben disponer del margen de acción que necesitan para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia social y medioambiental. Si se incluyera una cláusula de supremacía, quedaría claro para los árbitros que conocieran de casos relativos a las inversiones que las obligaciones dimanantes de los acuerdos internacionales en materia medioambiental, social y de derechos humanos prevalecen sobre las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de inversión. En caso de conflicto entre estas normas, las medidas de protección de las inversiones cederían ante las obligaciones públicas en materia social y medioambiental.

Código de conducta de los árbitros: *se podría elaborar un código de conducta en el que se abordara la conducta ética de quienes resolvieran controversias relacionadas con las inversiones, se enunciara con mayor claridad un conjunto de normas vinculantes que garantizarían la independencia e imparcialidad de los árbitros y se mejorarán las normas relativas a la recusación de los árbitros.*

59. Preocupa que los árbitros que integran los tribunales que entienden en la SCIE no actúen con independencia e imparcialidad. Se ha expresado preocupación por la posible parcialidad o los posibles conflictos de intereses de las personas en cuestión, ya que es posible que no solo actúen en calidad de árbitros, sino también como abogados de empresas y Gobiernos. A los países también les preocupa que el sistema genere conflictos de intereses porque los árbitros también son abogados y quizás esperen prestar sus servicios a inversionistas en el futuro.

60. Un código de conducta prohibiría que los jueces realizaran labores de asesor letrado en casos similares (desempeño de dos funciones) y crearía la obligación de ser independiente e imparcial. También deberían incluirse en ese código cuestiones relacionadas con la limitación de mandatos y la posibilidad de que se los nombre reiteradas veces: los jueces deberían ser nombrados para un solo mandato.

Costas: *se deberían implantar procedimientos de gestión de los casos, así como regular y limitar los honorarios de los árbitros.*

61. Si se establecieran unos procesos y procedimientos simplificados, unos plazos predeterminados y una estructura de honorarios transparente, se podrían gestionar los casos con eficiencia y eficacia, lo cual a su vez reduciría las costas.

Disposiciones de garantía de cobro de las costas: *se podría obligar a depositar una garantía de cobro las costas y el tribunal arbitral podría suspender o poner fin al proceso si no se abonara esa garantía dentro de un plazo establecido.*

62. La garantía de cobro de las costas haría que los países pudieran asegurar la ejecución de los laudos dictados a su favor con respecto a las costas del arbitraje y los honorarios de los abogados. Se trata de una medida necesaria en vista de que a menudo los países tienen dificultades para ejecutar los laudos en los que se condena a la otra parte al pago de las costas asociadas con la defensa de los casos de SCIE. La garantía depositada debería ser proporcional y razonable, teniendo en cuenta una serie de factores, como la cuantía de la demanda. La obligación de depositar una garantía de cobro de las costas podría disuadir a los demandantes de presentar demandas abusivas, infundadas o carentes de mérito. Debería ser obligatorio depositar esa garantía en casos financiados por terceros.

Parálisis normativa: *deberían introducirse exclusiones y excepciones al sistema de SCIE.*

63. A menudo, los inversionistas utilizan el sistema de SCIE estratégicamente, presentando demandas pública y reiteradamente para forzar a los Gobiernos a aceptar condiciones favorables para sus inversiones, en lugar de acudir al mecanismo de SCIE como medida de último recurso. Aunque los acuerdos internacionales de inversión en sí no limitan directamente las facultades legislativas y reguladoras de los Estados, pueden hacer que los Gobiernos actúen con mayor cautela, y, por tanto, quizás de manera insuficiente desde la perspectiva del interés público, cuando planifican y diseñan las reglamentaciones. De este modo, es posible que los Gobiernos se abstengan de imponer determinadas medidas reglamentarias en defensa del interés público por la amenaza de ser sometidos a un arbitraje en materia de inversiones y los elevados daños y perjuicios que ello comportaría.

Contrademandas: *los Estados deberían poder presentar reconveniones contra los inversionistas en caso de incumplimiento.*

64. El Estado siempre es la parte demandada y no puede presentar reconveniones contra los inversionistas cuando estos incumplen sus obligaciones. El sistema de SCIE es asimétrico y debería permitir las contrademandas para poner fin al desequilibrio existente.

Seguro de inversiones: *se podría suscribir un seguro de inversiones en lugar de recurrir al mecanismo de SCIE*

65. Una de las propuestas consiste en asegurar las inversiones en lugar de acudir al sistema de SCIE. El seguro frente a riesgos políticos, que ofrecen aseguradoras públicas y privadas, puede ayudar a proteger a los inversionistas ante las pérdidas ocasionadas por la inseguridad jurídica, las guerras y los conflictos civiles, las expropiaciones, los daños físicos, las restricciones a las transmisiones de bienes y los incumplimientos de los contratos, entre otras causas.

Formulación uniforme de las obligaciones sustantivas

66. Las obligaciones sustantivas enunciadas en los acuerdos internacionales de inversión deben estar formuladas de manera uniforme a fin de garantizar la concordancia.

Financiación aportada por terceros: *debería prohibirse la financiación por terceros; si no se prohíbe, deberían darse a conocer la existencia y la identidad del tercero que aporta financiación a fin de evitar conflictos de intereses; también debería darse a conocer el acuerdo de financiación y sancionarse los acuerdos de no divulgación. Debería abonarse una garantía de cobro de las costas cuando hubiera financiación por terceros.*

67. Existen razones de peso relacionadas con las políticas para oponerse a que terceros financien las demandas relativas a acuerdos internacionales de inversión; por ejemplo, puede aumentar el número de demandas interpuestas que sean cuestionables. Aunque la mayoría de las demandas infundadas no prosperan, pueden consumir una importante cantidad de recursos del país demandado y causar daño a su reputación.

68. Dado que la mayoría de los terceros que aportan financiación son entidades con ánimo lucro, no tienen interés por las cuestiones sustantivas que se someten al tribunal arbitral. Por consiguiente, es más probable que inviertan en las demandas que puedan dar lugar a laudos de mayor cuantía. Asimismo, quienes aportan financiación no son partes en el arbitraje sobre inversiones en sentido estricto, sin embargo, al aportar financiación, obtienen el control de la reclamación y el poder económico sobre ella. Por tanto, pueden influir en la gestión del caso y, en definitiva, el resultado con el que se salde la controversia entre el inversionista y el Estado demandado. Además, los países, que siempre son la parte demandada, no pueden presentar una reconvencción, de modo que la financiación aportada por terceros siempre corre por cuenta del país anfitrión demandado. Así pues, en la práctica, los países anfitriones son los que sufragan el arbitraje sobre inversiones cuando la financiación es aportada por terceros, lo cual es un problema porque ese dinero procede de los ingresos tributarios. Por lo tanto, existe un grave riesgo de que la financiación por terceros constituya una pesada carga para los países anfitriones y afecte a la reglamentación.

69. Por otra parte, aún se desconocen muchos aspectos de la financiación por terceros en el arbitraje sobre inversiones internacionales y surgen preguntas importantes al respecto: ¿es el recurso a la financiación aportada por terceros una necesidad o una mera decisión financiera de las empresas?, ¿quién solicita realmente la financiación por terceros: los pequeños inversionistas o las grandes empresas? La afirmación de que la financiación aportada por terceros no genera más demandas infundadas por la debida diligencia que ejercen esos terceros y el análisis que realizan antes de financiar una demanda parece reflejar únicamente una parte de la realidad económica, puesto que los terceros que aportan financiación tienen a menudo una cartera de casos, lo cual les permite adoptar una actitud más especulativa y seguir “estrategias de diversificación del riesgo”. Es muy probable que aumente el número de casos de arbitraje sobre inversiones internacionales que podrían perjudicar considerablemente a los países anfitriones demandados, y más concretamente a los países en desarrollo.

Obligaciones de los inversionistas: *los derechos de los inversionistas deberían supeditarse a la existencia de obligaciones. Sin ese equilibrio, el derecho de las inversiones favorecerá a una de las partes y será antidemocrático.*

70. Existen muchas obligaciones que los inversionistas deberían tener y que podría resultar útil incorporar al derecho de las inversiones. Por encima de todo, habría que hacer cumplir unos niveles mínimos de protección medioambiental y laboral, es decir, habría que imponer obligaciones a los inversionistas directamente en los tratados, lo cual contribuiría a crear una norma internacional que establezca un mínimo de obligaciones.

Demandas infundadas

71. *Deberían desestimarse las demandas infundadas.*

Obligación de publicar determinada información y de depositar una garantía de cobro de las costas: *el suministro de información esencial acerca de la nacionalidad del inversionista; la existencia de una inversión que reúna determinadas características y la naturaleza y el alcance de los daños y perjuicios reclamados permitiría que los Estados detectaran defectos en los casos que justificarían la desestimación temprana de la reclamación.*

72. De este modo, los Estados podrían detectar defectos en los casos que justificarían su desestimación en una etapa temprana.

Daños y perjuicios: *debería elaborarse un instrumento orientativo para fijar el importe de los daños y perjuicios.*

73. Se podría dotar así a los laudos de mayor uniformidad y previsibilidad.

Norma de exclusión de la pérdida refleja: *no se deberían permitir las demandas en las que se reclamaran pérdidas reflejas.*

74. Solo debería permitirse que las empresas directamente perjudicadas reclamaran las pérdidas sufridas, excluyéndose las demandas indirectas, es decir, debería impedirse que los accionistas reclamaran como pérdidas propias las pérdidas sufridas por la empresa de la que fueran accionistas. De esta forma, los accionistas solo podrían incoar una acción por las pérdidas de la empresa y no podrían alegar pérdidas a título personal amparándose en un derecho personal. Así, quedaría asegurado que no cobrarán dos veces. Muchas demandas indirectas vienen de la mano de prácticas abusivas como la elección del foro más conveniente y los procesos paralelos.

Demandas múltiples: *deberían acumularse las demandas múltiples presentadas con arreglo al mismo tratado.*

75. Se ahorraría en tiempo y recursos y se garantizaría que se dictara una sola resolución para los casos que presentaran hechos similares.

Prescripción

76. El ejercicio de acciones debería prescribir transcurrido un plazo determinado.

Tribunal multilateral de inversiones y órgano de apelación

Tanto el tribunal multilateral de inversiones como el mecanismo de apelación podrían contribuir al estado de derecho al introducir otra instancia más en que se podría velar por la corrección de las resoluciones dictadas en la SCIE.

77. Sin embargo, no está claro que también pudieran dotar al sistema de SCIE de mayor coherencia y contribuir a la formación de jurisprudencia.

78. El tribunal multilateral de inversiones podría crear un sistema independiente y legítimo para la solución de las controversias relativas a los tratados de inversión, pero solo si el proceso de establecimiento del tribunal fuera equitativo y neutral. En comparación con el mecanismo de SCIE, un tribunal multilateral de inversiones podría aportar mejoras institucionales, que, sin embargo, no solucionarían los problemas sistémicos y de discriminación.

79. Probablemente, la ventaja que representaría un mecanismo de apelación frente a un tribunal permanente de inversiones sería que resultaría más fácil desde el punto de vista político establecer el primero que el segundo. Además, se podría combinar un mecanismo de apelación con el sistema arbitral actual, que constituiría una primera instancia. Si se utilizara ese sistema se podría aprovechar la experiencia que se ha tenido con el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuyo Órgano de Apelación supervisa un sistema de grupos especiales que se constituyen para cada una de las controversias. Este sistema sería con probabilidad más económico

en función del costo que un tribunal permanente integrado por jueces permanentes a los que habría que pagar independientemente de que hubiera casos pendientes.

80. La propuesta de la Unión Europea de crear un tribunal de inversiones no resuelve ninguna de las desigualdades y desequilibrios sustantivos dimanantes de los tratados de inversión. Por tanto, el sistema de laudos pecuniarios seguirá incentivando a inversionistas y bufetes de abogados a presentar demandas que de otro modo no presentarían, puesto que el sistema se basaría en muchos acuerdos internacionales de inversión ambiguos y mal redactados que permitirían una interpretación amplia.

81. El grado en que un tribunal podría tomar decisiones de un modo más uniforme también dependería del derecho aplicable. Si el derecho siguiera emanando de los tratados bilaterales, sería más difícil lograr que hubiera concordancia y se correría el riesgo de que un tribunal pudiera ampliar aún más el alcance de las garantías dadas a los inversionistas con carácter más permanente. Por tanto, no está claro que un tribunal reduciría la inseguridad jurídica en la toma de decisiones y aumentara la previsibilidad y la seguridad jurídica en favor de inversionistas y Gobiernos anfitriones.

82. Nada parece indicar que los inversionistas estarían obligados a agotar las vías de recurso internas ni a demostrar que los tribunales nacionales no podrían tratar un caso concreto antes de poder acceder al tribunal de inversiones.

83. Asimismo, no hay salvaguardias para evitar que ese tribunal propuesto genere una parálisis normativa. Los derechos sustantivos, cuando son amplios, conllevan un riesgo de responsabilidad financiera que produce un efecto de parálisis en los encargados de adoptar decisiones.

84. No se mencionan las obligaciones de los inversionistas ni los instrumentos jurídicos que podrían imponerles obligaciones.

85. Tampoco se restringe el acceso de los inversionistas al sistema, de modo que incluso los inversionistas que hubieran abusado de sus trabajadores o contaminado el medio ambiente podrían presentar una demanda. Un tribunal no cambiaría este panorama, de modo que se perpetuaría el problemático sistema de SCIE que existe en la actualidad.

86. ¿Cómo interactuaría el tribunal multilateral de inversiones con los tribunales nacionales si se requiriera la asistencia de estos? El tribunal multilateral de inversiones debería hacer partícipes del proceso a los tribunales nacionales del Estado anfitrión en las cuestiones de derecho interno. De esa forma, no solo se garantizaría una orientación adecuada en cuanto a la interpretación del derecho interno, sino que también se ayudaría a evitar el riesgo de que se declarase el acuerdo incompatible con la legislación nacional.

87. Un recurso de apelación permitiría que el tribunal modificara una decisión. ¿Cuáles serían los motivos de apelación: errores de derecho o de hecho? ¿Qué otros motivos se tomarían en consideración? ¿Estaría facultado el órgano de apelación para realizar su propia determinación de los hechos o se devolvería el estudio de todas las cuestiones de hecho al tribunal arbitral de primera instancia? ¿Estaría facultado el órgano de apelación para dictar medidas cautelares u otras medidas temporales a fin de preservar el *statu quo* a la espera de que se resuelva el recurso de apelación? ¿Cuántos jueces integrarían el órgano de apelación? El órgano de apelación necesitaría sus propios procedimientos de trabajo, incluidos los plazos que deberían fijarse. Deberían publicarse sus sentencias y sus resoluciones anteriores deberían tenerse por precedentes persuasivos en los casos ulteriores, de modo que se crearía un marco de autoridad jurídica dentro del cual se resolverían las controversias sometidas al tribunal.

88. El establecimiento de un tribunal de inversiones lleva aparejados sus propios problemas. Un mecanismo de apelación y un tribunal permanente de inversiones obligarían a crear una institución multilateral que pudiera supervisar los casos de SCIE con independencia de las partes litigantes y el acuerdo internacional de inversión aplicable. Para que ese sistema funcionara, en la práctica haría falta elaborar un tratado multilateral por el que se establecería el tribunal de inversiones y se definiría su competencia. Asimismo, la creación de un tribunal de inversiones obligaría a adaptar

los tratados bilaterales y regionales por los que actualmente se consiente en someter las controversias a arbitraje o bien a crear su propio mecanismo por el cual los Estados someterían las controversias al tribunal. Habría que superar estos enormes problemas estructurales.

89. La creación de un sistema judicial multilateral también generaría inquietudes con respecto a su propia legitimidad. En lo que se refiere a la selección de los jueces, ¿quiénes serían los decisores?, ¿quién los nombraría o elegiría? Por otra parte, ¿dónde tendría su sede este tribunal? ¿Se reconocerían privilegios e inmunidades a la institución? El proceso de selección de los integrantes del tribunal debería supervisarse de cerca dado que los árbitros que hubieran conocido de casos de SCIE y hubieran hecho interpretaciones amplias podrían volver a intervenir, pero como jueces del tribunal multilateral de inversiones; además, los Estados deberían controlar el proceso de nombramiento en lugar de entregar el control a las partes (inversionistas y Estados).

90. Parece que el tribunal multilateral de inversiones promete distanciarse de un modelo en el que los casos son resueltos fundamentalmente por jueces designados por las partes litigantes y acercarse a un modelo de judicatura autónoma. Los mecanismos para nombrar a los jueces serían fundamentales, y las recientes polémicas sobre la politización en los nombramientos de los integrantes del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio ponen de manifiesto la complejidad que entraña diseñar un proceso de nombramiento que no pueda ser dominado o manipulado por un Estado o un grupo de Estados decidido a politizarlo.

91. Cabe prever que habría un número limitado de vacantes para los jueces, lo cual daría pie a que los diferentes intereses de los países compitieran entre sí en un proceso en que el poder político tendría un papel importante en el control del tribunal. Ese poder tendría que ser acotado mediante normas claras y transparentes a fin de evitar parcialidad en las decisiones de los jueces y desigualdad.

92. La diversidad en la composición del tribunal y el proceso de recusación de los jueces siguen siendo motivos de preocupación. Deberían hacerse todos los esfuerzos posibles por lograr la diversidad en la composición del tribunal (diversidad geográfica, paridad entre hombres y mujeres, entre otras consideraciones).

93. La independencia judicial es un requisito previo importante para que los tribunales internacionales tengan credibilidad y legitimidad. Esta idea obliga a examinar detenidamente las normas relativas a la independencia e imparcialidad judicial a fin de evitar todo tipo de parcialidad en los candidatos a integrar el tribunal multilateral de inversiones y garantizar su independencia.

94. La justicia y el estado de derecho no se materializan simplemente porque se anuncie la creación de un nuevo tribunal multilateral de inversiones. Dada la importancia fundamental de la ejecución para que el tribunal multilateral de inversiones tenga éxito a nivel global, las facultades que tendrá un tribunal de este tipo y el carácter vinculante y ejecutable de sus decisiones son consideraciones importantes para los países que respaldan su creación. Por otra parte, ¿serían los laudos dictados por el tribunal multilateral de inversiones ejecutables con arreglo a la Convención de Nueva York o el Convenio del CIADI?

95. Las normas de procedimiento aprobadas por el tribunal multilateral de inversiones serían relevantes. El tribunal multilateral de inversiones (tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación) tomaría decisiones importantes que incidirían en los derechos y las obligaciones de carácter público y privado. El tribunal debería regirse por un reglamento detallado y transparente y cumplir, como mínimo, los siguientes objetivos: neutralidad, eficacia, previsibilidad jurídica y coherencia en la protección que brinda a los usuarios del sistema de solución de controversias y en su ejecución. Las disposiciones de procedimiento que fueran desequilibradas socavarían la confianza en la neutralidad del tribunal y atentaría contra las garantías procesales, la equidad y la justicia.

96. Muchas de las inquietudes que han dado pie a que se haya propuesto la creación de un tribunal multilateral de inversiones guardan relación con la necesidad de que haya

transparencia y participación pública. Serían necesarias disposiciones claras y directas que posibilitaran las intervenciones eficaces y garantizaran el derecho de las partes litigantes a una audiencia ordenada e imparcial. La confianza en la independencia y la imparcialidad del tribunal multilateral de inversiones dependería de la transparencia del proceso de selección de los jueces, en el cual se deberían tener en cuenta los intereses de las partes interesadas pertinentes. Para que hubiera confianza general en el tribunal multilateral de inversiones, sería fundamental que las recusaciones formuladas contra sus integrantes fueran más transparentes y públicas. Esa información debería ser de acceso público a fin de preservar la confianza y la independencia.

97. Una cuestión que se plantea recurrentemente en el actual sistema de arbitrajes relativos a las inversiones es que los procedimientos y los laudos son a menudo confidenciales. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI exige el consentimiento de todas las partes antes de que se publique un laudo o se haga público un proceso, y los procesos que se sustancien ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) son igualmente privados. Sin embargo, el CIADI publica los laudos arbitrales en su sitio web, y muchos laudos arbitrales que zanján controversias relacionadas con las inversiones que no son emitidos por el CIADI llegan a oídos de la opinión pública cuando se recurre el laudo ante los tribunales nacionales o cuando el Estado tiene que responder del pago ordenado en un laudo arbitral. No obstante, el problema sigue siendo que los procedimientos arbitrales relacionados con las inversiones son privados, aunque en la mayoría de los casos las controversias relativas a las inversiones son en realidad controversias públicas. En el arbitraje relativo a las inversiones se aplica el derecho internacional público, al juzgar las medidas adoptadas por un Estado soberano en materia de regulación, y un laudo dictado contra un Estado afecta también a los ciudadanos de ese Estado. Los procedimientos privados y los laudos *ad hoc* no permiten que el público comprenda plenamente los procedimientos y los razonamientos que se hacen en un proceso arbitral. Los Gobiernos deben rendir cuentas a la ciudadanía, y la legalidad de las medidas de regulación que adopte el Estado es un asunto de interés público que no debería ser confidencial. El tribunal multilateral de inversiones tendría que abrir sus procedimientos a terceros y publicar sus sentencias y razonamientos. Los países podrían utilizar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en las controversias y, en los casos en que consideraran que este es insuficiente, podrían mejorarlo.

98. No debería exigirse ser miembro de pleno derecho para ser parte en un proceso abierto ante el tribunal, que debería estar concebido como un foro para la solución de controversias entre Estados y entre inversionistas y Estados. Debería ser voluntario someter las controversias al tribunal.

99. El tribunal multilateral de inversiones propuesto podría obstaculizar la reforma de los derechos de propiedad intelectual. Ello se puso de manifiesto, por ejemplo, con el caso de la empresa farmacéutica estadounidense Eli Lilly, que reclamó 500 millones de dólares canadienses en un arbitraje de SCIE después de que el Canadá reformara su legislación sobre patentes para mejorar el acceso a los medicamentos. Según Eli Lilly, la reforma del Canadá no era compatible con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio. Los órganos decisores en materia de inversiones que interpretan el Acuerdo y se pronuncian sobre su cumplimiento podrían cambiar la dinámica de la interpretación, puesto que los inversionistas tienen menos limitaciones que los Estados en lo que a políticas se refiere y no es lo mismo ver los derechos de propiedad intelectual como estimulantes de la innovación que verlos como bienes.

100. Con el tribunal multilateral de inversiones propuesto se corre el riesgo de socavar la protección de datos. Los inversionistas extranjeros podrían acudir al tribunal para impugnar las medidas de ejecución en materia de protección de datos que se adopten para regular los flujos transfronterizos de datos. Por ese motivo, el tribunal multilateral de inversiones podría ir en contra de la protección de los datos personales.

101. El tribunal multilateral de inversiones propuesto podría dificultar la adopción de medidas para combatir el cambio climático. Para hacer frente al cambio climático, los

países tienen que hacer una transición y pasar de la explotación de bienes con elevadas emisiones de carbono a la utilización de energías limpias. Para ello será necesario que se produzca un cambio de gran envergadura en las inversiones y se adopten políticas públicas que respalden e incentiven inversiones de tipos que resulten adecuados. El sistema de SCIE puede perjudicar a los Estados en ámbitos estrechamente vinculados con las políticas de prevención, mitigación y adaptación, favorables al clima. Debería haber financiación pública que respaldara la transición a las energías limpias y no se debería indemnizar a quienes contaminan por su futuro lucro cesante cuando no adaptan su modelo de negocio de manera oportuna y responsable.

102. A diferencia de lo que prevén los ordenamientos jurídicos nacionales, un tribunal multilateral de inversiones abriría la puerta a que los inversionistas reclamaran indemnizaciones, lo que haría que las reformas gubernamentales fueran prohibitivamente onerosas, paralizaría la reglamentación y, por tanto, dificultaría la adopción de medidas cruciales en materia de cambio climático. Se mermaría más aún la capacidad de los países de introducir reformas y de responder a las crisis, en particular al cambio climático.

103. Teniendo en cuenta las cuestiones que probablemente se planteen, el tribunal multilateral de inversiones propuesto parece tener como objetivo mantener intactas muchas de las características fundamentales del sistema de SCIE, que quedaría encerrado en sí mismo a efectos prácticos. En términos generales, la propuesta de tribunal multilateral de inversiones solo contempla reformas cosméticas, sin entrar en los problemas fundamentales del sistema. En efecto, parece que el tribunal preserva y confirma el sistema de SCIE. Por tanto, un tribunal de inversiones agravaría y afianzaría este sistema desequilibrado y perjudicial.

104. Debemos debatir acerca de la reforma del sistema de SCIE y sus dificultades de manera constructiva, y el debate debe trascender la discusión del sistema de SCIE y el sistema judicial y contemplar otras opciones para la solución de controversias (es decir, la prevención de las controversias, la cooperación interestatal, etc.). La reforma del sistema de SCIE debería venir de la mano de otras reformas que dieran respuesta a inquietudes sustantivas más profundas que tienen su origen en los tratados de inversión.

105. En el debate sobre la reforma del sistema de SCIE podría hacerse referencia a algunos instrumentos, como el tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, a fin de fomentar políticas coherentes orientadas hacia el desarrollo sostenible. Asimismo, deben tomarse en consideración las normas sustantivas en materia de inversiones que figuran en los tratados de inversión.

106. Visto el interés que tienen varios países en explorar diversas alternativas, es fundamental que los debates sobre la reforma del sistema de SCIE estén bien fundamentados y tengan en cuenta de manera equilibrada los intereses de todas las partes interesadas.

VII. Conclusión

107. Sudáfrica apoya en principio que se debata la reforma del régimen de SCIE y se diseñe un nuevo mecanismo que solucione las controversias relativas a las inversiones. La ausencia de debate al respecto acarrearía serios problemas, ya que no se abordaría ninguna de las dificultades que plantea el régimen actual de acuerdos internacionales de inversión y los países seguirían expuestos a los riesgos que crean estos acuerdos en su forma tradicional.

108. Sudáfrica coincide en que es necesaria una alternativa al sistema tradicional de SCIE que debería consistir en un proceso de solución de controversias más moderno, más estructurado y mejor adaptado a las controversias en materia de inversiones que guarden relación con el desarrollo sostenible y las cuestiones de orden público y en las que concurren actores e intereses diversos.

109. Los países deben debatir acerca del mecanismo de SCIE y sus dificultades de manera constructiva, y el debate debe trascender el sistema de SCIE y contemplar otras

opciones para la solución de controversias (prevención de las controversias, cooperación interestatal, etc.), teniendo en cuenta otros instrumentos, como el tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, a fin de fomentar políticas coherentes orientadas hacia el desarrollo sostenible.

110. Asimismo, todo debate acerca de la solución de controversias tendría que enmarcarse en un contexto más amplio y contemplar un diálogo para examinar la reforma de los tratados pertinentes. Las deliberaciones sobre el sistema de SCIE también deben tener como objetivo promover el desarrollo, muy necesario, de un mecanismo alternativo, integral e inclusivo de solución de controversias relativas a las inversiones.

111. Es importante observar que la reforma del sistema de SCIE no resuelve por sí sola todos los problemas a los que se enfrenta el régimen internacional de las inversiones. Muchos de los problemas que ya se señalaron en etapas anteriores tan solo pueden ser solventados mediante una reforma de las normas sustantivas.

112. Por tanto, la reforma del sistema de SCIE debería venir de la mano de otras reformas que dieran respuesta a inquietudes sustantivas más profundas que tienen su origen en los tratados de inversión que se desea hacer cumplir y en relación con los cuales han de dirimirse controversias. Deben tomarse en consideración las normas sustantivas en materia de inversiones que figuran en los tratados de inversión.

113. Del mismo modo, no será posible lograr una coherencia total si siguen vigentes muchos de los miles de acuerdos internacionales de inversión que existen en la actualidad. Para conseguir un mayor equilibrio y coherencia y crear un régimen de inversiones en general más legítimo en el ámbito de las inversiones internacionales, resulta igualmente necesario reformar las cuestiones de fondo que se abordan en los tratados de inversión y replantearse la forma en que se celebran.

114. Son varios los países que desean explorar diversas alternativas al modelo tradicional de SCIE. La negociación de nuevos tratados que incluyan mecanismos de SCIE es contraria a la decisión de algunos países de modificar o denunciar esos acuerdos a fin de proteger su derecho a regular. Por ello, es crucial que los debates sobre la reforma del sistema de SCIE estén bien fundamentados y tengan en cuenta de manera equilibrada los intereses de todas las partes interesadas.