



Asamblea General

Distr. limitada
19 de marzo de 2020
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)
39º período de sesiones
Viena, 5 a 9 de octubre de 2020**

Posible reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE)

Comunicación de los Gobiernos de los Países Bajos, el Perú y Tailandia

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 18 de marzo de 2020 de los Gobiernos de los Países Bajos, el Perú y Tailandia con miras al 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En el anexo figura la traducción al español de dicha comunicación.



Anexo

Nota de portada

La inversión extranjera directa desempeña un papel importante en la financiación del desarrollo sostenible, ya que asegura la existencia de medios para realizar actividades económicas y fomenta el crecimiento y el empleo. La UNCTAD indicó que se necesitan más de 2,5 billones de dólares de los EE.UU. de inversión adicional cada año para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los acuerdos de inversión pueden mejorar el entorno de inversión de las partes contratantes, contribuyendo así a facilitar las inversiones extranjeras y el logro de los ODS.

Recientemente se han puesto en marcha varias iniciativas bilaterales y multilaterales para modernizar el sistema de solución de controversias internacionales entre inversionistas y Estados, por ejemplo, en el marco de la CNUDMI. Como se puso de relieve durante los debates del Grupo de Trabajo, debería prestarse especial atención al hecho de que no todas las partes en los procesos incoados en el marco de acuerdos internacionales de inversión tienen acceso a asesoramiento jurídico adecuado para su defensa.

Habida cuenta de los altos costos y la naturaleza técnica de los procesos, se observa que a veces una parte litigante tiene más conocimientos acerca de los procesos incoados en el marco de acuerdos internacionales de inversión, y más experiencia en ellos, que la parte contraria.

Teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre esta cuestión, el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, junto con Tailandia y el Perú, encargó un estudio exploratorio sobre formas de asegurar la prestación de servicios jurídicos adecuados a la parte demandada en los procesos incoados en el marco de acuerdos internacionales de inversión. La finalidad del estudio es ofrecer a las delegaciones una reseña clara, transparente y basada en información fáctica, de las formas en que puede asegurarse mejor la prestación de servicios jurídicos adecuados en los procesos que se sustancien entre inversionistas y Estados.

El estudio exploratorio fue preparado por el Columbia Center on Sustainable Investment, que tiene responsabilidad exclusiva sobre su contenido. El estudio no constituye en ningún sentido un reflejo de la posición oficial de los Países Bajos, Tailandia o el Perú sobre la cuestión que se examina, sino que tiene por única finalidad proporcionar a los funcionarios de gobierno y otras partes interesadas opciones y directrices normativas claras, y ofrecer una base para las deliberaciones acerca de la conveniencia y viabilidad de crear o ampliar un mecanismo de asistencia para ayudar a los Estados y otros usuarios y partes interesadas en los AII y el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) a participar más eficientemente en el sistema y aprovechar sus beneficios. El estudio también incluye una sección dedicada a las pequeñas y medianas empresas (MYPE), que podrían ser destinatarias de los servicios que prestara un eventual mecanismo de asistencia.

A continuación se presenta un resumen ejecutivo del estudio exploratorio. El texto completo del estudio puede consultarse en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/securingadequatedefense.pdf>.

Resumen ejecutivo del estudio exploratorio

El Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) preparó un estudio exploratorio sobre la prestación de servicios jurídicos adecuados para la parte demandada en procesos incoados en el marco de acuerdos internacionales de inversión (estudio exploratorio) para el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos. La principal pregunta que se solicitó que se abordara en el estudio exploratorio fue la siguiente: ¿de qué modo podría asegurarse mejor que las partes demandadas recibieran asesoramiento jurídico adecuado en procesos incoados en el marco de acuerdos internacionales de inversión (AII)? La información proporcionada en el estudio exploratorio tiene por

finalidad contribuir a las deliberaciones sobre la conveniencia y viabilidad de crear o ampliar un mecanismo o mecanismos de asistencia para ayudar a los Estados y otros usuarios de AII y del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) a participar más eficientemente en el sistema y aprovechar sus beneficios. En todo el estudio, y en consonancia con el criterio amplio que hemos adoptado, consistente en enumerar una gran variedad de cuestiones y opciones, nos referimos a las posibilidades de apoyo como “mecanismos de asistencia”. Utilizamos ese término para hacer referencia a un amplio espectro de posibles modelos y opciones. El empleo de esa expresión no refleja la adopción de ningún criterio en particular.

El estudio exploratorio presenta una reseña amplia e incluyente de cuestiones, inquietudes, información fáctica, opiniones, enseñanzas adquiridas y soluciones propuestas relacionadas con la posibilidad de crear o ampliar mecanismos de asistencia para el derecho internacional de las inversiones. El estudio exploratorio refleja las contribuciones recibidas confidencialmente de funcionarios de gobierno (de todos los niveles de desarrollo económico del Grupo Banco Mundial); individuos que tienen experiencia en el establecimiento de mecanismos de asistencia o trabajan para mecanismos de asistencia existentes o que se ha intentado crear; individuos que tienen experiencia trabajando para instituciones arbitrales; académicos que han escrito sobre el derecho internacional de las inversiones y/o han prestado asesoramiento a Estados sobre esa rama del derecho; profesionales autónomos; representantes de organizaciones no gubernamentales; y representantes de inversionistas extranjeros del sector privado. Si bien en el estudio se muestran las perspectivas de todas y cada una de esas categorías de individuos (aunque, como es natural, las perspectivas solo reflejan las opiniones de las personas efectivamente entrevistadas), es la perspectiva de quienes están experimentando y expresando los problemas de capacidad que se presentan quienes deberían servir como principal guía tanto para determinar cuáles son las áreas clave en que se necesita asistencia, como para elaborar posibles soluciones.

Determinación de dificultades

De las consultas realizadas por el CCSI para llevar a cabo el examen exploratorio surgió que las inquietudes que se planteaban en relación con los AII y el sistema de SCIE excedían el costo económico o financiero de participar en el sistema y revestían un carácter mucho más fundamental. Las personas entrevistadas informaron acerca de diversas dificultades, desde las relacionadas con la formulación de políticas de inversión en el plano nacional hasta las relacionadas con la participación eficaz en los procesos formales de SCIE. El estudio exploratorio examina la gran variedad de dificultades que afrontan los Estados y otros actores en relación con el derecho internacional de las inversiones y el aprovechamiento de sus beneficios, y con su participación eficaz en los procesos de arreglo de controversias entre inversionistas y Estados. En el estudio exploratorio se realiza ese examen partiendo de las “dificultades de capacidad” y en él se captan los distintos desafíos que se presentan en relación con las siguientes cuestiones: la elaboración de políticas de inversión; la negociación de AII; la aplicación y gestión de los AII y políticas conexas; la prevención de controversias; y la gestión y la realización de consultas previas a las controversias. Subsiguientemente, se analizan en profundidad las dificultades de capacidad que surgen en el contexto de la gestión de controversias reales de SCIE, a saber: la capacidad de recursos humanos para el caso; la previsión de casos de SCIE y la posibilidad de resolverlos en una etapa temprana; el nombramiento de árbitros; las formas de actuar ante la incertidumbre y la ambigüedad; el trabajo con expertos; y las actividades relacionadas con la revelación y la gestión de información. Algunas de esas dificultades han sido reconocidas y compartidas por muchos Estados o todos ellos, y algunas son distintas, y dependen del nivel de desarrollo económico del Estado, su experiencia con reclamaciones de SCIE, y su función como importador o exportador de capital (o de ambos) en particular en relación con sus asociados en los tratados de inversión, entre otros factores. Los Estados expresaron diferentes prioridades en su forma de afrontar esas dificultades, algunas de las cuales parecían ser meras preferencias elegidas en función de las limitaciones de recursos previstas; en otros casos, las prioridades reflejaban políticas o mandatos más firmemente establecidos.

Determinación de posibles formas de resolver las dificultades de capacidad

Una vez que se determinen las dificultades de capacidad (y se establezcan prioridades), será necesario considerar qué modelo(s) podrían seguir los mecanismos de asistencia para ayudar a resolverlas. En el estudio exploratorio se exponen una gran variedad de modelos que los mecanismos de asistencia han utilizado o pueden utilizar para resolver varias dificultades, tanto en relación con el derecho internacional de las inversiones como con otros ámbitos jurídicos. Entre los modelos que se examinan en profundidad en el estudio exploratorio figuran los siguientes:

- **Apoyo institucionalizado, multiservicio, con servicios de patrocinio letrado para los Estados cliente.** Algunos de los ejemplos que se examinan en esta categoría son el Centro de Asesoría Legal de la OMC (ACWL), el African Legal Support Facility (Servicio Africano de Apoyo Jurídico), y el Programa de Apoyo a las Inversiones para los Países Menos Adelantados de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, así como un teléfono de asistencia para cuestiones de derecho de las inversiones.
- **Apoyo institucionalizado, multiservicio, sin servicios de patrocinio letrado para los Estados cliente.** Entre los ejemplos que se examinan en esta categoría figuran los servicios de apoyo que prestan las organizaciones internacionales (como la UNCTAD, la OECD, el Grupo Banco Mundial), los centros de arbitraje (como el CIADI, la CPA, y la Stockholm Chamber of Commerce), así como los centros académicos y centros sin fines de lucro (como el Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) y el IISD).
- **Contribuciones financieras o en especie.** Entre los ejemplos que se examinan en esta categoría figuran los fondos fiduciarios de arbitraje (como los que ofrece la CPA), la financiación aportada por terceros, el patrocinio letrado con pactos de *cuota litis*, el ofrecimiento de productos de seguros, y el otorgamiento de préstamos.
- **Apoyo consistente en servicios *pro bono*, servicios jurídicos *ad hoc* y servicios de expertos.** Entre los ejemplos que se examinan en esta categoría figuran el Programa de Apoyo a las Inversiones para los Países Menos Adelantados de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, además de otros programas de ONG y universidades (por ejemplo, TradeLab) que prestan servicios gratuitos a Estados.
- **Centros intergubernamentales para el intercambio de conocimientos.** Entre los ejemplos que se examinan en esta categoría figuran oportunidades formales para que los funcionarios de gobierno compartan información (por ejemplo, el Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo del IISD), así como redes *ad hoc* previstas en tratados u otras redes.
- **Redes independientes de creación de capacidad.** Entre los ejemplos que se examinan en esta sección figuran las instancias de capacitación y de creación de capacidad independientes ofrecidas por distintos mecanismos de asistencia, instituciones académicas e instituciones sin fines de lucro, bufetes de abogados y otros gobiernos, así como cursos en línea masivos y abiertos.
- **Asistencia jurídica y centros de intercambio de recursos.** Por último, una forma muy básica de mecanismo de asistencia que podría ser muy útil sería un mecanismo que compilara, organizara y distribuyera información sobre los recursos existentes, dirigida a los funcionarios de gobierno con competencia en el tema.

Principales consideraciones que deberían tenerse en cuenta en la elección de opciones viables y convenientes

Del análisis de los mecanismos de asistencia existentes y de la experiencia de esos mecanismos surgieron varias cuestiones intersectoriales, que los encargados de la elaboración de políticas deberían tener en cuenta al considerar la amplitud y extensión de los servicios, así como el o los modelos que podrían utilizarse para el mecanismo de asistencia. Entre las cuestiones intersectoriales que se examinan en profundidad en el estudio exploratorio figuran las siguientes:

- la calidad, la fiabilidad, la reputación y la confianza;
- la financiación del mecanismo de asistencia y el alcance de los servicios;
- el costo de los servicios de apoyo y quién sufragaría el gasto;
- las tensiones entre las partes interesadas;
- la determinación de quiénes serían clientes/destinatarios;
- la ubicación física del mecanismo, los recursos humanos y su remuneración;
- mecanismos institucionalizados y mecanismos *ad hoc*;
- las “cuestiones de política” relativas a la función del mecanismo de asistencia; y
- la relación entre esta y otras reformas.

De las entrevistas y la investigación documental que se llevaron a cabo se desprende una gran variedad de perspectivas sobre formas de afrontar los problemas de capacidad y de establecer prioridades entre ellos y se pone en evidencia que cada una de esas categorías de cuestiones puede tener consecuencias fundamentales para la adhesión a cualquier posible mecanismo de asistencia y la viabilidad de este.

Además, las entrevistas y la investigación documental confirman la conclusión, que tal vez no resulte sorprendente, de que los problemas de capacidad en el sistema de SCIE a menudo son distintos de los que se presentan en otros sistemas jurídicos, y que los modelos que se utilizan para abordar dificultades en algunos sistemas no son fácilmente transferibles al contexto de SCIE, al menos tal como funciona el sistema de SCIE en la actualidad. Por ejemplo, características como la naturaleza asimétrica de los casos de SCIE que surgen a raíz de la aplicación de un tratado (en que los Estados son siempre los demandados), y el considerable número de horas de asesoramiento letrado y de expertos que suelen invertirse en las controversias de SCIE, hacen que esos casos de SCIE sean distintos de los casos que se plantean en el marco de la OMC. Esas diferencias que existen en los problemas de capacidad, las prioridades que se establezcan para resolverlos, la practicidad y la viabilidad de hacerlo y en su caso, a qué costo, plantean interrogantes sobre el modelo de mecanismo de asistencia que sería más adecuado para el contexto del derecho de las inversiones.

Cabe señalar, como se indica en el estudio exploratorio, que se han producido varios intentos anteriormente de establecer un centro de asesoramiento sobre el derecho internacional de las inversiones. Un tema clave que surgió de las entrevistas con las personas que participan en esa tarea o tienen conocimientos acerca del tema es que los responsables de la elaboración de políticas no deberían subestimar las diferencias normativas grandes (por ejemplo, cómo se financiará un centro) y, tal vez más todavía, las diferencias normativas pequeñas que existen entre Estados (como la ubicación física del centro), dado que una diferencia de opinión no prevista puede paralizar o demorar los esfuerzos que se realicen, incluso cuando parezca que se está por alcanzar la meta. Es importante determinar cuáles son esas cuestiones en una etapa temprana para transitar vías prometedoras, que sean posibles.

Problemas de capacidad en las PYME y opciones para abordarlos

Por último, el estudio exploratorio también incluye una sección dedicada a los inversionistas -con énfasis en las pequeñas y medianas empresas (MYPE)-, como posibles destinatarios de los servicios que prestaran los mecanismos de asistencia. En

el estudio exploratorio se muestra que, si bien las MYPE y los Estados afrontan los mismos problemas en cuanto a su participación en el sistema de SCIE, las formas óptimas de prestar asistencia a cada grupo, y las razones que motivan la elección de esas formas, así como las consideraciones que se tienen en cuenta para ello, varían notablemente. En el estudio exploratorio se examina información fáctica sobre el uso que hacen las MYPE del sistema de SCIE, así como los obstáculos que las MYPE afrontan para utilizar ese sistema y los AII con eficiencia, como método para limitar riesgos y resolver controversias. En el estudio exploratorio también se examina cómo podría determinarse quiénes serían los destinatarios de los mecanismos de asistencia y se señala la forma en que algunos mecanismos de asistencia que pueden o podrían utilizar los Estados pueden o podrían ser utilizados por las MYPE en mayor o menor medida que los Estados demandados. En general y teniendo en cuenta los obstáculos que se han presentado y las inquietudes expresadas, en el estudio exploratorio se examinan las formas que podría asumir un mecanismo de asistencia para ayudar a las MYPE de la mejor manera posible a resolver sus problemas de acceso al sistema de SCIE. Entre esas formas figuran el establecimiento de una oficina similar a la de un ombudsman, la prestación de asistencia técnica previa a la controversia, los mecanismos de asistencia basados en el mercado, modelos de creación de capacidad, y un modelo que incluye servicios institucionalizados de asistencia al demandado y patrocinio letrado. Dependiendo del tipo de asistencia que se ofreciera a los inversionistas, de las consultas realizadas surgió que se dudaba en general de la conveniencia de hacer extensivos a los inversionistas los servicios de los mecanismos de asistencia que se crearan o ampliaran, destinados en principio a los Estados, en particular los servicios orientados a apoyar la participación de los inversionistas como partes litigantes en procesos de SCIE, e incluso se expresaba fuerte oposición a que se les ofrecieran esos servicios.

Formas de avanzar en el cambiante contexto actual

El derecho internacional de las inversiones y la SCIE están evolucionando y los resultados de esa evolución siguen siendo inciertos. Esos cambios deberán tenerse en cuenta cuando se evalúen las necesidades y las opciones que se elijan para solventarlas, dado que cada una de esas necesidades puede modificarse el corto, mediano y largo plazo. El mecanismo de asistencia que se elija, para que sea sostenible, deberá ser flexible a fin de adaptarse a nuevas circunstancias. Será importante considerar si, y en qué medida, las inquietudes que se plantean respecto de los AII y el sistema de SCIE se resolverían mejor mediante la reforma de tratados y los mecanismos de solución de controversias previstos en ellos y si, y en qué medida, el costo de no resolver esas inquietudes debería trasladarse de los destinatarios del mecanismo de asistencia (por ejemplo, determinados Estados demandados y/o MYPE) a quienes financien el mecanismo de asistencia (por ejemplo, a otros Estados y quienes contribuyen con el pago de impuestos en estos últimos).

Con respecto a tanto Estados como inversionistas, en el estudio exploratorio se exponen una gran variedad de problemas de capacidad y se describen en detalle mecanismos de asistencia existentes a los que puede recurrirse según la cuestión de que se trate; algunos de esos mecanismos son sólidos, en otros casos no se presta asistencia. En toda labor de creación o ampliación de un mecanismo de asistencia se deberían tener en cuenta los servicios de apoyo ya existentes, utilizarlos y tomarlos como punto de partida, complementándolos según fuera necesario y conveniente.

En el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el más reciente de los períodos de sesiones del Grupo, los delegados de los Gobiernos emprendieron una discusión sustantiva sobre los alcances que tendría un mecanismo de asistencia (al que se hizo referencia como “centro de asesoramiento”). Si bien en general se expresó apoyo por que se estableciera un mecanismo de asistencia, en particular porque dicho mecanismo podría complementar otras opciones de reforma que estaba elaborando el Grupo de Trabajo III, las ideas preliminares y el examen de los interrogantes que se plantearon en relación con el establecimiento de ese mecanismo pusieron de manifiesto que quedaba mucho por hacer. Los delegados debatieron una gran variedad de posibilidades respecto

de los posibles destinatarios del mecanismo, el alcance de los servicios que podría prestar el mecanismo (los esbozados en la nota de la Secretaría que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.168 constituyen un buen punto de partida para futuros debates), la estructura del mecanismo de asistencia y la forma en que podría financiárselo, y otras consideraciones y cuestiones que deberían tenerse en cuenta (a saber, la calidad y fiabilidad de los servicios, el personal que prestaría los servicios y su remuneración, las tensiones entre las partes interesadas, las repercusiones del mecanismo en el sistema de SCIE en su conjunto y la sostenibilidad del mecanismo de asistencia en el largo plazo).

El Grupo de Trabajo proporcionó orientación a la secretaria de la CNUDMI en la realización de la labor preparatoria de asistencia al Grupo de Trabajo en relación con esas consideraciones. Se solicitó información en relación con posibles conflictos de interés y cargas que soportaría el mecanismo de asistencia (en particular respecto del alcance de su mandato); mecanismos de asistencia que ya se encontraban prestando servicios; criterios que podrían aplicarse para determinar quiénes serían los Estados destinatarios y qué servicios recibirían; formas en que la creación de capacidad podría aplicarse a los distintos elementos de la práctica relativa a los tratados de inversión y procedimientos de arreglo de controversias, y opciones para financiar y dotar de personal al mecanismo de asistencia.

Los autores agradecen la oportunidad de contribuir con la información fáctica y las perspectivas que se exponen en el estudio exploratorio a los debates sobre el contenido y el alcance de un posible mecanismo de asistencia, mientras progresa la labor en ese sentido. Los desafíos que se afrontan son variados y las cuestiones, complejas; es necesario observar de cerca y con realismo los problemas que se expresan, así como las ventajas y desventajas de las distintas opciones posibles, para mejorarlas.