



Asamblea General

Distr. limitada
9 de noviembre de 2020
Español
Original: francés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
40º período de sesiones
Viena (en línea), 18 a 22 de enero de 2021

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

Comunicación del Gobierno de Burkina Faso

Nota de la Secretaría

En la presente nota se transcribe una comunicación recibida el 6 de octubre de 2020 del Gobierno de Burkina Faso en preparación del 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En el anexo figura la traducción al español de dicha comunicación.



Anexo

Planteamiento y examen de inquietudes sobre los costos vinculados al proceso y daños y perjuicios

1. Burkina Faso felicita a la CNUDMI y al Grupo de Trabajo III por su labor realizada hasta el momento orientada a reflexionar sobre la reforma del sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).
2. La reforma integral de los mecanismos de SCIE está orientada a responder a las inquietudes señaladas por distintos países del mundo, cuyas consecuencias nefastas recaen principalmente en los países en desarrollo, en particular en lo que respecta a sus recursos financieros¹.
3. El aumento de los costos es una de las principales causas del creciente descontento de los países. La SCIE que se funda en los tratados de inversión conlleva costos financieros importantes para los Gobiernos, en particular para los países en desarrollo como Burkina Faso.
4. Burkina Faso felicita al Grupo de Trabajo III por haber iniciado un debate sobre los daños y perjuicios al abordar el examen de los costos vinculados a la SCIE². Es oportuno recordar que no solo el proceso es oneroso, sino también los montos de las indemnizaciones. Es esencial que el Grupo de Trabajo III procure hacer todo lo posible por encontrar las mejores opciones para reducir los costos vinculados a las indemnizaciones.
5. Burkina Faso aprovecha esta oportunidad para resaltar el impacto que tienen las indemnizaciones que se pagan a los inversionistas en un proceso de SCIE, así como la importancia de que se armonicen integralmente las normas que rigen el pago de una indemnización. Los montos en juego en un proceso de arbitraje en materia de inversiones son en general elevados. Las indemnizaciones han ascendido a cientos de millones, incluso a miles de millones, en casos recientes³.

Principales inquietudes vinculadas a la determinación de la indemnización

6. En ese contexto, pueden señalarse varias inquietudes más específicamente vinculadas a la determinación de la indemnización⁴.
7. En primer lugar, el sistema actual no impide que existan extraordinarias diferencias entre las sumas invertidas y las sumas otorgadas en concepto de indemnización. Esas diferencias surgen de las normas que rigen el cálculo de las indemnizaciones, según las cuales el tribunal debe ordenar la indemnización teniendo en cuenta la situación financiera en la que se encontraría el inversionista si el Estado anfitrión no hubiera incumplido el tratado de inversión.
8. En segundo lugar, el sistema actual, tal como ha sido elaborado por la jurisprudencia arbitral, es complejo e incoherente. Corresponde a los tribunales elegir entre tres categorías principales de criterios para realizar su evaluación⁵. Sin embargo, las tendencias en la elección que hacen los tribunales de las técnicas de evaluación constituyen un factor que incide en el aumento de las indemnizaciones que se otorgan en virtud de los tratados de inversión.

¹ Véase A/CN.9/WG.III/WP.153.

² Véase A/CN.9/1004*, párr. 24.

³ Por ejemplo, *Tethyan Copper Company, Pty Limited v Islamic Republic of Pakistan*, CIADI, caso núm. ARB/1211, laudo arbitral, 12 de julio de 2019 (4.000 millones de dólares).

⁴ Bonnitcha, Jonathan y Sarah Brewin, "L'indemnisation en vertu des traités d'investissements", *Séries des bonnes pratiques de l'IISD*, octubre de 2019, que puede consultarse en <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>.

⁵ Los tribunales pueden elegir entre realizar una evaluación que tenga en cuenta el mercado, las ganancias o los bienes. Véase Marboe Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2018), pág.148.

9. En tercer lugar, al evaluar las indemnizaciones, un tribunal arbitral no tiene en cuenta en general los factores contextuales. Entre esos factores cabe mencionar el interés público que justificaría que se interfiriera en la inversión, las posibilidades del Estado anfitrión de hacer frente al pago y la conducta del inversionista (por ejemplo, el que no hubiera cumplido determinadas obligaciones).

10. Por último, el cálculo de las indemnizaciones se encuentra vinculado al problema transversal de que puede producirse una “parálisis normativa” como consecuencia del sistema de SCIE. El riesgo de tener que pagar sumas elevadas en concepto de daños y perjuicios puede incidir en si los Gobiernos deciden o no adoptar las medidas de interés público⁶.

Propuestas de reforma

11. En ese contexto, Burkina Faso quisiera destacar que es importante reexaminar las normas y las modalidades de cálculo de las indemnizaciones del sistema de SCIE. Podría considerarse la posibilidad de adoptar varias medidas para atender a esas inquietudes, entre ellas, las siguientes:

- Aclarar los métodos utilizados para el cálculo de los daños y perjuicios de la forma más clara y explícita posible, lo que permitiría reducir el riesgo de que la interpretación que hicieran los tribunales fuera contraria a la intención de los Estados parte en el tratado. Así pues, sería también deseable que se contemplara la posibilidad de aclarar qué pruebas deben exigirse para calcular esos daños y perjuicios.
- Elaborar normas para determinar el monto de la indemnización que deberá pagarse en caso de expropiación y el monto de la indemnización que deberá pagarse en el caso de otros tipos de incumplimiento de tratados de inversión, puesto que modificar las disposiciones aplicables a la indemnización en el caso de expropiación no alcanzaría si la jurisprudencia sobre indemnizaciones para otros tipos de incumplimiento de tratados de inversión siguiera sin modificarse.
- Aplicar normas claras relativas a las posibilidades que tiene un tribunal de otorgar indemnizaciones por lucro cesante del inversionista; considerar la posibilidad de limitar las indemnizaciones a la suma realmente invertida por el inversionista, al menos en algunos casos en que el proyecto de inversión no se haya ejecutado nunca⁷.
- Elaborar normas claras en lo que respecta al otorgamiento de indemnización por daños morales o resarcimiento punitivo.
- Prever la posibilidad de que los tribunales de segunda instancia (por ejemplo, un tribunal de apelación) tengan mayores posibilidades de examinar los errores de hecho y de derecho que se cometan al evaluar los daños y perjuicios.

12. Por último, los enfoques que se utilicen en la reforma del sistema de SCIE vinculados a cuestiones relativas al cálculo de las indemnizaciones deberían apuntar a que los principios que rigieran las indemnizaciones en virtud de los tratados de inversión no sean más generosos que los que prevean en general los sistemas jurídicos nacionales.

⁶ Véase “UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform: How Cross-Cutting Issues Reshape Reform Options”, elaborado por el CCSI, el IIED y el IISD, 15 de julio de 2019, que puede consultarse en <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/07/uncitral-submission-cross-cutting-issues-en.pdf>.

⁷ Bonnitcha y Brewin, *op. cit.*, 28. Los autores proponen el texto siguiente para que la norma sea más clara: “La indemnización otorgada por un tribunal, sea en el caso de expropiación de la inversión del inversionista, sea en el caso de que se incumpla de otro modo ese tratado, no deberá en ningún caso superar el monto total de los gastos (ajustados en función de la inflación) efectivamente realizados por el inversionista en la ejecución de su inversión”.