



Asamblea General

Distr. limitada
9 de noviembre de 2018
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)**
37º período de sesiones
Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019

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

Observaciones del Gobierno de Indonesia

Nota de la Secretaría

En preparación del 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el Gobierno de Indonesia presentó a la Secretaría una breve perspectiva sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). La versión en inglés de ese documento se presentó a la Secretaría el 29 de octubre de 2018. En el anexo de la presente nota figura la traducción al español del texto en inglés recibido por la Secretaría.



Anexo

La reforma del sistema de SCIE: una breve perspectiva de Indonesia

[Original: inglés]
[Fecha: 29 de octubre de 2018]

A. Introducción

1. El presente documento tiene por objeto presentar la perspectiva de Indonesia sobre ciertas inquietudes relacionadas con la SCIE. El debate propuesto sobre la reforma del sistema de SCIE en el marco de la CNUDMI se basa en una dicotomía entre las cuestiones de fondo y las de procedimiento. Indonesia considera que la utilización de ese enfoque podría frustrar el propósito de contar con un mecanismo de SCIE eficaz, ya que es difícil separar las cuestiones de fondo de las de procedimiento.
2. Indonesia opina que el derecho procesal es en esencia derecho de fondo y viceversa. En los acuerdos internacionales de inversión (AII), el derecho de fondo y el derecho procesal están relacionados por naturaleza.
3. En este documento se desarrollará también la perspectiva de Indonesia sobre la reforma del sistema de SCIE, a la luz de la revisión de los tratados bilaterales de inversión llevada a cabo por Indonesia entre 2014 y 2016.
4. El presente documento no prejuzga sobre la posición que adoptaría el Gobierno de Indonesia en la tercera parte de las deliberaciones respecto de la solución que se recomendaría si la reforma fuera bien recibida por todos los Estados.

B. Posición general respecto del proceso de reforma del sistema de SCIE

5. El proceso de reforma del sistema de SCIE podría beneficiarse de la inclusión de todas las partes interesadas, públicas y privadas, que representen intereses empresariales y no empresariales, en el proceso deliberativo para que haya un equilibrio y se llegue a resultados que puedan ser ampliamente aceptados por los Estados, los inversionistas y los terceros por igual.
6. El proceso de reforma del sistema de SCIE debe reflejar que se han hecho esfuerzos por lograr un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de todas las partes interesadas; es decir, debe protegerse a los inversionistas y sus inversiones, preservando al mismo tiempo el margen de acción de los Estados en materia de políticas, así como el derecho de estos a reglamentar las inversiones extranjeras en su territorio.

C. Inquietudes sobre la SCIE que es preciso abordar

7. En 2014, tras haber participado en varios procedimientos de arbitraje en materia de inversiones, Indonesia adoptó la importante decisión de examinar todos los AII vigentes. La razón de ser de ese proceso de revisión era evaluar las repercusiones de esos AII sobre el derecho de Indonesia a reglamentar, y procurar la aplicación de objetivos legítimos en materia de políticas públicas, así como modernizar los AII para que incluyeran principios y disposiciones que aseguraran un equilibrio más equitativo entre los objetivos de los inversionistas extranjeros y los del Estado receptor. A continuación, se explican con más detalle las inquietudes que se plantean en relación con el mecanismo de la SCIE.

Demanda infundada

8. Cabe señalar que en todos los sistemas jurídicos los demandantes tienden a iniciar sus litigios con demandas en las que reclaman indemnizaciones desmedidas. Esas pretensiones desmedidas se hacen con la esperanza de que una cantidad menos exagerada, pero aun así infundada, parezca razonable en comparación. La brecha entre la valuación de los demandantes y la de los demandados tiende a ser considerable en las disputas entre inversionistas y Estados que versan sobre recursos naturales. Este desequilibrio requiere una valuación compleja de las empresas y un sistema de control para limitar el riesgo de que se cometan abusos. Que los árbitros no limiten ese riesgo da lugar a enormes errores desde el punto de vista económico y a menudo son los Estados los que pagan el precio.

9. Para resolver este problema, se deberían elaborar directrices que incluyeran un mecanismo de control que fuera aplicable a las demandas, un método establecido para la valuación de las empresas de conformidad con las normas reconocidas internacionalmente en materia de presentación de información financiera, un código de conducta aplicable a los árbitros respecto del cálculo de dicha valuación, y un mecanismo para desestimar demandas infundadas en una etapa temprana.

Parálisis normativa

10. Por otra parte, existen indicios de que la amenaza de recurrir a mecanismos de SCIE conduce a una “parálisis normativa”; es decir, que los Gobiernos se muestran reacios a adoptar medidas reglamentarias legítimas de interés público por temor a ser demandados, lo que socavaría la potestad de los Gobiernos de dictar su propia reglamentación. Cada vez que un Gobierno modifica su reglamentación o promulga una nueva, corre el riesgo de ser demandado por los inversionistas. El temor a que los tribunales de arbitraje internacionales resuelvan la controversia a favor de los inversionistas puede afectar la futura aplicación de medidas gubernamentales que impliquen cambios legítimos en las políticas. Como consecuencia de ello, los Gobiernos se arriesgan a perder margen de acción en materia de políticas y a limitar su derecho a reglamentar por temor a ser demandados o tener que enfrentarse a amenazas de los inversionistas disconformes.

Creación de un sistema paralelo de solución de controversias

11. El sistema de SCIE permite a los inversionistas extranjeros eludir los procesos de derecho interno y demandar al país receptor ante un foro de arbitraje internacional. Los inversionistas podrían incluso impugnar medidas de gobierno que en realidad están en consonancia con la constitución y las leyes.

12. Se ha propuesto introducir límites en el ámbito procesal mediante la norma que establece la obligación de agotar los recursos internos y que obliga a los inversionistas a recurrir a los tribunales nacionales antes de acceder a mecanismos de SCIE (agotamiento de las vías de reparación internas). Los tribunales del sistema de SCIE están reconociendo la importancia de que un tribunal administrativo nacional controle el uso que hace el Estado de su poder y defienda el estado de derecho, proporcionando recursos a las personas físicas y jurídicas que tienen derecho a ser amparadas contra los actos ilegítimos del Estado. Los tribunales administrativos nacionales y los mecanismos de SCIE resuelven hechos o situaciones similares relacionados con los inversionistas, como la vulneración de las garantías procesales, la denegación ilegítima o arbitraria de licencias, y las expropiaciones y los cambios en la normativa o las políticas tributarias.

Credibilidad del sistema de arbitraje internacional

13. Los laudos dictados por los tribunales arbitrales de inversión son a veces discordantes o incluso contradictorios, y no existe un mecanismo en vigencia adecuado para remediar o limitar esa falta de uniformidad. La falta de uniformidad de los laudos arbitrales podría afectar negativamente a la fiabilidad, eficacia y previsibilidad del sistema de arbitraje en materia de inversiones y, a largo plazo, su credibilidad.

14. Otra cuestión que se plantea, en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros, es el cambio de funciones que desempeñan las personas que ejercen de árbitro, asesor letrado y perito en diferentes casos. En ocasiones, esas personas también alternan constantemente entre el ejercicio privado del arbitraje y la actuación como funcionarios públicos (ejercicio de dos o tres funciones); al parecer, varios árbitros han desempeñado funciones gubernamentales, oficiales u oficiosas, en la negociación de los mismos tipos de AII respecto de los cuales han actuado posteriormente como decisores o litigantes en el sector privado, lo que ha dado lugar a que se perciba una falta de imparcialidad e independencia.

D. Opciones para la reforma del sistema de SCIE

15. Indonesia considera que mantener el enfoque convencional en materia de SCIE no es una opción viable, dadas las críticas que se hacen actualmente al mecanismo de SCIE existente. Por consiguiente, se propone que se mejore el enfoque convencional en materia de SCIE de modo que se reduzca efectivamente la exposición de los Estados a los riesgos jurídicos y financieros que presentan esos mecanismos. Tomando como base el proceso de examen de los tratados bilaterales de inversión (TBI) llevado a cabo por Indonesia, a continuación, figuran como referencia varias opciones de reforma del sistema de SCIE que podrían debatirse más a fondo:

- Proporcionar más salvaguardias tanto en las disposiciones de fondo como en las relativas a la SCIE, de modo que los derechos y las obligaciones de los inversionistas sean tratados equitativamente.
- Permitir que los inversionistas presenten demandas ante los tribunales arbitrales internacionales una vez agotados los recursos internos.
- Exigir el consentimiento por escrito y por separado como requisito para que un inversionista pueda presentar demandas en el marco de la SCIE ante un foro de arbitraje internacional.
- Incorporar la mediación obligatoria como un mecanismo alternativo de solución de controversias antes de recurrir al sistema de SCIE.

Proporcionar más salvaguardias tanto en las disposiciones de fondo como en las relativas a la SCIE, de modo que los derechos y las obligaciones de los inversionistas sean tratados equitativamente

16. Excluir cláusulas sobre la SCIE quizás no sea un enfoque prudente, en particular si la intención principal es atraer inversiones extranjeras. Por lo tanto, Indonesia considera conveniente un enfoque más equilibrado en el contexto de la modernización de su modelo de tratados de inversión para incluir más salvaguardias tanto en las disposiciones de fondo como en las relativas a la SCIE. Algunas salvaguardias que Indonesia considera importante establecer son la definición de inversión (una definición que gire en torno del concepto de activos, pero con ciertas excepciones y limitaciones), las inversiones que se encontrarían incluidas (con la exigencia de que se pase una prueba de admisión con arreglo al derecho interno), disposiciones sobre el derecho a reglamentar, medidas de lucha contra la corrupción, responsabilidad social de las empresas, exclusión de ciertas reclamaciones, excepciones de índole general y relativas a la seguridad, balanza de pagos, medidas de prevención y deuda pública.

Permitir que los inversionistas presenten demandas ante los tribunales arbitrales internacionales una vez agotados los recursos internos

17. Indonesia también considera conveniente la opción de exigir a los inversionistas que agoten los recursos internos antes de presentar una reclamación ante un mecanismo de SCIE. Además, es necesario que los Estados refuercen sus ordenamientos jurídicos, aprobando leyes y reglamentos que proporcionen a los inversionistas extranjeros la posibilidad de hacer uso de recursos en un plazo razonable. El requisito del agotamiento de los recursos internos guarda coherencia con lo que prevé el derecho internacional consuetudinario, en el sentido de que estos deben constituir la primera y principal vía de solución antes de que pueda iniciarse un proceso de arbitraje internacional.

Exigir el consentimiento por escrito y por separado como requisito para que un inversionista pueda presentar demandas en el marco de la SCIE ante un foro de arbitraje internacional

18. En consonancia con el nuevo enfoque propuesto, un foro de arbitraje internacional solo será competente para dirimir una controversia entre inversionistas y Estados si el inversionista y el Estado receptor conciertan un acuerdo para someter las controversias entre inversionistas y Estados a arbitraje internacional. Indonesia considera conveniente la introducción del requisito de que se preste consentimiento por separado en la forma de un acuerdo por escrito antes de someter un asunto a arbitraje internacional. Sería necesario prestar consentimiento por escrito o celebrar un acuerdo especial para dirimir una controversia recurriendo al arbitraje internacional, en que se proporcionaría información detallada sobre la controversia, como el nombre y domicilio del inversionista que es parte en la disputa, las disposiciones del acuerdo que se alegue se han incumplido, y los fundamentos fácticos y jurídicos de la reclamación. Este enfoque no puede entenderse como una forma que permitiría a los Estados eludir el arbitraje internacional por completo.

Mediación obligatoria

19. La utilización de métodos distintos del arbitraje para resolver controversias también se considera una alternativa posible a la SCIE. Los Estados podrían incluir en sus tratados de inversión formas de reducir la duración y el costo de los procesos, mediante el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias distintos del arbitraje, como la mediación. Indonesia considera que la mediación es obligatoria una vez que se ha agotado el proceso de consulta, lo que constituye una forma de evitar que una controversia escale y se convierta en una disputa jurídica que puede ser costosa y perjudicial para la relación entre las partes en ella. Los inversionistas, según las exigencias del caso, solicitarán la asistencia de un mediador para resolver disputas una vez que se haya notificado al Estado de la posibilidad de que se produzca una controversia y de que el proceso de consulta se haya agotado.

20. Indonesia ha introducido este procedimiento de mediación en su negociación bilateral de los AII como forma de solución alternativa de controversias que será obligatoria para los inversionistas antes de que puedan recurrir a los mecanismos de SCIE. Se espera que la introducción de un paso formal en el proceso ayude a elevar el perfil de los procedimientos alternativos de solución de controversias para que constituyan opciones eficaces, dada la naturaleza contenciosa de los procesos judiciales y del arbitraje internacional.

E. Observación final

21. Una de las cuestiones que más preocupa a Indonesia es la disposición relativa a la SCIE que ha aumentado la exposición de un Estado a las reclamaciones de los inversionistas en el arbitraje internacional. Por consiguiente, se propone que la CNUDMI considere la posibilidad de mejorar el enfoque convencional en materia de SCIE de modo que se reduzca efectivamente la exposición innecesaria de los Estados a los riesgos jurídicos y financieros que presentan los mecanismos de SCIE. Es mucha la labor que todavía es necesario llevar a cabo en esta área de estudio.
