



Asamblea General

Distr. limitada
12 de enero de 2022
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)**
42° período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de febrero de 2022

Resumen de la reunión entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) presentado por el Gobierno de la República de Corea

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida del Gobierno de la República de Corea que contiene un resumen de la cuarta reunión entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de SCIE celebrada los días 2 y 3 de septiembre de 2021 en Seúl, República de Corea. La versión en inglés del resumen se presentó el 4 de enero de 2022 y en el anexo de la presente nota figura la traducción al español del texto recibido por la secretaría.



Anexo

Introducción

1. La cuarta reunión entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) (en adelante, la “Reunión”) se celebró de forma virtual los días 2 y 3 de septiembre de 2021 en Seúl, República de Corea. La Reunión fue organizada conjuntamente por el Ministerio de Justicia de la República de Corea y el Centro Regional para Asia y el Pacífico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La República de Corea aprovecha nuevamente esta oportunidad para agradecer a la secretaría de la CNDUMI su inmenso apoyo en la preparación de esta Reunión y a los delegados del Grupo de Trabajo III y las instituciones que asistieron en calidad de observadoras por sus considerables contribuciones y su activa participación.
2. La Reunión consistió en cuatro sesiones que se celebraron a lo largo dos días. En las primeras tres sesiones se examinó un proyecto de documento preparado por la secretaría sobre la desestimación temprana de demandas, la garantía de pago de las costas y las reconveniones. La cuarta sesión consistió en una serie de exposiciones, a cargo de los delegados y las instituciones que participaron en calidad de observadoras, sobre cuestiones intersectoriales relacionadas con la reforma procesal, entre las que figuraron el cálculo de daños y perjuicios, el agotamiento de los recursos internos, la parálisis normativa, del derecho a regular, la participación de terceros, la inmunidad de ejecución y la intervención de órganos judiciales nacionales.
3. El intercambio de opiniones que tuvo lugar en la Reunión constituyó para la secretaría orientación útil que le sirvió para preparar documentos de trabajo oficiales para períodos de sesiones futuros del Grupo de Trabajo III. La República de Corea seguirá participando activamente en las deliberaciones sobre la reforma del sistema de SCIE y espera con interés unirse a la labor de colaboración que se lleve adelante en el futuro.

Observaciones iniciales

4. La Reunión fue inaugurada por el Ministro de Justicia, Beom-Kye Park, de la República de Corea. El Ministro Park dio la bienvenida y agradeció a todos los Estados miembros e instituciones su asistencia a la Reunión, que la República de Corea acogía como anfitriona por segunda vez. El Ministro Park alentó a los participantes a intercambiar asiduamente sus opiniones y expresó la esperanza de que la CNUDMI y el Ministerio de Justicia de la República de Corea siguieran cooperando en el futuro en relación con la labor de reforma del sistema de SCIE. A continuación, la Sra. Anna Joubin-Bret, Secretaria de la CNUDMI, pronunció unas palabras de bienvenida. La Sra. Joubin-Bret expresó agradecimiento al Ministro de Justicia y destacó la importancia de que se siguiera trabajando en las reformas procesales y las cuestiones intersectoriales.

Resumen de la Reunión

Primera sesión. Desestimación temprana de demandas infundadas.

5. La sesión sobre desestimación temprana de demandas infundadas fue moderada por el Profesor Hi-Taek Shin, Profesor emérito de Derecho de la Universidad Nacional de Seúl.
6. El Profesor Shin presentó el tema y señaló específicamente las siguientes cuestiones para el debate: i) los tipos de demandas infundadas que se incluirían; ii) las consecuencias que tendría la determinación que hiciera el tribunal arbitral respecto de las demandas infundadas; iii) el riesgo de que se hiciera un uso abusivo o indebido del marco para defenderse de las demandas infundadas, y iv) la desestimación temprana de las demandas.
7. La secretaría proporcionó información de antecedentes sobre el proyecto de documento en que figuraba un proyecto de disposición (que tal vez complementaría el

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) y ejemplos de disposiciones que figuraban en acuerdos internacionales de inversión y reglamentos de arbitraje institucionales.

Observaciones generales

8. Se reconoció la importancia de que pudieran desestimarse tempranamente las demandas que estuvieran claramente infundadas para evitar que se hiciera un uso abusivo del sistema de SCIE y garantizar que hubiera un acceso efectivo a la justicia en relación con otras demandas. Al respecto, se opinó que en la disposición debería lograrse un equilibrio adecuado en un lenguaje que fuera claro, preciso y fácil de entender. Se observó que era importante contar con una norma jurídica clara que pudieran aplicar los decisores y tribunales arbitrales para adoptar medidas respecto de las demandas infundadas. También se señaló que la discusión de la disposición podría diferir según si la intención fuera incorporar la disposición a un reglamento o a un tratado.

9. En cuanto al título de la disposición, una sugerencia fue que se utilizaran las palabras “demandas infundadas o basadas en hechos no demostrados” en vez de “resoluciones preliminares”.

Párrafo 1

1. *Las partes podrán oponer las siguientes excepciones:*
- a) *que la demanda o contestación carece manifiestamente de fundamento jurídico;*
 - b) *que algunas de las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa una demanda o contestación carecen manifiestamente de fundamento;*
 - c) *que alguna de las pruebas no es admisible;*
 - d) *que no procedería dictar ningún laudo a favor de la otra parte aun suponiendo que las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basara una demanda o contestación fueran correctas;*
 - e) *...*

10. Se observó que el párrafo 1 a) permitía que las excepciones que se opusieran en que se alegara que una demanda o contestación carecía manifiestamente de fundamento jurídico podrían resolverse de forma acelerada, lo cual guardaba coherencia con las nuevas tenencias (por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del Singapore International Arbitration Center (SIAC)). Se interrogó acerca de la inclusión de la palabra “contestación” en el párrafo 1 a), dado que la herramienta que comúnmente se utilizaba en los tratados solo se refería a las demandas, no a las contestaciones. Se expresó una opinión según la cual incluir las contestaciones significaría introducir procesos paralelos. En respuesta a ello, se señaló que, si el alcance se limitaba a las demandas sin fundamento jurídico, sería más fácil fijar los plazos siguiendo el criterio que se utilizaba en las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (CIADI).

11. En cuanto a los párrafos 1 b) y c), se plantearon dudas acerca de la viabilidad de que la discusión de las cuestiones de hecho y prueba se concentrara en una etapa temprana del proceso. Se observó que las cuestiones de hecho y prueba podían conducir a largos procedimientos orientados a la averiguación de los hechos y prolongar el costo y la duración del proceso, lo que iría en desmedro de los objetivos del mecanismo de desestimación temprana. Se señaló también que los tribunales arbitrales ya podían expedirse sobre la admisibilidad de la prueba, sin necesidad del párrafo 1 c), de conformidad con las normas vigentes, señalándose como ejemplo el artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Se expresó la opinión de que cabía tener en cuenta que el hecho de que la prueba fuera inadmisibile no siempre significaba que las demandas lo fueran también y que sería útil debatir si habría que distinguir entre estas dos situaciones o cuál sería la mejor manera de abordar la cuestión de la inadmisibilidad de la prueba en el contexto de la desestimación temprana de las demandas, si se incluyera a esta última categoría dentro de las excepciones.

12. En cuanto al párrafo 1 d), se opinó que tenía un efecto similar al de las disposiciones de tratados ya existentes que permitían la interposición de excepciones preliminares. Se hizo una pregunta acerca de por qué la disposición se había formulado de forma distinta a como se la formulaba habitualmente. También se señaló que la redacción del apartado d) era poco clara y se preguntó cuál era la relación entre ese apartado y el apartado a). Se observó además que podía parecer que los apartados b) a d) del párrafo 1 establecían un sistema de “decisiones sumarias” o “*disposition as a matter of law*” (determinación como cuestión de derecho), que se utilizaban en algunas jurisdicciones. En relación con esto último, se señaló que el procedimiento de decisión sumaria era un procedimiento jurídico totalmente distinto del de la desestimación temprana de demandas manifiestamente carentes de mérito.

Párrafo 2

2. *Las partes opondrán la excepción en cuanto sea posible y a más tardar 30 días después de que se haya presentado la demanda o contestación, la cuestión de hecho o de derecho o la prueba de que se trate. El tribunal arbitral podrá admitir una excepción que se oponga más tarde si considera justificada la demora.*

13. Se observó que tal vez no fuera realista que en la práctica pudieran presentarse excepciones en un plazo de 30 días, que era un plazo breve. Por lo tanto, se sugirió que se fijara un plazo de 45 o 60 días. En cuanto a la presentación tardía de excepciones, se propuso que se impusiera un límite de 30 días a la discrecionalidad del tribunal arbitral para admitir la presentación tardía de una excepción, incluso si considerara que la demora era justificada.

Párrafo 3

3. *La parte que oponga la excepción señalará con la mayor precisión posible los hechos y fundamentos de derecho de esa excepción y demostrará que una decisión sobre la excepción agilizará el proceso teniendo presentes todas las circunstancias del caso.*

14. Se señaló que quizás fuera necesario examinar el párrafo 3 junto con el párrafo 2 a fin de determinar si las excepciones deberían resolverse como cuestión preliminar o si podrían oponerse en etapas posteriores, como se preveía en el párrafo 2.

Párrafos 4 y 5

4. *Después de invitar a las partes a expresar su opinión, el tribunal arbitral determinará si ha de dictar una decisión sobre la excepción a modo de cuestión preliminar dentro de los [15] días siguientes a la fecha en que se haya opuesto.*

5. *El tribunal arbitral resolverá la excepción dentro de los [30] días siguientes a la fecha en que se haya opuesto. El tribunal arbitral podrá prorrogar el plazo en circunstancias excepcionales.*

15. Se sugirió que se dieran 30 días (en vez de 15) al tribunal arbitral contados desde la fecha en que se opusiera la excepción para decidir si la resolvería como cuestión preliminar. Se expresaron dudas acerca de la necesidad de la disposición y se observó que el tribunal arbitral podía resolver en un plazo bastante breve si examinaría la excepción. Al respecto, se sugirió que se equilibrara esa disposición con otra sobre la asignación de las costas, de modo que si se opusiera una excepción sin fundamento se correría el riesgo de que se regularan costas. En relación con el párrafo 5, se formularon propuestas para definir las palabras “circunstancias excepcionales” y especificar el plazo en el cual el tribunal arbitral resolvería la excepción.

Párrafo 6

6. *La decisión sobre la excepción dictada por el tribunal arbitral no impedirá a las partes objetar, en el transcurso del proceso, que la demanda o contestación carece de fundamento jurídico.*

16. Se propuso que se considerara la posibilidad de añadir la siguiente frase al final del párrafo 6: “ello no impedirá que la parte impugne la competencia del tribunal”.

17. Se añadió que en varios tratados figuraban textos de ese tenor para aclarar que la decisión que dictara el tribunal arbitral sobre la cuestión no afectaría a la posibilidad de que se plantearan en el futuro objeciones respecto del fondo del asunto o la competencia del tribunal.

Otros asuntos

18. Se propusieron dos enfoques distintos sobre la forma en que podría presentarse la disposición. Uno fue que se la incluyera en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para lo que se citaron como ejemplos disposiciones en que se trataban las demandas infundadas, como las disposiciones del SIAC y el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). Otro enfoque fue que se considerara la posibilidad de redactar una disposición supletoria que permitiera desestimar demandas infundadas en el caso de que el reglamento guardara silencio al respecto, por ejemplo, las que figuraban en algunos tratados vigentes, como el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y el Canadá (T-MEC).

19. En cuanto a la cuestión del abuso del proceso, se expresó brevemente la opinión de que este era otro concepto con respecto al cual era necesario que hubiera mayor claridad desde el punto de vista jurídico y que se suministrara mayor información. Se observó que algunas cuestiones, como la denegación de determinadas ventajas, también deberían tenerse en cuenta al considerarse cómo se abordaría la posibilidad de que las partes invocaran el tratado más favorable y las inquietudes que pudieran existir acerca de que se hiciera un uso indebido de las disposiciones existentes sobre la solución de controversias. También se señaló que no era apropiado que el Grupo de Trabajo examinara la cuestión de la invocación del tratado más favorable.

20. Se intercambiaron otras opiniones acerca de si convenía combinar las disposiciones sobre las excepciones relativas a las demandas infundadas con la disposición sobre las excepciones de incompetencia. Además, se sugirió que se considerara la posibilidad de establecer la presunción de que la parte que resultara vencedora en la excepción fuera reembolsada por las costas en el arbitraje, como se proponía en el contexto del proceso de modificación de las Reglas y el Reglamento del CIADI.

Segunda sesión. Garantía de pago de las costas.

21. La sesión sobre la garantía de pago de las costas fue moderada por el Profesor Seung Wha Chang, Profesor de Derecho de la Universidad Nacional de Seúl.

22. El Profesor Chang comenzó por señalar que el tema tenía por finalidad abordar las dificultades que experimentaban los Estados demandados para recuperar costas en los casos de SCIE. El Profesor Chang señaló además que no había un marco adecuado para garantizar el pago de las costas que no fuera que se dictaran medidas provisionales. En ese sentido, se observó que era necesario elaborar un marco claro y predecible para que se garantizara el pago de las costas a fin de proteger a los Estados demandados de la posibilidad de que los inversionistas demandantes no cumplieran las condenas de pago de costas y evitar la interposición de demandas infundadas. El Profesor Chang añadió que se debía adoptar un criterio equilibrado, dado que exigir garantías del pago de las costas podía demorar el proceso, aumentar el monto de las costas y desalentar, además, a algunos grupos de inversionistas (por ejemplo, los inversionistas individuales, las empresas familiares o las pequeñas y medianas empresas) de interponer demandas.

23. La secretaría proporcionó información de antecedentes y observó que la mayoría de los tratados de inversión no contemplaban la garantía de pago de costas y los tribunales arbitrales eran renuentes a ordenar medidas para que se garantizara ese pago en razón de la incertidumbre y las inquietudes que ello generaba, por ejemplo, que no era apropiado prejuzgar sobre el caso y sus fundamentos; la falta de comprobación de que existía efectivamente el riesgo de que no se pagara y el hecho de que era insuficiente probar que el inversionista demandante no tuviera bienes.

Observaciones generales

24. Se expresó apoyo a que se incluyera una disposición específica sobre la garantía de las costas que fuera separada e independiente de las disposiciones existentes relativas a las medidas provisionales. Se sugirió además que el Grupo de Trabajo considerara si convenía incluir o no normas concretas para asistir a los tribunales en la determinación de si era necesario o se justificaba que se dictara una decisión por la que se ordenara garantizar el pago de costas. En relación con esta cuestión, se comentó que no deberían fijarse requisitos exigentes para ordenar que se garantizara el pago de las costas. Incluso se mencionó que era preferible conceder al tribunal arbitral facultades discrecionales para decidir al respecto, sobre la base de la evaluación que hiciera de todas las circunstancias. Por otra parte, se expresaron inquietudes en el sentido de que establecer una norma general sobre la garantía de pago de las costas podría constituir un obstáculo para determinados grupos de inversionistas, como las pequeñas y medianas empresas, a la posibilidad de obtener justicia. Asimismo, se observó que el sistema actual alcanzaba para garantizar el pago de las costas y que el tribunal arbitral tenía la posibilidad de ponderar cuidadosamente todas las circunstancias del caso. También se observó que era necesario adoptar un criterio mesurado y equilibrado para no crear obstáculos a la interposición de demandas.

Párrafo 1

1. *A instancia de una parte, el tribunal arbitral podrá ordenar a cualquiera de las partes que interponga una demanda o reconvencción que garantice el pago de las costas.*

25. Se expresó apoyo a que las decisiones por las que se ordenara garantizar el pago de las costas se dictaran a instancia de parte y no de oficio. Se produjo un intercambio de opiniones acerca de que no sería necesario que en esas decisiones se exigiera a los Estados que garantizaran el pago de las costas. Por otro lado, se afirmó que era necesario que se tratara equitativamente a los inversionistas demandantes y los Estados demandados, en particular en los casos en que fuera extremadamente difícil ejecutar una condena en costas contra un Estado que fuera renuente a pagar. En ese contexto, se hizo referencia a la posibilidad de que se presentaran reconvencciones.

Párrafo 2

2. *Se utilizará el siguiente procedimiento:*

- a) *en la solicitud se especificarán las circunstancias que hacen necesario que se garantice el pago de las costas;*
- b) *el tribunal arbitral fijará plazos para que se hagan presentaciones escritas y orales sobre la solicitud, según proceda;*
- c) *si una parte solicitara que se garantizara el pago de las costas antes de que se constituyera el tribunal arbitral, este considerará la solicitud con prontitud en cuanto se constituya, y*
- d) *el tribunal arbitral emitirá su decisión sobre la solicitud dentro de los 30 días contados a partir de su constitución o de la presentación de la solicitud, si esto último ocurriera más tarde.*

26. En cuanto a los requisitos que deberían darse para que se ordene que se garantice el pago de las costas de conformidad con el apartado a), se expresó la opinión de que sería más apropiado utilizar las palabras “que justifiquen”, en vez de “que hacen necesario”. En respuesta a ello, se plantearon interrogantes acerca de la viabilidad de

que se utilizara “justificar” como concepto más amplio. También se explicó que las palabras “escritas y orales” se habían incluido en el apartado b) para dar al tribunal arbitral mayor flexibilidad, por ejemplo, para que pudiera fijar una audiencia más breve. Se observó asimismo que el apartado b) sería útil solo cuando participara una institución o secretaría en la administración del arbitraje. En respuesta a pedidos de que se aclarara el sentido del apartado d), se observó que la finalidad del apartado era que la orden se dictara lo antes posible, con independencia de si la solicitud se presentaba antes o después de la constitución del tribunal.

Párrafos 3 y 4

3. *Al decidir si ordenar a una parte que garantice el pago de las costas, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas las siguientes:*
- a) *la posibilidad que tenga esa parte de cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;*
 - b) *la voluntad que tenga esa parte para cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;*
 - c) *el efecto que tendría el garantizar el pago de las costas en la posibilidad de que esa parte siga adelante con su demanda o reconvencción, y*
 - d) *la conducta de las partes.*
4. *el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las pruebas que se invoquen en relación con las circunstancias descritas en el párrafo 3, incluida la existencia de financiación por terceros.*

27. Se expresaron opiniones divergentes acerca de los factores que el tribunal arbitral debería tener en cuenta al decidir si ordenaría o no que se garantizara el pago de las costas, y acerca de si la lista que figuraba en el párrafo 3 debería ser ilustrativa y conservarse en el texto. Algunos expresaron un fuerte apoyo a que se mantuviera la lista en el texto, y alguien señaló en particular que era necesario conservar el apartado c).

28. En relación con el efecto que tendría la existencia de financiación por terceros en la decisión de ordenar que se garantizara el pago de las costas, se produjo un intercambio de opiniones acerca de que la financiación por terceros debía ser uno de los factores que había de tenerse en cuenta, pero que no debía ser en sí misma un factor determinante. Se expresaron inquietudes en relación con la estructura actual de la disposición, en el sentido de que mencionar la garantía de pago de las costas en un apartado separado tal vez confundiría al tribunal arbitral y haría que le diera a ese factor un peso distinto del de los otros.

Párrafos 5 y 6

5. *El tribunal arbitral especificará las condiciones pertinentes en la decisión por la que ordene que se garantice el pago de las costas y fijará un plazo para que se cumpla esa decisión.*
6. *Si una parte no cumpliera una decisión por la que se ordenara garantizar el pago de las costas, el tribunal arbitral podrá suspender el proceso. Si el proceso se suspendiera durante más de 90 días, el tribunal arbitral podrá, tras consultar a las partes, ordenar su terminación.*

29. Se señaló que el plazo no presentaba problemas, pero que las palabras “las condiciones pertinentes” podían hacer referencia a algunas cuestiones procesales, como el cálculo del monto de la garantía de pago de las costas.

Párrafos 7 y 8

7. *Las partes revelarán con prontitud todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias en que se haya basado el tribunal para ordenar que se garantice el pago de las costas.*

8. *El tribunal arbitral podrá modificar o revocar en cualquier momento la decisión por la que ordene que se garantice el pago de las costas, de oficio o a instancia de parte.*

30. Se planteó el interrogante de si el tribunal arbitral podía modificar o revocar la decisión de oficio, dado que la solicitud de que ordenara que se garantizara el pago de las costas debía hacerse a instancia de parte. Se explicó que ese era el criterio que se seguía actualmente en el proceso de modificación de las reglas de procedimiento del CIADI.

Tercera sesión. Reconvenciones

31. Esta sesión fue moderada por el Profesor Jaemin Lee (Profesor de Derecho de la Universidad Nacional de Seúl).

32. El Profesor Lee comenzó por observar que, cuando se procuró determinar cuáles eran las inquietudes de los Estados, la cuestión de las reconvenciones había generado considerable atención. Señaló que las reconvenciones podrían contribuir a que hubiera un equilibrio en la dinámica general de los procesos de SCIE, a que aumentara la eficiencia y, en definitiva, contribuiría a resolver la cuestión del costo y la duración de los procesos, así como la de la multiplicidad de procesos. En la actualidad, la posibilidad de interponer reconvenciones está contemplada en el artículo 46 del Convenio del CIADI, el artículo 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y el artículo 21, párrafo 3, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aunque las reconvenciones rara vez se han utilizado en la práctica. Por lo tanto, las deliberaciones se centraron en la manera en que se debería formular un marco o una disposición que facilitara la utilización y la aceptación de reconvenciones en futuros procesos de SCIE.

33. La secretaría señaló que las normas sobre reconvenciones tal vez diferirían según cuál fuera la fuente de las obligaciones sustantivas de los inversionistas. Esas obligaciones sustantivas podrían no ser imperativas o ser voluntarias, y comprender desde obligaciones que dimanen de leyes y reglamentos de los Estados anfitriones hasta la obligación de no realizar actividades que entren en conflicto con el desarrollo social y económico de esos Estados.

34. La secretaría observó además que tal vez fuera necesario formular una disposición para tratar la cuestión de la admisibilidad de las reconvenciones. Por último, señaló que era necesario equilibrar las ventajas con las posibles desventajas que tendría permitir la interposición de reconvenciones, por ejemplo, la prolongación de las actuaciones y el peligro de que se abrieran dos vías en un mismo proceso.

35. El Profesor Lee observó que, dado que la cuestión de las reconvenciones también se relacionaba con otras, como la desestimación temprana, la garantía de pago de las costas y las demandas infundadas, era necesario delimitar el alcance del debate, especialmente en razón de que el mandato del Grupo de Trabajo exigía que la labor se centrara en los aspectos procesales.

Obligaciones sustantivas

36. Se expresaron distintas opiniones acerca de si sería apropiado que el Grupo de Trabajo debatiera las obligaciones sustantivas como fundamento jurídico de las reconvenciones. Se señaló que el mandato que había decidido la Comisión era que la labor se centrara en los aspectos procesales de la SCIE y, por consiguiente, la labor que se llevara a cabo sobre las reconvenciones debería centrarse en esos aspectos. Por otra parte, se hizo hincapié en que era necesario hacer una interpretación más amplia del mandato del Grupo de Trabajo para lograr un enfoque equilibrado.

37. Asimismo, se explicó que las normas procesales que se elaboraran sobre las reconvenciones tal vez serían diferentes según cuáles fueran las fuentes, el alcance y el contenido de las obligaciones de los inversionistas. Al respecto, se observó que la disposición que se elaborara sobre las reconvenciones debería reflejar, en alguna medida, el contenido sustantivo de esas reconvenciones.

38. Por otra parte, se señaló que debería examinarse si sería apropiado que los Estados demandados recurrieran a la SCIE en vez de utilizar recursos de derecho interno. Se añadió que esa inquietud sería especialmente pertinente en los casos en que las obligaciones de los inversionistas se rigieran por la legislación y reglamentos del Estado anfitrión.

Lenguaje de las disposiciones en relación con los tratados vigentes

39. Se observó que el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y el Convenio del CIADI exigían que las reconvenções guardaran relación con los fundamentos fácticos o jurídicos de la demanda interpuesta por el inversionista. Al respecto, se sugirió que se examinara si el texto que se utilizaba en el TIPAT sería suficiente o si sería necesario ampliarlo para incluir otras obligaciones previstas en los tratados que tal vez no estuvieran totalmente relacionadas con la demanda.

40. También se observó que el Grupo de Trabajo debería tener cuidado al decidir la exclusión de la posibilidad de que se interpusieran reconvenções en los casos en que el tratado sí las admitiera. Se expresó la inquietud de que sería difícil dar con una formulación adecuada fuera del marco de un tratado concreto.

41. Se interrogó acerca de si para presentar una reconvenção sería necesario que esta guardara relación tanto con los fundamentos fácticos o jurídicos de la demanda como con el incumplimiento de las obligaciones previstas en el tratado, y se expresó cierta preferencia por que no fuera necesario que tuvieran que guardar relación con ambos.

42. También se observó que el texto que se utilizara en relación con las reconvenções debería elaborarse en el contexto de un tribunal permanente. Se destacó que el Grupo de Trabajo debería elaborar un texto específico que pudiera utilizarse para que el tribunal permanente entendiera en la cuestión del alcance de la competencia, las condiciones de admisibilidad de las reconvenções y otras cuestiones.

43. Se sugirió que un tribunal permanente sería más eficaz para gestionar las reconvenções. Sin embargo, se observó también que si las reconvenções trataban del incumplimiento de las leyes del Estado anfitrión y otras obligaciones dimanantes de tratados, se estaría pidiendo a los tribunales que se ocuparan de más de lo que normalmente podrían ocuparse. Por lo tanto, aunque tenía sentido, por razones de eficiencia, presentar ante el mismo foro reclamaciones que se encontraran vinculadas entre sí, podían tenerse en cuenta otras instituciones, si estuvieran en mejores condiciones de examinar reclamaciones que trataran de leyes del Estado u otras obligaciones dimanantes de tratados.

Cuarta sesión Cuestiones intersectoriales.

44. La sesión sobre cuestiones intersectoriales fue moderada por el Presidente del Grupo de Trabajo III, Sr. Shane Spelliscy. Los delegados de Estados e instituciones observadoras, respectivamente, hicieron una presentación sobre las cuestiones intersectoriales.

Agotamiento de los recursos internos – Sudáfrica (Sra. Kekeletso Mashigo)

45. La Sra. Mashigo destacó la importancia que tenía la cuestión del agotamiento de los recursos internos y propuso cuatro opciones para que se las examinara. En primer lugar, los órganos judiciales nacionales podrían considerarse un foro para zanjar todas las controversias relativas a inversiones o, como alternativa, algunas controversias que trataran sobre determinadas cuestiones, como los derechos constitucionales, los impuestos, los recursos naturales, las obligaciones respecto de pueblos indígenas u otras cuestiones de interés público. En segundo lugar, podría adoptarse una disposición inequívoca en que se exigiera expresamente que debían agotarse los recursos internos antes de iniciarse un arbitraje de inversiones. En tercer lugar, deberían excluirse del sistema de SCIE las sentencias que dictaran los órganos judiciales nacionales, entre ellas aquellas que versaran sobre cuestiones de competencia y las vías de recurso. En cuarto lugar, podría otorgarse a los órganos judiciales nacionales competencia exclusiva para interpretar cuestiones de derecho interno, para lograr un equilibrio entre intereses

públicos y privados. La delegada también destacó que era necesario asignar una cantidad equitativa de tiempo y recursos al examen de las cuestiones intersectoriales, incluido el agotamiento de los recursos internos.

Parálisis normativa – Gabón (Embajador Aristide Ebang Essono)

46. En cuanto a la regulación de la cuestión de la parálisis normativa, el Embajador Essono destacó que era necesario mantener un equilibrio entre la protección de las inversiones y el ejercicio de las facultades soberanas de regulación de los Estados a fin de alcanzar el bien común y prevenir el abuso del proceso. En vistas de ello, el Embajador Essono propuso que se considerara la posibilidad de poner un tope a las indemnizaciones y al cálculo de daños y perjuicios que tuviera en cuenta la capacidad presupuestaria de los Estados. Más aún, dado que la complejidad de la metodología utilizada por los tribunales en el cálculo de daños y perjuicios (por ejemplo, la utilización del método de flujo de efectivo descontado) podía aumentar la complejidad, el costo y la duración del proceso, se hizo hincapié en que la adopción de un criterio más coherente, predecible y transparente en lo relativo al otorgamiento de indemnizaciones por daños y perjuicios repercutiría en gran medida en las inquietudes de los Estados respecto de la parálisis normativa.

Agotamiento de los recursos internos y parálisis normativa – India (Sr. Noor Rahman Sheikh y Sr. George Pothan Poothicote)

47. El Sr. Sheikh y el Sr. Poothicote reiteraron las inquietudes que se habían expresado en relación con la legitimidad del sistema de SCIE, en particular en lo concerniente a la mayor incoherencia que había entre los laudos y la mayor parálisis normativa. Señalaron que la parálisis normativa socavaba el estado de derecho al denegar a las comunidades vulnerables o explotadas el acceso a la justicia y sus recursos. También mencionaron que los casos *Philip Morris Asia Limited v. Australia* y *Vattenfall v. Germany* planteaban cuestiones de legitimidad e interrogantes acerca de hasta qué medida debían las decisiones políticas adoptadas por órganos elegidos democráticamente o por órganos judiciales en ejercicio de sus facultades constitucionales ser dejadas sin efecto por tribunales arbitrales del sector privado. Asimismo, explicaron además que disponer que los órganos judiciales nacionales debían examinar primero esas cuestiones ayudaría a que los tribunales arbitrales apreciaran los razonamientos de esos órganos judiciales y subrayaron la importancia de que se agotaran los recursos internos antes de que se recurriera al arbitraje internacional.

Inmunidad de ejecución – Marruecos (Sr. Abdou El Azizi)

48. El Sr. Azizi señaló dos tipos de inmunidades de jurisdicción: i) la inmunidad de jurisdicción que permitía a un Estado evitar la persecución penal ante un órgano judicial, y ii) la inmunidad de ejecución que podía invocar un Estado a efectos de impedir la ejecución forzosa de laudos arbitrales contra sus bienes a fin de asegurar la continuidad de la prestación de un servicio público. En cuanto a la inmunidad de jurisdicción, el delegado señaló que la aceptación de una cláusula arbitral o la concertación de un acuerdo de arbitraje por parte de un Estado o alguno de sus órganos implicaba una renuncia de ese Estado a la inmunidad de jurisdicción. Con respecto a la inmunidad de ejecución, sin embargo, el delegado señaló que no existía un régimen internacional coherente, en particular en lo relativo al marco de SCIE. Por lo tanto, el Sr. Azizi propuso que se estableciera un instrumento internacional unificado mediante el cual se armonizaría la práctica de los Estados y se proporcionaría un enfoque equilibrado entre estos en lo referente a la inmunidad de ejecución para que la ejecución de los laudos arbitrales fuera más eficiente, sin que ello resultara perjudicial para los servicios públicos de los Estados anfitriones.

Intervención de los órganos judiciales nacionales – Sri Lanka (Abogado General Adjunto del Cuerpo de Abogados del Estado, Sumathi Dharmawardene)

49. El Sr. Dharmawardene compartió la experiencia de Sri Lanka, en que los órganos judiciales nacionales tenían la obligación de intervenir en el sistema de SCIE por

aplicación de la Ley de Arbitraje de 1995, que se había incorporado al derecho interno de Sri Lanka tomando como base la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Ley Modelo de la CNUDMI). Señaló las inquietudes que se presentaban en relación con la intervención de los órganos judiciales nacionales en la SCIE, incluidas la imposibilidad de que los jueces corrigieran errores de hecho y de derecho, la falta de orientaciones claras para que los órganos judiciales decidieran acerca de la imparcialidad y la independencia de los árbitros y la insuficiencia de marcos para dictar medidas provisionales de reparación y preservación de bienes. No obstante, el Sr. Dharmawardene propuso que se adoptara un enfoque holístico y se revisara la Ley Modelo de la CNUDMI a efectos de crear un marco que permitiera una intervención limitada de los órganos judiciales y preparar orientaciones sobre la evaluación de los árbitros y su independencia, y las medidas provisionales.

Parálisis normativa y el derecho a regular – Zona de Libre Comercio Continental Africana (AfCFTA) (Sra. Rosly N'geno)

50. La Sra. N'geno explicó los conceptos del derecho a regular y la parálisis normativa en el contexto de la SCIE y expresó inquietudes al respecto, en particular para los Estados miembros de la Unión Africana, entre las cuales mencionó la falta de recursos económicos para defender casos de SCIE o efectuar pagos ordenados en un laudo adverso. Como solución, sugirió que se limitara la competencia de los tribunales arbitrales respecto de la materia a fin de excluir cuestiones de interés público del ámbito del arbitraje. También destacó que era necesario que se adoptara un criterio holístico respecto de la reforma general del mecanismo de SCIE que combinara cuestiones procesales y sustantivas, así como reformas estructurales que aseguraran que las regulaciones de los Estados se hicieran en favor del bien común.

Derecho a regular – República Dominicana (Sra. Leidlyn Contreras de Fernández)

51. La Sra. Fernández destacó que era necesario encontrar un equilibrio adecuado entre resguardar un ámbito de regulación para el Estado y liberalizar y proteger las inversiones. Señaló que, en la búsqueda de ese equilibrio, sería necesario elaborar acuerdos internacionales de inversión, cuidadosamente y de manera adecuada, por ejemplo, aclarando criterios como el trato justo y equitativo. Además, haciendo referencia al Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos-República Dominicana (República Dominicana-CAFTA), la Sra. Fernández destacó también la necesidad de que los Gobiernos hicieran excepciones puntuales en ámbitos delicados, como la seguridad nacional o las crisis económicas, para preservar mejor el ámbito regulatorio y adoptar medidas sin incumplir sus obligaciones internacionales.

Participación de terceros – Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI) (Sra. Lise Johnson)

52. La Sra. Johnson señaló la dificultad que presentaba que quienes no fueran partes participaran de forma eficaz o significativa de conformidad con las normas actuales sobre la SCIE y explicó los efectos negativos de la SCIE en los derechos e intereses de quienes no fueran partes y las posibles soluciones que podrían adoptarse en relación con esos efectos. Como posible opción de reforma, la Sra. Johnson señaló que exigir el agotamiento de los recursos internos podría servir para que hubiera mayores probabilidades de que participaran en el proceso todos aquellos que tuvieran derechos que pudieran verse vulnerados. La Sra. Johnson también observó que elaborar normas más claras sobre la desestimación de casos sin fundamento jurídico podría poner fin anticipadamente a determinados tipos de casos, por ejemplo, a las demandas que constituyeran en realidad apelaciones interpuestas por inversionistas contra sentencias judiciales dictadas contra otros particulares que les fueran adversas. Asimismo, la utilización de los procesos de la CNUDMI para facilitar la transición ordenada de la SCIE a la solución de controversias entre Estados a fin de resolver todas o algunas demandas podía ayudar a limitar las circunstancias en que se plantean esas cuestiones. La Sra. Johnson también mencionó otros enfoques que podrían considerarse, a saber: i) la participación de terceros interesados o afectados mediante una tercería o la acumulación de procesos; ii) la desestimación de las demandas en que esas partes no

desearan o no pudieran interponer tercerías o solicitar la acumulación de procesos, y iii) la reformulación de demandas, argumentaciones y recursos.

Observaciones

53. En respuesta a las exposiciones, se propuso que se mejorara la capacidad de los órganos judiciales para dirimir controversias y que la CNUDMI organizara cursos de formación sobre la SCIE para fomentar la capacidad, dirigidos a jueces nacionales. Asimismo, se expresó una opinión en el sentido de que el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta que existen límites a las conductas que pueden realizar los jueces.

54. En cuanto al derecho a regular, se planteó una pregunta respecto de si la protección del derecho a regular podía lograrse tanto a nivel general y multilateral como a nivel individual y nacional, y si el Grupo de Trabajo tenía la intención de elaborar ese principio como cláusula modelo u orientaciones. En respuesta a ello, se señaló que los Estados podrían incluir cláusulas modelo en los tratados, pero que el lenguaje que usaran en ellas tal vez no sea suficiente en sí y posteriormente debería aprobarse una ley nacional. También se señaló que la cuestión debería considerarse en todos los niveles posibles, incluso en el nivel nacional y multinacional. Además, se expresó la opinión de que las cuestiones relativas al derecho a regular podían tratarse desde el punto de vista procesal solo en el sólido marco sustantivo vigente que se encuentra consagrado en los acuerdos internacionales de inversión. Por consiguiente, se observó que sería útil establecer primero un contexto para tratar esas cuestiones. Al respecto, se subrayó también que el Grupo de Trabajo debería adoptar un criterio amplio y considerar opciones como la elaboración de derecho no vinculante, por ejemplo, directrices o documentos orientativos, además de disposiciones de tratados.

55. En cuanto a la cuestión de la inmunidad de ejecución, se observó que sería necesario, si acaso, revisar los tratados vigentes para ver qué más podría hacerse.

56. Se expresaron opiniones en el sentido de que la creación de un órgano permanente podía constituir un medio válido y eficaz para responder a cuestiones intersectoriales como el derecho a regular y el cálculo de daños y perjuicios. En cuanto a la labor futura de la secretaría, se sugirió que se distinguieran y analizaran los ámbitos en que las decisiones correspondían exclusivamente al derecho nacional y aquellas cuestiones que competían en alguna medida al derecho internacional.

Observaciones finales

57. La Sra. Athita Komindr (Directora del Centro Regional para Asia y el Pacífico de la CNUDMI), la Sra. Natalie Morris-Sharma (Relatora del Grupo de Trabajo III) y el Sr. Changwan Han (Director de la División de Solución de Controversias Internacionales del Ministerio de Justicia de la República de Corea) clausuraron con unas palabras finales la Reunión entre períodos de sesiones, de dos días de duración.