



Asamblea General

Distr. limitada
19 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)**
38º 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 China

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 18 de julio de 2019 del Gobierno de China con miras al 38º 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

[Original: chino]

Recomendaciones de China en materia de reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

I. Antecedentes

Se sabe que desde 1987, año en que tuvo lugar la primera controversia internacional en materia de inversiones en el marco de un tratado, se han planteado más de 940 controversias internacionales relativas a inversiones. El mecanismo actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) desempeña un papel importante en la protección de los derechos e intereses de los inversionistas extranjeros y la promoción de las inversiones transnacionales. También contribuye a que se integre el estado de derecho en la gobernanza internacional de las inversiones y se evite que las controversias de carácter económico entre los inversionistas y los países anfitriones se agraven hasta convertirse en conflictos políticos entre naciones. Por ello, China considera que merece la pena en general mantener el mecanismo de SCIE.

En su 50º período de sesiones, celebrado en julio de 2017, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió autorizar a su Grupo de Trabajo III para que deliberara sobre los problemas que presentaba el mecanismo de SCIE, así como sobre la necesidad de reformarlo y las posibles propuestas encaminadas a tal fin. Tras dos años de debates, el Grupo de Trabajo III reconoció que existían problemas que exigían reformar el actual mecanismo de SCIE y decidió estudiar y formular simultáneamente diversas propuestas posibles de reforma, incluidas las propuestas de reforma sistémica.

China acoge con satisfacción esta iniciativa que persigue introducir reformas. El Gobierno de China ha abogado con firmeza por el multilateralismo, promoviendo activamente la cooperación internacional a través de la Iniciativa de la Franja y la Ruta, alentando la construcción de una economía mundial abierta, defendiendo el concepto de una gobernanza mundial compartida y construida sobre la base de la cooperación y fomentando la creación de un nuevo marco de relaciones internacionales caracterizadas por el respeto mutuo, la equidad y la justicia, así como una cooperación que sea ventajosa para todos. En la octava Cumbre de Líderes del Grupo de los 20, celebrada en 2013, el Presidente Xi Jinping hizo un llamamiento a “explorar vías para mejorar las normas mundiales en materia de inversiones y guiar el flujo racional del capital global para el desarrollo”. En la Cumbre de Hangzhou, celebrada en septiembre de 2016, los líderes del Grupo de los 20 convinieron en los Principios Rectores para la Formulación de Políticas Mundiales de Inversión, en los que se proponía que los procedimientos de solución de controversias fueran justos, abiertos y transparentes y contaran con las salvaguardias apropiadas para prevenir los abusos. Estos esfuerzos han señalado claramente el camino que debe seguirse para promover el proceso de reforma del sistema de SCIE.

II. Los principales problemas del actual mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Como se observa en la práctica, las funciones básicas del mecanismo de SCIE son interpretar y aplicar los tratados y determinar las responsabilidades de los Estados. Por tanto, el mecanismo de SCIE es uno de los recursos jurídicos previstos en el derecho internacional público. El arbitraje en materia de inversiones es un medio importante para solucionar las controversias que surgen entre inversionistas y Estados. Sin embargo, el mecanismo de SCIE, si bien ha tenido un papel fundamental en la

protección de los derechos e intereses de los inversionistas extranjeros y en la promoción de las inversiones transnacionales, también ha creado muchos problemas en la práctica. China cree que todas las partes deberían examinar con atención las cuestiones que se exponen a continuación.

1. No existe un mecanismo apropiado para corregir los errores de los laudos arbitrales

En la actualidad se carece de un mecanismo institucionalizado y razonable para corregir los errores que se cometen en el arbitraje en materia de inversiones. Según el Convenio de Washington, la revisión que realizan las comisiones *ad hoc* facultadas para anular laudos tiene un ámbito de aplicación circunscrito a determinados asuntos concretos. Asimismo, del estudio de las negociaciones que llevaron a la aprobación de ese instrumento se desprende que las partes contratantes no consideran que esas comisiones constituyan un mecanismo de apelación. De conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las partes pueden acudir a los tribunales nacionales en relación con los laudos dictados en arbitrajes sobre inversiones, de conformidad con el derecho interno del lugar del arbitraje. Sin embargo, dado que las normas aplicadas por los órganos judiciales del lugar del arbitraje difieren de las que aplican los tribunales internacionales de arbitraje en cuestiones como la ley aplicable, la interpretación de los tratados y leyes y la práctica de la prueba, las sentencias de los órganos judiciales del lugar del arbitraje a menudo dan lugar a muchas controversias.

2. Los laudos arbitrales carecen de estabilidad y previsibilidad

Las actuales normas que rigen el arbitraje sobre inversiones regulan fundamentalmente los procedimientos que se siguen ante tribunales arbitrales *ad hoc*. Los distintos casos pueden ser dilucidados por diferentes árbitros, y resulta difícil que los tribunales arbitrales que conocen de los distintos casos garanticen la estabilidad y la previsibilidad de los laudos. Muchos tribunales arbitrales han dictado laudos que difieren de los laudos que resolvieron casos anteriores, y algunos tribunales arbitrales han manifestado claramente que no les compete asegurar la congruencia entre los laudos anteriores y los futuros. Las numerosas incongruencias entre laudos son fruto del mecanismo de arbitraje en materia de inversiones, y la incertidumbre respecto del resultado que arrojará el arbitraje ha afectado gravemente a las expectativas de las partes en las controversias. Es evidente que el mecanismo no puede satisfacer los requisitos necesarios para que se respete el estado de derecho en las inversiones internacionales.

3. La profesionalidad y la independencia de los árbitros están en entredicho

Dado que el actual sistema de arbitraje en materia de inversiones se basa en la experiencia que se ha adquirido en materia de arbitraje comercial, el proceso para nominar a los árbitros no refleja plenamente los requisitos profesionales de derecho internacional público que se exigen para el arbitraje sobre inversiones. En la actualidad, no existe ningún código de conducta para los árbitros en el ámbito del arbitraje sobre inversiones; los procedimientos que siguen los órganos nominadores de árbitros no son suficientemente transparentes, y el sistema de recusación de árbitros carece de la solidez necesaria. En la esfera del arbitraje en materia de inversiones, incluso se dan casos en que las mismas personas ejercen de árbitros y de abogados, lo que puede generar conflictos de intereses. Los abogados y los árbitros que se dedican al arbitraje sobre inversiones conforman un grupo de expertos muy reducido, fenómeno al que hay que prestar especial atención. El mecanismo de SCIE debería ser más abierto e inclusivo y los expertos de los países en desarrollo deberían participar en él en mayor medida.

4. La financiación por terceros altera el equilibrio entre los derechos de las partes

La financiación aportada por terceros en el arbitraje sobre inversiones es un fenómeno controvertido que ha surgido en los últimos años. Esta práctica, que tuvo su origen en los litigios comerciales, puede hacer que converjan los intereses de los árbitros y los patrocinadores e incluso generar conflictos de intereses. Los terceros y los inversionistas residen a menudo fuera del país anfitrión, de modo que el Gobierno de

este último carece de información y jurisdicción sobre ellos y, por tanto, necesita cooperación o asistencia internacionales. Asimismo, los Gobiernos anfitriones, especialmente de países en desarrollo, también soportan la carga que suponen los elevados costos del arbitraje sobre inversiones, situación que debe ser atajada estableciendo los mecanismos apropiados.

5. La duración de los procedimientos y los costos son excesivos

La duración media de un caso de arbitraje sobre inversiones se sitúa entre los tres y los cuatro años, y el procedimiento de anulación previsto en el Convenio de Washington dura en promedio cerca de dos años. Esos procesos tan prolongados obligan a las partes a invertir ingentes recursos. En relación con los costos del arbitraje, según los últimos datos, los costos totales por los servicios jurídicos que deben abonar las partes en el arbitraje superan de media los 11 millones de dólares, lo que supone una pesada carga para ellas. Rara vez se acude a la conciliación y a otras medidas alternativas de solución de controversias, que, además, no cumplen con la función de aumentar la eficiencia y reducir los costos.

III. Consideraciones de China en relación con los objetivos y las propuestas de la presente reforma

China considera que, entre los numerosos problemas que se han manifestado, algunas de las cuestiones institucionales no se prestan en general a ser solucionadas mediante acuerdos bilaterales de inversión entre Estados Miembros, sino que deben ser resueltas mejorando la estructura de las normas y los mecanismos multilaterales de SCIE y revisando y reformulando las normas de solución de controversias para que sean equilibradas. La presente propuesta de reforma debería corregir las principales deficiencias del actual mecanismo de solución de controversias relativas a las inversiones y promover el estado de derecho en el ámbito de las inversiones internacionales. La propuesta de reforma no solo debería salvaguardar la legítima facultad reguladora del país anfitrión, sino también proteger los derechos e intereses de los inversionistas y lograr que las partes en las controversias tengan mayor confianza en el mecanismo de SCIE.

China está abierta a otras propuestas para mejorar el mecanismo de SCIE. A nuestro juicio, las siguientes son algunas de las propuestas que pueden examinarse en la actualidad:

1. Un mecanismo de apelación permanente

China apoya que se estudie la propuesta de crear un mecanismo de apelación permanente para resolver los principales problemas del actual régimen de la SCIE. Una vez aclaradas las cuestiones institucionales, de procedimiento y de personal que sean pertinentes, la implantación de ese mecanismo, basado en los tratados internacionales, sería un factor importante para promover el estado de derecho en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, ayudaría a mejorar los mecanismos de corrección de errores, reforzaría las expectativas jurídicas respecto de la solución de controversias relativas a las inversiones y establecería limitaciones a la conducta de los jueces. Asimismo, fomentaría una mayor estandarización y clarificación de los procedimientos, lo cual reduciría el ejercicio abusivo de los derechos que hacen las partes en las controversias. En algunos acuerdos internacionales de inversión recientes, incluidos los firmados por China, ya se ha empezado a regular los mecanismos de apelación existentes y se han introducido disposiciones por las que se permitirá acudir a otros mecanismos de apelación que puedan establecerse. No obstante, en lo que respecta a la regulación de los mecanismos de apelación, las normas multilaterales no solo son más eficientes que los acuerdos bilaterales de inversión, sino que también pueden minimizar los costos institucionales. La experiencia del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio muestra que su mecanismo de apelación es relativamente eficiente y tiene unos costos de funcionamiento moderados.

2. El derecho de las partes a nominar árbitros

El derecho de las partes a nominar árbitros es una característica básica del arbitraje internacional según viene practicándose tradicionalmente y refleja la voluntad de las partes. Los participantes en el arbitraje en materia de inversiones (inversionistas, funcionarios públicos del país anfitrión, abogados y árbitros) suelen creer que esta es la característica central y más atractiva del arbitraje internacional. Como las controversias relativas a las inversiones a menudo conllevan examinar cuestiones fácticas y jurídicas complejas en la primera instancia del proceso entablado, las partes deben considerar muchos factores al determinar la composición del tribunal arbitral y la idoneidad de los árbitros escogidos para integrarlo, como su formación jurídica, experiencia y nacionalidad, así como la energía y los conocimientos especializados que puede ser necesario aportar en un caso concreto. Cabe destacar que la mayoría de los mecanismos de solución de controversias en el ámbito del derecho internacional público y de la economía y el comercio internacionales sigue prácticas similares, de modo que las partes en las controversias pueden escoger expertos de confianza para que conozcan de los casos. El motivo original por el que se crearon mecanismos de arbitraje sobre inversiones internacionales fue la protección de las inversiones, aspecto que como tal no puede ignorarse. El derecho de las partes a nominar árbitros en la primera instancia del arbitraje sobre inversiones es un arreglo institucional de amplia aceptación, un elemento importante que ayuda a aumentar la confianza de las partes en las controversias, especialmente la de los inversionistas, y que debería mantenerse en cualquier proceso de reforma.

3. Normas relativas a los árbitros

Si bien hay que preservar el derecho de las partes a nominar árbitros, es necesario mejorar los procesos que se siguen en materia de cualificaciones, conflictos de intereses, selección y recusación de los árbitros. China observa que el Grupo de Trabajo III y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones están estudiando juntos varios códigos de conducta pertinentes. Teniendo presente la naturaleza de derecho público del mecanismo de SCIE, los árbitros deberían tener conocimientos profesionales en la esfera del derecho internacional público y el derecho económico internacional, evitar posibles conflictos de intereses y prevenir las desigualdades que podrían ocasionar si en paralelo ejercieran su profesión de abogados, lo que constituiría una conducta inapropiada. A menudo los países que presentan diferencias culturales tienen distintos modos de entender los conflictos de intereses o la predisposición doctrinal de los árbitros, por lo que es necesario aclarar en mayor grado la connotación específica de esos conceptos. La reforma propuesta también debería servir para mejorar las normas de selección y recusación de los árbitros a fin de aumentar la transparencia y la razonabilidad.

4. Medidas alternativas de solución de controversias

A diferencia del arbitraje sobre inversiones, la conciliación en materia de inversiones hace hincapié en el valor de la armonía y puede ofrecer al país anfitrión y a los inversionistas un elevado grado de flexibilidad y autonomía. Además, los conciliadores tienen más oportunidades para adoptar métodos creativos y con visión de futuro que promuevan la solución de controversias relativas a las inversiones, ayudando con ello a las partes a lograr resultados mutuamente beneficiosos y evitando procesos arbitrales prolongados y costas procesales elevadas. Desde la perspectiva más amplia de la experiencia de la solución de controversias, para que se mantengan unas relaciones de cooperación a largo plazo entre los inversionistas y los Gobiernos anfitriones, resulta más beneficioso adoptar medidas alternativas de solución de controversias. Asimismo, la adopción de esas medidas ayuda a los países anfitriones a proteger las inversiones extranjeras con medidas apropiadas, lo cual a su vez cumple el propósito de evitar las controversias y la intensificación de los conflictos. China considera que debería explorarse activamente el establecimiento de un mecanismo de conciliación en materia de inversiones más eficaz.

5. Procedimientos de consulta previa al arbitraje

China apoya que se habiliten procedimientos de consulta obligatoria previa al arbitraje entre los inversionistas y el Gobierno central del país anfitrión y que se especifique que esas son las partes principales en el proceso de consulta. En muchos acuerdos internacionales de inversión se han incluido normas similares, que han tenido un papel muy positivo en la solución de controversias relativas a las inversiones. Resultaría útil de cara a la solución de estas que se celebraran consultas entre tres y seis meses antes de que se iniciara el proceso arbitral. Los inversionistas y los países anfitriones pueden acudir a este procedimiento para comprender mejor la postura de la otra parte, las medidas implicadas y las disposiciones jurídicas aplicables en el país anfitrión, así como para explorar posibles soluciones a fin de evitar que las controversias acaben dando lugar a un proceso arbitral.

6. Régimen de transparencia de la financiación aportada por terceros

China respalda que se establezca un régimen de transparencia para la financiación aportada por terceros. Las partes en las controversias deberían informar constantemente de la financiación de esta índole que recibieran y evitar conflictos de intereses directos e indirectos entre los árbitros y los terceros financiadores. Deberían aclararse las consecuencias jurídicas que soportarían las partes que no cumplieran con su obligación de revelar esa información.

IV. Recomendaciones para lograr que avance la labor del Grupo de Trabajo III

China observa que, en cumplimiento del mandato conferido, el actual proceso de reforma está dirigido por los Gobiernos y alienta a otras instituciones internacionales y al público a participar en él. China considera que la formulación de normas multilaterales exige esfuerzos aunados de los Estados Miembros y que la vitalidad de los mecanismos multilaterales depende también de la participación de esos Estados. China apoya a los Estados Miembros en la promoción del proceso de reforma por diversas vías en el marco de la CNUDMI, así como la cooperación entre la CNUDMI y otras organizaciones internacionales en esta cuestión. China cree que el examen simultáneo de todas las cuestiones y de las propuestas para su resolución por parte del Grupo de Trabajo III es un arreglo pragmático en que se pueden tener en cuenta las necesidades de todas las partes, si bien es necesario mantener cierta flexibilidad en los procedimientos a fin de evitar que se pasen por alto algunas propuestas de reforma importantes.