



Asamblea General

Distr. limitada
15 de marzo 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)**
37º período de sesiones
Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019

Observaciones de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón

Se acompaña a la presente nota un documento recibido el 14 de marzo de 2019 de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón en el marco de los preparativos del 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. Dicho documento se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.



Anexo

Propuesta de plan de trabajo del Grupo de Trabajo III presentado por las delegaciones de Chile, Israel y el Japón

A. Introducción

En el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo se alentó a los Estados Miembros a que, con suficiente tiempo antes del siguiente período de sesiones, celebraran consultas y presentaran propuestas por escrito con miras a la elaboración de un plan de trabajo para la tercera etapa del mandato del Grupo de Trabajo. Esta propuesta de plan de trabajo refleja la opinión de las delegaciones de Chile, Israel y el Japón¹.

Con el plan de trabajo propuesto se desea lograr una reforma significativa y viable, que abarque lo siguiente:

- i) La forma en que una parte o la totalidad de las cuestiones que el Grupo de Trabajo había considerado deseable reformar durante la segunda etapa de su mandato deberían tratarse en la tercera etapa del mandato; y
- ii) Cuestiones como la secuenciación, la prioridad, la coordinación con otras organizaciones, la multiplicidad de vías, las formas de continuar la labor entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y cualquier otra cuestión que estas delegaciones estimaran necesaria.

Como consideración general, deseamos hacer hincapié en que el Grupo de Trabajo debería demostrar flexibilidad y tener en cuenta los puntos de vista y las opiniones de una gran variedad de partes interesadas² con respecto a la reforma del sistema de SCIE.

B. Antecedentes

En los dos últimos decenios, muchos Estados Miembros se han venido planteando diversos tipos de inquietudes a la luz de su experiencia con casos de SCIE.

En la primera etapa del mandato del Grupo de Trabajo, el Grupo estableció una lista de esas inquietudes, la cual se consigna en el cuadro que figura a continuación.

<i>Categorías generales de inquietud</i>	<i>Cuestiones concretas que han motivado la inquietud</i>
Falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por tribunales que entienden en la SCIE	Interpretaciones divergentes de las normas sustantivas, interpretaciones divergentes injustificadas en relación con la competencia y la admisibilidad, y falta de concordancia injustificada en cuanto a los procedimientos Carencia de un marco aplicable a los procesos múltiples Limitaciones de los mecanismos actuales para subsanar la falta de concordancia y corrección de las decisiones arbitrales
Árbitros y decisores	Falta real o aparente de independencia o imparcialidad

¹ Deseamos dar las gracias a la Secretaría por los documentos [A/CN.9/964](#), [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.158](#). Estos documentos nos han sido útiles en la redacción de la presente propuesta de plan de trabajo.

² A los efectos del presente documento, esas partes interesadas son: los Estados Miembros que integran el Grupo de Trabajo, los observadores, los académicos y los profesionales, y representantes de organizaciones especializadas o con experiencia en esta materia que asisten a las reuniones del Grupo de Trabajo.

<i>Categorías generales de inquietud</i>	<i>Cuestiones concretas que han motivado la inquietud</i>
	Idoneidad, eficacia y transparencia de los mecanismos de comunicación de información y recusación
	Insuficiente diversidad de los decisores
	Cualificaciones de los decisores
El costo y la duración de los procesos de SCIE	Procesos largos y costosos de SCIE
	Falta de un mecanismo para hacer frente a las demandas infundadas o carentes de mérito
	Asignación de las costas en los procesos de SCIE
	Disponibilidad de garantías de cobro de las costas en los procesos de SCIE
	Inquietudes relacionadas con la financiación aportada por terceros (cuestión a examinar)
Otras categorías que pueden plantearse en el futuro	

C. Tercera etapa del mandato del Grupo de Trabajo – Formulación de soluciones

Muchos de los tratados de inversión más antiguos, o “de primera generación”, no prevén soluciones que respondan a las inquietudes actuales que el Grupo de Trabajo ha señalado hasta la fecha³. Sin embargo, son estos acuerdos “de primera generación” que sirven de base a numerosos procesos de SCIE y que dan lugar a muchas de estas inquietudes⁴.

En esta etapa del mandato se ha encomendado al Grupo de Trabajo la tarea de proponer soluciones a las inquietudes detectadas. En el anexo I figura una lista indicativa de posibles soluciones previstas en los acuerdos modernos.

1. Principios para abordar las principales inquietudes relativas a la tercera etapa del mandato

i) Modalidades de las medidas de reforma

El Grupo de Trabajo debería disponer de un máximo de flexibilidad para elaborar una gama de soluciones pertinentes, posiblemente de distinta índole⁵, que los Estados Miembros puedan adoptar, si así lo desean, según sus necesidades e intereses particulares, incluidos los de los países en desarrollo. La forma que revistan las

³ Muchos acuerdos modernos también incluyen revisiones de las obligaciones sustantivas a fin de tener en cuenta las inquietudes respecto de la coherencia, concordancia y corrección. Aunque la reforma sustantiva queda fuera del ámbito del mandato del Grupo de Trabajo, observamos que las diferencias en las obligaciones sustantivas también dan lugar a inquietudes que se indican en el marco de la segunda etapa.

⁴ Véase, por ejemplo, la base de datos de la UNCTAD: de 931 casos de SCIE basados en acuerdos internacionales de inversión (AII), 783 se han iniciado en el marco de AII firmados antes de 2000 (el 84 %); *UNCTAD IIA Issues Note*, “Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools” (noviembre de 2017) pág. 13 (“Old treaties abound: more than 2,500 IIAs in force today (95 per cent of all treaties in force) were concluded before 2010.... [V]irtually all known ISDS cases have been based on those treaties.”); *UNCTAD World Investment Report 2018*, pág. 93 (“The majority of the IIAs invoked in 2017 date back to the 1980s and 1990s.”).

⁵ Como se indica más adelante, entre las distintas formas que pueden revestir esas soluciones se incluyen las siguientes: i) códigos autónomos; ii) modificaciones del actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI relacionadas específicamente con la SCIE; iii) instrumentos de derecho indicativo, como “mejores prácticas” y material informativo conexo; y iv) enmiendas a los tratados.

soluciones podría depender de la naturaleza de la inquietud que la reforma se propone subsanar y debería permitir una modalidad de adopción flexible⁶. Estas soluciones pueden constituir un “abanico” de opciones que los Estados Miembros podrían adoptar ya sea por separado, de forma combinada o en su conjunto.

Una forma en que ese abanico de opciones tal vez podría incorporarse en los acuerdos “de primera generación” de los Estados Miembros o en otros acuerdos existentes que no incluyan tales soluciones sería mediante un proceso de enmienda de esos acuerdos⁷. El enfoque consistente en proporcionar un abanico de opciones daría a los Estados la máxima flexibilidad para ajustar sus prácticas con miras a suplir las deficiencias de sus acuerdos y reflejar las necesidades actuales.

Una característica fundamental de este enfoque basado en un abanico de opciones sería que las soluciones sugeridas se van entregando por etapas a fin de abordar en un principio las inquietudes más acuciantes que se han planteado. Ciertas soluciones pueden tener un efecto concreto inmediato respecto de algunas de las inquietudes señaladas. Este enfoque escalonado permitiría evitar una situación en la que el Grupo de Trabajo tenga que ultimar todas las soluciones antes de que los Estados Miembros puedan poner en marcha cualquier reforma.

ii) *Prioridad a las inquietudes señaladas*

Estimamos que, para lograr progresos concretos en sus deliberaciones sobre esta cuestión, el Grupo debería dar prioridad a las inquietudes señaladas en la segunda etapa de su mandato. Esto podría hacerse, por ejemplo, teniendo en cuenta las opiniones de los Estados Miembros sobre la gravedad y el efecto adverso de la inquietud en cuestión, su prevalencia, y su importancia en el contexto de los procedimientos de SCIE y de la reforma deseada en general.

iii) *Prioridad a las soluciones propuestas*

Para garantizar que la reforma tenga el efecto más inmediato posible y el mayor grado de aplicabilidad a los casos de SCIE, los Estados Miembros deberían, en primer lugar, emprender reformas destinadas a subsanar inquietudes concretas sobre las cuales exista un alto grado de consenso. Al mismo tiempo, deberían seguirse explorando otros tipos de soluciones posibles para abordar las inquietudes respecto de las cuales no hay consenso sobre el tipo de reforma apropiada. Estas soluciones deberían formularse sin tener en cuenta si serían o no aplicables al sistema actual de arbitraje especial, a una institución permanente de solución de controversias en materia de inversiones, o a otros modelos de solución de controversias. Esta forma de proceder permitiría agilizar la adopción de reformas respecto de acuerdos futuros, así como de acuerdos existentes en virtud de los cuales puedan continuar surgiendo controversias.

En consecuencia, a juicio de estas delegaciones, el Grupo de Trabajo, por razones de eficacia, debería priorizar su labor en función de diversas variables, como el grado de consenso del Grupo sobre la solución propuesta, la pertinencia de la solución para varias inquietudes, la viabilidad de la solución y el alcance de su efecto.

⁶ A pesar de que el Grupo de Trabajo ha establecido una amplia lista de inquietudes, ello no significa necesariamente que todos los Estados se hayan planteado todas ellas. Por lo tanto, debería preverse un máximo de flexibilidad a fin de elaborar una gama de soluciones pertinentes para que los Estados puedan elegir y adoptar la mejor solución en función de sus necesidades e intereses particulares. Este enfoque también permitiría que los Estados internalizaran y adoptaran cualquier tipo de solución a nivel nacional y garantizaran su eficacia aplicando distintas modalidades en lugar de un enfoque rígido que podría obstaculizar o impedir la puesta en práctica de esas soluciones en el plano nacional.

⁷ Una posible opción a este respecto sería la de utilizar una estructura similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, conforme a la cual los Estados pueden consentir en aplicar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado a múltiples tratados mediante su adhesión a la Convención.

iv) *Cooperación con otras organizaciones*

Creemos que para abordar adecuadamente las inquietudes señaladas y evitar la duplicación de tareas, el Grupo de Trabajo debería aprovechar la enorme labor que llevan a cabo otras organizaciones. En sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta, cuando sea posible y apropiado, la importante labor realizada recientemente por otras organizaciones, como el CIADI, la UNCTAD y la OCDE. Por tanto, sugerimos que se fomente la cooperación con otras organizaciones, así como su contribución a las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

v) *Metodología del Grupo de Trabajo*

El Grupo de Trabajo III debería seguir encargándose del examen y la formulación de todas las medidas de reforma. Dada la importancia de garantizar que el proceso de reforma esté dirigido por los gobiernos, la remisión de algunas medidas de reforma a un subgrupo o a otro grupo de trabajo podría hacer que a muchas delegaciones les resulte difícil mantenerse al corriente de todas las iniciativas de reforma si se establecen múltiples vertientes. A ese respecto, deseamos recalcar que cualquier iniciativa del Grupo de Trabajo en relación con las medidas de reforma debe tener en cuenta las limitaciones de recursos de la Secretaría y de los Estados Miembros (incluidos los Estados en desarrollo), las cuales pueden variar sustancialmente, e integrarse de forma eficiente y expedita en el marco de esas limitaciones.

Dicho esto, el Grupo de Trabajo tal vez estime útil considerar si existen oportunidades de designar a expertos de las delegaciones participantes, junto con representantes de instituciones pertinentes, el foro académico, el grupo de profesionales y otros interesados, para que en el lapso entre períodos de sesiones se encarguen de formular nuevas propuestas a fin de presentarlas al Grupo de Trabajo.

En un momento oportuno, una vez que el Grupo de Trabajo haya elaborado un calendario de reformas y comenzado su examen de esas reformas, puede considerarse la posibilidad de utilizar otros recursos de la CNUDMI⁸.

2. Plan de acción para el debate y la formulación de soluciones

A juicio de estas delegaciones, en aras de la eficiencia, el Grupo de Trabajo debería abordar la labor en curso en dos fases:

i) *Plan de acción para la primera fase*

- Dar prioridad a las inquietudes señaladas hasta ahora por el Grupo de Trabajo de acuerdo con los principios esbozados en la parte C.1 del presente documento.
- Considerar y elaborar una lista de posibles soluciones a las inquietudes señaladas, estableciendo las prioridades correspondientes.
- Compilar un inventario de las soluciones consideradas o adoptadas en el marco de reformas basadas en tratados modernos o adoptadas en otras organizaciones que guarden relación con las inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo hasta la fecha.
- Evaluar el grado de consenso existente respecto de cada posible solución y centrar la atención en los aspectos consensuales que puedan dar lugar a una reforma significativa y viable.
- Sobre la base del grado de consenso, la pertinencia de la solución para varias inquietudes, su viabilidad y su efecto, así como de las consideraciones de tiempo y recursos, elaborar un **calendario** para el examen de la lista de soluciones, comenzando con las soluciones que puedan tener un efecto concreto más inmediato. El Grupo de Trabajo tal vez desee llegar a un acuerdo sobre la **metodología** que utilizará para implementar el plan de trabajo.

⁸ Véase el documento [A/CN.9/WG.III/WP.158](#).

ii) *Plan de acción para la segunda fase*

- De conformidad con el **calendario** y la **metodología** acordados, debería proseguirse la labor de formulación de las soluciones propuestas en la primera fase.
- El Grupo de Trabajo determinará enfoques apropiados para la adopción de las soluciones, por ejemplo:
 - Presentarlas como “disposiciones modelo” para su puesta en práctica por los Estados Miembros en acuerdos futuros.
 - Establecer códigos autónomos que puedan ser adoptados por las partes en una determinada controversia.
 - Modificar o complementar el actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en lo referente a su aplicación a la SCIE.
 - Elaborar notas sobre prácticas de derecho indicativo o conjuntos de “mejores prácticas” en esferas como la gestión de casos y otros temas conexos en que pueda aprovecharse la experiencia de los participantes en el Grupo de Trabajo, para su distribución con fines de orientación.
 - Elaborar un marco que permita la adopción de una parte o la totalidad de las medidas modelo necesarias para modificar sus actuales acuerdos internacionales de inversión que no prevean tales disposiciones (un enfoque similar al empleado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado).

En el anexo II se muestra cómo se podría implementar el plan de acción, utilizando como ejemplo la inquietud relativa a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Anexo I

Listas indicativas de las soluciones existentes, por categoría de inquietud⁹

Inquietudes relacionadas con los árbitros y los decisores

- Código de conducta o incorporación de las normas de ética vigentes (por ejemplo, Directrices de la IBA)
- Normas que limiten o prohíban el ejercicio de dos funciones
- Exigencia de conocimientos especializados de los árbitros respecto de cierta clase de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)
- Autoridad independiente encargada de los nombramientos (en particular, la presidencia del tribunal)
- Lista de candidatos para la designación de los árbitros y la presidencia del tribunal
- Divulgación de la financiación aportada por terceros
- Normas sobre recusación de árbitros basadas en tratados específicos
- Mecanismo de revisión de apelaciones basado en tratados específicos

Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los casos de SCIE

- Fomento de la mediación, la conciliación y otros enfoques a fin de evitar las controversias formales
- Desestimación de las demandas infundadas
- Examen expedito de las excepciones preliminares
- Exigencia de que los demandantes nombren a un árbitro al presentar una demanda
- Plazos para la designación de otros árbitros, incluida la presidencia
- Disposiciones para alentar a las partes a designar a la presidencia
- Prescripción aplicable al ejercicio de acciones
- Renuncia a la demanda por parte de las empresas matrices y filiales cuando la demanda se haya presentado en virtud de un tratado distinto
- Consolidación voluntaria de demandas similares presentadas en virtud de un mismo tratado por partes distintas
- Directrices para la presentación de documentos a fin de evitar los denominados “tanteos de terreno” (por ejemplo, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional)
- Obligación de celebrar el arbitraje en un Estado signatario de la Convención de Nueva York, a menos que las partes acuerden otra cosa
- Obligación de los tribunales y las partes de actuar en forma eficiente y expedita
- Limitación de la facultad del tribunal para otorgar medidas cautelares

⁹ En esta lista se reflejan algunas de las soluciones indicadas en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) (Nota de la Secretaría sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)).

- Exigencia de que se faculte expresamente al tribunal para imponer el pago de costas y honorarios de abogados
- Suspensión automática de las demandas abandonadas

Inquietudes relacionadas con la falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en la SCIE

- Renuncia a la posibilidad de proseguir demandas pendientes o presentar nuevas demandas en otros foros de solución de controversias una vez que esas demandas se hayan sometido a arbitraje (es decir, no hay “vuelta atrás”)
- Renuncia a la demanda por parte de las empresas matrices y filiales cuando la demanda se haya presentado en virtud de un tratado distinto
- Consolidación voluntaria de demandas similares presentadas en virtud de un mismo tratado por partes distintas
- Exigencia de conocimientos especializados de los árbitros respecto de cierta clase de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)
- Presentaciones sobre interpretación de los tratados por partes no litigantes
- Otras presentaciones de terceros (sin limitarse a las cuestiones de interpretación de los tratados)
- Interpretaciones vinculantes de las disposiciones de los tratados realizadas conjuntamente por las partes
- Peritos designados por el tribunal
- Examen de los proyectos de laudo por las partes litigantes y notificación a la otra parte en el tratado
- Publicación de los alegatos, laudos y demás documentos de las causas relacionadas con la interpretación de los tratados
- Mecanismo de revisión de apelaciones basado en tratados específicos

Anexo II

Ejemplo de implementación del plan de acción: imparcialidad e independencia de los árbitros

Puede ser útil contar con un ejemplo de cómo funcionaría el plan de acción propuesto con respecto a las inquietudes expresadas acerca de la imparcialidad y la independencia de los árbitros. Durante la primera fase, se determinarían el grado de consenso y las posibles reformas con respecto a este tema. A la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo hasta la fecha, la cuestión de la conducta y las motivaciones éticas de los árbitros ha suscitado bastante inquietud¹⁰. Los debates en el Grupo de Trabajo también han dado lugar a un consenso general en el sentido de que la reforma en esta esfera es una prioridad y de que la elaboración de directrices comunes para regular la conducta ética de los árbitros sería una reforma deseable¹¹.

En la segunda fase se llevarían a cabo reformas específicas sobre la base de las existentes, pero dando cabida a la innovación en la medida de lo posible. Actualmente existen varios modelos de reforma ética aplicable a los árbitros, pero no hay acuerdo amplio respecto de directrices o normas éticas formuladas por los gobiernos para abordar las cuestiones éticas concretas que se plantean en el ámbito de la SCIE. Es posible que la reforma deontológica basada en el establecimiento de un código de conducta para los árbitros contribuya a la armonización de esos modelos. La reforma ética podría tener un efecto inmediato en los procesos de SCIE, ya que en estos casos esas reformas podrían estructurarse de manera que pasaran a formar parte de las normas sobre arbitraje existentes. Al mismo tiempo, la reforma de la ética no prejuzga si los casos de SCIE debieran seguir siendo resueltos mediante arbitraje especial o una institución permanente, reservándose la cuestión más amplia de la reforma institucional o estructural para un examen más a fondo.

¹⁰ Véase el documento [A/CN.9/964](#), párrs. 66 a 72.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 73 a 81.