



Asamblea General

Distr. limitada
17 de julio de 2019
Español
Original: español

**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 al 18 de octubre de 2019

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

Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador

Nota de la Secretaría

Por la presente nota se transmite una comunicación recibida el 16 de julio de 2019 del Gobierno del Ecuador con miras al 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. La comunicación se reproduce como anexo en la forma en que fue recibida.



Anexo

[Original: español]

Propuesta de la república del Ecuador sobre las reformas del SCIE discutidas por el Grupo de Trabajo III

En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo se alentó a los Estados Miembros a presentar propuestas con el fin de elaborar el calendario proyecto que discutirá las soluciones para las reformas del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados, muchas de las cuales se encuentran recogidas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.149.

Considerando la petición de la CNUDMI expuesta en el documento A/CN.9/970, donde se fija el plazo hasta el 15 de julio de 2019 para la presentación de propuestas, la República de Ecuador expone los siguientes criterios:

I. Introducción

1. En respuesta a las inquietudes de los Estados Miembros respecto del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE), varias propuestas de cambio han sido discutidos¹. Los Estados han analizado las dificultades y posibles soluciones desde su propia experiencia como parte dentro de los procesos arbitrales.

2. La República del Ecuador es miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desde noviembre de 2012. Durante las reuniones del Grupo de Trabajo III ha manifestado reiteradamente sus preocupaciones en torno al arbitraje inversionista-Estado y ha presentado sus comentarios con el fin de aportar al debate con el objetivo de optimizar el SCIE.

3. Ecuador considera que las reformas deben abarcar el SCIE en general, y no solo reformas que recaigan sobre los tratados internacionales de inversión suscritos entre Estados. Esto, en vista de que la jurisdicción arbitral, en algunos casos surge directamente de los contratos suscritos entre Estados e inversionistas.

4. Entre sus prioridades, Ecuador ha manifestado la necesidad de encontrar soluciones al actual SCIE en torno a:

i) necesidad de implementar un mecanismo que permita abordar con detenimiento la falta de coherencia, previsibilidad y la corrección de errores de interpretación de los laudos, así como los excesos de mandato de los tribunales arbitrales.

ii) necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

iii) considerar la participación de terceros, de forma regulada por el tribunal y las partes, que podrían verse afectados por el laudo arbitral.

A continuación, se abordan estos problemas.

II. Temas trascendentes para el Ecuador

A. Revisión de los laudos arbitrales

5. El arbitraje de inversiones carece *de coherencia y de previsibilidad* al no existir jurisprudencia obligatoria que exija a los árbitros tomar una decisión consistente con pronunciamientos previos. A pesar de ello, los precedentes arbitrales son invocados

¹ Nota de la Secretaría de la CNUDMI. Posible reforma de la solución de litigios entre inversores y Estados (ISDS). Documentos A/CN.9/WG.III/WP.142, A/CN.9/WG.III/WP.149.

reiteradamente por las partes, y han sido usados por tribunales para aceptar o desechar argumentos.

6. Al respecto, en casos como *Austrian Airlines y Burlington Resources* los árbitros expusieron que las decisiones de los otros tribunales no son vinculantes. Sin embargo, consideraron que, salvo motivos excepcionales, el tribunal tiene el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. De esta manera, se contribuye al desarrollo armonioso del derecho de inversiones, y por tanto se satisfacen las expectativas legítimas de los Estados e inversionistas respecto de la previsibilidad.

7. La inconsistencia en las decisiones de los tribunales ha sido objeto de varias críticas dentro del actual sistema. Como ejemplo, en los casos *CMS v. Argentina*, *Sempra v. Argentina*, y *Enron v. Argentina* el tribunal arbitral desestimó el argumento de necesidad que había planteado el Estado, mientras que en *LG&E v. Argentina* y *Continental Casualty v. Argentina* el tribunal aceptó el mismo argumento de defensa planteado anteriormente. La notable inconsistencia de los laudos se dio por la distinta interpretación en el concepto del estado de necesidad bajo los criterios del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) y de la costumbre en el derecho internacional. Casos como los señalados demuestran las actuales falencias del sistema.

8. Con estos antecedentes, y considerando que las disputas entre inversionista – Estado se refieren a temas de interés público, con consecuencias económicas importantes, se requiere que las reformas actuales consideren soluciones efectivas.

9. Los laudos de los tribunales arbitrales son definitivos, sin que puedan ser sujetos a apelación que permita unificar las decisiones de los tribunales arbitrales, afectando así la coherencia y previsibilidad; tampoco admite corregir graves faltas cometidas por el tribunal. Este segundo tema se analiza a continuación.

10. Uno de los temas más acusantes en el arbitraje de inversiones es la *revisión de los laudos*. El único control que se tiene es aquel realizado por las cortes nacionales. Por lo general, la revisión se basa en elementos de validez de la cláusula arbitral, constitución del tribunal, imparcialidad y orden público².

11. El Ecuador ha evidenciado graves faltas de los tribunales en cuanto al exceso de su mandato. También se ha visto afectado por erróneas interpretaciones del derecho aplicable y la toma de decisiones por parte de los tribunales arbitrales que son inaplicables dentro del territorio soberano del Estado. A esto debe sumarse el hecho de que el arbitraje de inversiones trata cuestiones complejas de hecho y de derecho.

12. Por lo expuesto, Ecuador, en base a su experiencia, considera pertinente que el SCIE permita que la revisión se extienda al fondo del laudo mediante un sistema que admita el recurso de apelación.

13. Ecuador considera que la normativa debería enumerar taxativamente las causales en las que se puede presentar una apelación, para evitar que las partes abusen de este recurso y que sea usado para demorar la ejecución del laudo. En este sentido, debería limitarse el recurso para errores en la aplicación del derecho.

14. La implementación de este mecanismo permitirá la revisión y corrección de los laudos arbitrales, permitiendo a las partes tener una decisión coherente, justa y apegada a Derecho.

B. Necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros

15. El Grupo de Trabajo enfatizó la necesidad de que las reformas incluyeran las preocupaciones relativas a la designación y ética de los árbitros. En los documentos A/CN.9/WG.III/WP.142; A/CN.9/WG.III/WP.146, se presentó información relevante

² Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Artículo 5.

que confirma las falencias existentes en cuanto a la actuación, designación y perfiles de los miembros del tribunal que ponen en riesgo la legitimidad del actual sistema.

16. A pesar de los esfuerzos realizados para resolver esta problemática con diferentes propuestas, incluyendo la implementación de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, se ha visto en la práctica la necesidad de establecer criterios claros para asegurar la imparcialidad e independencia de los miembros del tribunal durante todo el proceso arbitral.

17. Ecuador, en base a su experiencia dentro de los procesos arbitrales, ha visto como la falta de directrices claras ha llevado a los árbitros a tomar decisiones que no solo evidencian la falta de independencia e imparcialidad, pero que podrían poner en riesgo lo actuado dentro de un proceso arbitral. Esto crea incertidumbre en las partes por el alto costo y tiempo incurrido.

18. La correcta actuación del árbitro dentro de un proceso arbitral es sustancial para la validez y eficacia del laudo. Se debe aclarar que esta actuación debe mantenerse hasta que el tribunal cumpla su mandato. Se deben evitar casos en donde los árbitros se excusen de continuar ejerciendo su rol, en medio de un proceso arbitral, por razones profesionales. El dejar de contar con un árbitro en mitad del proceso podría provocar un retraso e incluso afectación del mismo.

19. Otro de los problemas más significativos que se debe discutir es el “*doble-hatting*”. Si bien la posibilidad de que un juzgador pueda también ejercer como abogado en otras causas similares, es permisible dentro del arbitraje, esta debe ser regulada. Las decisiones de los árbitros pueden estar motivadas para asegurar la designación en futuros casos, o a su vez, para beneficiar con su criterio a clientes en otros procesos.

20. En el actual sistema se discute también sobre el estándar que debe ser usado para la recusación de los árbitros. No existe consistencia de criterios; a manera de ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en sus reglas de arbitraje señala en el artículo 57 que las partes pueden proponer la recusación de cualquiera de los miembros del tribunal por “la carencia manifiesta” de las cualidades exigidas por el apartado (1) del artículo 14, el cual menciona que los árbitros deben “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Por otro lado, las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI en el artículo 12 señala la posibilidad de recusación cuando existen “dudas justificadas”³.

21. En la práctica, la inclusión de estos estándares de carencia manifiesta o de dudas justificadas para valorar la actuación de los árbitros, provoca que, dependiendo de las reglas de arbitraje usadas, el estándar de recusación sea más fácil de ser cumplido que otros⁴.

³ CIADI, Artículo 57. Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la **carencia manifiesta** de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

Artículo 14 (1) (1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar **plena confianza en su imparcialidad de juicio**. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

CNUDMI. Ley Modelo. Artículo 12. 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a **dudas justificadas** acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. (...)

⁴ Ver Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic (ICSID Case No. ARB/08/17), Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 12 November 2009; EDF v. Argentina (2003), para. 64; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3).

22. Ecuador considera primordial que las nuevas reformas del SCIE consideren la importancia de contar con un tribunal imparcial e independiente. Para ello, deben discutirse temas sustanciales respecto a los estándares de recusación de los árbitros, las directrices claras para declarar la existencia de conflictos de interés, así como tratar la ética de los miembros del tribunal.

C. Participación de otras partes en el proceso arbitral

23. El actual SCIE no ha establecido un límite en cuanto al alcance de las decisiones de los tribunales arbitrales. Es decir, no se toma en cuenta si el laudo arbitral afectará únicamente a las partes procesales, inversionista o Estado, o si existirán otras partes a quienes el laudo afectará directamente.

24. Ecuador ha sido testigo de la afectación de derechos que pueden tener ciertos grupos con legítimo interés en la causa y que no tuvieron la posibilidad de comparecer como parte en el proceso. Esto se evidencia en casos cuando, mediante un laudo arbitral, se deja sin efecto documentos que contienen declaraciones de derechos hacia otros grupos distintos a las partes procesales.

25. Cabe destacar que la propuesta no tiene por objetivo la inclusión de otras partes en cualquier proceso arbitral. Sin embargo, de forma regulada por el tribunal y las partes, según las circunstancias del caso, se podría prever la posibilidad de que, a iniciativa de las partes, se invite a quienes a más de tener un legítimo interés en la causa, sean también afectadas directamente por el laudo arbitral que se emita.

26. La comparecencia de estas partes permitirá no solo expresar sus intereses, sino permitir que el laudo arbitral se apegue a los criterios fácticos y legales pertinentes. El impacto de sus criterios en el resultado final se encontrará a entera discreción del tribunal arbitral.

III. Soluciones específicas propuestas por Ecuador

27. Ecuador respeta los diversos criterios emitidos en cuanto al instrumento que recoja las reformas del SCIE. Sin perjuicio de ello, considera que la presente reforma podría lograrse de forma multilateral, o a través de acciones ejecutadas por cada Estado. Se ha evidenciado la activa participación de los gobiernos al modificar y complementar las normas sobre arbitraje existentes, otros decidieron limitar o eliminar el acceso al arbitraje y otros prescindieron totalmente de los tratados de inversión⁵.

28. En relación a lo antes expuesto, una posible solución, no excluyente de otras que podrían adoptarse, y que trataría las preocupaciones actuales de Ecuador, es la adopción de una convención internacional, multilateral, que rijan las relaciones entre los Estados parte en todo lo relativo al arbitraje inversionista – Estado. Esta Convención, trataría temas de procedimiento únicamente y no regularía temas de fondo.

29. Para respaldar la aplicabilidad de crear un instrumento multilateral en el caso que nos concierne, es importante tomar en cuenta las experiencias suscitadas con la adopción de un instrumento con estas características en dos casos específicos.

30. Primero, es el caso de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD), cuyos miembros solicitaron la creación de un instrumento multilateral, que tenía por objeto introducir cambios en los convenios tributarios bilaterales⁶, y que dio como resultado la adopción de la Convención Multilateral para

⁵ Reporte de la CNUDMI. Documento A/72/17. Sesión número 50, Asamblea General, Record Oficial, párrafo 245.

⁶ OCDE, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales. Informe final 2015. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264267435-es.pdf?expires=1561998351&id=id&accname=guest&checksum=6C2F1BF87B4DD64A4A88631214D52C6F> (acceso 1/07/2019).

Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (BEPS).

Entre los argumentos que fueron planteados para su adopción se expuso la dificultad de encontrar una solución rápida y eficaz para modificar los acuerdos tributarios. Esto considerando que, desde el punto de vista jurídico, cada convenio es un instrumento independiente, y su interpretación merecía una cantidad importante de tiempo, a pesar de que la diferencia entre los convenios era mínima⁷.

31. En segundo lugar, la Convención de Mauricio es un claro ejemplo de la adopción de un convenio multilateral que permitió la regulación del arbitraje de inversiones en temas referentes a la transparencia.

32. Criterios similares pueden adoptarse al tratar el SCIE mediante un instrumento multilateral, para asegurar la coherencia, seguridad y eficiencia. El Convenio tendría elementos comunes y obligatorios (*core elements*), y elementos facultativos/opcionales (*opt in opt elements*) para todos los Estados que deseen suscribirlo.

IV. Conclusiones

33. Los problemas antes expuestos son consecuencia de ciertas falencias del actual sistema. Así, la falta de un mecanismo de regulación que permita controlar, supervisar y corregir las faltas cometidas por los tribunales, lo que ha provocado que las partes se vean afectadas por laudos arbitrales inconsistentes. Como se ha expuesto también, existe la necesidad de asegurar la imparcialidad e independencia de los miembros del tribunal, así como de incluir dentro de los procesos de arbitraje de inversiones a partes que ostentan un legítimo interés en la causa. Las propuestas presentadas por Ecuador tienen como fin optimizar el actual SCIE bajo los lineamientos permitidos dentro de la normativa del derecho internacional público y el derecho de inversiones.

Las propuestas planteadas son únicamente una contribución a las discusiones. No pueden ser entendidas como una restricción a que en el futuro Ecuador pueda proponer, analizar o modificar los criterios expresados, así como adoptar nuevas propuestas en las próximas reuniones del Grupo de Trabajo III. Ecuador se reserva el derecho de poder adherirse a otras soluciones presentadas por los Estados y que sean favorable a sus intereses. Finalmente, este documento no refleja la posición judicial del Estado y no podrá ser utilizado en otro contexto.

⁷ *Ibidem*.