



Asamblea General

Distr. general
26 de febrero de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51º período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 13 de julio de 2018

Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017)

Segunda parte*

Índice

	Página
IV. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (<i>continuación</i>).....	2

* La primera parte del presente informe se publicó con la signatura [A/CN.9/930/Rev.1](#).



IV. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (*continuación*)

4. Otras cuestiones procesales

Mecanismo de desestimación temprana

1. El Grupo de Trabajo recordó las deliberaciones que había mantenido en relación con la inexistencia de un mecanismo de desestimación temprana en el caso de demandas infundadas, es decir, injustificadas y abusivas (véase el párr. 39 de [A/CN.9/930](#)). Se destacó la importancia que tenían esas inquietudes desde el punto de vista de la legitimidad. Por consiguiente, se convino en que se justificaba considerar la posibilidad de establecer un mecanismo de desestimación temprana para la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

2. En ese contexto, también se señaló que al examinarse esa posibilidad deberían tenerse en cuenta los mecanismos de desestimación temprana de demandas elaborados por los Estados (además de las Reglas de Arbitraje del CIADI) y que la labor debería centrarse en las circunstancias en que esos mecanismos todavía no existieran. Se añadió que deberían tenerse en cuenta otras cuestiones, como las posibles barreras al acceso a mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (véase el párr. 59 de [A/CN.9/930](#)), que podrían aumentar el riesgo de que se interpusieran demandas infundadas. Se sugirió que las demandas interpuestas por empresas ficticias, otros procedimientos abusivos y las demandas exageradas o basadas en hechos no demostrados, que quizás no se consideraran demandas infundadas en sí mismas pero que podrían prolongar la duración y aumentar el costo del proceso, deberían también examinarse en una etapa posterior.

Reconvenciones

3. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la limitada capacidad de los Estados demandados para interponer reconvenciones en los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se señaló que esa cuestión estaba estrechamente relacionada con las obligaciones sustantivas previstas en los tratados de inversión y se sugirió que el Grupo de Trabajo no abordara ese tema dado que había decidido que se centraría en los aspectos procesales de la solución de controversias y no en las disposiciones sustantivas de los tratados de inversión (véase el párr. 20 de [A/CN.9/930](#)).

4. Se añadió que en los tratados de inversión recientes se incluían disposiciones que permitían la interposición de reconvenciones. En algunas reglas de arbitraje, como la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, relativa a las demandas subordinadas, también se preveía esa posibilidad. Se subrayó que el problema principal se derivaba del hecho de que, por lo general, los tratados de inversión estaban formulados de manera a proporcionar protección a los inversionistas. Dado que estos últimos tenían pocas obligaciones recíprocas, los Estados demandados carecían de motivos para interponer una reconvención. También se indicó que los motivos por los que pudiera interponerse una reconvención solían incluirse en los contratos de inversión, lo que generaba otras dificultades prácticas relacionadas no solo con la competencia del foro, sino también con la ley aplicable (derecho internacional público/derecho interno). Se sugirió que se adoptara un enfoque cauteloso, dado que emprender una labor en esa esfera podría presentar desventajas.

5. Otra opinión fue que establecer un mecanismo para que los Estados interpusieran una reconvención constituía un aspecto importante para asegurar un equilibrio adecuado entre los Estados demandados y los inversionistas demandantes, así como para promover la eficiencia procesal, la justicia y el estado de derecho. Se indicó que permitir a los Estados la interposición de reconvenciones podía eliminar los procesos paralelos y, por tanto, podría tener efectos positivos en la duración y el costo del proceso, así como en varias otras cuestiones procesales, como la financiación por terceros.

6. Si bien algunos tribunales arbitrales adoptaban el criterio de declararse competentes para resolver reconvencciones fundadas en obligaciones sustantivas de los tratados de inversión, se reiteró que la naturaleza de las obligaciones sustantivas en sí mismas no constituía el eje de la labor del Grupo de Trabajo. Se señaló que cabía distinguir entre las obligaciones sustantivas establecidas en los tratados de inversión y los mecanismos de solución de controversias utilizados para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones.

7. Tras un debate, el entendimiento general fue que la labor que desarrollara el Grupo de Trabajo no impediría examinar la posibilidad de que un Estado interpusiera una reconvencción cuando existiera un fundamento jurídico para ello (o una disposición que permitiera hacerlo).

Consideración de las reformas en curso

8. Se opinó en general que toda reforma de los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados debería tener en cuenta las reformas de los tratados pertinentes que los Estados estaban llevando a cabo en la actualidad. Por consiguiente, se indicó que las disposiciones que figuraban en tratados más recientes sobre cuestiones procesales en materia de solución de controversias podrían servir de base para las deliberaciones futuras del Grupo de Trabajo. Se añadió que esas cuestiones procesales tenían por finalidad resolver algunas de las inquietudes que se habían examinado previamente en el período de sesiones. De hecho, algunas disposiciones más recientes de los tratados también se referían a los procedimientos para resolver demandas relativas a una cuestión específica y a las medidas que los tribunales arbitrales podían otorgar.

5. Resultados: coherencia y uniformidad

9. El Grupo de Trabajo inició el examen de la coherencia y la uniformidad en los resultados de los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sobre la base del documento [A/CN.9/WG.III/WP.142](#), párrs. 31 a 38.

10. Se comenzó por señalar que un sistema coherente aseguraría que hubiera una relación lógica y sin contradicciones entre sus componentes y que un sistema uniforme aseguraría que situaciones idénticas o similares se trataran de la misma manera. En ese contexto, se trazó una distinción entre las circunstancias en que podrían justificarse interpretaciones no uniformes en razón, por ejemplo, de las variaciones en el lenguaje utilizado en los tratados de inversión y las circunstancias en que esa falta de uniformidad no estaría justificada, dado que se trataba de la misma medida y la misma cláusula de un tratado. Asimismo, se hizo hincapié en la necesidad de distinguir entre lograr uniformidad en la interpretación de un mismo tratado de inversión y uniformidad en la interpretación entre un tratado de inversión y otro.

11. Reconociendo la importancia de asegurar la existencia de un sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados que fuera coherente y uniforme, como el descrito en [A/CN.9/WG.III/WP.142](#), párr. 31, se señaló que ese sistema serviría para apoyar el estado de derecho, fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista y seguir aportando legitimidad al sistema. También se señaló que, por otra parte, la falta de uniformidad y de coherencia podía afectar negativamente la fiabilidad, la eficacia y la previsibilidad del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados y, en el largo plazo, su credibilidad y legitimidad. Se indicó que la crítica que se hacía a la falta de uniformidad y de coherencia era una de las razones por las que la Comisión había decidido embarcarse en la labor de una posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se subrayó que la uniformidad era un elemento fundamental del estado de derecho y que contribuiría al desarrollo del derecho de inversiones. Sin embargo, también se señaló que la uniformidad y la coherencia no eran objetivos en sí mismas y que debía ejercerse una cautela extrema al tratar de lograr una interpretación uniforme de las disposiciones de una gran variedad de tratados de inversión.

12. Otra opinión fue que en las deliberaciones debían tenerse plenamente en cuenta los antecedentes históricos del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, como parte de un esfuerzo por proporcionar a los inversionistas un mecanismo neutral para la solución de sus controversias con los Estados.

13. La naturaleza fragmentada de los tratados de inversión y la naturaleza especial del arbitraje, que hacía que cada tribunal arbitral tuviera la tarea de interpretar los tratados de inversión, se mencionaron como factores que contribuían a la falta de uniformidad y de previsibilidad en los resultados. Se señaló además que los tribunales especiales no siempre aplicaban uniformemente las normas internacionales sobre la interpretación de los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

14. Se añadió que el hecho de que los tratados de inversión tuvieran una vigencia prolongada significaba que podía esperarse que se plantearan múltiples controversias fundadas en ellos. Por lo tanto, garantizar la uniformidad en la interpretación de las disposiciones de los tratados aumentaría la estabilidad de todo el marco de inversiones. También se señaló que muchos tratados contenían disposiciones similares sobre la protección de las inversiones (por ejemplo, disposiciones sobre el trato equitativo e igualitario de las partes, cláusulas de la nación más favorecida, cláusulas de alcance general y disposiciones sobre indemnizaciones por motivo de expropiación). Se señaló que, en la experiencia de algunos Estados que habían concertado una serie de tratados de inversión en los que se habían incluido disposiciones similares, esos tratados de inversión habían sido interpretados de distinta manera por los tribunales arbitrales, incluso en un caso de procesos paralelos en que los hechos, las partes, las disposiciones de los tratados y las normas de arbitraje aplicables eran idénticos.

15. Se dijo que la previsibilidad de la interpretación de los tratados también era esencial para que los Estados pudieran saber si sus acciones, entre ellas la posible actividad legislativa o reglamentaria futura, podrían suponer un incumplimiento de sus obligaciones y para que definieran sus políticas de inversión. La previsibilidad permitiría además a los inversores determinar si alguna reglamentación en particular estaba de acuerdo con las obligaciones establecidas en un tratado. Se dijo asimismo que la falta de uniformidad que existía actualmente entrañaba un costo considerable debido a la falta de previsibilidad consiguiente, ya que con frecuencia cada parte podía utilizar, en apoyo de sus argumentos, interpretaciones diferentes que se hubieran aplicado en otros casos. También se dijo que la interpretación que hicieran los tribunales arbitrales de determinadas normas de los tratados de inversión era importante para los Estados a la hora de negociar tratados, ya que se podían extraer muchos elementos interpretativos de las controversias relacionadas con diferentes tratados.

16. Se señaló que se habían probado otras soluciones, como tratar de responder a las preocupaciones sobre la uniformidad mediante el análisis de la jurisprudencia, teniendo en cuenta los cuasiprecedentes y las referencias a otras sentencias en los laudos, pero que ninguna de esas soluciones había resultado suficiente. A ese respecto se citó la incertidumbre que seguía existiendo en torno a la interpretación de algunos conceptos clave, como la definición de inversión y la determinación de si era necesario que las inversiones se hicieran en el país receptor o en beneficio de este. Por lo tanto, se dijo que se necesitaban otros mecanismos.

17. Se expresó una opinión diferente en el sentido de que la falta de coherencia y uniformidad era un resultado lógico de la fragmentación de los actuales tratados de inversión pertinentes y que tratar de lograr coherencia y uniformidad podría no ser factible ni deseable, considerando que el régimen de los tratados de inversión tampoco era uniforme en sí mismo. Al respecto, se mencionaron las posibles desventajas de un régimen uniforme y coherente basado en normas de protección unificadas.

18. En ese sentido, se destacaron los motivos de la creación de un régimen no uniforme, haciendo notar que el régimen de los tratados de inversión se había elaborado teniendo en cuenta elementos de la política exterior, la política económica y comercial, así como las estrategias de desarrollo. Se subrayó que cada tratado de inversión era el resultado de negociaciones celebradas entre Estados, que tenían en cuenta los intereses

y necesidades particulares de esos Estados y, en algunos casos, los intereses de una determinada región.

19. Se dijo que la diversidad de prácticas en materia de tratados, caracterizada por una amplia gama de normas diferentes de protección de los inversionistas y de distintas disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, era el resultado natural de ese proceso. Se observó que esa divergencia reflejaba los diferentes criterios y peculiaridades de la protección de las inversiones, que eran de carácter deliberado y no debían pasarse por alto en aras de la uniformidad y la previsibilidad.

20. Con respecto a la interpretación de disposiciones idénticas o similares contenidas en distintos tratados de inversión, se recordó que, aunque no en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, algunos órganos judiciales internacionales habían afirmado en sus sentencias que el mero hecho de que las disposiciones de un tratado fuesen idénticas o similares a las de otro tratado no significaba necesariamente que debieran interpretarse de la misma manera. Desde esa perspectiva, también podía considerarse que las diferentes interpretaciones realizadas por tribunales especiales no denotaban una falta de uniformidad.

21. Se adujo asimismo que la falta de uniformidad y coherencia, así como la fragmentación, podían ser percepciones basadas en meras pruebas circunstanciales. Por ejemplo, distintas situaciones de hecho podrían dar lugar a interpretaciones diferentes de la misma disposición de un tratado. Se dijo también que era necesario que hubiera un mayor intercambio de experiencias entre los Estados sobre casos discordantes y cualquier efecto negativo que se hubiera producido. Además, se señaló que la experiencia demostraba que los tribunales de justicia nacionales y los órganos judiciales internacionales, que eran de carácter permanente, tenían un mecanismo de apelación y estaban obligados por los precedentes, habían dictado resoluciones divergentes.

22. Durante las deliberaciones se hizo referencia a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en los que se establecía, respectivamente, una regla general de interpretación de los tratados y medios de interpretación complementarios. Se hizo hincapié en que un tratado debía interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que hubiera de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Por lo tanto, se dijo que los artículos 31 y 32 daban a los tribunales cierta flexibilidad para interpretar de manera diferente disposiciones idénticas de varios tratados de inversión, teniendo en cuenta la intención de las partes en esos tratados.

23. En el contexto de los debates sobre la cuestión de la uniformidad y la coherencia, se mencionaron varias posibilidades en cuanto a la forma en que los Estados podrían resolver estos problemas mediante las disposiciones que incluyeran en sus tratados de inversión. Algunos de los ejemplos citados fueron la claridad de las disposiciones de protección sustantivas y de las normas de procedimiento, la inclusión de orientaciones detalladas y quizás obligatorias para los tribunales arbitrales (por ejemplo, interpretación vinculante), y otros mecanismos procesales (por ejemplo, permitir la presentación de escritos por partes en el tratado que no fuesen partes en la controversia). Se señaló que la uniformidad de las instrucciones que dieran los Estados a sus abogados con respecto a sus escritos sería fundamental. Como otra medida para lograr la uniformidad y la coherencia, se mencionó la posibilidad de que las partes en el tratado emitieran interpretaciones conjuntas que el tribunal debiera tener en cuenta.

24. En respuesta a lo anterior, se dijo que las medidas mencionadas podrían no ser suficientes para proporcionar una solución integral respecto de los tratados ya existentes (por oposición a los tratados futuros). Se observó que las interpretaciones conjuntas se utilizaban raramente en la práctica ya que, una vez celebrado un tratado, las partes podían tener dificultades para ponerse de acuerdo respecto de su interpretación. En consecuencia, se dijo que se necesitaba una solución sistémica para resolver el problema de la falta de uniformidad y coherencia, que podría consistir, por ejemplo, en un sistema de precedentes. Ese sistema podría también promover el deber de rendición de cuentas de los órganos decisores. Entre otras soluciones sistémicas posibles cabría mencionar un mecanismo de apelación o un tribunal multilateral. En tal sentido, se citó el ejemplo

del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, en el que se combinaba un grupo especial con un órgano permanente de apelación.

6. Observaciones finales sobre la coherencia y la uniformidad

25. Otra opinión fue que se debería aclarar lo que era aconsejable en cuanto a la uniformidad en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, ya que las diferencias en los resultados podrían deberse a distinciones legítimas, que a su vez podrían derivarse de diferencias en cuanto a los hechos presentados ante el tribunal y los argumentos formulados por los abogados, así como de diferencias en las disposiciones de los tratados en cuestión. Se opinó también que se debería aclarar hasta qué punto resultaría preocupante la falta de uniformidad en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

26. En cuanto al primer aspecto de la cuestión, se examinaron dos tipos de posible falta de uniformidad, uno relacionado con la interpretación de un mismo tratado y otro con la interpretación de una disposición idéntica o similar en distintos tratados. En general se estuvo de acuerdo en que la falta de uniformidad en la interpretación de una disposición de un mismo tratado podría ser motivo de preocupación.

27. En cuanto al segundo aspecto, se señaló que las diferencias en los resultados no serían motivo de preocupación si se basaban en una interpretación correcta del lenguaje de los tratados en cuestión. No obstante, se señaló que se habían exagerado las diferencias en el lenguaje de los tratados y que la gran mayoría de los tratados de inversión contenía lenguaje muy similar, cuando no idéntico, y se proporcionaron ejemplos al Grupo de Trabajo.

28. También se argumentó que aferrarse al principio de uniformidad de los laudos arbitrales podría ser peligroso, ya que podría sentar una serie de precedentes en la jurisprudencia que de por sí no se correspondieran con las intenciones de las partes. Otra opinión fue que la uniformidad no necesariamente garantizaba un proceso correcto.

29. Se argumentó que habría que centrar la atención más bien en determinar si los laudos interpretaban los tratados correctamente y conforme a las normas de derecho internacional público, y no si los laudos de unos tribunales resultaban uniformes respecto de los de otros. Se añadió que el objetivo de la uniformidad no debía ser asegurar que las disposiciones idénticas o similares se interpretaran de forma idéntica en todas las circunstancias, sino asegurar que no surgieran faltas de uniformidad injustificables. Uno de los factores que perjudicaban la uniformidad era la ambigüedad o falta de claridad del lenguaje de un tratado.

30. También se señaló que había habido falta de uniformidad en los laudos respecto de las normas generales del derecho internacional consuetudinario relativas al estado de necesidad o de emergencia, las normas de atribución, y los principios jurídicos en materia de daños y perjuicios.

31. Se indicó que la falta de uniformidad en la solución de controversias entre inversionistas y Estados no se debía a diferencias legítimas sino a la naturaleza del propio sistema, y en algunos casos a los árbitros.

32. También se dijo que los esfuerzos de los tribunales por reaccionar a las inquietudes planteadas y garantizar la uniformidad habían sido infructuosos y que no resultaría viable revisar todos los tratados existentes.

33. Se argumentó que la uniformidad y la coherencia del sistema jurídico interesaban a todas las partes y que un mecanismo de solución de controversias que produjera laudos injustificados o contradictorios resultaría imprevisible y, por tanto, carecería de credibilidad y legitimidad.

34. A la luz de lo precedente, algunos Estados sugirieron que el Grupo de Trabajo examinara, en el momento oportuno, posibles soluciones que incluyeran algún tipo de sistema de prelación, un órgano de apelación, un tribunal de inversiones y un mecanismo por conducto del cual los tribunales pudieran dirigir preguntas a las partes en los tratados antes de emitir los laudos. Otros Estados pusieron en duda que se necesitara una estructura tan formal y que tal estructura sirviera para establecer las medidas apropiadas.

35. El Grupo de Trabajo recordó que las deliberaciones del 34º período de sesiones sobre estas cuestiones continuarían en su 35º período de sesiones.
