



Asamblea General

Distr. general
14 de mayo de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51^{er} 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 35^o período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018)

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Organización del período de sesiones	2
III. Deliberaciones y decisiones	4
IV. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	4
A. Observaciones generales	4
B. Examen de los resultados del proceso arbitral	5
C. Examen de los árbitros/decisores	9
D. Percepciones de los Estados, los inversionistas y el público	16
E. Observaciones finales	16
V. Otros asuntos	17



I. Introducción

1. En su 50º período de sesiones la Comisión tuvo ante sí tres notas de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de solución de controversias: una relativa a los procesos paralelos en los arbitrajes internacionales (A/CN.9/915); otra sobre la ética en el arbitraje internacional (A/CN.9/916) y otra relativa a la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/917). La Comisión también tuvo ante sí una recopilación de las observaciones formuladas por los Estados y las organizaciones internacionales sobre el marco de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/918 y adiciones).

2. Tras examinar los temas planteados en los documentos A/CN.9/915, A/CN.9/916 y A/CN.9/917, la Comisión otorgó al Grupo de Trabajo un mandato amplio para que examinara cuestiones relacionadas con la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). En consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, a la vez de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes. El Grupo de Trabajo procedería: i) a determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la SCIE; ii) a evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen expresado; y iii) si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión. La Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba adoptar la o las soluciones propuestas y en qué medida¹.

3. El Grupo de Trabajo inició, en su 34º período de sesiones (27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), su labor sobre el examen de la posible reforma del sistema de la SCIE basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.142) y en observaciones de organizaciones intergubernamentales (A/CN.9/WG.III/WP.143). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo en ese período de sesiones figuran en el documento A/CN.9/930, que contiene la primera parte del informe. La segunda parte de ese informe fue aprobado en el actual período de sesiones.

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 35º período de sesiones del 23 al 27 de abril de 2018 en Nueva York. Asistieron al período de sesiones delegados de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Bulgaria, Burundi, Camerún, Canadá, Chequia, Chile, China, Colombia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Japón, Kenya, Kuwait, Libia, Malasia, Mauricio, México, Namibia, Nigeria, Pakistán, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Rumania, Singapur, Sri Lanka, Suiza, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, Bélgica, Benin, Burkina Faso, Costa Rica, Chipre, Croacia, Egipto, Eslovaquia, Finlandia, Gabón, Georgia, Iraq, Islandia, Kazajstán, Marruecos, Myanmar, Nepal, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, Portugal,

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264.

República Árabe Siria, República Dominicana, Senegal, Serbia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Togo, Uruguay y Viet Nam.

6. También asistieron al período de sesiones observadores de la Santa Sede y la Unión Europea.

7. Asimismo, asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Centro del Sur, Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Organización Internacional de la Francofonía (OIF) y Secretaría del Commonwealth;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas*: African Center of International Law Practice (ACILP), American Bar Association (ABA), American Society of International Law (ASIL), Amigos de la Tierra International, Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Caribbean Association of Industry and Commerce (CAIC), Centre de Recherche en Droit Public (CRDP), Centre for International Environmental Law (CIEL), Centre for International Dispute Settlement (CIDS), Centre for International Legal Studies (CILS), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), Clientearth, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), Consejo Asesor de la CIM, Cairo Regional Centre of International Commercial Arbitration (CRCICA), European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), European Federation for Transport & Environment (T&E), European Trade Union Confederation (ETUC), Federación Interamericana de Abogados (FIA), Foro Económico Mundial, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Institute Afrique Monde, Institute for Transnational Arbitration, Institute of Commercial Law (ICL), Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, International Association for Commercial and Contract Management (IACCM), International Bar Association (IBA), International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), International Chamber of Commerce (ICC), International Institute for Sustainable Development (IISD), International Law Association (ILA), International Law Institute, Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), New York International Arbitration Center (NYIAC), Moot Alumni Association, Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL), Regional Centre for International Commercial Arbitration, Lagos (RCICAL), Russian Arbitration Association, Swiss Arbitration Association, United States Council for International Business (USCIB).

8. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Shane Spelliscy (Canadá)

Relator: Sra. Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapur)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) programa provisional anotado ([A/CN.9/WG.III/WP.144](#)); b) nota de la Secretaría sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados ([A/CN.9/WG.III/WP.142](#)); c) observaciones de organizaciones intergubernamentales internacionales ([A/CN.9/WG.III/WP.143](#)); d) un documento presentado por la Unión Europea ([A/CN.9/WG.III/WP.145](#)); e) observaciones de organizaciones intergubernamentales internacionales e información adicional: nombramiento de árbitros ([A/CN.9/WG.III/WP.146](#)); y f) observaciones del Gobierno de Tailandia ([A/CN.9/WG.III/WP.147](#)).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:
 1. Apertura del período de sesiones.
 2. Elección de la Mesa.
 3. Aprobación del programa.
 4. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).
 5. Otros asuntos.
 6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en los documentos a los que se hace referencia en el párrafo 10 *supra*. Sus deliberaciones y decisiones en relación con el tema 4 se recogen en el capítulo IV. El examen de otros asuntos por el Grupo de Trabajo se refleja en el capítulo V.

IV. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

A. Observaciones generales

12. El Grupo de Trabajo recordó su mandato (véase párr. 2 *supra*) y continuó sus deliberaciones orientadas a determinar cuáles serían las cuestiones que interesaba debatir en relación con la SCIE, como se disponía en la primera parte de su mandato.

13. En las declaraciones de carácter general formuladas al inicio del período de sesiones, se puso de relieve la importancia del mandato del Grupo de Trabajo para los Estados en desarrollo en vista de la repercusión que tenían las inversiones y la SCIE en el desarrollo sostenible. En esas declaraciones, que se basaban en la experiencia nacional de varios Estados, se reiteraron cuestiones e inquietudes sobre la SCIE, como la falta de rendición de cuentas, de transparencia, de uniformidad y coherencia, de un mecanismo de examen eficaz y de mecanismos para resolver la cuestión de las demandas infundadas. También se reiteraron, como asuntos que podían generar preocupación, inquietudes que se habían debatido en el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en particular el costo y la duración de los procesos de SCIE, así como la financiación por terceros.

14. Como cuestión general, se destacó la necesidad de que toda reforma del sistema de SCIE lograra un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los Estados, por una parte, y de los inversionistas, por la otra.

15. En las declaraciones, también se destacó la importancia de que la posible reforma del sistema de la SCIE se examinara a nivel multilateral. Se señaló que el examen de la cuestión por la CNUDMI constituía una oportunidad única para que se llevaran a cabo reformas sustantivas en ese ámbito, y que una participación activa y amplia, tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados, era esencial para que los procesos de los que se valiera la CNUDMI en la ejecución de ese mandato fueran legítimos y eficaces.

16. En ese contexto, el Grupo de Trabajo fue informado de que la Unión Europea y la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación habían hecho contribuciones al fondo fiduciario de la CNUDMI, a fin de posibilitar la participación de los Estados en desarrollo en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se invitó a las delegaciones a que consideraran la posibilidad de seguir haciendo contribuciones para que la participación en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo fuera inclusiva.

17. El Grupo de Trabajo recordó la labor de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados, que había dado lugar a la aprobación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (la “Convención de Mauricio sobre la Transparencia”). Se señaló que esos instrumentos demostraban que la reforma del sistema de la SCIE, que era fragmentario, era viable. Se señaló además que los Estados en distintas partes del mundo estaban trabajando para modificar o perfeccionar su sistema de SCIE, entre otras cosas, revisando o concluyendo los tratados bilaterales vigentes, elaborando nuevos modelos para los arreglos futuros y participando en procesos multilaterales.

18. Durante las deliberaciones, se subrayó que se entendía que el mandato del Grupo de Trabajo se centraba en los aspectos procesales de los mecanismos de SCIE, y no en las normas de protección de las inversiones en que estos se basaban, lo que hacía viable y factible cualquier propuesta de reforma. En ese contexto, se mencionaron distintas opciones de reforma, como la elaboración de instrumentos jurídicos no vinculantes, la elaboración de mecanismos de apelación y la creación de un tribunal multilateral de inversiones. El Grupo de Trabajo convino en que era prematuro examinar esas opciones en la etapa actual de sus deliberaciones y recordó que antes debía realizar un análisis exhaustivo de las cuestiones que generaban inquietud.

19. Se indicó que algunos Estados habían tenido la oportunidad de examinar en detalle las cuestiones relacionadas con la SCIE, que eran variadas, y deseaban avanzar en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se señaló que algunos Estados podrían haber iniciado su examen de las cuestiones recientemente y quizás necesitarían más tiempo para intervenir en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo convino en que el proceso debía respetar ambos puntos de vista y dar a todos los delegados la oportunidad de participar de manera significativa, pero sin que ello implicara que se demorara excesivamente la realización de avances en la discusión.

B. Examen de los resultados del proceso arbitral

Coherencia y uniformidad

20. El Grupo de Trabajo recordó sus deliberaciones anteriores sobre la cuestión de la coherencia y la uniformidad de los resultados de la SCIE. Dos cuestiones habían signado el examen de ese asunto: una, el nivel de uniformidad que era deseable alcanzar en los resultados de la SCIE, y la otra, la medida en que preocupaba esa falta de uniformidad no deseada.

21. Se consideró que la mera existencia de resultados divergentes no constituía un motivo de preocupación en sí mismo, ya que las disposiciones de los tratados podían interpretarse correctamente, aunque aplicarse de manera diferente según los hechos del caso o las pruebas que ofrecieran las partes. Además, el mero hecho de que disposiciones similares de tratados pudieran interpretarse de manera diferente no se consideraba un motivo de preocupación, ya que cuando se recurría a principios generales de interpretación de tratados, la redacción similar de una disposición en un tratado podía interpretarse de modo diferente, algo que podría ser apropiado. La falta de uniformidad se consideraba más preocupante cuando el mismo tratado de inversión estándar o la misma norma de derecho internacional consuetudinario se interpretaba de forma diferente, sin que hubiera una razón justificada para hacer esa distinción.

22. Se señaló que el hecho de que los resultados fueran contradictorios era más marcado en las situaciones en que se llevaban a cabo múltiples procesos, como se indicaba en el párrafo 36 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). También se había indicado que la coherencia y la uniformidad no debían entenderse como sinónimos de exactitud o corrección en los resultados de la SCIE. Asimismo, se recordó que la falta de coherencia o uniformidad no era necesariamente una característica única de la SCIE y que se daba tanto en el contexto nacional como en el internacional.

23. Se sugirió que las deliberaciones sobre estas cuestiones posiblemente debían seguir vinculando las cuestiones mencionadas precedentemente con el carácter definitivo del laudo, así como con la cuestión de cuán adecuados eran los mecanismos de examen existentes. Se señaló que estos últimos apuntaban a la integridad y la justicia del proceso, más que a la corrección de su resultado, y que, por lo tanto, debía considerarse si eran adecuados para resolver las cuestiones que se planteaban en lo concerniente a la uniformidad, exactitud y corrección de los laudos.

Los conceptos de incoherencia y falta de uniformidad

24. Hubo un amplio acuerdo sobre las ventajas jurídicas y económicas que presentaba la uniformidad en cuanto a que aumentaba la seguridad jurídica y la previsibilidad del marco de inversiones tanto para el Estado como para el inversionista. También hubo amplio acuerdo respecto de que esas características ayudarían a su vez a que la preparación para los juicios fuera más eficiente y serían útiles para que los Estados redactaran tratados de inversión o determinaran qué medidas podrían adoptarse legalmente.

25. Observando que podría haber casos en que quizás fuera apropiado interpretar el texto de un tratado de formas distintas, se invitó al Grupo de Trabajo a centrar sus deliberaciones en las situaciones en que las interpretaciones divergentes fueran problemáticas, es decir, en las que existiera una falta de uniformidad injustificable. El Grupo de Trabajo convino en examinar la prevalencia y las repercusiones de esa falta de uniformidad cuando esta no fuera justificable. Se destacó que debería hacerse un diagnóstico claro y puntual de esos elementos desde el principio, a fin de que el resultado de las deliberaciones fuera útil y significativo.

26. También se acordó que la búsqueda de uniformidad no debería ir en desmedro de la corrección de las decisiones, y que el objetivo debía ser la previsibilidad y la corrección, no la uniformidad.

27. Teniendo en cuenta que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecía que estos debían interpretarse 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, se observó que era difícil lograr uniformidad en la interpretación de los tratados de inversión que habían sido negociados por distintas partes, y que tenían objetivos específicos.

28. Sin embargo, se señaló que las disposiciones relativas a inversiones que figuraban comúnmente en los tratados de inversión eran similares. Dado que los tribunales arbitrales *ad hoc* eran quienes tenían la tarea de interpretar esas disposiciones, el sistema de SCIE era fragmentario, y en alguna medida ello explicaba que las interpretaciones fueran diferentes. Además, se señaló que muchos de los tratados de inversión que se presentaban ante los tribunales arbitrales eran tratados de primera generación, que contenían formulaciones vagas y que eran más susceptibles de interpretarse de distinta forma.

Prevalencia de la falta de uniformidad

29. Se preguntó por la prevalencia de esa falta de uniformidad cuando esta no era justificable, y se recomendó que se llevaran a cabo más estudios y análisis detallados para responder a ese interrogante.

30. Una opinión fue que los análisis de las decisiones publicadas indicaban que la prevalencia de casos en que la falta de uniformidad no estaba justificada era relativamente baja.

31. Se mencionaron ejemplos de falta de uniformidad en laudos arbitrales sobre algunos aspectos centrales de la protección de las inversiones. Los interrogantes que se planteaban en esos laudos arbitrales que no eran uniformes se referían a conceptos generales y funciones de las normas sustantivas de inversión que se planteaban con frecuencia. Un ejemplo de ello era la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF). También se señaló el ejemplo de la interpretación del

alcance y los efectos de la cláusula paraguas y se mencionaron interpretaciones contradictorias de los conceptos de inversión y expropiación.

32. Se dieron otros ejemplos en los que se decía que no podía justificarse el dictado de decisiones diferentes recurriendo a las normas relativas a la interpretación de tratados en derecho internacional ni a que se hubieran planteado diferentes hechos o presentado diferentes pruebas ante tribunales arbitrales. Se dijo que los ejemplos dejaban claro que las inquietudes no se relacionaban solamente con la interpretación de las cláusulas de protección básicas y sustantivas de los tratados de inversión, sino también con la identificación y la aplicación de principios de derecho internacional consuetudinario, y a veces con disposiciones de tratados como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Otros ejemplos se referían a laudos que, según se describía, no eran uniformes en cuanto a si podía exigirse que un Estado prestara garantías en los procedimientos de anulación, al tratamiento de los laudos respecto de su ejecución, y a si los Estados e inversionistas podían pactar la exclusión de la aplicación de cláusulas de SCIE.

Repercusión de la falta de uniformidad no justificable

33. A continuación, el Grupo de Trabajo centró su atención en la importancia que tenía la repercusión de esa falta de uniformidad cuando no era justificable. Los Estados intercambiaron sus ejemplos de situaciones en que el mismo tratado había sido interpretado de manera no uniforme por distintos tribunales, incluso cuando se habían presentado las mismas pruebas y argumentos.

34. También se mencionaron las siguientes consideraciones sobre la repercusión que tenía la falta de uniformidad cuando esta no era justificable.

35. En primer lugar, la falta de uniformidad de las decisiones que no fuera justificable podía constituir un fundamento para atacar la credibilidad de todo el sistema de SCIE y una razón por que la opinión del público sobre el sistema podía ser negativa.

36. En segundo lugar, la falta de claridad y uniformidad en la jurisprudencia internacional sobre inversiones: i) hacía más difícil que los Estados entendieran cómo debían actuar para cumplir sus obligaciones jurídicas; ii) generaba dificultades a la hora de considerar la elaboración de nueva reglamentación; y iii) podía contribuir a un congelamiento de la elaboración de reglamentación. Sin embargo, se reconoció que esta no era una cuestión privativa de la SCIE y que los Gobiernos siempre estaban obligados a respetar las regulaciones que aprobaban con arreglo a su derecho interno. Al respecto, también se hizo referencia al equilibrio que existía entre las obligaciones sustantivas que se establecían en los tratados de inversión, y a si ese equilibrio era apropiado o debía reexaminarse.

37. En tercer lugar, los Estados no eran los únicos interesados en ese sistema y también debían tenerse en cuenta los intereses de los inversionistas. En ese sentido, las delegaciones confirmaron que habían celebrado consultas con distintas partes interesadas, en preparación del período de sesiones. El resultado de las consultas, tal como fue informado, había sido que la previsibilidad era importante para los inversionistas también, dado que la falta de esta podía constituir un factor de riesgo para los inversionistas e inhibir las inversiones. Al respecto, se recordó la declaración de carácter general que se había formulado en que se destacaba la importancia de las inversiones y las corrientes de capital en interés de la continuidad del desarrollo sostenible (véase el párr. 13 *supra*). Se añadió que los inversionistas valoraban que el sistema de solución de controversias asegurara previsibilidad, en razón de los costos en juego.

38. Se expresaron inquietudes de peso en el sentido de que el sistema actual de SCIE no ofrecía garantías adecuadas de que los tratados de inversión serían interpretados correctamente y de manera uniforme y existía una opinión extendida de que los mecanismos existentes eran insuficientes.

Mecanismos de examen

39. El Grupo de Trabajo consideró si los mecanismos de examen existentes servían para resolver adecuadamente las cuestiones que generaba la falta de uniformidad y corrección y recordó que los laudos arbitrales eran definitivos y podían reconsiderarse únicamente en procedimientos de anulación o ejecución sustanciados ante tribunales de justicia nacionales y, en el caso de los laudos del CIADI, en procedimientos de anulación. Además, se observó que la competencia que tenían los comités de anulación del CIADI y los tribunales de justicia nacionales del lugar del arbitraje, o de donde se solicitara la ejecución (en caso de que los laudos no fueran del CIADI) para revisar los laudos era a menudo restringida. Se dijo que el alcance del examen era limitado, y que el hecho de que las causales por las que podía solicitarse un nuevo examen del laudo fueran reducidas podía plantear problemas sistémicos en cuanto a asegurar uniformidad y corrección. Además, no era probable que los mecanismos actuales funcionaran de tal modo que se armonizara la jurisprudencia en los casos de SCIE, incluso la que se refería a los tratados de inversión que contuvieran normas iguales o sustancialmente similares de protección para los inversionistas.

40. Se observó además que, a falta de un mecanismo de apelación, las decisiones incorrectas no podían revocarse, lo que significaba que los mecanismos de examen existentes no podían asegurar que las decisiones fueran correctas desde el punto de vista jurídico.

41. Tras recordar que tanto la corrección como la uniformidad eran importantes, se señaló que la uniformidad de los laudos podía derivarse de su corrección. En ese contexto, se observó que la uniformidad y la previsibilidad se vinculaban a otras inquietudes sobre si los mecanismos existentes eran adecuados para solucionar la falta de uniformidad cuando esta no era justificable.

42. Se mencionó asimismo que existía una relación entre el carácter definitivo de los laudos arbitrales y su corrección. Se señaló que las soluciones orientadas a asegurar la uniformidad y la corrección de los laudos no deberían afectar ni socavar el hecho de que estos tuvieran carácter definitivo y deberían evitar aumentar el costo y la duración. Según otras opiniones, las ventajas de que los laudos fueran definitivos, por ejemplo, que fueran ejecutables en general, significaba que se debía procurar alcanzar un equilibrio entre estas consideraciones.

Opiniones preliminares sobre posibles soluciones

43. El Grupo de Trabajo escuchó algunas opiniones preliminares sobre la forma en que podría abordarse la cuestión de la falta de uniformidad de modo que el marco de la SCIE fuera más previsible. Al respecto, se formularon las siguientes sugerencias: i) modificar los tratados de inversión cuya formulación fuera vaga; ii) proporcionar soluciones para que los Estados partes tuvieran un control mayor sobre los tratados de inversión, por ejemplo, textos o directrices sobre normas de interpretación; iii) adoptar un enfoque sistémico mediante la utilización de soluciones institucionales (mecanismos de apelación u órganos permanentes para la solución de controversias); iv) examinar la posibilidad de reformar los marcos nacionales de inversión; v) introducir o implementar un sistema de *stare decisis*; vi) alentar la consolidación, cuando fuera posible, así como la coordinación entre tribunales; vii) mejorar los mecanismos de examen y procedimientos de anulación existentes; y viii) fortalecer la función de los tribunales nacionales.

Relación con otras cuestiones importantes

44. El Grupo de Trabajo escuchó sugerencias en el sentido de que, cuando se siguiera examinando la cuestión, sería necesario lograr un equilibrio adecuado entre las distintas inquietudes, y considerar cuidadosamente las repercusiones que tenía la falta de uniformidad en las cláusulas básicas de los tratados, así como en sus costos y duración. Se añadió que debían tenerse en cuenta otras preocupaciones y cuestiones, como la falta de transparencia, las reclamaciones infundadas y las cuestiones relacionadas con la financiación por terceros, dado que también tenían repercusiones en el funcionamiento

general del sistema de SCIE. En otras palabras, al analizar estas cuestiones se las debía tratar como elementos de un sistema integral. En ese contexto, se destacó que al considerar cualquier reforma, la eficiencia, la flexibilidad y la relación costo-eficacia debían ser los principios rectores que debían tenerse en cuenta.

C. Examen de los árbitros/decisores

45. El Grupo de Trabajo inició su examen de las cuestiones relativas al nombramiento de los árbitros y otros decisores en relación con la SCIE, así como de los requisitos éticos pertinentes, sobre la base de lo señalado en los párrafos 42 a 44 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.142](#).

46. Además de la información que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), se proporcionó al Grupo de Trabajo otra información pertinente, como datos estadísticos presentados por los Estados y organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, que contenían, entre otras cosas, información sobre las designaciones realizadas por las autoridades nominadoras, el cumplimiento de los requisitos éticos aplicables, el número de recusaciones interpuestas contra los árbitros y un panorama general de sus perfiles. Se sugirió que se compilara más información, por ejemplo, en relación con el nombramiento de los árbitros en el arbitraje comercial y de los magistrados en los tribunales de justicia internacionales. Se invitó a las delegaciones a suministrar a la Secretaría la información sobre la cuestión que estuviera disponible.

Falta de garantías suficientes de independencia e imparcialidad

47. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la cuestión de si las garantías de independencia e imparcialidad de los árbitros eran suficientes.

48. Se comenzó por convenir en general que la independencia y la imparcialidad de los árbitros era sumamente importante y fundamental para la legitimidad del sistema de la SCIE.

49. Al respecto, se señaló que el marco que existía para garantizar la independencia y la imparcialidad incluía las disposiciones que figuraban en los reglamentos de arbitraje aplicables, que imponían esos deberes a los árbitros, exigían que estos divulgaran posibles conflictos de interés, y preveían procedimientos de impugnación. Se mencionó, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que contenía un procedimiento de impugnación simplificado, así como requisitos para la formulación de declaraciones puntuales de independencia e imparcialidad y exigencias de divulgación de información.

50. Se indicó además que distintas organizaciones estaban examinando las normas sobre la independencia y la imparcialidad, y que esas normas se aplicaban con frecuencia en la práctica arbitral. Como ejemplo de ello, se mencionaron las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, de 2014. Se señaló que se estaban haciendo continuas mejoras para garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros, y que en esa labor participaban las instituciones arbitrales y los Estados que eran partes en los tratados de inversión. Se opinó que en el marco existente se preveían mecanismos adecuados para asegurar la independencia y la imparcialidad de los árbitros.

51. En ese sentido, se dijo que la nominación por las partes confería legitimidad al proceso arbitral y que esa era una de sus características principales. Se señaló que la nominación por las partes daba a estas la flexibilidad de nombrar a los decisores teniendo en cuenta criterios como su experiencia y cualificaciones, su especialización, la posibilidad que tuvieran de expresarse en el idioma del proceso arbitral, su disponibilidad y su reputación. También se dijo que la designación de un presidente del tribunal arbitral contribuía a que todo el mecanismo fuera independiente e imparcial.

52. En la práctica, las partes litigantes tenderían a elegir árbitros neutrales, que tuvieran una nacionalidad distinta de la de las partes. En la experiencia de los Estados, el proceso de nominación conllevaba un examen cuidadoso, y un elevado nivel de exigencia en cuanto al escrutinio y a la divulgación de información. En ese contexto,

se indicó que la preocupación no radicaba en cómo se designaban los árbitros, sino en cómo aseguraría el marco que mantuvieran su independencia e imparcialidad.

53. Sin embargo, según una opinión ampliamente aceptada, para que el marco pudiera considerarse eficaz, no solo debía asegurar la imparcialidad y la independencia efectivas de los árbitros, sino también asegurar que esa imparcialidad e independencia se notaran. Se opinó que debía procurarse, por lo tanto, incluir ambos elementos.

54. En ese contexto, se dijo que el mecanismo consistente en que la nominación fuera hecha por las partes había sido muy criticado, lo que significaba que se percibía como un mecanismo sesgado. Por ejemplo, se señaló que a menudo se señalaba que los árbitros que intervenían en los casos de SCIE eran árbitros que favorecían a los Estados o a los inversionistas según cuáles hubieran sido sus nombramientos anteriores, lo que contribuía aún más a la percepción general de que no se actuaba con imparcialidad. Se dijo que ese mecanismo de nominación por las partes podría conducir a que se produjera una polarización en el seno de los tribunales arbitrales y a que la controversia tuviera que ser zanjada por el árbitro que presidía el tribunal, sobre quien recaía en última instancia la responsabilidad de decidir. Ello contribuía a que hubiera un cierto grado de ambigüedad en el sistema de SCIE, en el sentido de que el sistema se contraponía a la idea de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros que adoptaban una decisión mayoritaria o unánime.

55. El Grupo de Trabajo examinó las causas por las que existía la percepción de que la independencia y la imparcialidad de los árbitros no estaba suficientemente garantizada, para poder prestar asistencia a su debido tiempo, cuando se examinaran las soluciones posibles.

56. En general se señaló que la percepción de que no había independencia o imparcialidad no tenía que ver con que hubiera una preocupación por la profesionalidad de los árbitros a título individual, sino que se relacionaba con el hecho que los árbitros fueran nombrados por las partes y con los consiguientes incentivos que derivaban de esa circunstancia. Se dijo que el carácter asimétrico de la SCIE podría generar un sesgo sistémico. Se observó que los árbitros procurarían que se los designara nuevamente, y que había incentivos para que desarrollaran lo que se dijo eran posiciones que llevarían a que se los nombrara otra vez. También se dijo que las partes litigantes tenían un incentivo para nombrar árbitros que apoyaran su posición.

57. La remuneración de los árbitros por las partes y la falta de transparencia respecto de esa remuneración también se mencionaron como razones por las que existía la percepción de que no había imparcialidad. Como comparación, se explicó que la remuneración de los magistrados era una cuestión que a menudo se abordaba en la legislación y que a lo largo del tiempo se había considerado un elemento central de su independencia, en tanto que la remuneración de los árbitros había recibido menos atención. En ese contexto, el Grupo de Trabajo escuchó una explicación detallada sobre el sistema de remuneración de los árbitros en el CIADI.

58. Se observó que, en su gran mayoría, las opiniones disidentes eran formuladas por el árbitro de la parte perdedora, lo que también contribuía a la percepción general de que posiblemente no se actuaba con imparcialidad. Los nombramientos se hacían para el caso concreto en un sistema fragmentado, lo que hacía peligrar aún más la independencia y la imparcialidad. Además, se señaló que la inexistencia de una rendición de cuentas democrática por los árbitros generaba inquietudes.

59. Si bien el nombramiento de árbitros por las partes era común en el arreglo de controversias entre Estados, se señaló que no había generado la misma crítica en ese contexto.

60. Se observó que la función del árbitro que presidía el tribunal arbitral en la SCIE garantizaba un cierto grado de neutralidad, independencia e imparcialidad.

61. También se destacó que algunas de las preocupaciones que existían respecto de la imparcialidad de los árbitros podían vincularse a su falta de diversidad desde la perspectiva del género, la distribución geográfica, el grupo étnico, entre otras

circunstancias, así como al hecho de que la gran mayoría de las controversias eran resueltas por árbitros originarios de una misma región, aunque las controversias no necesariamente tenían que ver con Estados de esa región.

Opiniones preliminares sobre posibles soluciones

62. El Grupo de Trabajo escuchó algunas opiniones preliminares sobre las formas en que podría garantizarse la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Se señaló en primer lugar que continuamente se introducían mejoras al marco orientadas a lograr la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Se observó que, cuando se consideraran posibles soluciones en una etapa posterior, deberían tenerse en cuenta las ventajas y las limitaciones del marco existente y de la labor que llevaban a cabo otras instituciones.

63. En ese sentido, se dijo que debían preservarse las ventajas del sistema actual, por ejemplo, su flexibilidad y neutralidad. Asimismo, sería importante velar por que se tuvieran en cuenta los intereses de todos los interesados en la SCIE. Al respecto, se debería procurar que en las soluciones que se consideraran se atendiera a que hubiera un equilibrio entre todos los intereses y se evitara la politización, dado que la despolitización de la SCIE era uno de los principales beneficios que aportaba el sistema actual. También se destacó que, al considerar soluciones, sería necesario velar por que los elementos que servían para lograr un equilibrio se emplearan adecuadamente.

64. En cuanto a los enfoques puntuales, hubo un acuerdo amplio en la importancia de los códigos de conducta y otros requisitos éticos para los árbitros. Se sugirió que toda mejora orientada a garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros debía recibirse con agrado, dado que sería en interés tanto de los Estados como de los inversionistas. Tras tomar nota de los distintos textos que existían sobre la conducta de los árbitros (entre ellos los instrumentos de derecho no vinculante), se mencionó que era necesario que se realizaran esfuerzos a nivel multilateral. En ese contexto, se sugirió que la CNUDMI y la CIADI podrían cooperar en la elaboración de un código de ese tipo. Otra opinión fue que sería útil que se preparara un código de conducta para abogados y peritos.

65. Otras sugerencias fueron: i) que se velara por que todos los interesados comprendieran a partir de qué punto la independencia y la imparcialidad se veían comprometidas; ii) que se elaboraran requisitos relativos a las cualificaciones de los árbitros y sus funciones, así como requisitos sobre la diversidad o la existencia de una representación regional apropiada; y iii) que se examinaran las distintas maneras de designar árbitros, por ejemplo, recurrir con mayor frecuencia a autoridades nominadoras o utilizar las listas establecidas por los Estados.

66. También hubo llamamientos a que las instituciones arbitrales desempeñaran un papel más importante en la selección de árbitros, y que se establecieran procedimientos más transparentes para el nombramiento de árbitros. Se señaló que contar con poca información sobre los métodos de selección hacía que la rendición de cuentas en el sistema fuera limitada. Se sugirió que los criterios de selección se publicaran junto con una explicación de la selección que se hubiera hecho.

67. Quienes pensaban que el nombramiento de árbitros por las partes generaba problemas que afectaban a todo el sistema sugirieron que el sistema de SCIE podría contemplar la posibilidad de que el nombramiento o la selección de decisores no fueran hechos por las partes, sino por un órgano independiente. Desde ese punto de vista, se dijo que, sin la creación de un órgano integrado por magistrados permanentes, no sería probable que pudieran resolverse las inquietudes que se habían señalado. En ese contexto, se mencionó que podrían considerarse los mecanismos utilizados en otros tribunales internacionales y órganos como el Órgano de Solución de Controversias de la OMC.

68. En respuesta a la inquietud de que ese sistema de nombramiento de decisores podría ir en detrimento de los inversionistas, se observó que el proceso de nombramiento debería concebirse de modo que asegurara la diversidad, la calidad, la independencia y

la neutralidad del mecanismo, y que los Estados tendrían en cuenta su posición como posibles demandados y como Estados de origen de posibles inversionistas demandantes. También se señaló que los decisores seleccionados por los Estados en los órganos internacionales sí que emitían decisiones en contra de los Estados y que los mecanismos comparables en que el nombramiento era institucional (por autoridades nominadoras y en comités de anulación del CIADI) no habían planteado esos problemas.

El limitado número de personas que se nombra reiteradas veces como árbitros en los casos de SCIE

69. Se destacaron dos aspectos distintos en relación con esta cuestión. Uno de ellos era la falta de diversidad de los árbitros que se nombraban para que intervinieran en casos de SCIE y el otro, el hecho de que algunos de los árbitros fueran designados reiteradas veces.

70. Se señaló que la falta de diversidad quedaba ilustrada por el hecho de que los árbitros provenían principalmente de una región, pertenecían a un grupo etario reducido y eran en general del mismo género y de los mismos grupos étnicos. Se proporcionaron datos empíricos de distintas fuentes. Se indicó además que faltaban árbitros que entendieran las cuestiones que preocupaban a los Estados en desarrollo cuando elaboraban sus políticas. En ese contexto, se destacó la posible repercusión que tenía la falta de diversidad en la corrección de las decisiones que se adoptaban y en la percepción que se tenía respecto de la imparcialidad y la independencia los árbitros.

71. El Grupo de Trabajo escuchó las iniciativas y las medidas que se estaban adoptando actualmente para remediar esa situación, por ejemplo, las medidas adoptadas por los Estados y las autoridades nominadoras (incluidas las instituciones arbitrales) para promover la diversidad de los árbitros. También se hizo referencia a los compromisos que se asumían voluntariamente en la comunidad de árbitros y en la sociedad civil para promover una representación más equitativa de las mujeres en el arbitraje. Se sugirió que esas iniciativas podrían ser aprovechadas por el Grupo de Trabajo en su labor de búsqueda de posibles soluciones y que abordar la falta de diversidad podía contribuir a resolver ciertas cuestiones relativas a los conflictos de intereses.

72. Se apoyó en general que se diversificara y ampliara el reservorio de árbitros cualificados para actuar en ese carácter en los casos de SCIE. En ese contexto, se señaló que los Estados deberían participar en el nombramiento de los árbitros y algunos Estados compartieron sus prácticas a ese respecto. Sin embargo, se observó que los Estados, cuando eran demandados en casos puntuales, tropezaban con ciertas limitaciones dado que se centrarían en las circunstancias del caso.

73. Otra inquietud, relacionada con la falta de diversidad, fue el reducido número de personas que dirimía las controversias en que se utilizaba el sistema de SCIE. Sin embargo, se observó que la principal preocupación era que se designaba a esas personas como árbitros una y otra vez. Se indicó que nombrar repetidas veces a las mismas personas creaba el problema de la falta de disponibilidad de árbitros y podía dar lugar a procesos prolongados (y más costosos).

74. Como se había observado en relación con la diversidad, se mencionó también el papel que desempeñaban los Estados en lo concerniente al nombramiento reiterado de las mismas personas, y algunos Estados compartieron sus prácticas al respecto. Otras sugerencias fueron que para atender esa preocupación podría crearse un reservorio o elaborarse una lista permanente de árbitros, y que podría ofrecerse capacitación para ampliar el reservorio de candidatos a ser designados árbitros internacionales. Otra opinión fue que era necesario que se adoptara una solución sistémica.

75. Existía la opinión extendida de que la falta de diversidad y el reiterado nombramiento de las mismas personas generaban preocupación. Se destacó que la solución que se adoptara debía ponderarse teniendo en cuenta la necesidad de mantener la elevada calidad que tenían los árbitros que se nombraba para resolver los casos de SCIE.

Falta de transparencia en el proceso de nombramiento

76. Se dijo que existía la percepción de que no había transparencia en la composición de los tribunales arbitrales, lo que podía ser una característica inherente del sistema actual de nominación por las partes, en el sentido que las partes no revelarían necesariamente a la parte contraria sus estrategias de nombramiento de árbitros (en el caso de que el tribunal estuviera integrado por tres árbitros). Sin embargo, se señaló que los Estados podrían poner a disposición del público criterios generales para la selección de árbitros, así como información sobre los árbitros nombrados por los Estados. Se indicó que la divulgación de esa información, así como la publicación de los laudos arbitrales podría contribuir a eliminar la percepción de que no había transparencia.

77. Con respecto a los nombramientos hechos por las autoridades nominadoras (como la designación del presidente del tribunal), se mencionaron ciertas iniciativas que habían adoptado las autoridades nominadoras para proporcionar información al respecto. Se observó que sería beneficioso aumentar la transparencia y armonizar esas iniciativas. Hubo un acuerdo amplio en que asegurar la transparencia del proceso de nombramiento de árbitros contribuiría a dar credibilidad y legitimidad al sistema de SCIE. En ese contexto, se sugirió que quizás tendría que seguirse discutiendo la necesidad de una mayor transparencia respecto de la remuneración de los decisores.

Actuación de algunas personas como asesores letrados y árbitros en diferentes procesos del sistema de SCIE, que puede dar lugar a conflictos de intereses o a la llamada "predisposición doctrinal"

78. Se plantearon varias inquietudes respecto de este tema, al que a menudo se hace referencia en inglés como "*double hatting*". Las estadísticas que se proporcionaron al Grupo de Trabajo indicaban que esa práctica se encontraba muy extendida en el ámbito de la SCIE. Se observó en general que esa práctica generaba varias inquietudes, incluidos conflictos de intereses posibles y reales. Se señaló que incluso la apariencia de que no se estuviera actuando correctamente (por ejemplo, la sospecha de que los árbitros dictarían un laudo que beneficiaría a una parte a quien representaban en otra controversia) tenía repercusiones negativas en la percepción de legitimidad del sistema de SCIE. Algunos Estados compartieron sus experiencias al respecto.

79. También se indicó que las legislaciones nacionales en general no prohibían el ejercicio de dos funciones. Asimismo, se señaló que se habían observado casos en que la misma persona desempeñaba tres o incluso cuatro funciones, cuando algunas personas se desempeñaban como peritos de parte en casos de SCIE o como asesores de los terceros que aportaban financiación. En consecuencia, se sugirió que se demarcara claramente el alcance de la cuestión, y que no se hiciera hincapié en la práctica consistente en el ejercicio de dos funciones en sí, sino más bien en los problemas que causaba esa práctica (en particular cuando existía un verdadero conflicto de intereses). Se observó que los Estados habían intentado resolver la cuestión del ejercicio de dos funciones en los tratados de inversión más recientes.

80. Se señaló que, si bien había algunos datos sobre la cuestión, era necesario compilar datos e información adicionales sobre esa práctica para que el Grupo de Trabajo entendiera mejor la naturaleza de ese doble desempeño de funciones y estudiara posibles soluciones.

81. Hubo acuerdo general en que la principal preocupación era el desempeño de dos funciones en la medida en que creara un conflicto de intereses posible o real. Se destacó la necesidad de equilibrar distintos intereses, dado que las soluciones que se adoptaran podrían contener un elemento que generara tensión en relación con otras cuestiones, como el intento de ampliar y diversificar el reservorio de árbitros. Por ejemplo, permitir el desempeño de dos funciones podría hacer que los nuevos árbitros adquirieran experiencia en la SCIE al intervenir primero como asesores letrados en varios casos. Al respecto, volvió a mencionarse la necesidad de capacitar a árbitros en los Estados en desarrollo. Teniendo en cuenta que las distintas cuestiones estaban relacionadas, se dijo que la adopción de soluciones requeriría un enfoque amplio, que quizás debería ser

sistémico. Otra opinión fue que algunos instrumentos, como un código de conducta, podrían servir para abordar la cuestión del doble desempeño de funciones, y que dicho código no debería limitarse a abordar las funciones de árbitro y asesor letrado, sino referirse también a otros agentes que actuaban en el ámbito de la SCIE, como los peritos.

Percepción de que los árbitros son menos conscientes de las cuestiones en que existe un interés público que los jueces que ocupan un cargo público

82. Se plantearon interrogantes respecto del alcance de la cuestión, por ejemplo, si se refería al orden público tal como se encontraba reflejado en los tratados de inversión o si se trataba de conceptos más amplios (derechos fundamentales que incluían los derechos de los inversionistas; el derecho del Estado de regular, así como otras políticas). Se recordó que el mandato del Grupo de Trabajo no se extendía a las cláusulas sustantivas de los tratados de inversión, y que, por lo tanto, el examen de esta cuestión debería limitarse a aspectos procesales.

83. Se señaló en general que las cualificaciones de los árbitros o decisores en los casos de SCIE debían incluir su capacidad de tener en cuenta las cuestiones de interés público o de orden público que fueran pertinentes y que generalmente estaban en juego en esos casos. Se indicó que los casos de SCIE quizás requirieran conocimientos especializados en temas que eran tanto de derecho internacional público como de derecho internacional privado, y también que los árbitros podrían tener que pronunciarse en asuntos de derecho interno. Se recordó que el nombramiento de árbitros por las partes les daba derecho a elegir a los árbitros en función de la consideración que hicieran de las cualificaciones y experiencias deseadas, aunque no tenían el mismo control sobre las del presidente del tribunal arbitral.

84. Se observó que, antes de que el Grupo de Trabajo pudiera determinar si existía la percepción de que los árbitros eran menos conscientes de las cuestiones en que existía un interés público que los jueces que ocupaban un cargo público, sería necesario definir claramente el sentido de “interés público”. Al respecto, se destacó que era necesario verificar si esa percepción era realmente correcta, antes de pasar a considerar si generaba problemas.

85. Se mencionó que, en la experiencia de los Estados, los árbitros no eran necesariamente conscientes de las cuestiones que atañían al interés público ni de las políticas de los Estados. En ese sentido, se plantearon inquietudes respecto de los nombramientos *ad hoc* que hacían los inversionistas o las autoridades nominadoras de árbitros con experiencia en arbitrajes comerciales. Por otro lado, se señaló que no debía suponerse que los árbitros carecían de conocimientos de derecho internacional público o experiencia en esa materia o que no comprendían las cuestiones en que existía un interés público. Otra opinión fue que, en el sistema actual, los árbitros quizás no consideraban que tenían un deber general hacia el sistema internacional de justicia, de actuar en interés público ni de tener en cuenta los derechos e intereses de quienes no eran parte en la controversia. Se dijo que los árbitros podrían pensar que solo estaban obligados y facultados a resolver la controversia de que se tratara.

86. Se sugirió que, para abordar la cuestión, quizás fuera útil considerar las repercusiones que tendrían la elaboración de un marco de solución de controversias y la cultura atinente a ese marco respecto de la forma en que se manejarían los casos, y cómo se tendría en cuenta el interés público. En ese contexto, se hizo una comparación entre el sistema de la SCIE, que era fragmentado, y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Se señaló que ambos mecanismos de solución de controversias se relacionaban con casos en que se examinaba la protección de agentes económicos de las medidas que adoptaban los Estados. Se observó que, si bien los decisores del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC conocían muy bien las posiciones de los Estados y sus posiciones de negociación, los árbitros que intervenían en los casos en que se utilizaba el sistema de SCIE generalmente contaban con poca información acerca de las posiciones y políticas que habían tenido los Estados al negociar el tratado de inversión aplicable a la controversia. Se señaló que esas cuestiones estructurales quizás condujeran a distintos resultados respecto de la interpretación de normas similares de protección de las

inversiones. Asimismo, se señaló que el hecho de que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC dirimiera casos en que se ha asumido un único conjunto común de obligaciones también podría explicar que en esa organización se adoptara un criterio diferente.

87. También se mencionó que esa inquietud estaba estrechamente relacionada con la arbitrabilidad de la controversia. Por ejemplo, se puso en duda que las controversias relativas a cuestiones de derecho público o administrativo solo pudieran ser resueltas por tribunales permanentes con jueces independientes y un mecanismo de apelación, puesto que había Estados cuyo derecho interno permitía que esas controversias se sometieran a arbitraje, esto es, someter a un foro privado la solución de la controversia.

88. Se sugirió que ayudaría al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones seguir estudiando y analizando la cuestión empíricamente y en ese sentido, se expresaron distintas opiniones sobre las repercusiones que esta tenía. Si bien se sugirió que quizás se necesitara una solución sistémica, otra opinión fue que no había un solo modo de atender esa inquietud. Se convino en general que las cualificaciones de los decisores eran importantes y que el Grupo de Trabajo debía tenerlas en cuenta, pero que esa cuestión no bastaba en sí misma para merecer la elaboración de un instrumento al respecto.

Financiación por terceros

89. En cuanto a la práctica de la financiación por terceros, se proporcionó información que indicaba que se trataba de una práctica cada vez más corriente en el ámbito de la SCIE. Se expresaron graves preocupaciones al respecto. Se dijo que esa práctica planteaba problemas éticos y podía repercutir de manera negativa en el procedimiento. Se señaló además que los terceros que aportaban financiación podrían adquirir un grado excesivo de control o influencia en el proceso de arbitraje, lo que podría dar lugar a que se entablaran demandas temerarias y a que se desalentara el arreglo amistoso de las controversias.

90. Se mencionó la posibilidad de que hubiera conflictos de intereses entre los árbitros y el tercero financiador, de cuya existencia la otra parte podría no estar enterada necesariamente, y se consideró que esta cuestión tenía la misma importancia que los problemas relativos a los conflictos de intereses entre el árbitro y una de las partes. Se observó que la cuestión de los conflictos de intereses estaba estrechamente relacionada con la información que no se comunicaba y la falta de transparencia con respecto a los terceros financiadores. En ese contexto, se indicó que la financiación por terceros era un tema complejo y que existían distintas formas o tipos de financiación. Se señaló que había estudios y análisis recientes, como el informe del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial y la Queen Mary University of London sobre financiación aportada por terceros, en que se proporcionaba amplia información sobre el tema.

91. En cambio, según otra opinión, la financiación por terceros podía ser un instrumento útil para garantizar el acceso a la justicia, especialmente de las pequeñas y medianas empresas. También se dijo que la financiación por terceros no era un instrumento útil para garantizar el acceso a la justicia teniendo en cuenta que existían otras opciones en el sistema.

92. Se propusieron las siguientes soluciones para que se examinaran en mayor detalle: i) prohibir totalmente la financiación por terceros en los casos de SCIE; ii) reglamentar la financiación por terceros, por ejemplo, mediante la introducción de mecanismos para garantizar la transparencia de los acuerdos (lo que también podría contribuir a asegurar la imparcialidad de los árbitros). Se estuvo de acuerdo en general en incluir el tema de la financiación por terceros y las cuestiones relativas a la falta de transparencia y de comunicación de información, así como el tema de las cauciones para garantizar el pago de los gastos en la lista de cuestiones que habrían de examinarse.

D. Percepciones de los Estados, los inversionistas y el público

93. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión relativa a la forma en que los Estados, los inversionistas y el público percibían a la SCIE, tal como se exponía en los párrafos 45 a 47 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.142](#). Se observó que el Grupo de Trabajo ya había examinado opiniones sobre las percepciones existentes respecto de algunas cuestiones durante sus deliberaciones.

94. Se formularon algunas observaciones generales con respecto a que las ventajas y los inconvenientes del sistema de SCIE ya eran en su mayor parte de conocimiento público, y a que las críticas de los medios de comunicación más importantes se centraban en: i) el recurso al arbitraje en lugar de a los sistemas nacionales de administración de justicia para resolver controversias en materia de inversiones, ii) el nombramiento de los árbitros por las partes, y iii) la asimetría en el sistema de SCIE, al que solo podían recurrir los inversionistas extranjeros. También se dijo que, en la actualidad, el sistema de SCIE se había politizado en un creciente número de Estados. En ese contexto, se expresó la opinión de que la legitimidad del sistema de SCIE se había cuestionado reiteradamente en diversos foros públicos, y que el actual sistema de SCIE se consideraba incompatible con la gobernanza mundial y los requisitos de rendición de cuentas. Asimismo, se opinó que el sistema actual funcionaba en contra de los intereses de los Estados en desarrollo.

95. Se dijo que, si bien convenía tener en cuenta las percepciones que se tenía del sistema, estas no deberían ser la fuerza que impulsara la labor en curso. También se dijo que la manera correcta de contrarrestar la percepción pública que se tenía de la SCIE, cuando esa percepción se basaba en afirmaciones incorrectas y malentendidos, era comunicarse activamente con el público a fin de proporcionar la información adecuada. Se señaló además que las percepciones negativas de la SCIE, fundadas o no, constituían una preocupación, por lo que era necesario tomar alguna medida al respecto.

96. Se afirmó que, si bien las percepciones del público eran importantes, estas por sí solas no serían suficientes para justificar la necesidad de una reforma y, dado que se trataba de ideas subjetivas, tendrían que fundarse en pruebas empíricas y hechos. En respuesta a ello, se dijo, en primer lugar, que ya existía una gran cantidad de información y estudios, y que exigir más información o una nueva verificación de esas percepciones podía retrasar innecesariamente los progresos que estaba realizando el Grupo de Trabajo; y, en segundo lugar, que las percepciones negativas también podían justificar de por sí la necesidad de reforma.

97. Durante las deliberaciones, el Grupo de Trabajo también escuchó declaraciones de organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas. Los representantes de las organizaciones pusieron de relieve inquietudes relativas a las repercusiones de la SCIE, como la posibilidad de que se paralizara la elaboración de reglamentación respecto a una serie de cuestiones, por ejemplo, la protección del medio ambiente, los derechos laborales, la transparencia, la democracia, la función de los tribunales nacionales, la rendición de cuentas de los inversionistas, los efectos en quienes no eran partes y el acceso a la justicia. Se observó que, al considerar y formular cualquier reforma del sistema de SCIE que se decidiera emprender, era importante tener en cuenta la percepción del público y su participación, y adoptar una visión integral del sistema, y especialmente de si mediante este se estaban logrando los objetivos deseados. También se dijo que las reformas en la materia podrían incluir la adopción de mecanismos de filtrado y de protección del interés público, el requisito de agotar los recursos internos y estrategias para hacer frente a las cuestiones sustantivas.

E. Observaciones finales

98. El Grupo de Trabajo acogió con beneplácito la finalización de las secciones 2 y 3 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) durante el período de sesiones. Se puso de relieve que el proceso dirigido por los Gobiernos en el Grupo de Trabajo había recibido la ayuda de la información presentada tanto por los Estados como por las organizaciones

observadoras, y el Grupo de Trabajo aguardaba con interés una participación constante y constructiva.

99. En lo que respecta a la preparación para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, se formularon varias observaciones. El Grupo de Trabajo convino en proseguir su labor a un ritmo mesurado, a fin de contar con tiempo suficiente para que todos los Estados expresaran sus opiniones y evitar demoras innecesarias. El Grupo de Trabajo observó que, si bien se habían señalado inquietudes para que fueran examinadas posteriormente, ello no presuponía ninguna conclusión por parte del Grupo de Trabajo en cuanto a si era deseable emprender reformas para atender esas inquietudes. El Grupo de Trabajo observó que la cuestión de si sería deseable realizar una reforma debía abordarse sobre la marcha. También se puso de relieve que los Estados tendrían la oportunidad de plantear otras inquietudes en futuros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

100. En lo que respecta a los preparativos concretos para los próximos períodos de sesiones, se formularon las siguientes observaciones: i) se sugirió que la Secretaría preparara una lista con las inquietudes planteadas durante los períodos de sesiones 34° y 35° el período de sesiones actual y el anterior del Grupo de Trabajo, lo que permitiría al Grupo organizar mejor su labor; ii) se señaló que sería útil para el Grupo de Trabajo recibir propuestas sobre un marco para sus deliberaciones futuras; iii) se sugirió que la Secretaría examinara qué información adicional se podría proporcionar a los Estados con respecto al alcance de algunas inquietudes; y iv) se señaló que los Estados tal vez desearan presentar documentos para que fueran examinados por el Grupo de Trabajo antes de los próximos períodos de sesiones.

V. Otros asuntos

101. El Grupo de Trabajo acogió con beneplácito una propuesta del Gobierno de la República de Corea de que se organizara una reunión regional entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de SCIE con los objetivos de hacer conocer la labor actual del Grupo de Trabajo en la región de Asia y el Pacífico y contribuir a los debates en curso. Se aclaró que la reunión sería con fines puramente informativos y que no se adoptaría decisión alguna. Se señaló que la reunión regional entre períodos de sesiones se organizaría en colaboración con la Secretaría y con otras organizaciones interesadas. Se dijo que la reunión regional entre períodos de sesiones podría celebrarse a finales de agosto o principios de septiembre de 2018 en la República de Corea, junto con el Foro de Derecho Mercantil organizado por el Centro Regional de la CNUDMI para Asia y el Pacífico. Se mencionó además que, si bien el objetivo principal de la reunión entre períodos de sesiones sería ofrecer un foro para representantes gubernamentales de alto nivel de la región de Asia y el Pacífico, la reunión estaría abierta a la participación de todos los invitados a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. También se mencionó que el programa de la reunión entre períodos de sesiones se pondría a disposición de los Estados de antemano y que se presentaría un informe resumido en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo, para que este lo examinara.

102. Marruecos expresó también su interés en estudiar la posibilidad de acoger una reunión similar en el futuro.