



Asamblea General

Distr. limitada
18 de septiembre de 2017
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema
de Solución de Controversias entre
Inversionistas y Estados)**
34º período de sesiones
Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017

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

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados; tendencias y estadísticas	3
A. Características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	3
B. Tendencias y estadísticas	4
III. Inquietudes expresadas sobre el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	6
A. Observaciones generales	7
B. El proceso arbitral y sus resultados	7
C. Árbitros/encargados de adoptar decisiones	11
D. Percepciones de los Estados, los inversionistas y el público	11
IV. Conveniencia de la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	12



I. Introducción

1. La Comisión, en su 50º período de sesiones, celebrado en 2017, tuvo ante sí notas de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de procesos paralelos en los arbitrajes internacionales (A/CN.9/915), la ética en el arbitraje internacional (A/CN.9/916) y la posible reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/917), además de una recopilación de observaciones formuladas por los Estados y organizaciones internacionales (A/CN.9/918 y adiciones). La Comisión también tuvo ante sí un documento de investigación del Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS) en que se examinaba si la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado podría servir de modelo para futuras reformas (el “informe del CIDS”)¹.

2. Tras examinar los temas planteados en los documentos A/CN.9/915, A/CN.9/916 y A/CN.9/917, la Comisión confirió al Grupo de Trabajo III un mandato amplio para que trabajara sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados².

3. En consonancia con los procesos de la CNUDMI, se solicitó al Grupo de Trabajo III que, en cumplimiento de ese mandato, velase por que las deliberaciones, aunque se nutrieran de aportes de la más amplia variedad posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos y recibieran aportes de alto nivel de todos estos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes. El Grupo de Trabajo procedería i) en primer lugar, a determinar qué inquietudes existían en relación con la solución de controversias entre inversionistas y Estados y a examinarlas; ii) en segundo lugar, a evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen detectado; y iii) en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que era deseable llevar a cabo una reforma, a elaborar las soluciones 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, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas³.

4. A fin de ayudar al Grupo de Trabajo en el cumplimiento de este mandato, en la presente nota se esbozan algunas de las características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados y las tendencias recientes conexas, y después se incluye un resumen de las dificultades e inquietudes expresadas al respecto. Esta nota se preparó en atención a una amplia gama de información publicada acerca de este tema⁴ y no busca expresar una opinión sobre la conveniencia de las reformas, cuestión esta que corresponde examinar al Grupo de Trabajo. En la nota también se hace

¹ Centro de Ginebra para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), “Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? - Analysis and roadmap” (2016), que puede consultarse en el sitio web de la CNUDMI, en: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/50th.html>.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264.

³ *Ibid.*

⁴ En la presente nota se tiene en cuenta la información publicada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), el Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), centro de investigaciones conjuntas del Graduate Institute of International and Development Studies y la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, y la “E15 Initiative”, proyecto sobre el fortalecimiento del sistema mundial de comercio e inversiones emprendido conjuntamente por el Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible y el Foro Económico Mundial.

referencia a los documentos mencionados en el párrafo 2 del presente documento, en que se resumen las cuestiones que el Grupo de Trabajo podría examinar.

II. Características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados; tendencias y estadísticas

A. Características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

5. A modo de antecedentes, cabe destacar que el sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados se elaboró a fin de permitir que un nacional extranjero (ya fuera una persona física o jurídica) pudiera interponer directamente una demanda contra un Estado soberano en el que hubiera realizado inversiones, lo que se apartaba en gran medida de los mecanismos tradicionales que se utilizaban para resolver las controversias relacionadas con la inversión, que se basaban fundamentalmente en formas de protección diplomática. Lo importante era que el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados estaba orientado a “despolitizar” las controversias sobre inversiones y a eliminar efectivamente el riesgo de que esos litigios se agravaran hasta convertirse en conflictos entre Estados (véase el documento A/CN.9/917, párrs. 9 y 10)⁵.

6. Los tratados de inversión⁶, concebidos como medio para fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista, proporcionan garantías sustantivas a los inversionistas extranjeros y sus inversiones mediante la imposición de obligaciones a los Estados, dado que estos se comprometen a respetar determinadas normas de protección de las inversiones (por ejemplo, el otorgamiento de un trato justo y equitativo, la protección contra la expropiación y la no discriminación). Si bien los términos específicos varían, los tratados de inversión comparten una estructura similar y contienen una serie de principios básicos. Esas similitudes generales que tienen los tratados de inversión permiten hablar de un “sistema” de protección internacional de las inversiones⁷.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que un gran número de las demandas interpuestas por los inversionistas tienen el fin de exigir la aplicación de esas medidas de protección contenidas en los tratados de inversión⁸. Si bien las disposiciones de los tratados de inversión relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados varían, normalmente prevén mecanismos para la solución de controversias basados en el arbitraje, así como los siguientes criterios: i) el inversionista demandante puede demandar directamente al Estado anfitrión; ii) la controversia es dirimida por un tribunal arbitral constituido especialmente para resolver esa controversia en particular;

⁵ Véase también el informe del CIDS, párrs. 8 a 14.

⁶ En la presente nota, por “tratado de inversión” se entiende de manera general todo tratado bilateral o multilateral que contenga disposiciones sobre la protección de las inversiones o los inversionistas, incluidos los tratados comúnmente denominados acuerdos de libre comercio, acuerdos de integración económica, o acuerdos marco o de cooperación en materia de comercio e inversiones.

⁷ Véase el informe del CIDS, párr. 5.

⁸ Según el CIADI, al 30 de junio de 2017, el 16,8% de los casos se basaban en contratos de inversión; el 9,6%, en leyes internas sobre inversiones; y el resto, en tratados de inversión (véase la *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2017-2)*, pág. 10, disponible en la dirección de Internet (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>)). Según la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), de los 148 casos en que la CPA prestó servicios de secretaría en 2016 (año en que se iniciaron 40 casos), 86 se plantearon en el marco de tratados de inversión o leyes nacionales en materia de inversión; y 51 en el marco de contratos que implicaban a un Estado, una organización intergubernamental u otra entidad pública (véase el *Informe Anual de la CPA* correspondiente a 2016, pág. 8, disponible en <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf>).

y iii) las dos partes litigantes, incluidos el inversionista demandante y el Estado demandado, desempeñan una función importante en la elección del tribunal arbitral⁹.

B. Tendencias y estadísticas

1. Tendencias y estadísticas relativas a las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados contenidas en los tratados de inversión

8. De un estudio de tratados de inversión realizado por la OCDE en 2012, se desprende que el 96% de los tratados de ese tipo contenía disposiciones sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados que permitían a los inversionistas extranjeros someter controversias a arbitraje internacional y, en menor medida, ante tribunales de justicia nacionales¹⁰. De hecho, únicamente en el 7% de los tratados examinados no se preveía el recurso al arbitraje. Sin embargo, los tratados normalmente no contienen disposiciones sobre el procedimiento de solución de controversias entre inversionistas y Estados o proporcionan escasa orientación al respecto y remiten principalmente a conjuntos de normas sobre arbitraje ya establecidos¹¹.

9. Históricamente, en esos tratados de inversión también se ha tendido a formular de manera general normas sustantivas de protección de las inversiones, lo que ha dado lugar a la posibilidad de que se hagan una gran variedad de interpretaciones diversas y ha generado incertidumbre sobre el alcance que tienen las protecciones en la práctica¹².

10. Más recientemente, los Estados se han esforzado por modificar sus tratados de inversión redactando de forma más precisa las normas sustantivas de protección de las inversiones y dejando así menos margen para la interpretación de esas normas en casos en que se ha pactado recurrir a un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados¹³.

11. La UNCTAD también informó de que en los tratados de inversión celebrados más recientemente se limitaba el acceso al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En algunos se especificaban las disposiciones del tratado a las que se aplicaba ese sistema; en otros se excluían de la aplicación del sistema ciertas esferas de política, y en otros incluso se limitaba el plazo para interponer una demanda. De los 18 tratados de inversión celebrados en 2016 y examinados por la UNCTAD, en 13 se limitaba el acceso al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados¹⁴.

2. Estadísticas sobre casos en los que se utilizó el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración las siguientes estadísticas sobre casos conocidos en los que se recurrió al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. Al 1 de enero de 2017, se conocían públicamente 767 casos de esa índole y 109 Estados eran partes demandadas en uno o más de ellos. En 2016, los inversionistas utilizaron el sistema de

⁹ Informe del CIDS, párrs. 6 y 7.

¹⁰ Gaukrodger, David y Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, pág. 64, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

¹¹ A/CN.9/918/Add.7, contribución de la OCDE. Véase también Pohl, Joachim; Kekeletso Mashigo y Alexis Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/02, disponible en https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_2.pdf.

¹² *Ibid.*

¹³ Informe del CIDS, párr. 18.

¹⁴ UNCTAD, *World Investor Report 2017 (WIR 2017)*, pág. 120. En este informe se indica que en 2016 se concertaron 37 nuevos tratados de inversión, con lo que el número total de tratados ascendía a 3.324 al final de 2016 (véase también la herramienta en línea de la UNCTAD sobre los tratados de inversión, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>). En el informe también se señala que en 16 de los 18 tratados de inversión examinados se omitió la cláusula de alcance general ("umbrella clause").

solución de controversias entre inversionistas y Estados contra 41 Estados en 62 casos, cifra superior al promedio de 49 casos al año que se había registrado en un período de diez años (de 2006 a 2015), pero inferior a la cifra de casos iniciados en 2015, que había sido 74. En 2016, alrededor de dos tercios de los casos en los que se había utilizado el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado estaban relacionados con tratados bilaterales de inversión, la mayoría de los cuales databa de las décadas de 1980 y 1990. En el tercio restante se habían aplicado otros tratados que preveían la protección de las inversiones. La proporción relativa de los casos conocidos en 2016 iniciados contra países desarrollados fue del 29%, inferior a la de 2015 (45%)¹⁵.

13. A finales de 2016, se habían concluido alrededor de 495 casos en los que se había recurrido al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. El 36% de los casos se resolvieron a favor de los Estados y el 27%, a favor de los inversionistas; el 2%, no se resolvieron a favor de ninguna de las partes; en el 25% se llegó a un arreglo; y el 10% se cerraron por alguna razón. De los casos que se resolvieron a favor del Estado, alrededor de la mitad se desestimó por cuestiones de competencia. De los casos en que se dictó una decisión sobre el fondo, el 60% se resolvió a favor de los inversionistas, y el 40%, a favor de los Estados¹⁶. En los casos que se resolvieron a favor de los primeros, se concedió de media a esos inversionistas que eran demandantes alrededor del 40% de la suma reclamada¹⁷. La media reclamada ascendía a 1.400 millones de dólares de los Estados Unidos, y la mediana, a 100 millones. La media del importe concedido ascendió a 545 millones de dólares de los Estados Unidos; y la mediana, a 20 millones¹⁸.

14. En 2016, los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados se iniciaron principalmente en los sectores de servicios relacionados con el suministro de electricidad y gas, la construcción, y la información y las comunicaciones. Entre las medidas adoptadas por los Estados que se impugnaron figuran la presunta expropiación directa de las inversiones, reformas legislativas en el sector de las energías renovables, medidas relacionadas con impuestos, concesiones y la revocación o denegación de licencias o permisos¹⁹. Las sumas reclamadas oscilaban entre 10 millones y 16.500 millones de dólares de los Estados Unidos²⁰.

3. Novedades relativas a los reglamentos de arbitraje

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración ciertos acontecimientos recientes relativos a los reglamentos de arbitraje utilizados en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

16. En 2006, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se modificó para incluir disposiciones sobre transparencia, procedimientos acelerados para la formulación de objeciones preliminares ante demandas infundadas, y medidas provisionales²¹. En octubre de 2016, la secretaría del CIADI inició una consulta con sus Estados miembros para determinar las esferas en que podría ser necesario reformar el Reglamento del CIADI, y la consulta se abrió al público en enero de 2017. El resultado preliminar de las consultas indicó que había 16 posibles esferas en que se debían realizar modificaciones, por ejemplo, las relativas a los árbitros (nombramientos, código de conducta, procedimiento de recusación), la financiación por terceros, la acumulación de procesos, los medios de comunicación, los procedimientos para interponer excepciones procesales, las reglas

¹⁵ UNCTAD, *WIR 2017*, págs. 114 a 116.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 117.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 118.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, pág. 116.

²⁰ *Ibid.*, pág. 117.

²¹ Véase CIADI, “Enmienda del Reglamento y las Reglas del CIADI”, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>.

sobre testigos, expertos y otras pruebas, las medidas cautelares, los plazos y la distribución de los costos²².

17. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se revisó en 2010 y 2013. En 2010 se actualizaron varias disposiciones con el fin de mejorar la eficiencia de los procedimientos y se incluyeron disposiciones nuevas sobre la participación de terceros coadyuvantes y las medidas cautelares. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), cuyas normas institucionales se basan en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, ha aplicado reformas similares²³.

18. La aprobación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento sobre la Transparencia”) dio lugar a que en 2013 se volviera a revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y se incluyera un nuevo artículo 1, párrafo 4, en que se prevé la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia. El Reglamento sobre la Transparencia, que entró en vigor el 1 de abril de 2014, consiste en un conjunto de normas procesales en que se abordan las cuestiones de la transparencia y el acceso del público al arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. El Reglamento sobre la Transparencia se ha incorporado a la mayoría de los tratados de inversión celebrados desde que entró en vigor. Además, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”), que se abrió a la firma en marzo de 2015 y entrará en vigor en octubre de 2017, se prevé un mecanismo para que los Estados consientan en aplicar el Reglamento sobre la Transparencia a los tratados de inversión celebrados antes de que entrara en vigor ese Reglamento, en abril de 2014²⁴.

III. Inquietudes expresadas sobre el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

19. En esta sección se resumen algunas de las inquietudes expresadas sobre el sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados para su examen por el Grupo de Trabajo. El enfoque no pretende ser exhaustivo, más bien se trata de poner de relieve los problemas que suelen señalarse o mencionarse en los comentarios sobre el sistema. Al estudiar estas inquietudes, el Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar su examen de otras cuestiones pertinentes.

²² Se puede consultar información sobre el proceso de reforma en <https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/List%20of%20Topics%20for%20Potential%20ICSID%20Rule%20Amendment.SPA.pdf>.

²³ El Reglamento de Arbitraje de la CPA puede consultarse en <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Los reglamentos de otras instituciones de arbitraje que se ocupan de controversias entre inversionistas y Estados también han sido objeto de reformas con el fin de atender mejor los desafíos que plantean esos casos y mejorar la eficiencia de los procedimientos. Véanse, por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (disponible en <http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>), se puede consultar información sobre la aplicación conjunta del Reglamento sobre la Transparencia y el Reglamento del Instituto en <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/uncitral-rules-on-transparency-at-the-scc/>); el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo (disponible en <http://crica.org/Arbitration.aspx>); la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (*Report of the ICC Commission on Arbitration on States, States Entities and ICC Arbitration*, disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-arbitration-involving-states-and-state-entities-under-the-icc-rules-of-arbitration/>); y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (2017), disponible en <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-ia-rules-2017>).

²⁴ La situación de la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre la Transparencia puede consultarse, respectivamente, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html y http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

A. Observaciones generales

20. Entre las inquietudes que suelen expresarse sobre el sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados cabe señalar las siguientes: i) la falta de coherencia entre los laudos arbitrales, ii) la escasez de mecanismos para garantizar que los laudos arbitrales sean correctos, iii) la imprevisibilidad, iv) el nombramiento de los árbitros por las partes (“nombramiento por las partes”), v) las repercusiones del nombramiento por las partes en la imparcialidad y la independencia de los árbitros, vi) la falta de transparencia, y vii) el aumento de la duración y los costos de los procesos. Se ha considerado que estas inquietudes, que se examinan más a fondo a continuación, menoscaban la legitimidad del sistema y su rendición de cuentas democrática (véase el documento [A/CN.9/917](#), párrs. 11 y 12). Estas inquietudes se inscriben en dos categorías generales: las relativas al proceso arbitral y sus resultados (véase la sección B) y las referentes a los árbitros y los encargados de adoptar decisiones (véase la sección C).

21. Al determinar cuáles son las inquietudes que se plantean sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar i) si esa labor debería limitarse a la solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado de inversión, o si debería abarcar todas las formas de solución de controversias entre inversionistas y Estados independientemente del instrumento en que se base la controversia (tratado de inversión, contrato u otro instrumento); y ii) si esa labor debería limitarse al arbitraje, dado que es el mecanismo más utilizado para solucionar controversias entre inversionistas y Estados, o si debería incluir otros tipos de mecanismos existentes para lograr ese fin (por ejemplo, la mediación o el recurso a órganos judiciales nacionales). El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que el comentario de la presente nota se basa en gran parte en la información y las observaciones relativas a casos de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de tratados de inversión y dirigidas mediante arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta también en qué medida los problemas detectados tienen que ver también con el sistema más amplio señalado en los incisos i) y ii) del presente párrafo.

B. El proceso arbitral y sus resultados

1. Aspectos procesales

22. Las inquietudes expresadas sobre los aspectos procesales de la solución de controversias entre inversionistas y Estados incluyen: i) la larga duración y los importantes costos de los procesos; ii) la falta de transparencia de los procesos; iii) la falta de un mecanismo de desestimación temprana para resolver demandas infundadas; y iv) la falta un mecanismo para examinar las reconveniciones presentadas por los Estados demandados.

a) Duración y costos

23. El arbitraje se concibió, entre otras cosas, como un método de solución de controversias relativamente rápido y económico. Sin embargo, se ha expresado preocupación porque los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados cada vez generan costos más elevados y dan lugar a procesos más largos²⁵.

²⁵ Desde 2010, el CIADI viene publicando en sus informes anuales datos específicos sobre la duración media de los arbitrajes, que suelen extenderse durante un periodo “de 3 a 4 años”. La OCDE informó de que la mayor parte de los gastos incluye los honorarios y el importe desembolsado por cada parte para sufragar el asesoramiento letrado y los expertos, conceptos estos que, según se calcula, conforman de media el 82% de los costos totales. Los honorarios de los árbitros ascienden a un promedio del 16% del total y los gastos institucionales pagaderos a las organizaciones que administran el arbitraje y prestan servicios de secretaría (como el CIADI, la CPA y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo) conforman alrededor del 2% de los costos totales.

24. Los elevados costos y la larga duración de los procesos pueden tener su origen, al menos en parte, en la complejidad de los propios casos, el carácter fragmentado de las disposiciones sobre protección de los inversionistas, la naturaleza abierta de muchas de las cuestiones jurídicas en disputa y la consiguiente necesidad de estudiar numerosos laudos arbitrales anteriores y otras fuentes jurídicas.

25. Ciertos Estados demandados pueden tener dificultades para conseguir los importantes recursos que se precisan para hacer frente a un caso en que se recurra al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En general, los Estados pueden recibir críticas por utilizar fondos públicos para defenderse a esos casos, en particular porque los tribunales arbitrales no han solido exigir a los inversionistas demandantes que pierden los casos el pago de los gastos incurridos por el Estado al que ha favorecido el laudo.

b) Transparencia

26. La falta de transparencia o el hecho de que la justicia se administre “a puertas cerradas” sigue siendo una crítica importante al sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados²⁶.

27. A ese respecto, cabe señalar que la transparencia del sistema y el acceso público a este han sido objeto de algunas reformas recientes, por ejemplo, en 2006 se modificaron disposiciones relativas a la transparencia en el Reglamento del CIADI y en 2013 se aprobó el Reglamento sobre la Transparencia (véase el párr. 18 *supra*). Se espera que esas iniciativas de reforma permitan entender mejor las interpretaciones ofrecidas por los tribunales arbitrales sobre las normas de protección de las inversiones, lo que, a su vez, puede dar lugar a una mayor coherencia y una oportunidad real de que exista participación pública en los procesos de administración de justicia, lo que posiblemente mejore la comprensión del proceso por parte de la sociedad.

c) Otras cuestiones procesales

28. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras cuestiones relativas al proceso, en particular las mencionadas en el párrafo 22 iii) y iv) que figura más arriba.

29. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que las instituciones arbitrales han tratado de aplicar una serie de medidas para solucionar determinados problemas que se presentan en el ámbito procesal, en particular con la finalidad de simplificar el proceso. Por ejemplo, se han adoptado medidas para resolver demandas infundadas en casos en que es difícil determinar la jurisdicción y se ha hecho posible la adopción de decisiones preliminares con respecto a cuestiones jurisdiccionales y la desestimación temprana de demandas infundadas. Las instituciones arbitrales han introducido plazos estrictos y otras medidas para simplificar los procedimientos. Este enfoque también se ha adoptado en la versión revisada de 2010 y 2013 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

30. Al evaluar las dificultades procesales que presenta la solución de controversias entre inversionistas y Estados, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que el arbitraje ofrece la flexibilidad necesaria para adaptar los procedimientos a las necesidades de las partes, en la medida en que los documentos contractuales o de otra índole por los que se rija su relación así lo permitan.

2. Resultados: coherencia y uniformidad

a) Normas de protección de las inversiones

31. Un sistema coherente garantiza que haya una relación lógica y sin contradicciones entre sus componentes. Un sistema uniforme aseguraría que situaciones idénticas o similares se trataran de la misma manera. Un sistema coherente y uniforme de solución de controversias entre inversionistas y Estados podría apoyar el estado de derecho y

²⁶ UNCTAD, “Transparency in IIAS: A Sequel”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (2012), pág. 36, y UNCTAD, *World Investment Report 2015*, pág. 148.

umentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista. En cambio, la incoherencia y la falta de uniformidad podrían afectar negativamente la fiabilidad, la eficacia y la previsibilidad del sistema y, a la larga, su credibilidad (véase el documento [A/CN.9/915](#))²⁷.

32. Esta falta de coherencia y uniformidad del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados puede derivarse de la naturaleza fragmentada de los tratados de inversión existentes de los que nacen las controversias. En primer lugar, las normas de protección de los inversionistas que figuran en esos tratados varían en gran medida; algunas se formulan de forma imprecisa o general, lo que deja a los árbitros un amplio margen para la interpretación, si bien los tratados recientes tienen una formulación más precisa (véase el párr. 9 *supra*).

33. En segundo lugar, las disposiciones sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados que figuran en los tratados de inversión también varían. En algunos, esas disposiciones se refieren a toda controversia entre inversionistas y Estados que surja a raíz de las inversiones a las que se refiere el tratado. En otros, se limitan a las demandas por incumplimiento de ciertas disposiciones del tratado o a demandas relativas a expropiaciones. Las nuevas tendencias parecen indicar que cada vez es más frecuente que se limite en cierta medida la solución de controversias entre inversionistas y Estados (véase el párrafo 9 *supra*).

34. En tercer lugar, el acceso a arbitraje suele depender de diversas condiciones y requisitos procesales, indicados en las disposiciones de los tratados y en los reglamentos de arbitraje de las diferentes instituciones de arbitraje, que son detallados.

b) Laudos recaídos en casos en los que se ha recurrido al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

35. Se han observado resultados diferentes incluso en casos en que se han utilizado sistemas de solución de controversias entre inversionistas y Estados que se refieren a una única medida adoptada por un Estado o a una serie de hechos similares o en casos que se basan en disposiciones de tratados idénticas o similares²⁸. Esta situación puede atribuirse al hecho de que esos casos son dirimidos por tribunales arbitrales constituidos especialmente para cada controversia y a que los árbitros deben interpretar disposiciones imprecisas o generales relativas a la protección de los inversionistas.

36. El problema de que los laudos sean contradictorios es más acusado en situaciones en que hay procesos múltiples o paralelos, que surgen normalmente cuando una medida adoptada por un Estado afecta a varios inversionistas y se constituyen diferentes tribunales arbitrales especiales para conocer de cada demanda (véase el documento [A/CN.9/915](#), párrs. 5 y 6). Como se indica en el documento [A/CN.9/915](#), se podría buscar un marco más predecible para coordinar los procesos paralelos, lo que redundaría en interés de los inversionistas y los Estados.

37. Dado que en el arbitraje no existe la doctrina de *stare decisis*, en muchas ocasiones los tribunales arbitrales han hecho hincapié en que no están obligados por los laudos anteriores dictados por otros tribunales arbitrales. Al mismo tiempo, los tribunales arbitrales también han tenido debidamente en cuenta los laudos anteriores, y algunos contienen referencias a otros laudos. No obstante, ello no siempre ha garantizado la uniformidad entre esos laudos.

38. En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los mecanismos correctivos limitados (también denominados mecanismos de control o de revisión) de que se dispone actualmente son suficientes para garantizar la coherencia y uniformidad de los laudos (véanse los párrs. 39 y 40 *infra*).

²⁷ Informe del CIDS, párr. 22.

²⁸ Informe del CIDS, párr. 22.

3. Carácter definitivo de los laudos y mecanismos de revisión

39. Los laudos arbitrales son definitivos y únicamente pueden revisarse en procedimientos de anulación o ejecución ante tribunales de justicia nacionales y, en el caso de laudos del CIADI, en procedimientos de anulación²⁹. Si bien esos mecanismos de revisión pueden ayudar a lograr cierto grado de coherencia y uniformidad en los laudos, su principal objetivo es controlar la integridad de los laudos dictados por los tribunales arbitrales. Además, la competencia para revisar los laudos de los comités de anulación del CIADI y de los tribunales de justicia nacionales del lugar del arbitraje, o de donde se solicite la ejecución (en caso de que los laudos no sean del CIADI) es a menudo restringida³⁰.

40. Si bien el carácter definitivo de un laudo se considera también un elemento que contribuye a la eficacia del arbitraje, la ausencia de un mecanismo de apelación significa que los laudos erróneos no pueden ser revocados, por lo que no se puede garantizar que la aplicación de la ley sea correcta³¹. Además, es poco probable que se armonice la jurisprudencia relativa a los casos en que se haya utilizado el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados surgida de la aplicación de diferentes tratados de inversión que contengan normas iguales o sustancialmente similares de protección de los inversionistas³².

41. El Grupo de Trabajo podría considerar que el objetivo de la posible reforma para promover la coherencia y la uniformidad fuera mejorar la previsibilidad de los casos en que se procure aplicar el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados en lugar de procurar lograr uniformidad. Es posible que no se pueda lograr uniformidad en los laudos emitidos en esos casos, al menos mientras las normas sustantivas de protección de las inversiones sigan estando ancladas en tratados diferentes. Además, las circunstancias de los casos seguirán variando.

²⁹ La ley interna del país en que tiene lugar el arbitraje es la que resulta aplicable a la anulación de un laudo arbitral. Las leyes nacionales sobre anulación han tendido a favorecer la validez de los laudos arbitrales, en consonancia con el objetivo de facilitar la elección de las partes de recurrir al arbitraje. Las condiciones que deben darse para pedir la nulidad de conformidad con el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), con las enmiendas aprobadas en 2006, reflejan en gran medida las disposiciones de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Las primeras cuatro condiciones que deben darse para que pueda anularse un laudo arbitral deben ser invocadas por la parte que pide esa anulación, en tanto que las dos últimas deben ser examinadas de oficio por el tribunal. Las cuatro primeras reflejan la preocupación que existe sobre el respeto de las garantías procesales y el alcance del consentimiento dado por las partes que acordaron el arbitraje, mientras que las dos últimas reflejan preocupaciones relativas al orden público y la arbitrabilidad en el Estado en que se pide la ejecución. Los redactores del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados pretendieron crear un procedimiento “anacional” o “deslocalizado” que se desvinculara del control de los tribunales nacionales. En el artículo 52 del Convenio se dispone lo siguiente: “1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”. La elección de un mecanismo de anulación, en lugar de uno de apelación, refleja la preferencia por reconocer a los laudos un carácter definitivo. El comité especial, es decir, el grupo de árbitros que examina un proceso de anulación, puede anular el laudo (o parte de él) o confirmarlo, pero no puede sustituir el laudo del primer tribunal arbitral por el suyo propio.

³⁰ Informe del CIDS, párr. 22.

³¹ *Ibid.* Véase también el documento [A/CN.9/881](#), párrs. 18 a 22.

³² *Ibid.*, párrs. 20 a 24.

C. Árbitros/encargados de adoptar decisiones

1. Nombramiento y requisitos éticos

42. En la mayoría de los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, los tribunales arbitrales se componen de tres árbitros. En las disposiciones de los tratados o reglamentos de arbitraje aplicables se prevé la composición del tribunal arbitral y el derecho de las partes litigantes de nombrar un árbitro cada una, aunque los métodos para designar al presidente del tribunal arbitral pueden variar.

43. El nombramiento de árbitros por las partes es un elemento importante del proceso arbitral, y a menudo se considera un elemento que le confiere legitimidad. Tiene por objeto garantizar el nombramiento de personas competentes, con experiencia y que gocen de buena reputación, así como asegurar la neutralidad, lo que aumenta la confianza de las partes en el proceso.

44. No obstante, el nombramiento de árbitros por las partes ha sido una de las cuestiones relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados que más críticas ha recibido, sobre todo en lo que respecta a los siguientes aspectos:

- Falta de garantías suficientes de la independencia e imparcialidad de los árbitros individuales³³;
- Nombramiento repetido de un número limitado de personas como árbitros en casos que prevén el recurso a un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados;
- Falta de transparencia en el proceso de nombramiento;
- Actuación de algunas personas como asesores y como árbitros en diferentes procesos en los que se ha recurrido a un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados, lo que puede dar lugar a conflictos de intereses o a lo que se denomina predisposición doctrinal³⁴;
- Percepción de que los árbitros son menos conscientes del interés público que los jueces que ocupan un cargo público³⁵; y
- Financiación por terceros, que puede dar lugar a problemas éticos (relacionados, por ejemplo, con posibles conflictos de intereses entre los árbitros y los financiadores, y el deber de confidencialidad del financiador) y a inquietudes relativas al proceso (por ejemplo, el posible control o influencia del financiador sobre el proceso arbitral, y la distribución de los costos).

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

45. Existen opiniones divergentes sobre las ventajas y los inconvenientes del sistema de protección de las inversiones extranjeras y, en particular, del arbitraje entre inversionistas y Estados³⁶. El debate se ha hecho en gran medida público y los medios de comunicación principales han centrado sus críticas en el recurso al arbitraje en lugar de a los sistemas judiciales nacionales para solucionar las controversias entre un Estado y un inversionista extranjero, en el nombramiento de árbitros por las partes, en la aplicación del derecho internacional en lugar del derecho interno para proteger las inversiones y en la asimetría de que genera el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, al que solo pueden recurrir los inversores extranjeros.

46. Los laudos dictados en arbitrajes sobre inversiones suelen tener consecuencias importantes para el público en general y, por lo tanto, normalmente atraen la atención de los medios de comunicación, sobre todo en los casos en que se conceden sumas de

³³ Véase el informe del CIDS, párr. 20.

³⁴ *Ibid.*, párr. 21; véase también el documento [A/CN.9/916](#), párrs. 16 y 23.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Puede consultarse un resumen de los argumentos de los partidarios y opositores en el informe del CIDS, párrs. 8 a 23.

dinero grandes o polémicas a inversores extranjeros (aunque las estadísticas mencionadas en el párr. 13 *supra* indican que la suma media que se concede es significativamente inferior a la reclamada). A pesar de que el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados puede haber despolitizado los conflictos que surgen entre inversionistas y Estados e impedido que las controversias se conviertan en conflictos entre Estados, en la actualidad se ha convertido en una preocupación política en un número cada vez mayor de Estados.

47. Muchas críticas al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados tienen su origen en una preocupación relacionada con la necesidad de que exista una rendición de cuentas democrática y legitimidad en el proceso de solución de controversias. Los críticos no aceptan ni reconocen la facultad de los árbitros individuales para decidir sobre casos de ese tipo. Además, el nombramiento de árbitros por las partes presenta desventajas si se lo compara con el nombramiento de jueces en los tribunales nacionales, lo cual se lleva a cabo mediante procesos concebidos para garantizar la integridad en defensa del estado de derecho y permitir el examen público del proceso de adopción de decisiones judiciales. Por último, si bien los propios Estados han establecido y aceptado el sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados y han confirmado su legitimidad en virtud del derecho internacional, es posible que esta legitimidad como tal no sea aceptada por aquellos cuyos intereses representan³⁷.

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

48. A la luz de las cuestiones que se han señalado, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de hacer reformas al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados³⁸.

49. En caso de que desee estudiar la posibilidad de reformar el sistema, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Cuáles serían los objetivos de políticas básicos de las reformas del sistema;
- Si las reformas destinadas a solucionar problemas concretos (por ejemplo, el aumento de la duración y los costos de los procesos, la falta de uniformidad de los laudos arbitrales, la falta de un mecanismo de revisión, el nombramiento de árbitros por las partes y el consiguiente problema de la independencia e imparcialidad de los árbitros) podrían satisfacer adecuadamente esos objetivos de políticas; y
- Si esas propuestas de reforma serían suficientemente amplias para ser aplicables a la gran variedad de tratados de inversión y procesos que se llevan a cabo con arreglo a diversos reglamentos de arbitraje³⁹.

50. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que las opciones de reformas posibles van desde modificaciones relativamente pequeñas al sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados hasta una mayor institucionalización del sistema mediante la creación de un órgano permanente encargado de dirimir controversias (por ejemplo, un tribunal permanente de inversiones o un órgano de solución de controversias).

51. Entre las posibles modificaciones que podrían hacerse al sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados cabe mencionar las siguientes:

- Métodos alternativos para el nombramiento de los árbitros (véase el documento [A/CN.9/917](#), párrs. 26 y 27), como la simplificación del proceso de

³⁷ *Ibid.*, párr. 23.

³⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párr. 264.

³⁹ Véase el documento [A/CN.9/917](#), párrs. 17 a 66.

nombramiento y el diseño de un sistema con un grupo de miembros que formarían un nuevo órgano decisorio. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que el CIDS, en un informe complementario que se publicará próximamente, examinará la cuestión del nombramiento de los encargados de dirimir controversias (árbitros/miembros del órgano decisor) (véase también el documento [A/CN.9/917](#), párrs. 33 a 39);

- Fortalecimiento (o establecimiento) de los requisitos éticos del sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados, por ejemplo, mediante la introducción de un código de conducta. Ese código podría basarse en ejemplos existentes, o bien se podría elaborar un código de conducta nuevo concebido específicamente para ese sistema (véase el documento [A/CN.9/916](#), párrs. 19 a 36) (véase el documento [A/CN.9/916](#))⁴⁰;
- Formulación de medidas para resolver la cuestión de los procesos paralelos (véase el documento [A/CN.9/915](#));
- Introducción de una doctrina del precedente (véase el documento [A/CN.9/917](#))⁴¹; y
- Creación de un órgano de apelación permanente o independiente (véase el documento [A/CN.9/917](#)).

52. Una reforma más sustantiva sería la creación de un órgano permanente de solución de controversias, por ejemplo, un tribunal internacional de inversiones, cuyos miembros se encargarían de resolver los casos de controversias entre inversionistas y Estados que fueran de su competencia⁴².

Secuenciación y reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

53. En vista de lo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee comenzar su labor centrándose en la reforma del sistema. No obstante, podría tener en cuenta también las observaciones formuladas en el sentido de que esa reforma debería complementarse con otras modificaciones para lograr la coherencia y la uniformidad de las normas sustantivas relativas a la protección de las inversiones. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que el examen de las normas sustantivas de protección de las inversiones puede entrañar un proceso más amplio y suscitar interrogantes respecto de la conveniencia de armonizar esas normas y la forma de hacerlo⁴³. Esas cuestiones podrían tratarse puntualmente más adelante.

⁴⁰ Los colegios de abogados locales, las instituciones de arbitraje y las organizaciones internacionales (entre otros) han elaborado una variedad de textos sobre ética que figuran en los reglamentos de arbitraje, en los textos de orientación y, más recientemente, en los tratados de inversión, como complemento de las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados. Esos códigos o normas pueden incluir procedimientos para detectar conflictos de intereses reales o percibidos y establecer medidas para mitigarlos. Algunas normas son vinculantes, mientras que otras tienen por objeto proporcionar orientación general. Las sentencias de los tribunales de justicia sobre la recusación de los árbitros, así como sobre la anulación o la ejecución de laudos arbitrales, brindan a las partes la oportunidad de examinar la conducta de los árbitros (se puede consultar información acerca de los marcos jurídicos vigentes sobre ética en el documento [A/CN.9/916](#), párrs. 4 a 17).

⁴¹ El Grupo de Trabajo tal vez desee remitirse también al documento [A/CN.9/915](#), en el que se resumen otros mecanismos diferentes que limitan la emisión de decisiones incoherentes en procesos paralelos, como el suministro de orientación a los tribunales arbitrales sobre la suspensión del procedimiento, sobre la manera de hacer frente al abuso del proceso y sobre el posible intercambio de información. En el documento también se hace referencia a los diferentes tipos de cláusulas que podrían incluirse en los tratados para abordar la cuestión de los procesos paralelos.

⁴² Véase el documento [A/CN.9/917](#), párrs. 29 a 57.

⁴³ Véase el documento [A/CN.9/917](#), párr. 14.