

**Asamblea General**

Distr. limitada
24 de enero de 2019
Español
Original: español/francés/inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
37º período de sesiones
Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019

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

**Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados
miembros**

Se acompaña a la presente nota un documento recibido el 18 de enero de 2019 de la Unión Europea y sus Estados miembros en el marco de los preparativos del 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. Dicho documento se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría. Dicho documento llevaba como anexo el documento [A/CN.9/WG.III/WP.145](#), presentado por la Unión Europea el 20 de noviembre de 2017 en el marco de los preparativos del 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. Este último documento también se puso a disposición del Grupo de Trabajo para que se lo examinara en el presente período de sesiones.



Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI

18 de enero de 2019

Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones

1. Introducción

1. El presente documento expone el punto de vista de la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros sobre la posible creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones. Este documento es pertinente para la actividad inicial del Grupo de Trabajo en la fase tres. Esboza las líneas principales de la opción de reforma en la que el Grupo plantea que debería trabajar.

2. Debe quedar claro que con el presente documento se pretende contribuir a una reflexión multilateral sobre los mejores métodos para reformar la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Establece ideas preliminares para el debate en el Grupo de Trabajo que podrían ofrecer respuestas a las inquietudes planteadas por las que el Grupo considera que hace falta realizar reformas. Es el resultado de una reflexión exhaustiva sobre una posible reforma multilateral que la UE y sus Estados miembros han realizado durante los últimos años y esperan debatir en mayor profundidad de forma multilateral en el seno de la CNUDMI.

3. Tras recordar las inquietudes ya expresadas por el Grupo de Trabajo que aconsejan realizar reformas (parte 2), el presente documento profundiza en lo que podría ser un mecanismo permanente para la solución de controversias (parte 3) y explica después por qué un mecanismo de estas características, que produciría un cambio estructural sistémico, es el único tipo de reforma que puede responder de manera efectiva a todas las inquietudes planteadas (parte 4).

2. Inquietudes por las que es conveniente realizar reformas

2.1. Introducción

4. La UE y sus Estados miembros recuerdan las opiniones expresadas por el G77 y China

«[...] que los flujos internacionales de capital privado, especialmente la inversión extranjera directa, junto con un sistema financiero internacional estable, complementan de manera esencial los esfuerzos de desarrollo a escala nacional, y que la inversión extranjera directa puede contribuir a crear empleos mejor remunerados y que requieren mayor capacitación, promover la transferencia de conocimientos, incrementar la productividad y añadir valor a las exportaciones»¹.

5. La UE y sus Estados miembros apoyan esta opinión y consideran que la inversión extranjera directa constituye un elemento importante a la hora de impulsar el desarrollo sostenible y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y que, en consecuencia, es importante sentar unas bases más sólidas para la solución de controversias en materia de inversiones a medio-largo plazo, habida cuenta de las inquietudes que se han manifestado en el Grupo de Trabajo.

¹ Declaración del Grupo de los 77 y China formulada por Ecuador en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados) 36º período de sesiones, del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018.

2.2. Inquietudes por las que se ha llegado a la conclusión de que es conveniente realizar reformas

6. El presente documento se basa en las inquietudes que, según el Grupo de Trabajo, aconsejan realizar reformas, y que pueden resumirse como sigue.

- i) Inquietudes relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en la SCIE:
 - inquietudes relacionadas con las interpretaciones discordantes e injustificadas de las disposiciones de los tratados de inversión y otros principios pertinentes del derecho internacional realizadas por tribunales que intervenían en la SCIE²;
 - inquietudes relacionadas con la falta de un marco aplicable a los procesos múltiples incoados al amparo de tratados, leyes, instrumentos y acuerdos de inversión que previeran el acceso a mecanismos de SCIE³; e
 - inquietudes relacionadas con el hecho de que muchos de los tratados existentes no preveían mecanismos, o solo preveían mecanismos limitados, para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones⁴.
- ii) Inquietudes relacionadas con los árbitros y los decisores:
 - inquietudes relacionadas con la falta real o aparente de independencia o imparcialidad de los decisores en el ámbito de la SCIE⁵;
 - inquietudes relativas a la idoneidad, eficacia y transparencia de los mecanismos de comunicación de información y recusación previstos en numerosos tratados y reglamentos de arbitraje vigentes⁶;
 - inquietudes relacionadas con la falta de diversidad suficiente de los decisores en el sistema de SCIE⁷; e
 - inquietudes relativas a los mecanismos previstos en los tratados y reglamentos de arbitraje vigentes para la constitución de tribunales que entienden en las controversias entre inversionistas y Estados⁸.
- iii) Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos de SCIE:
 - inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos de SCIE⁹;
 - inquietudes relativas a la asignación de las costas por parte de los tribunales arbitrales en el contexto de la SCIE¹⁰; e
 - inquietudes expresadas con respecto a las garantías de cobro de las costas¹¹.

2.3. Otras inquietudes

7. Cabe señalar que el Grupo de Trabajo no ha terminado de considerar las inquietudes por las que conviene realizar reformas. La UE y sus Estados miembros están abiertos a que se incluyan, en la opción que se describe a continuación, soluciones a

² A/CN.9/964 – Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (ejemplar anticipado), 6 de noviembre de 2018, apdo. 40, <http://undocs.org/es/A/CN.9/964>.

³ Véase la nota 2., apdo. 53.

⁴ Véase la nota 2., apdo. 63.

⁵ Véase la nota 2., apdo. 83.

⁶ Véase la nota 2., apdo. 90.

⁷ Véase la nota 2., apdo. 98.

⁸ Véase la nota 2., apdo. 108.

⁹ Véase la nota 2., apdo. 123.

¹⁰ Véase la nota 2., apdo. 127.

¹¹ Véase la nota 2., apdo. 133.

cuestiones relacionadas con la financiación aportada por terceros si el Grupo de Trabajo decide que es conveniente reformarla¹².

8. También cabe señalar que varias delegaciones se han referido a la importancia de considerar medios amistosos de solución de controversias. En el presente documento se han incluido elementos relacionados con esta cuestión, y la UE y sus Estados miembros siguen estando dispuestos a analizar otras ideas en este sentido.

9. En la medida en que se expresen otras inquietudes y se considere conveniente realizar reformas, la UE y sus Estados miembros están dispuestos a estudiar como podrían incluirse en las opciones que figuran en el presente documento.

2.4. Naturaleza sistémica de las inquietudes

10. La UE y sus Estados miembros siempre han considerado que estas diferentes inquietudes están relacionadas entre sí y son de carácter sistémico. Al dar solución a una inquietud concreta, quedan otras sin resolver. Por ejemplo, las inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos están relacionadas con las inquietudes ocasionadas por la falta de previsibilidad. Los costos se incrementan cuando la interpretación del Derecho no es estable, porque puede que los distintos tribunales ad hoc adopten siempre interpretaciones divergentes, de modo que las partes en controversia, si son diligentes, presentarán cualquier argumento verosímil, incluidos algunos que no se tendrían en cuenta si la interpretación de la norma pertinente fuera estable. Así pues, la inquietud relativa a los costos del sistema está vinculada a la inquietud relativa a la falta de previsibilidad, que a su vez está vinculada a las inquietudes relativas a los métodos de nombramiento de los árbitros, vinculadas a su vez a las inquietudes relativas a la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Estas inquietudes están descritas en el documento ya presentado por la UE al Grupo de Trabajo III, en el que argumentaba que las inquietudes son de naturaleza sistémica¹³. Dicho documento se adjunta al presente para facilitar su consulta.

3. Respuesta sistémica a las inquietudes expresadas: mecanismo permanente para la solución de controversias

11. En esta sección se plantean ideas con respecto a la posible creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias en materia de inversiones.

3.1. Mecanismos de prevención de controversias

12. Es deseable que las controversias se decidan de forma amistosa. Deben establecerse mecanismos que favorezcan dichas soluciones amistosas, como, por ejemplo, la conciliación y la mediación. Se podría obtener un particular valor añadido a través del apoyo institucional, por ejemplo, manteniendo una lista de conciliadores o mediadores y, sobre todo, apoyando los esfuerzos por lograr soluciones amistosas.

3.2. Primera instancia

13. Un mecanismo permanente debería tener dos niveles de resolución. Un tribunal de primera instancia vería la causa. Investigaría el caso, como hacen los tribunales arbitrales en la actualidad, y posteriormente aplicaría la legislación aplicable a los hechos. También trataría los casos que le fueran devueltos por el tribunal de apelación cuando este no pudiera resolverlos. Tendría su propio reglamento.

3.3. Tribunal de apelación

14. Un tribunal de apelación vería los recursos procedentes del tribunal de primera instancia. Los motivos de apelación deberían ser errores de Derecho (como defectos

¹² Véase la nota 2., apdo. 134.

¹³ Véase A/CN.9/WG.III/WP.145 – Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados – Documento presentado por la Unión Europea, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state reproducido en el anexo 1 para facilitar su consulta.

procesales graves) o errores manifiestos en la apreciación de los hechos. No debería revisar los hechos de novo.

15. Deberían incluirse mecanismos para evitar que se abuse de la posibilidad de recurrir. Por ejemplo, se podría exigir el pago de una fianza para responder de las costas procesales.

3.4. Árbitros a tiempo completo

16. Los árbitros estarían contratados a tiempo completo. No tendrían ninguna actividad externa¹⁴. El número de árbitros debería basarse en las previsiones de carga de trabajo del órgano permanente.

17. Recibirían salarios comparables a los que reciben los árbitros de otros tribunales internacionales.

3.5. Requisitos éticos

18. Los árbitros estarían sujetos a requisitos éticos estrictos. La exigencia ética se garantizaría en parte por el hecho de que los árbitros desarrollarían su actividad a tiempo completo y tendrían prohibido realizar otras actividades, en particular actividades políticas o remuneradas. Los árbitros deberían garantizar la ausencia de riesgos o conflictos de intereses en casos concretos. Con este fin, los árbitros deberían revelar intereses, relaciones o asuntos pasados que pudieran afectar a su independencia o imparcialidad y, tras finalizar su mandato, deberían seguir cumpliendo determinadas obligaciones para evitar que se cuestionase su independencia e imparcialidad en el cargo.

19. La independencia frente a los gobiernos se garantizaría mediante un mandato a largo plazo no prorrogable (por ejemplo, en muchos tribunales internacionales se aplican mandatos de nueve años), junto con un proceso de nombramiento consistente y transparente.

3.6. Cualificaciones

20. Se propone establecer requisitos de cualificación comparables a los de otros tribunales internacionales. Ello implicaría que los árbitros tuviesen la cualificación necesaria en sus respectivos países para ser nombrados para los cargos judiciales más altos o que fueran juristas de reconocida competencia en Derecho internacional (véase, por ejemplo, el artículo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Podrían establecerse criterios específicos sobre los conocimientos necesarios en determinados ámbitos del Derecho, y sería aconsejable contar con personas que tuvieran experiencia judicial y aptitudes en administración de casos.

3.7. Diversidad

21. Deberían emplearse mecanismos para garantizar tanto la diversidad geográfica como la diversidad de género. El artículo 36, apartado 8, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ofrece un ejemplo del tipo de normas que se pueden establecer para los árbitros que formen parte de un órgano permanente¹⁵.

¹⁴ Cabe señalar que la mayoría de tribunales nacionales e internacionales permiten que los árbitros a tiempo completo realicen actividades de enseñanza: esto podría estar permitido.

¹⁵ La Asamblea de los Estados Partes, que elige a los jueces de la Corte Penal Internacional (CPI), tendrá en cuenta «la necesidad de que estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo, de que exista una representación geográfica equitativa y de que haya una representación justa de mujeres y hombres magistrados». [artículo 36, apartado 8, letra a)]. Para la elección de los magistrados de la CPI se han establecido votaciones regionales y de género. Según estos requisitos, al menos seis magistrados deben ser mujeres y al menos seis deben ser hombres. En la actualidad, la CPI está integrada por dieciocho magistrados y seis son mujeres. Por otra parte, cada grupo regional de las Naciones Unidas cuenta con al menos dos magistrados. Si un grupo regional tiene más de dieciséis Estados partes, el número mínimo de votos para ese grupo deberá ser de tres magistrados; véase la Resolución de la Asamblea de los Estados Partes, *Procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los magistrados de la Corte Penal Internacional*

3.8. Proceso de nombramiento

22. Es esencial garantizar la neutralidad de los árbitros. Sería necesario contar con un proceso de nombramiento consistente y transparente para garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Deberían considerarse todas las opciones posibles para garantizar la neutralidad, pero se podrían tomar ideas, entre otras fuentes, de órganos jurisdiccionales regionales o internacionales de reciente creación que dispongan de mecanismos de selección para garantizar que los árbitros nombrados cumplen de hecho con los requisitos necesarios de independencia judicial¹⁶. Las personas designadas para aplicar los mecanismos de selección deberían ser independientes. Podrían ser, por ejemplo, nombramientos de oficio (por ejemplo, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, otros altos magistrados o miembros recientemente jubilados de tribunales supremos nacionales o internacionales). Los candidatos para el mecanismo permanente podrían ser propuestos por las partes contratantes o solicitar directamente el nombramiento. Debería considerarse permitir el nombramiento de personas que no fuesen nacionales de las partes contratantes. Se someterían a una votación en la que deberían obtener una mayoría significativa de los votos de las partes contratantes.

23. En el nombramiento de árbitros para el mecanismo permanente, cabría esperar que las partes contratantes designasen árbitros objetivos, que no se perciba que son demasiado favorables a inversionistas o Estados, porque se espera de ellos que interioricen no solo sus intereses defensivos, como posibles demandados en controversias en materia de inversiones, sino también sus intereses ofensivos, es decir, la necesidad de garantizar un nivel de protección adecuado para sus inversionistas. En consecuencia, adoptarán una perspectiva a más largo plazo¹⁷.

24. Para conocer de cada caso concreto, se designarían al azar árbitros para las distintas divisiones del mecanismo permanente con el fin de garantizar que las partes en controversia no pudieran saber de antemano quien verá su caso¹⁸.

3.9. Solución de controversias entre Estados

25. La mayoría de tratados de inversión contemplan la solución de controversias entre inversionistas y Estados y la solución de controversias entre Estados. Algunos tratados de inversión, al igual que tratados de otro tipo, contemplan únicamente la solución de controversias entre Estados. También debería ser posible utilizar el mecanismo permanente para la solución de controversias entre Estados.

3.10. Mecanismos de diálogo con partes de los tratados

26. Numerosos tratados modernos contemplan la posibilidad de que las partes de los tratados adopten interpretaciones vinculantes de las obligaciones subyacentes. Esto se contempla, por ejemplo, en el artículo IX.2 del Acuerdo de la OMC. También es habitual que los tratados o capítulos de protección de inversiones adoptados recientemente contemplen la posibilidad de establecer interpretaciones vinculantes, con el fin de orientar a los tribunales de solución de controversias. Sería necesario mantener esta posibilidad y ampliarla a los tratados que no la contemplen de manera explícita. En un mecanismo permanente multilateral que abarcara varios acuerdos bilaterales, sería necesario que las partes de un acuerdo bilateral conservaran el control sobre la

(ICC-ASP/3/Res.6), apdo. 20, letras b) y c), que puede consultarse en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP3-Res-06-SPA.pdf.

¹⁶ Algunos ejemplos son la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁷ Véase Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting To a Treaty Party Framework of Analysis*, *EJIL: Talk!*, 28 de abril de 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/>, y Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, 2010, 104 (4), pp. 179, 180, 182-195.

¹⁸ Esta idea se apoya en el párrafo 2 de la Regla 6 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación del órgano de apelación de la OMC, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm.

interpretación de su acuerdo mediante la capacidad de adoptar interpretaciones vinculantes.

27. La parte del tratado en cuestión que no participe de la controversia también debería poder intervenir en ella. Asimismo, debería considerarse si otros gobiernos que sean partes del instrumento por el que se cree el mecanismo permanente deberían poder intervenir -y, en tal caso, en qué condiciones- en controversias sobre cuestiones de interpretación de importancia sistémica en virtud de tratados de los que no sean partes contratantes, garantizando al mismo tiempo que ello no comprometa la capacidad de las partes de un acuerdo de mantener el control sobre su interpretación.

3.11. Transparencia y terceros

28. Debe garantizarse un elevado nivel de transparencia en los procedimientos. Las normas de la CNUDMI en materia de transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados basado en tratados serían un buen ejemplo de norma mínima que podría aplicarse.

29. También debería establecerse que pudieran participar terceros, por ejemplo, representantes de comunidades afectadas por la controversia, en las controversias en materia de inversiones.

3.12. Ejecución

30. El cumplimiento efectivo de los laudos de un mecanismo permanente es esencial. Habida cuenta de que incluiría un mecanismo de apelación, no sería necesario revisar los laudos a escala nacional o a través de mecanismos internacionales *ad hoc* (es decir, la función de anulación o revocación que actualmente ejercen los órganos jurisdiccionales nacionales y los comités de anulación del CIADI recaería en la revisión general que supone el mecanismo de apelación). En consecuencia, no cabría la revisión de dichos laudos a escala nacional.

31. Se propone que el instrumento por el que se crease un mecanismo permanente debería crear su propio régimen de ejecución, que no contemplaría la revisión a escala nacional.

32. También ocurriría que los laudos dictados en el marco de un futuro mecanismo permanente podrían tener también capacidad ejecutiva en virtud de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Es posible ejecutar los laudos dictados por «órganos arbitrales permanentes» (véase el artículo I, apartado 2, de la Convención). No existen motivos para considerar que los laudos de un mecanismo permanente no pudieran tener la misma consideración que los de un «órgano arbitral permanente» y, por tanto, ser ejecutables, por supuesto, siempre que las partes en controversia hubieran prestado su consentimiento, lo que, por definición, habría sido así¹⁹. Podría ser necesario incluir

¹⁹ Véase también el artículo de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *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*, CIDS, 2016: «154. En opinión de los autores, habría motivos suficientes para considerar al ITI [Tribunal Internacional de Inversiones, con su propio órgano de apelación] un “organismo arbitral permanente” de acuerdo con la Convención, tanto en virtud del “significado ordinario” del artículo I, apartado 2, como de una “interpretación evolutiva” de la expresión, que tendría en cuenta la evolución del Derecho internacional y el arbitraje desde 1958. Sin embargo, esto no parece tener una importancia primordial. Lo que importa –como también se deduce claramente de los trabajos– es la base de consenso de la competencia jurisdiccional del árbitro, que en el caso del ITI se cumpliría claramente (véase más arriba en V.B). 155. Dicho esto, si bien no resulta necesario en sentido estricto, la CNUDMI podría plantearse, tras adoptar el estatuto del ITI, formular una “recomendación” similar a la realizada en relación con la interpretación del artículo II, apartado 2, y del artículo VII, apartado 1, de la CNY. Dicha recomendación tendría por objeto aclarar que el ITI se inscribe en el ámbito de la CNY, en calidad de “organismo arbitral permanente” en virtud del artículo I, apartado 2, o de otro modo. No cabe duda de que daría tranquilidad a los órganos jurisdiccionales nacionales que hubieran de ejecutar los laudos del ITI y probablemente mejoraría la coherencia en la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales.», pp. 56-57,

mecanismos para prevenir que las partes en controversia activaran procedimientos de revocación con posterioridad²⁰.

3.13. Financiación

33. Las contribuciones a la financiación de un mecanismo permanente las realizarían, en principio, las partes contratantes, y se ponderarían en función de su nivel de desarrollo respectivo, para que los países en desarrollo o menos desarrollados soportaran una carga menor que los países desarrollados. El mecanismo de ponderación adoptado podría derivarse de la ponderación que se aplica en otras organizaciones internacionales o basarse en ella. También debería considerarse la posibilidad de exigir que los usuarios del mecanismo permanente abonen determinadas cuotas, aunque no deberían vincularse dichas cuotas directamente a la remuneración de los árbitros, y no deberían ser tan elevadas que pudieran suponer un obstáculo para las pequeñas y medianas empresas que presenten una reclamación.

34. Las contribuciones podrían gestionarse a través de un fondo de fideicomiso, como en el caso de la Corte de Justicia del Caribe. De este modo, se garantizaría que el mecanismo permanente pudiera funcionar de forma efectiva a medio-largo plazo.

3.14. Aplicación a los tratados existentes, mecanismo de participación voluntaria y competencia jurisdiccional

35. Es fundamental que el mecanismo permanente pueda dirimir controversias que afecten a la multitud de acuerdos que existen en la actualidad y que puedan adoptarse en el futuro. Esto se conseguiría aunando 1) la adhesión al instrumento por el que se establezca el mecanismo permanente con 2) una notificación específica (participación voluntaria) de que un acuerdo concreto actual o futuro estaría sujeto a la competencia jurisdiccional del mecanismo permanente. Una vez que las partes contratantes de un acuerdo que también sean partes del instrumento por el que se establezca el mecanismo permanente hayan realizado la notificación en relación con un acuerdo concreto, el mecanismo permanente decidiría sobre las controversias que se derivasen de dicho acuerdo. En lo que respecta a los acuerdos celebrados tras la creación del mecanismo permanente, estos podrían incluir una disposición que otorgase competencia jurisdiccional al mecanismo permanente, o podrían incorporarla con posterioridad, como se ha indicado anteriormente. Debería analizarse si el instrumento por el que se establezca que también podría utilizarse el mecanismo permanente si la única parte del instrumento fuera el Estado demandado.

36. Este modelo aportaría flexibilidad, y ya se ha utilizado en la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en SCIE y en el Convenio Multilateral contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (el «Convenio BEPS»)²¹. El concepto

http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf. Los laudos dictados por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se han considerado ejecutables en virtud de la Convención de Nueva York, véase también Kaufmann-Kohler y Potestà (CIDS 2016), p. 56, nota al pie n.º 294.

²⁰ A modo de ejemplo de un mecanismo de estas características, véase el *Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra*, que dispone en su artículo 3.22 que «los laudos finales dictados en virtud de esta sección por parte del Tribunal serán vinculantes entre las partes en controversia y no serán objeto de recurso, revisión, revocación, anulación o cualquier otro remedio» y en el artículo 3.7, apartado 1, letra f), inciso iii) exige una declaración del demandante de que «no intentará recurrir, revisar, revocar, anular o iniciar ningún otro procedimiento similar ante un órgano jurisdiccional nacional o internacional con respecto a un laudo de conformidad con la presente sección» (véase http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf). Véase también el *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus Estados miembros* [artículo 8.28, apartado 9, letra b)] y el *Acuerdo de Protección de las Inversiones entre Vietnam y la UE y sus Estados miembros* [artículos 3.36, apartado 3, letra b) y 3.57, apartado 1, letra b)].

²¹ Para más información, consulte <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. En relación con la posible aplicación del enfoque de la Convención de Mauricio a la creación de un mecanismo permanente, véase el artículo de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent*

de transferencia de la competencia jurisdiccional de un órgano (en este caso, los tribunales *ad hoc*) a otro también está consolidada en el Derecho internacional público²².

37. Ello implicaría que el ámbito de jurisdicción preciso del mecanismo permanente y las normas sustantivas que aplicaría vendrían determinados por los tratados subyacentes. La consecuencia es que las normas sustantivas que el mecanismo permanente aplicaría podrían evolucionar con las normas de los tratados subyacentes.

3.15. Mecanismo de asistencia

38. Debería preverse un mecanismo que garantizase que todas las partes en controversia pudieran operar de forma efectiva en el régimen de solución de controversias en materia de inversiones. Dicho mecanismo podría ayudar a los países en desarrollo y menos desarrollados en los litigios relativos a controversias internacionales en materia de inversiones y posiblemente en otros aspectos de la aplicación del Derecho internacional en materia de inversiones. Una iniciativa de esta índole podría formar parte del proceso de creación de un mecanismo permanente. Actualmente se está elaborando un estudio de exploración y viabilidad que incluye aportaciones de expertos y de países en desarrollo acerca de maneras de garantizar una defensa legal apropiada en procedimientos vinculados a acuerdos internacionales en materia de inversiones.

3.16. Arquitectura abierta

39. La UE y sus Estados miembros consideran, como se explica en la sección siguiente, que solo una estructura permanente de dos niveles puede poner remedio a todas las inquietudes estructurales del sistema actual. No obstante, el mecanismo permanente debería incorporar un cierto grado de flexibilidad, que sería necesario, por ejemplo, para los países que quisieran utilizar el mecanismo permanente para la solución de controversias entre Estados, pero que no utilizasen la solución de controversias entre inversionistas y Estados en sus acuerdos. También podría ocurrir que algunos países prefiriesen mantener la flexibilidad para utilizar únicamente un mecanismo de apelación aunque, en opinión de la UE y de sus Estados miembros, dicho procedimiento no resolviera de forma efectiva algunas de las inquietudes expresadas. De ser efectivamente así, la arquitectura abierta del mecanismo permanente podría ser una manera de proporcionar dicha flexibilidad a esos países²³.

4. La creación de un mecanismo permanente de estas características responde a las inquietudes expresadas

40. Se afirma que la creación de un mecanismo permanente de dos niveles es la única opción disponible que responde de manera efectiva a todas las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo. Además, es la única opción que tiene en cuenta que estas inquietudes están interrelacionadas.

4.1. Coherencia y corrección

Previsibilidad y coherencia

41. Solo será posible lograr verdadera previsibilidad y coherencia con la creación de un mecanismo permanente, con árbitros permanentes que trabajen a tiempo completo. Este es el problema clave del sistema actual, que no permite que las partes interesadas

investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, CIDS, 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.

²² Véase el artículo 36, apartado 5, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por referencia a las declaraciones de sometimiento a la competencia jurisdiccional de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

²³ Véase el artículo de Anthea Roberts, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Moving to Reform Options ... the Politics*, EJIL Talk, 8 de noviembre de 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-moving-to-reform-options-the-politics/#more-16628>, y Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, *American Journal of International Law*, 2018, pp. 410, 431-432.

tengan expectativas razonables de que la sentencia sobre una controversia se tendrá en cuenta en otra, debido al carácter ad hoc de los tribunales. En un mecanismo permanente se desarrollará un sentido de «colegialidad continua»²⁴.

42. Si la interpretación jurídica es más previsible, la toma de decisiones será, a su vez, más eficiente, y por tanto, más rentable, y probablemente reducirá la cantidad de casos en general. La coherencia de la jurisprudencia en primera instancia y en apelación permitirá una interpretación estable de las disposiciones para desarrollar y, por tanto, reducir las reclamaciones «aventureras». Un inversionista diligente no presentará una reclamación basada en un argumento jurídico que haya sido rechazado por un mecanismo permanente, mientras que es más probable que considere que valga la pena hacerlo ante un tribunal ad hoc creado partiendo de cero para cada conflicto.

Corrección: un mecanismo de apelación puede corregir errores de Derecho y clamorosos errores de hecho

43. Un mecanismo de apelación garantizará la corrección. Para ello se revisará la corrección jurídica de las decisiones adoptadas en primera instancia y se corregirá cualquier error legal. Esta corrección procesal es, en sí misma, una característica importante de los sistemas judiciales nacionales, puesto que garantiza el control de quienes, de otro modo, serían decisores independientes. Asimismo, habida cuenta del estatuto jerárquico del mecanismo de apelación, aumentará la coherencia paulatinamente.

44. Un mecanismo de dos niveles es la estructura más efectiva para garantizar la previsibilidad y la coherencia. En la misma institución habrá un mayor grado de deferencia hacia el mecanismo de apelación del que probablemente muestren los tribunales ad hoc. Es importante tener esto en cuenta, dado que no todos los casos irán a apelación.

45. La devolución es una característica habitual de los sistemas judiciales que permite que los órganos jurisdiccionales de apelación devuelvan casos a los órganos inferiores con el fin de resolver la controversia. Se utiliza especialmente cuando el expediente está incompleto, y el órgano jurisdiccional de apelación no puede resolver la causa por sí solo. Es conveniente contar con un instrumento de este tipo para que el mecanismo de apelación sea efectivo, ya que, de lo contrario, los litigantes deben volver a iniciar el litigio. Pero la devolución es problemática en los tribunales de primera instancia *ad hoc*, ya que se disuelven tras dictar su laudo, y el recurso se presentará pasado un tiempo.

Proceso de deliberación y relación con otros ámbitos del Derecho

46. Un mecanismo permanente también estará en mejor disposición de desarrollar gradualmente un enfoque más coherente de la relación entre el Derecho en materia de inversiones y otros ámbitos, especialmente el Derecho nacional y otros ámbitos del Derecho internacional. Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC ha realizado varios pronunciamientos sobre la relación del Derecho de la OMC con otros ámbitos del Derecho internacional, que han sido útiles para analizar las interacciones entre los distintos ámbitos del derecho²⁵.

²⁴ «El sistema CIADI se basa en tribunales de arbitraje y comités de anulación que cuentan con apoyo institucional. Opera con un gran número de árbitros al mismo nivel jerárquico, que trabajan con distintas composiciones en cada caso. En consecuencia, con el tiempo, distintos árbitros deciden sobre las mismas cuestiones jurídicas de interpretación o al menos muy similares. Esta ausencia de un tribunal permanente y la consiguiente falta de continuidad de personal generan un nivel relativamente bajo de presión interna hacia la «colegialidad continua» [nota a pie de página omitida] y contrasta con instituciones judiciales permanentes como la CIJ o el Tribunal de Justicia de la UE [nota a pie de página omitida]», véase Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017, p. 164.

²⁵ Véase, por ejemplo, el Informe del Órgano de Apelación, US — Gasoline, p. 17: «[E]l Órgano de Apelación está obligado, en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, a aplicar [las normas usuales de interpretación del derecho internacional público] para aclarar las disposiciones del

4.2. Decisores

Abordar las cuestiones éticas y eliminar el doble mandato y los incentivos que se derivan del sistema actual

47. Un sistema de árbitros a tiempo completo podrá garantizar mejor la independencia y la imparcialidad. De hecho, solo renunciando a los nombramientos realizados por las partes en controversia y optando por un sistema de árbitros con un mandato de larga duración y no prorrogable se podrán resolver definitivamente las inquietudes relacionadas con la independencia y la imparcialidad. Con ello se pondrá fin al doble mandato (es decir, a la actuación como abogado y árbitro)²⁶ y se eliminarán los incentivos que genera el fenómeno de los nombramientos reiterados. Se eliminará el vínculo existente entre los árbitros (o candidatos a árbitros) y el asesoramiento jurídico de los inversionistas y los Estados que son quienes tienen en su mano los nombramientos. La propia existencia de estos incentivos percibidos explica en buena parte las dudas que genera la legitimidad del régimen²⁷. Un mecanismo de apelación por sí solo no puede resolver la falta de independencia y de imparcialidad, ya que el principal factor que genera esta inquietud es el sistema de nombramiento por las partes *ad hoc*.

48. Este pensamiento concuerda con la práctica de los órganos jurisdiccionales internacionales de no permitir que sus magistrados tengan otras actividades externas. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha decidido recientemente que sus Miembros titulares no actuarían como árbitros en la solución de controversias entre inversionistas y Estados ni en arbitraje comercial²⁸.

Conocimientos especializados: antecedentes más sólidos en Derecho internacional público

49. La exigencia de profundos conocimientos de Derecho internacional público solucionará la inquietud de que un número considerable de árbitros del sistema actual poseen conocimientos limitados en esta materia. Dichos conocimientos son necesarios, habida cuenta de que el régimen se fundamenta en el Derecho internacional público. También sería útil conocer los procesos judiciales y cómo llevar a cabo una investigación exhaustiva.

Acuerdo General y los demás “acuerdos abarcados” del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (el «Acuerdo sobre la OMC»). Estas directrices son en cierta medida consecuencia del reconocimiento de que no debe leerse el *Acuerdo General aislando clínicamente del derecho internacional público*». (la cursiva ha sido añadida).

²⁶ Véase Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door In International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, 2017, 20 (2), p. 328, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>.

²⁷ «Los magistrados integrantes de órganos jurisdiccionales de economías avanzadas rara vez parecen estar expuestos a recusación en un debate público o a descalificación justificada en que están sujetos estructuralmente a incentivos financieros que afectan a los resultados. Como cuestión de diseño institucional, los nombramientos y salarios permanentes se consideran en general elementos importantes para lograr la confianza de la ciudadanía sobre estas cuestiones. Al margen de cuestiones institucionales, los sistemas judiciales nacionales también aplican normas a los intereses pecuniarios de determinados jueces. Al igual que los salarios, se suele considerar que estas normas contribuyen a la independencia judicial y a la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.», véase David Gaukrodger, *Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement*, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre inversión internacional, 2017/05, OECD Publishing, Paris, p. 20, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

²⁸ Tal como anunció el Presidente Yusuf el 25 de diciembre durante su discurso anual en la Asamblea General, véase <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf>. «Acumular los mandatos de magistrado de la CPI y árbitro (o “pluriempleo”, como se denomina en el informe) podría afectar —o considerarse que afecta— a la independencia y la imparcialidad del magistrado», véase Marie Davoise, *Can't Fight the Moonlight? Actually, You Can: ICJ Judges to Stop Acting as Arbitrators in Investor-State Disputes*, *EJIL: Talk!*, 5 de noviembre de 2018, <https://www.ejiltalk.org/cant-fight-the-moonlight-actually-you-can-icj-judges-to-stop-acting-as-arbitrators-in-investor-state-disputes/>.

Diversidad: geográfica y de género. Imposibilidad de abordar esta cuestión en el sistema actual

50. Un sistema permanente de dos niveles ofrece más opciones para designar árbitros de regiones infrarrepresentadas y tratar de alcanzar el equilibrio de género. Esto se debe a que podrían integrarse criterios de selección que garantizaran la diversidad geográfica y de género. Esto no ocurrirá si no se renuncia al sistema de nombramiento por las partes, ya que en dicho sistema las partes de la controversia recurrirán de forma natural a los árbitros que tengan un perfil conocido²⁹. Un mecanismo de apelación por sí solo no ofrecerá tantas oportunidades para crear diversidad.

4.3. Duración y costes

51. Con un mecanismo permanente, se reducirán los costes y la duración de los procedimientos de varias maneras, y ello contribuiría a garantizar el acceso efectivo de las pequeñas y medianas empresas a dicho mecanismo.

52. En primer lugar, no se dedicará tiempo a seleccionar a los árbitros. El CIADI estima que, por término medio, se tarda entre 6 y 8 meses en nombrar a los árbitros³⁰. La designación de los árbitros también conlleva un coste, ya que los abogados dedican tiempo a considerar qué árbitros se ajustan mejor a los intereses de su cliente. El tiempo empleado en la designación de los miembros de un tribunal se considera uno de los tres elementos de los procedimientos SCIE que consumen más tiempo, de ahí que los costes de asesoramiento jurídico sean considerables³¹.

53. En segundo lugar, se emplearía mucho menos tiempo y dinero en las recusaciones. Con las normas actuales del CIADI, los procedimientos quedan en suspenso mientras se resuelven las recusaciones. Un mecanismo permanente eliminaría totalmente -o en gran parte- la necesidad de las recusaciones y la frecuencia de las mismas. En cambio, los árbitros se considerarían independientes e imparciales debido a su mandato y solo en casos muy concretos podrían surgir posibles conflictos de intereses que fuera necesario resolver.

54. En tercer lugar, los árbitros de un mecanismo permanente no tendrán incentivos que puedan afectar a los costes y a la duración del proceso. Por ejemplo, el hecho de que su remuneración no estuviese vinculada al tiempo empleado en un caso concreto eliminaría los incentivos percibidos para prolongar el tiempo de los procedimientos en

²⁹ Véase Taylor St. John, Daniel Behn, Malcolm Langford and Runar Lie, *Glass Ceilings And Arbitral Dealings: Explaining The Gender Gap In International Investment Arbitration*, publicación prevista para el 1 de enero de 2019, donde se explican las deficiencias estructurales relativas a la paridad de género en el sistema actual de SCIE: «[N]osotros articulamos una norma informal de “experiencia previa” durante el proceso de designación y por qué esta norma representa un obstáculo para aumentar el porcentaje de árbitras. La norma informal es que las partes -el abogado y sus clientes- quieren designar a una persona a quien consideren conocida y predecible. [...] La norma informal de designar únicamente a personas conocidas crea un sistema en el que se integran muy pocas personas nuevas. [...] Una vez entras al club, ya no sales, pero las oportunidades de conseguir una primera designación son muy escasas. [...] En teoría, la designación por las partes no está asociada al género. No obstante, en la práctica, la designación por las partes puede reforzar los patrones existentes de disparidad entre géneros, especialmente porque esta norma consolidada de la «experiencia previa» actúa contra los nuevos participantes, entre los que es probable que haya una mayor proporción de mujeres que en el club existente», pp. 10-11, y «Si damos por hecho que continuarán las tendencias actuales, no se conseguirá que el 25 % de los nombramientos arbitrales recaigan en mujeres hasta el año 2100. Por tanto, nuestros datos nos hacen ser pesimistas acerca de la probabilidad de que se produzcan cambios en la diversidad de género en el arbitraje en materia de inversiones si no se elimina el sistema de nombramiento por las partes.», p. 21.

³⁰ «Duración media desde el registro hasta la constitución del Tribunal: entre 6 y 8 meses», véase Gonzalo Flores (Vicesecretario General del CIADI), *Duration of ICSID proceedings*, Presentation, Inter-sessional Regional Meeting on ISDS Reform, Incheon, Corea, 10 de septiembre de 2018.

³¹ Véase A/CN.9/930/Rev.1 - Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34o período de sesiones - Parte I (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), 19 de diciembre de 2017, apdo. 65, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state.

lo que se refiere a la administración del caso. Es bastante probable que mejorase la administración de los casos. Por ejemplo, los árbitros permanentes no tendrían interés alguno en alargar los alegatos ni las vistas más de lo estrictamente necesario. Se ha argumentado que los árbitros odian discrepar con el abogado de la designación, por ejemplo, sobre la duración de las vistas o la utilidad de los informes posteriores ³².

55. En cuarto lugar, la previsibilidad repercutirá en los costes y la duración del proceso. Una vez se haya establecido una interpretación concreta de una norma (por ejemplo, mediante sentencias coherentes de tribunales de primera instancia o mediante un mecanismo de apelación), no se realizarán nuevos litigios. Por el contrario, el sistema actual favorece la reapertura de los litigios, puesto que no existe ninguna garantía de que un tribunal *ad hoc* se atenga a una interpretación realizada por otro tribunal *ad hoc*, por muy bien razonada que esté. En consecuencia, si se elimina la falta de previsibilidad, se reducirán también los costes y la duración de los procedimientos.

56. Un mecanismo permanente también será considerablemente ventajoso en la administración de múltiples reclamaciones. Cuanto mayor sea el número de tratados sujetos a la competencia jurisdiccional del mecanismo permanente, mayor efectividad tendrá dicho mecanismo en la administración de los casos que se planteen en virtud de distintos tratados (por ejemplo, para evitar o manejar mejor una situación *CME/Lauder*³³). Esto puede ocurrir, por ejemplo, mediante la acumulación de asuntos, la consolidación, la suspensión de actuaciones o incluso la desestimación de casos.

5. Conclusión

57. En el presente documento se ha expuesto por qué un mecanismo permanente de dos niveles, con árbitros a tiempo completo, es una respuesta efectiva a las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo. De hecho, es la única opción propuesta que puede responder satisfactoriamente a todas las inquietudes expresadas. En consecuencia, se propone que el Grupo de Trabajo siga trabajando en esta opción con carácter prioritario.

* * *

Annex

See Document A/CN.9/WG.III/WP.145

³² Véase Philippe Sands, *What I Have Learned – Ten Years as an Investor-State Arbitrator*, Presentation, Columbia Law School, Nueva York, Estados Unidos, 15 de octubre de 2018, <http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series-2/>.

³³ Véase *Lauder v. República Checa* (en virtud del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) y *CME v. República Checa* (en virtud del TBI entre los Países Bajos y la República Checa) relativos a la misma medida subyacente.