

**Asamblea General**

Distr. limitada
16 de enero de 2020
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)**
39º período de sesiones
Nueva York, 30 de marzo a 3 de abril de 2020

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema
de SCIE****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE	3
A. Posible estructura del instrumento multilateral	3
1. Marco para la aplicación de diversas opciones de reforma	3
2. Marco con flexibilidad incorporada	4
B. Relación entre el instrumento multilateral y los tratados de inversión	6
1. Tratados de inversión vigentes o futuros	6
2. Posible modelo aplicable a los tratados de inversión vigentes	6
3. Ejemplos de diversas situaciones posibles	8
C. Cuestiones que podrían examinarse	9



I. Introducción

1. En sus períodos de sesiones 34° a 37°, el Grupo de Trabajo emprendió su labor sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), sobre la base del mandato que le había encomendado la Comisión en su 50° período de sesiones, celebrado en 2017¹. En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo determinó cuáles serían las cuestiones relativas al sistema de SCIE que convendría tratar y las examinó y, a la luz de las inquietudes manifestadas, consideró que era conveniente llevar a cabo una reforma.
2. En su 38° período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre el calendario del proyecto para el examen de las opciones de reforma (A/CN.9/1004, párrs. 16 a 27 y 104)².
3. Además, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que comenzara una labor preparatoria sobre los posibles medios para aplicar las opciones de reforma y, en ese contexto, preparara un documento sobre un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE (A/CN.9/1004, párr. 104). En consecuencia, la presente nota tiene por objeto exponer las cuestiones fundamentales que se plantean en relación con la elaboración de un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE, describiendo cómo podría estructurarse ese instrumento de modo que incorporase varias opciones de reforma diferentes que el Grupo de Trabajo elaboraría (A/CN.9/1004, párrs. 101 y 104). Por lo tanto, esta nota no se centra en las opciones de reforma, sino en su aplicación mediante un único instrumento que ofrecería un marco general.
4. Al igual que otros documentos suministrados al Grupo de Trabajo, la presente nota se preparó utilizando como referencia información publicada sobre el tema³, y en ella no se pretende expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma y su aplicación, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264. Las deliberaciones y decisiones correspondientes a sus períodos de sesiones 34° a 37° figuran en los documentos A/CN.9/930/Rev.1 y su adición, A/CN.9/935, A/CN.9/964 y A/CN.9/970, respectivamente.

² Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo correspondientes a su 38° período de sesiones se reseñan en el documento A/CN.9/1004; en el documento A/CN.9/WG.III/WP.166 se describen a grandes rasgos las opciones de reforma.

³ Esta nota se preparó utilizando como referencia una amplia variedad de información publicada sobre el tema, que incluye: el documento de investigación del 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*, secc. VII, págs. 75 a 93, de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, (“el informe del CIDS”), disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf; el documento *Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, de Stephan W. Schill y Geraldo Vidigal, Universidad de Ámsterdam, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519259; el texto *UNCITRAL and ISDS Reform: Visualising a Flexible Framework*, de Anthea Roberts y Taylor St. John, EJIL: Talk, 24 de octubre de 2019; véanse también las referencias bibliográficas publicadas por el Foro Académico, disponibles bajo “Additional Resources” en http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html, <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/> y <http://bit.ly/isds-academic-forum>.

II. Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE

A. Posible estructura del instrumento multilateral

1. Marco para la aplicación de diversas opciones de reforma

Comunicaciones

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar su decisión de examinar, elaborar y desarrollar simultáneamente múltiples soluciones de reforma posibles en la tercera fase de su mandato ([A/CN.9/970](#), párr. 81). Los Gobiernos han presentado propuestas de reforma (“comunicaciones”) para prepararse para las deliberaciones de la tercera fase del mandato. Las opciones de reforma planteadas en las comunicaciones son de diversa índole. Se encuentran en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) y su adición.

6. En algunas comunicaciones se analizan no solo las opciones de reforma, sino también su aplicación⁴, destacando la necesidad de un enfoque coherente y flexible para la reforma general del sistema de SCIE, que permita a cada Estado elegir si desea adoptar las opciones de reforma correspondientes y en qué medida.

7. Como se señala en las comunicaciones, una forma de llevar a cabo la reforma sería a través de un instrumento multilateral. Ese instrumento incluiría las distintas opciones de reforma y las integraría en un marco multilateral⁵. Constituiría el vehículo mediante el cual se propondría a los Estados aplicar diversas opciones de reforma, con lo que se intentaría promover la seguridad jurídica y la coherencia en el sistema de SCIE. En una comunicación también se subraya la necesidad de que la reforma se aplique, mediante un instrumento multilateral, a las controversias que afecten a la multitud de tratados de inversión que existen en la actualidad y que puedan adoptarse en el futuro⁶.

8. En algunas comunicaciones se presenta un esbozo de un tratado multilateral con “bloques” que deberían considerarse como parte de los estándares mínimos⁷, así como con elementos comunes y obligatorios (*core elements*), y elementos facultativos/opcionales (*opt-in elements*). En una comunicación se propone que dicho instrumento abarque únicamente cuestiones de procedimiento y no de fondo⁸.

9. En una comunicación se prevé crear un instrumento que establezca un tribunal multilateral permanente de primera instancia y de apelación, así como una notificación específica (declaración de participación voluntaria) de que un determinado tratado, actual o futuro, estaría sujeto a la competencia del mecanismo permanente. Además, se sugiere adoptar un enfoque abierto para aplicar la opción de reforma, que permita a los Estados usar el mecanismo permanente como tal o acotar su utilización, por ejemplo aplicándolo únicamente a la solución de controversias entre Estados o recurriendo solamente al mecanismo de apelación⁹.

⁴ Entre los documentos sobre la aplicación de diversas opciones de reforma figuran los siguientes: [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros; [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), Comunicación del Gobierno de Colombia; y [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador; véase también [A/CN.9/WG.III/WP.182](#), Comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú, en la que se sugiere aplicar opciones de reforma mediante un enfoque basado en un “abanico”.

⁵ Véase, en particular, el documento [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), Comunicación del Gobierno de Colombia.

⁶ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párr. 35.

⁷ [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), Comunicación del Gobierno de Colombia, párr. 29.

⁸ [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador, párrs. 28 a 33.

⁹ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párr. 39; véanse también los párrs. 35 a 37.

10. En otra comunicación se propone crear un enfoque “abanico”, con el objetivo de elaborar una gama de soluciones pertinentes, posiblemente de distinta índole. Una vez establecidas, los Estados podrían incluir en sus tratados una o varias de las disposiciones propuestas, sea en su totalidad o combinando aquellas que prefieran, teniendo en cuenta sus propias inquietudes e intereses políticos y normativos¹⁰.

Estructura posible

11. Sobre la base de las propuestas de reforma presentadas en las comunicaciones¹¹, a título meramente ilustrativo y sin conjeturar sobre el resultado final de las opciones de reforma que la Comisión decida llevar a cabo, un instrumento multilateral podría permitir a los Estados seleccionar las opciones de reforma que prefieran, incluidos tanto los mecanismos procesales como distintos mecanismos de SCIE.

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que el instrumento multilateral podría concebirse de modo que contribuya a una mayor uniformidad y coherencia de las normas compartidas. De ser así, habría que establecer esas normas comunes.

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si el instrumento multilateral debería abarcar todas las opciones de reforma¹², independientemente de su forma, teniendo en cuenta que la mayoría de las propuestas de reforma, si no todas, pueden requerir la elaboración de disposiciones o anexos específicos, como directrices, disposiciones modelo, instrumentos de carácter contractual (como normas) y convenciones (como estatutos de órganos permanentes).

14. La estructura del instrumento multilateral debería examinarse una vez que esté claro qué opciones de reforma deberán aplicarse. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta desde ya que el objetivo del instrumento multilateral sería proporcionar el marco para la aplicación de diversas opciones de reforma. De hecho, el instrumento podría incluir disposiciones y anexos específicos, sobre diversas opciones de reforma, y también prever la preparación de protocolos para responder a posibles acontecimientos. Otra posibilidad sería que el instrumento también estableciera una institución multilateral para la solución de controversias en materia de inversiones que permitiera a los Estados elegir entre las distintas modalidades de solución de controversias que ofreciera la institución (arbitraje entre inversionistas y Estados reformado, arbitraje entre Estados, utilización de un mecanismo multilateral permanente, utilización de los recursos internos). Los partidarios de esta estructura señalan que la existencia de una institución de este tipo permitiría integrar el panorama jurídico actualmente fragmentado en un solo marco institucional, salvaguardando al mismo tiempo la flexibilidad de los Estados en la solución de controversias y teniendo en cuenta las distintas preferencias en el diseño de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones¹³. Esto podría conllevar analizar cuidadosamente la relación entre la nueva institución y las ya existentes, como el Centro Internacional de Desarrollo Industrial Sostenible (CIDIS) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

2. Marco con flexibilidad incorporada

15. Si bien los Estados serían partes en el instrumento multilateral, el marco también les permitiría conservar la capacidad de poner en práctica la reforma que eligieran. Este enfoque permitiría a los partidarios de diversos modelos participar en la reforma del marco del sistema de SCIE, lo que aseguraría la mayor participación posible de Estados en la reforma.

16. En ese sentido, se podrían prever distintas soluciones. Si en el instrumento se contemplaran diversas modalidades de solución de controversias, como arbitraje entre

¹⁰ [A/CN.9/WG.III/WP.182](#), Comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú, pág. 2 y anexo.

¹¹ En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) se describen a grandes rasgos las opciones de reforma.

¹² [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1](#).

¹³ “*Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*”, de Stephan W. Schill y Geraldo Vidigal, Universidad de Ámsterdam.

inversionistas y Estados, solución de controversias entre Estados y un mecanismo multilateral permanente, se podría diseñar una estructura abierta. Por ejemplo, se podría dar a los Estados la opción de adoptar, en las controversias en que fueran partes: i) solo el arbitraje entre inversionistas y Estados reformado; ii) solo algunos elementos del arbitraje entre inversionistas y Estados reformado (por ejemplo, un código de conducta, algunos mecanismos nuevos para la selección, el nombramiento y la recusación de los árbitros o determinados procedimientos, como la desestimación de las demandas infundadas o los procedimientos acelerados); iii) solo un mecanismo multilateral permanente; iv) solamente la solución de controversias entre Estados; v) un mecanismo multilateral permanente, o algunos de sus elementos, y arbitraje entre inversionistas y Estados, o algunos de sus elementos, mezclando varias opciones de reforma.

17. En este sentido, un modelo útil para tener en cuenta es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), que permite a las partes contratantes determinar qué modalidad de solución de controversias aceptar en principio¹⁴. De conformidad con el artículo 287, párrafo 1, los Estados que firmen, ratifiquen o se adhieran a la CNUDM podrán “elegir libremente” entre los medios siguientes para la solución de las controversias: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la CNUDM. Esta última opción también es el mecanismo supletorio en caso de que las partes contratantes no hayan aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia¹⁵. En el contexto de las opciones de reforma del sistema de SCIE, un enfoque similar daría a los Estados la posibilidad de combinar distintas modalidades para dirimir controversias y ponerlas a disposición de los inversionistas perjudicados y de la otra parte.

18. La flexibilidad que permitiría a los Estados adaptar su nivel de participación en las nuevas reformas también puede incorporarse a través de reservas o declaraciones. Estas permitirían atender preocupaciones concretas, por ejemplo, el hecho de que un Estado no desee abandonar el arbitraje entre inversionistas y Estados, y, al mismo tiempo, se comprometa a ofrecer otras alternativas, como arbitraje entre inversionistas y Estados combinado con un mecanismo de apelación o con los servicios de un centro de asesoramiento.

19. Con respecto a las reservas, un ejemplo útil sería la lista de reservas permitidas en virtud del artículo 3 de 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”)¹⁶. Las reservas prevén excluir un tratado de inversiones determinado, excluir el arbitraje realizado en virtud de determinados reglamentos de arbitraje y excluir el mecanismo de “oferta unilateral” establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención. Si se aplican reservas similares al instrumento multilateral, se permitiría a los Estados partes excluir determinados tratados de inversión del ámbito de las reformas, excluir determinadas opciones de reforma en el ámbito del arbitraje entre inversionistas y Estados, y utilizar las nuevas opciones para la solución de controversias sobre la base de la reciprocidad.

20. También se podría permitir realizar declaraciones en virtud del instrumento multilateral; por ejemplo, se podría permitir a los Estados partes hacer una declaración

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, 1833 UNTS 397 (CNUDM).

¹⁵ CNUDM, artículo 287, párrafo 1, apartados a) a c); en el artículo 287, párrafos 3) y 4), se dispone que, si las partes en una controversia han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, este se vuelve obligatorio entre ellas (lo que no impide, sin embargo, que acuerden solucionar una controversia concreta a través de otro mecanismo). Si no han aceptado el mismo procedimiento, se aplica un mecanismo supletorio, a saber, el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII.

¹⁶ Véase la resolución 69/116 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, disponible en <https://undocs.org/es/A/res/69/116>. Para obtener más información, véase <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency> y <https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

sobre si algún mecanismo de solución de controversias reformado ofrece un acuerdo adicional (que complemente las disposiciones entre inversionistas y Estados vigentes en sus tratados de inversiones) o un acuerdo exclusivo (que reemplace por completo dichas disposiciones).

21. Se debería prever una norma supletoria en caso de que un Estado parte no realizara tal declaración. Por ejemplo, se podría establecer que se considera que el Estado parte que no formule una declaración ha optado por un marco de solución de controversias determinado. Además, el instrumento multilateral debería ofrecer una solución supletoria en caso de que las declaraciones de los Estados partes en un tratado de inversión, y también partes en el instrumento multilateral, no coincidieran. Por ejemplo, se podría establecer que, si los Estados partes han hecho distintas declaraciones sobre una controversia, esta podría someterse a las normas de solución de controversias vigentes. Ese enfoque favorecería la solución que se apartara menos del marco actual del sistema de SCIE y también proporcionaría seguridad jurídica. Por supuesto, también sería posible la solución opuesta, que consistiría en disponer que, en caso de declaraciones no coincidentes, prevalecerían ciertas opciones de reforma. Una alternativa en caso de que las declaraciones del Estado de origen y del Estado anfitrión para un mismo procedimiento de solución de controversias no coincidieran sería dar preferencia a la elección del Estado anfitrión, ya que esto permitiría a los Estados aplicar sus propias políticas con respecto al sistema de SCIE.

22. En cambio, a falta de esta posibilidad de realizar una declaración, las opciones de reforma del instrumento multilateral sustituirían automáticamente a los procedimientos de solución de controversias vigentes.

B. Relación entre el instrumento multilateral y los tratados de inversión

1. Tratados de inversión vigentes o futuros

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que un instrumento multilateral podría abarcar los tratados de inversiones actuales y futuros. Sin distinción temporal, este enfoque permitiría fomentar la uniformidad del nuevo régimen de solución de controversias.

24. Además, este enfoque aliviaría a los Estados de la carga que supondría aplicar los procedimientos de enmienda potencialmente complejos y largos establecidos en sus numerosos tratados de inversión. De hecho, el instrumento podría hacer que las reformas fueran directamente aplicables a los tratados de inversión vigentes.

2. Posible modelo aplicable a los tratados de inversión vigentes

25. Las comunicaciones hacen referencia a posibles modelos para la elaboración de un instrumento relativo a la reforma del sistema de SCIE que pueda aplicarse a los tratados de inversión vigentes (véase también el documento A/CN.9/1004, párr. 101). Entre esos modelos figuran la Convención de Mauricio sobre la Transparencia¹⁷ y la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“MLI”, por sus siglas en inglés) de la OCDE¹⁸. A continuación, se hace una breve reseña de esos instrumentos.

¹⁷ Véase la resolución 69/116 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, disponible en <https://undocs.org/es/A/res/69/116>. Para obtener más información, véase <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency> y <https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

¹⁸ Para obtener más información, consulte <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>.

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”)

26. En 2013, la CNUDMI aprobó el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre la Transparencia”), junto con el nuevo párrafo 4 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, versión revisada en 2010¹⁹. El Reglamento sobre la Transparencia, que entró en vigor el 1 de abril de 2014, incluye un conjunto de normas procesales para garantizar 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 aplica a las controversias que surgen de tratados de inversión celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, cuando se inició el arbitraje entre inversionistas y Estados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa²⁰. El Reglamento sobre la Transparencia se aplica a las controversias que surgen de los tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014, cuando las partes en el tratado de inversión correspondiente (es decir, los Estados u organizaciones regionales de integración económica)²¹ o las partes en la controversia (es decir, un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica)²² convienen en su aplicación.

27. Tras la adopción del Reglamento sobre la Transparencia, la CNUDMI preparó una convención para facilitar la aplicación del Reglamento a los aproximadamente 3.000 tratados de inversión que se habían concertado antes de su entrada en vigor, proporcionando así a los Estados un mecanismo eficaz para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia a sus tratados de inversión vigentes, si así lo desearan²³. En efecto, la Convención de Mauricio sobre la Transparencia es un instrumento mediante el cual las partes en tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014 expresan su consentimiento para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes que surgen de esos tratados.

28. La Convención de Mauricio sobre la Transparencia permite que el Reglamento sobre la Transparencia se aplique a todos los tratados de inversión bilaterales, regionales y multilaterales, y en todos los foros arbitrales disponibles, si tanto el Estado demandado como el Estado de origen del inversionista son partes contratantes en la Convención de Mauricio o, de otro modo, si el inversionista (como demandante) acepta la oferta unilateral del Estado demandado de aplicar el Reglamento sobre la Transparencia. En esencia, puede decirse que el “enfoque de la Convención de Mauricio” introduce las normas de transparencia sustantivas del Reglamento sobre la Transparencia en el régimen fragmentado en distintos tratados mediante un único instrumento multilateral. Introduce un régimen flexible, ya que prevé un número limitado de reservas que las partes contratantes pueden formular (véase el párrafo 19 *supra*).

Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, de la OCDE

29. La Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“MLI”), de la OCDE²⁴, tiene por objeto modificar los tratados fiscales entre dos o más

¹⁹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), capítulo III y anexos I y II.

²⁰ Reglamento sobre la Transparencia, párrafo 1 del artículo 1.

²¹ Reglamento sobre la Transparencia, párrafo 2, apartado b), del artículo 1. En el caso de tratados de inversión multilaterales, basta con que el Estado del demandante y el Estado demandado hayan llegado a un acuerdo en este sentido.

²² Reglamento sobre la Transparencia, párrafo 2, apartado a), del artículo 1.

²³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), párr. 127.

²⁴ Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“Instrumento

partes en el MLI, cuando ambas jurisdicciones contratantes hayan establecido que quieren que el MLI cubra esos tratados²⁵. El MLI no funciona como un protocolo modificatorio a un único tratado, que modificaría directamente los textos de los tratados fiscales. Por el contrario, el MLI se aplica junto con los tratados fiscales vigentes, modificando su aplicación para adoptar medidas para hacer frente a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés)²⁶.

30. El MLI es un instrumento flexible. Permite a cada parte contratante indicar los tratados fiscales a los que se aplica el MLI. Además, el MLI brinda diferentes alternativas para cumplir aquellas disposiciones que representan normas mínimas, sin dar preferencia a una forma particular de cumplirlas. En caso de que una disposición sustantiva no refleje una norma mínima, una parte contratante podrá optar por no aplicarla. El MLI incluye una serie de alternativas o disposiciones facultativas que cada parte contratante puede elegir aplicar²⁷.

Cláusulas de compatibilidad o de conflicto

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que la relación entre el instrumento multilateral y los tratados de inversión previos podría tratarse mediante cláusulas de compatibilidad o de conflicto. Por ejemplo, el instrumento multilateral podría disponer que las opciones de reforma del sistema de solución de controversias se consideren incluidas en las disposiciones sobre la SCIE en los tratados de inversión celebrados por los Estados partes en el instrumento multilateral, según las modalidades establecidas en el propio instrumento multilateral.

3. Ejemplos de diversas situaciones posibles

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que el instrumento multilateral fuera aplicable a los tratados de inversión en los distintos casos en que las partes en ambos instrumentos no coincidieran necesariamente.

- i) *Tanto el Estado anfitrión demandado como el Estado de origen del inversionista que son partes en un tratado de inversión son también partes en el instrumento multilateral*

33. En este caso, el instrumento multilateral modificaría el tratado de inversión entre ambos Estados, con la consecuencia de que el inversionista podría recurrir al sistema de

Multilateral” o “MLI”). Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beeps.htm>. OCDE (2015), *Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales*, Acción 15 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, publicaciones de la OCDE. Véase también el estudio preparado por la OCDE, titulado “Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales” (“estudio de la OCDE”), en el que se observa que “se han dado una serie de situaciones en las que los Estados han adoptado convenios multilaterales para introducir reglas y normas internacionales comunes y, de esa forma, armonizar la red de convenios bilaterales como ha sucedido, por ejemplo, en materia de extradición” (OCDE (2015), pág. 33, párr. 14). El estudio está acompañado de un anexo A, que refleja la labor de un grupo de trabajo integrado por expertos en derecho convencional y que permite comprender las cuestiones de derecho convencional relevantes en este contexto (véase OCDE (2015), págs. 31 y ss.).

²⁵ Nota de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la OCDE. Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“Instrumento Multilateral” o “MLI”). Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). <https://www.oecd.org/tax/treaties/legal-note-on-the-functioning-of-the-MLI-under-public-international-law.pdf>.

²⁶ Declaración Explicativa de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

²⁷ A/CN.9/WG.III/WP.173, Comunicación del Gobierno de Colombia.

SCIE reformado y creado como resultado de dicha modificación. También se menciona este enfoque en una comunicación²⁸.

ii) *El Estado anfitrión demandado, pero no el Estado de origen del inversionista, es parte en el instrumento multilateral*

34. El párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia tiene en cuenta esta situación haciendo referencia a la “oferta unilateral de aplicación”, según la cual el Reglamento sobre la Transparencia también se aplica si el inversionista de un Estado que no es parte en el instrumento multilateral consiente en su aplicación. Por lo tanto, se trata de determinar si este mecanismo puede extrapolarse a las opciones de reforma contempladas en el instrumento multilateral.

35. En virtud del principio general *pacta tertiis*, un Estado parte no puede verse afectado por una modificación a la que no haya dado su consentimiento. Por lo tanto, la parte en el tratado de inversión que no es parte en el instrumento multilateral no podría estar sujeta a las reformas del sistema de SCIE sin haber dado su consentimiento. Dado que las opciones de arbitraje originales contempladas en el tratado de inversión no se verían afectadas, el inversionista seguiría teniendo derecho a recurrir a esas opciones. La cuestión que se plantea es si, además de esas opciones, el inversionista tendría derecho a recurrir a las opciones de reforma contempladas en el instrumento multilateral en función de una oferta unilateral realizada por el Estado anfitrión demandado a través del instrumento multilateral.

iii) *El Estado de origen del inversionista, pero no el Estado anfitrión demandado, es parte en el instrumento multilateral*

36. Para aplicar las opciones de reforma en este caso, el inversionista tendría que solicitar el consentimiento del Estado demandado. Si este consentimiento se otorga de manera *ad hoc*, no parecería haber ningún impedimento para la aplicación de las opciones de reforma, ya que ambos Estados habrían consentido en su aplicación. La diferencia con el caso descrito en el punto i) es que la situación aquí descrita no conlleva una modificación del tratado de inversión. Se limita a aplicar el marco de solución de controversias a una controversia específica.

iv) *Ni el Estado anfitrión demandado ni el Estado de origen del inversionista son partes en el instrumento multilateral*

37. Si los Estados desean promover el uso de algunas opciones de reforma, podrían incluir en el instrumento multilateral una disposición que establezca que este se entiende sin perjuicio de la aplicación del nuevo sistema de SCIE, siempre que las partes litigantes estén de acuerdo. Cabe señalar que las partes litigantes podrían recurrir a esto incluso si no existiera tal disposición en el instrumento multilateral.

C. Cuestiones que podrían examinarse

38. Sobre la base de lo que antecede, y teniendo en cuenta que el análisis de las posibles opciones de reforma aún está en una etapa preliminar, el Grupo de Trabajo

²⁸ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párr. 35, que establece que “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 en el 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”.

tal vez desee tener en cuenta que es viable elaborar un instrumento multilateral que ponga en práctica las reformas de forma coherente y flexible.

39. Entre las cuestiones que podrían examinarse figuran las siguientes:

- i) ¿Debería haber disposiciones básicas o normas mínimas que deban adoptarse en el instrumento multilateral y que todas las partes en ese instrumento deban aceptar? En caso afirmativo, ¿qué deberían regular esas disposiciones básicas o normas mínimas para crear un marco multilateral aceptable?
- ii) ¿Debería aplicarse el instrumento tanto a los tratados de inversión vigentes como a los futuros?
- iii) ¿Qué principios rectores deberían aplicarse para determinar las opciones de reforma que deberían incluirse en un instrumento multilateral? Por ejemplo, ¿se debería privilegiar una opción de reforma específica según el tipo de instrumento?
- iv) Partiendo del supuesto de que el instrumento multilateral abarcaría distintas opciones de reforma, ¿debería preverse la combinación de varias opciones? ¿Cómo debería funcionar el proceso de optar por las opciones de reforma o no? ¿Debería el instrumento ser lo suficientemente flexible como para permitir la adhesión posterior de los Estados partes a algunas opciones de reforma?
- v) ¿Qué forma debería adoptar el instrumento multilateral para que el marco reformado del sistema de SCIE siga siendo coherente y relativamente fácil de aplicar y comprender por los usuarios?

40. En relación con esta última pregunta, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta las propuestas que figuran en los comentarios recientes sobre la aplicación de las opciones de reforma del sistema de SCIE. Una propuesta consiste en elaborar un instrumento multilateral, siguiendo los modelos de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia y el MLI²⁹. Además, se sugiere establecer, mediante un instrumento multilateral, una institución para la solución de controversias en materia de inversión que proporcione un marco institucional multilateral para dirimir controversias, lo que permitiría a los Estados elegir entre las distintas modalidades de solución de controversias que ofreciera la institución (véase el párrafo 14 *supra*)³⁰.

²⁹ Informe del CIDS.

³⁰ “*Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*”, de Stephan W. Schill y Geraldo Vidigal, Universidad de Ámsterdam.