



Asamblea General

Distr. limitada
31 de julio de 2023
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)**
46º período de sesiones
Viena, 9 a 13 de octubre de 2023

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

Anotaciones al proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Anotaciones al proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales ...	3
A. Presentación de una demanda – condiciones y limitaciones	3
Disposición 1: Consulta y negociación — disposición 2: Mediación	3
Disposición 3: Procedimiento de solución de controversias	4
Disposición 4: Solución de controversias entre Estados	4
Disposición 5: Plazo para llegar a un acuerdo amistoso	5
Disposición 6: Utilización de recursos internos	5
Disposición 7: Renuncia al derecho a iniciar un proceso de solución de controversias	5
Disposición 8: Plazo de prescripción	6
Disposición 9: Denegación de beneficios	6
Disposición 10: Demandas de los accionistas	7
Disposición 11: Reconvenciones	8
Disposición 12: Derecho a regular	9



B.	Sustanciación de las actuaciones	10
	Disposición 13: Prueba	10
	Disposición 14: Bifurcación	11
	Disposición 15: Acumulación de procesos	11
	Disposición 16: Medidas provisionales	12
	Disposición 17: Código de conducta	12
	Disposición 18: Transparencia	13
	Disposición 19: Desestimación temprana	13
	Disposición 20: Garantía de pago de las costas	14
	Disposición 21: Financiación por terceros	15
	Disposición 22: Suspensión y conclusión del proceso	16
C.	Decisiones del tribunal	16
	Disposición 23: Cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización	17
	Disposición 24: Plazo para dictar la decisión final	18
	Disposición 25: Asignación de las costas	19

I. Introducción

1. La presente nota contiene anotaciones al proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales (“el proyecto”) que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.231](#). Las anotaciones se han preparado para ayudar al Grupo de Trabajo a comprender la forma en que podrían aplicarse esas disposiciones y la relación que existe entre ellas, así como con otros elementos de reforma en los que trabaja actualmente el Grupo de Trabajo.

II. Anotaciones al proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales

A. Presentación de una demanda — condiciones y limitaciones

2. En las disposiciones que figuran en esta sección se tratan las condiciones que deben cumplirse para que un inversionista presente una demanda. Sin embargo, en las disposiciones no se aborda en general la cuestión de quién se encuentra legitimado para entablar una demanda ni los tipos de procesos de solución de controversias que pueden elegirse, que se dejan a criterio de lo que se establezca en el acuerdo internacional de inversión (AII) pertinente. Por consiguiente, las disposiciones se han preparado para que se apliquen en general a todos los tipos de mecanismos de solución de controversias (arbitrajes, mecanismos permanentes o mecanismos de solución de controversias entre Estados). En ellas se señalan los distintos pasos que deben darse y las condiciones que deben cumplirse para que un inversionista pueda presentar una demanda (períodos de espera, utilización de recursos internos y renunciaciones), y también se establecen limitaciones y excepciones al respecto (en relación con el plazo de prescripción, la denegación de beneficios y las demandas de los accionistas). En el proyecto también se incluye una disposición que permite que los demandados interpongan reconvencciones y otra destinada a reforzar el derecho de los Estados a regular, a fin de alcanzar diferentes objetivos de política, como respuesta a las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo en relación con la parálisis normativa¹.

Disposición 1: Consulta y negociación — Disposición 2: Mediación

3. Las disposiciones 1 y 2 tienen por objeto promover la solución amistosa de controversias relativas a inversiones. En la disposición 1 se alienta a las partes litigantes a resolver su controversia mediante consultas o negociaciones y en la disposición 2 se hace referencia a las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales relativas a Inversiones (Disposiciones Modelo sobre Mediación)². Ambas disposiciones están en consonancia con los AII celebrados recientemente que contienen referencias expresas al uso de consultas, negociaciones y mediación³.

4. Ambas disposiciones hacen hincapié en el carácter voluntario de las consultas, las negociaciones y la mediación, y advierten a las partes que puede recurrirse a esos medios en cualquier momento de la controversia, incluso después de iniciado un proceso de solución de controversias de conformidad con la disposición 3. En las disposiciones se exige que la invitación a participar en una consulta, negociación o mediación se haga por escrito y que contenga determinada información mínima. Esa invitación daría comienzo al plazo previsto en la disposición 5, en que se procuraría llegar a una solución

¹ Véanse [A/CN.9/1124](#), párr. 103, y [A/CN.9/970](#), párr. 36.

² Aprobadas por la Comisión en su 56º período de sesiones. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/78/17)*, anexo I.

³ Véanse, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (CETA) (arts. 8.19 y 8.20); las disposiciones del Acuerdo de Asociación Transpacífico que se han incorporado, por referencia, al Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) y que forman parte de él (art. 9.18); y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) (art. 14.D.2).

amistosa y que es necesario que transcurra para que un inversionista pueda presentar una demanda de conformidad con la disposición 3.

Disposición 3: Procedimiento de solución de controversias

5. La disposición 3 contiene un espacio para que se haga referencia en él al mecanismo de solución de controversias previsto en el AII (denominado “acuerdo” en el proyecto) al que se incorporarían las disposiciones. En ella se tiene en cuenta que los AII prevén diferentes medios para resolver controversias en materia de inversiones, incluido el arbitraje, al que se aplican diferentes reglamentos. También se tiene en cuenta que los AII pueden remitir las demandas de los inversionistas a los tribunales locales o a un mecanismo de solución de controversias entre Estados⁴. Asimismo, la disposición refleja el hecho de que algunos AII ya hacen referencia a un mecanismo permanente para resolver las controversias relativas a inversiones y que el Grupo de Trabajo está discutiendo la posibilidad de establecer un mecanismo multilateral permanente para resolver ese tipo de controversias, al que podría hacerse referencia en los AII en el futuro. La disposición 3 se incluye en el proyecto de disposiciones para que este en su conjunto se aplique a todos los mecanismos o procesos de solución de controversias relativas a inversiones y a los efectos de facilitar la consulta. Por otra parte, el término “tribunal” que se utiliza en el proyecto de disposiciones se refiere a distintos órganos decisorios, como los tribunales arbitrales, las salas de mecanismos permanentes, los tribunales nacionales y otras autoridades competentes. Sin embargo, no debe entenderse que la disposición 3 modifica el consentimiento que hubieran prestado los Estados en el AII de que se trate.

Disposición 4: Solución de controversias entre Estados

6. En la disposición 4 se establece un mecanismo de solución de controversias entre Estados para resolver las controversias relativas a inversiones y se permite a un Estado reclamar una indemnización en nombre de su inversionista contra otro Estado, que sea parte del acuerdo, por los daños causados por una medida adoptada por este último Estado. Varios AII celebrados recientemente contienen disposiciones similares⁵.

7. En cuanto a la forma en que debería llevarse a cabo ese proceso, en la disposición 4 se hace referencia al mecanismo de solución de controversias entre Estados que figure en el acuerdo y se prevé, supletoriamente, que se recurra al arbitraje al que se aplicaría el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en caso de que no se hubiera previsto un mecanismo de ese tipo o que los Estados convinieran en no utilizarlo. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que las disposiciones sobre la solución de controversias entre Estados que figuran en los AII suelen referirse a controversias relativas a la interpretación o aplicación del acuerdo y tal vez no sean adecuadas para resolver controversias sobre inversiones⁶.

8. La disposición 4 no trata del proceso interno que utilizaría un inversionista para solicitar a su Estado que presente una demanda. No obstante, en ella se establece que el inversionista puede participar en el proceso (párr. 3) y que el tribunal puede ordenar que se pague al inversionista directamente, si el Estado así lo solicita (párr. 4).

⁴ La utilización de un mecanismo de solución de controversias entre Estados y el agotamiento de los recursos internos, que se señaló entre los posibles elementos de reforma (A/CN.9/1124, párr. 103), se desarrollan en más detalle en las disposiciones 4 y 6.

⁵ Véase el TBI entre el Brasil y Etiopía (2018), art. 24; el TBI entre el Brasil y Guyana (2018), art. 25; el TBI entre el Brasil y Suriname (2018), art. 25; el TBI entre el Brasil y los Emiratos Árabes Unidos (2019), art. 25; el TBI entre el Brasil y el Ecuador (2019), art. 25.

⁶ T-MEC (2020), art. 31.2; CETA (2016), art. 29.2; TIPAT, art. 28.3; el TBI entre Australia y el Uruguay (2019), arts. 12 y 13; el TBI Modelo del Canadá (2021), art. 54; el TBI Modelo de la India (2015), art. 31; el TBI Modelo de los EE.UU. (2012), art. 37.

Disposición 5: Plazo para llegar a un acuerdo amistoso

9. En la disposición 5 se establece que las partes litigantes están obligadas a procurar llegar a un arreglo amistoso de conformidad con las disposiciones 1 y 2 durante un plazo determinado (denominado “período de espera”) antes de someter la controversia a un proceso decisorio de conformidad con las disposiciones 3 o 4.

10. El período de espera al que se refiere la disposición 5 comienza a correr a partir de la invitación que curse una de las partes litigantes a participar en un proceso que tal vez conduzca a un acuerdo amistoso. La finalidad es alentar a las partes a utilizar esta vía.

11. El período de espera debería ser lo suficientemente prolongado para que las partes intercambien opiniones en relación con la posibilidad de llegar a un acuerdo, pero no debería ser tan largo que demore la solución definitiva de la controversia (por ejemplo, en los casos en que no parece probable que se llegue a un acuerdo). En muchos de los AII celebrados recientemente se establece un período de espera de seis meses o 180 días⁷.

12. Cabe señalar que las partes litigantes pueden retirarse del proceso de consulta, negociación o mediación en cualquier momento, y en la disposición 5 no se impone a las partes la obligación de participar en esos procesos durante el período de espera.

Disposición 6: Utilización de recursos internos

13. En la disposición 6 se obliga al inversionista a procurar obtener una solución de la controversia en el Estado que recibe la inversión antes de presentar una demanda de conformidad con las disposiciones 3 y 4⁸. Las normas relativas al agotamiento de los recursos internos exigen que el inversionista agote todas las vías disponibles en el ordenamiento jurídico del Estado receptor antes de iniciar otro proceso de solución de controversias (con independencia de cuánto duren los procesos en el Estado receptor)⁹. Las cláusulas en las que se establece la obligación de utilizar las vías previstas en el ordenamiento jurídico del Estado receptor exigen al inversionista utilizar esas vías durante un plazo determinado (por ejemplo, 30 meses¹⁰) antes de entablar otros procesos de solución de controversias¹¹.

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta si el criterio utilizado en la disposición 6 resulta apropiado o si debería simplemente alentarse a las partes litigantes a que solucionen su controversia utilizando los recursos internos del Estado receptor¹².

Disposición 7: Renuncia al derecho a iniciar un proceso de solución de controversias

15. La disposición 7 tiene por finalidad evitar que se sustancien procesos múltiples, al limitar las posibilidades de que el inversionista utilice múltiples foros para solicitar que se adopten medidas por un mismo incumplimiento. Como condición para que pueda

⁷ Véanse el CETA art. 8.22, párr. 1 b); el TIPAT, art. 9.19, párr. 1; y el T-MEC art. 14.D.3, párr. 2, en que se prevé que antes de que se pueda someter una reclamación a arbitraje, debe transcurrir un período de espera de 90 días, que empieza a computarse desde que se entrega una notificación de intención.

⁸ Véase A/CN.9/970, párr. 30.

⁹ Véanse, por ejemplo, el TBI entre China y Côte d’Ivoire (2002), art. 9, párr. 3; el Protocolo de Inversiones (2006) de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC), art. 28, párr. 1, y el TBI entre Albania y Lituania (2007), art. 8, párr. 2; véase también el Acuerdo Internacional Modelo del SCIE sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible, art. 45 b).

¹⁰ T-MEC, art. 14.D.5, párr. 1 a) y b).

¹¹ Véase, por ejemplo, el TBI entre la India y Kirguistán (2019), art. 15, párr. 2; el TBI entre la India y Belarús (2002), art. 15, párr. 2; el TBI entre Italia y la Argentina (1990), art. 8, párr. 3; el TBI entre el Perú y Suiza (1991), art. 9, párr. 3; el TBI entre el Uruguay e Italia (1990), art. 9, párr. 2; el TBI entre Alemania y Chile (1991), art. 10, párr. 3 a).

¹² Véase, por ejemplo, el TBI entre Corea y la República de Uzbekistán (2019), art. 11, párr. 2, en que se establece que el “inversionista y la parte contratante en cuyo territorio se realizan las inversiones procurarán que la controversia se arregle mediante consultas y negociaciones que se llevarán a cabo de buena fe, y al mismo tiempo, utilizando los recursos internos de la parte contratante”.

presentarse una demanda de conformidad con las disposiciones 3 o 4, el inversionista está obligado a renunciar a su derecho a iniciar o continuar procesos en otros foros¹³. Esa renuncia, sin embargo, no se aplicaría a un proceso posterior, por ejemplo, a un proceso que estuviera relacionado con la ejecución de las decisiones que se dictaran durante el proceso.

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar otros enfoques, por ejemplo, la posibilidad de incluir una cláusula de bifurcación (“*fork-in-the-road*”), que obligue al inversionista a elegir desde el principio el foro al que se sometería la controversia, lo que le impediría recurrir a otros foros¹⁴, o de incluir una disposición más prescriptiva, que prohíba a un inversionista iniciar o continuar cualquier otro tipo de proceso de solución de controversias cuando se entablara un proceso de solución de controversias de conformidad con las disposiciones 3 o 4.

17. Es posible que la disposición 7 deba modificarse dependiendo del criterio que se adopte en la disposición 6 en cuanto a la utilización de los recursos internos.

Disposición 8: Plazo de prescripción

18. En la disposición 8 se prevé un plazo dentro del cual el inversionista puede presentar una demanda, algo similar a lo que ocurre con la prescripción en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁵. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál sería el plazo adecuado y a partir de cuándo debería comenzar a correr. En la disposición 8, el plazo comienza cuando el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento, no solo de la medida que presuntamente constituye un incumplimiento, sino también del hecho de que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños.

19. El Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si la disposición 8 se aplicaría también a las demandas que presentara un Estado de conformidad con la disposición 4 y, en ese caso, el momento a partir del cual debería comenzar a correr el plazo. Podría también examinar en qué casos se suspendería el plazo de prescripción, que podría ser, por ejemplo, cuando se enviara una invitación a participar en una mediación de conformidad con la disposición 2, o cuando el inversionista hubiera iniciado un proceso de solución de controversias ante un órgano judicial local, por aplicación de la disposición 6.

Disposición 9: Denegación de beneficios

20. La disposición 9 permite a la parte contratante denegar la protección que había ofrecido en el acuerdo a los inversionistas a quienes no tenga la intención de proteger. Por ejemplo, en los AII se deniegan beneficios a los inversionistas que, a pesar de cumplir formalmente los requisitos que deben darse para ser “inversionistas”, no tienen un vínculo económico real con el Estado que recibe las inversiones¹⁶.

21. El párrafo 1 se basa en disposiciones similares que figuran en AII celebrados recientemente¹⁷. Permite a un Estado denegar los beneficios relacionados con las

¹³ Véase UNCTAD Series on International Investment Agreements II, que puede consultarse en https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf, pág. 86.

¹⁴ Otro tipo de disposiciones mediante las cuales se procura evitar el uso de múltiples foros son las denominadas disposiciones “*fork-in-the-road*”, que obligan al inversionista a elegir un foro de solución de controversias desde el principio. Una vez hecha la elección, el inversionista no puede recurrir a otro foro. Véase “Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II: A sequel”, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), pág. 86.

¹⁵ Los AII celebrados recientemente también establecen esos plazos; véase, por ejemplo, el TIPAT, art. 9.21.1, y el T-MEC, art. 14.D.5.1.c); véase también el CETA, art. 8.19, párr. 6.

¹⁶ Loukas A. Mistelis y Crina Baltag, “Denial of Benefits’ clause in Investment Treaty Arbitration”, Queen Mary University of London, School of Law, 2018, págs. 1 a 4; Yas Banifatemi, “Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses”, Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, IAI Series on International Arbitration núm. 8 (editado por E. Gaillard y Y. Banifatemi), pág. 223.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el CETA, art. 8.16; el TIPAT, art. 9.15; el T-MEC, art. 14.14. Véanse también el Acuerdo Integral de Asociación Económica (CEPA) entre el Reino Unido y el Japón (2020),

inversiones que sean propiedad o estén bajo el control de una persona de un Estado no contratante y que no realiza actividades comerciales de importancia en el territorio del Estado que recibe la inversión; también pueden denegarse esos beneficios en los casos en que el Estado que recibe la inversión adopte o mantenga medidas contra ese Estado no contratante que prohíban operaciones, medidas que se incumplirían si se otorgaran al inversionista los beneficios previstos en el acuerdo. La finalidad es abordar la inquietud que genera el uso de las llamadas sociedades “pantalla” o “buzón” para interponer demandas con arreglo a AII y limitar las posibilidades de que se elija el foro más conveniente¹⁸.

22. El párrafo 2 amplía el alcance de la disposición para atender a las inquietudes que se han expresado respecto del uso de la financiación por terceros, las inversiones que constituyen una violación de la ley, y las inversiones que son consecuencia de la corrupción y la ilegalidad¹⁹. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de añadir otros casos, por ejemplo, en relación con las demandas por pérdidas reflejas presentadas por los accionistas y que están previstas actualmente en la disposición 10. El apartado d) tiene un alcance general, y trata del abuso del proceso por el demandado.

23. De conformidad con la disposición 9, la parte contratante puede denegar los “beneficios del acuerdo”, que podrían incluir todas las normas que protejan derechos sustantivos previstas en él. El Grupo de Trabajo podría considerar si sería necesario limitar la posibilidad de denegar los beneficios a aquellos que sean de tipo procesal, por ejemplo, presentar una demanda de conformidad con las disposiciones 3 o 4.

Disposición 10: Demandas de los accionistas²⁰

24. La disposición 10 se basa en la labor que se ha realizado en relación con las pérdidas reflejas de los accionistas junto con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)²¹. Como se señaló anteriormente (véase párr. 2), la cuestión de si el accionista se encuentra legitimado como inversionista para presentar una demanda con arreglo al acuerdo quedaría sujeta a lo que se estableciera en ese acuerdo y no se aborda en la disposición.

25. El párrafo 1 limita el tipo de demanda que los accionistas a los que se refiere la disposición pueden presentar a las demandas por pérdidas o daños directos, por lo que quedan excluidas las demandas por pérdidas reflejas. El párrafo 2 permite que se presenten acciones derivadas en nombre de la empresa en algunas situaciones. El párrafo 3 establece, por lo tanto, que el resultado que se obtenga de cualquier acción derivada deberá ser para la empresa y no para el accionista. En ese caso, sería aconsejable que en la decisión se estableciera que la decisión resulta aplicable sin

art. 8.13; el TIB entre el Japón y Marruecos (2020), art. 20; el Acuerdo Integral de Asociación y Cooperación Económica (CECPA) entre la República de Mauricio y la República de la India (2021), art. 6.22; el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Paraguay (2021), art. 6.11; el Acuerdo de Libre Comercio entre Israel y la República de Corea (2021), art. 9.11; el TBI entre Bahrein y el Japón (2022), art. 25; el Acuerdo de Libre Comercio entre Nueva Zelandia y el Reino Unido (2022), art. 14.17.

¹⁸ Véase también A/CN.9/WG.III/ WP.182, pág. 9.

¹⁹ En relación con el concepto de buena fe en el derecho internacional de las inversiones, véase Emily Sipiorski, “Good Faith in International Investment Arbitration”, Oxford International Arbitration Series (febrero de 2019); en relación con la corrupción y la ilegalidad, véase George Martsekis, “Corruption as a Jurisdiction Bar in Investment Treaty Arbitration: A Strategic Reform”, que puede consultarse en www.itainreview.org/articles/Fall2019/corruption-as-a-jurisdiction-bar-in-investment-treaty-arbitration.html.

²⁰ El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las demandas de los accionistas y las pérdidas reflejas sobre la base del documento A/CN.9/WG.III/ WP.170 (véase el informe del 38º período de sesiones de octubre de 2020, A/CN.9/1044, párrs. 41 a 56). Véase también Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee y Giovanni Zarra, “Reforming shareholder claims in investor-state dispute settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, núm. 2, junio de 2023, págs. 242 a 258.

²¹ “Shareholder Claims for Reflective Loss in Investment State Dispute Settlement: A ‘Component-by-Component’ Approach to Reform Proposals”, Informal Discussion Paper, diciembre de 2021, que puede consultarse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/oecd_shareholder_claims_for_reflective_loss_in_i_sds_-_informal_discussion_paper_for_uncitral_wg_iii.pdf.

perjuicio de los derechos que las personas que no fueran partes litigantes (por ejemplo, los acreedores de los accionistas de la sociedad y los accionistas nacionales) pudieran tener con arreglo a la ley nacional aplicable, en cuanto a las medidas ordenadas en la decisión.

26. El Grupo de Trabajo podría considerar varias otras cuestiones relacionadas con las demandas de los accionistas por pérdidas reflejas, que se indican en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.170](#), y decidir si las abordará en el proyecto de disposiciones.

Disposición 11: Reconvenciones²²

27. En los AII celebrados recientemente se han incluido disposiciones que permiten expresamente que los Estados interpongan reconvenciones²³, lo que podría reducir la incertidumbre, promover la justicia y, en definitiva, asegurar que hubiera un equilibrio entre las partes litigantes que intervienen en procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Permitir que las reconvenciones se examinen junto con la demanda inicial también aumentaría la eficiencia procesal y tal vez evitaría que se sustanciaran procesos múltiples entre las mismas partes litigantes, en foros distintos.

28. Las normas procesales aplicables contemplan por regla general la posibilidad de que la parte demandada interponga una reconvención si concurren determinadas condiciones²⁴. La finalidad del párrafo 1 es ampliar el alcance de las reconvenciones que pueden presentarse, en particular mediante el apartado c), que permite que se interpongan reconvenciones basadas en el incumplimiento de las obligaciones del inversionista, independientemente de cualquier relación que pueda existir con la demanda en sí. Sin embargo, en el apartado no se enumeran ni se especifican esas obligaciones de los inversionistas, sino que se indica dónde podrían encontrarse. El Grupo de Trabajo podría considerar si desea elaborar una disposición basada en los AII celebrados recientemente que imponen determinadas obligaciones a los inversionistas²⁵.

29. El párrafo 2 asegura que las reconvenciones formuladas por los demandados de conformidad con el párrafo 1 quedan comprendidas en la competencia del tribunal arbitral ([A/CN.9/1044](#), párr. 61). Ello obedece a que las normas procesales suelen circunscribir las reconvenciones a aquellas respecto de las cuales tiene competencia el tribunal²⁶, y al hecho de que los tribunales arbitrales a menudo desestiman las reconvenciones fundándose en la falta de consentimiento del demandante²⁷.

²² En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que siguiera trabajando sobre el tema de las reconvenciones, poniendo énfasis en los aspectos procesales, y que preparara opciones para aclarar las condiciones que deberían darse para que pudiera presentarse una reconvención ([A/CN.9/1044](#), párrs. 61 y 62).

²³ Por ejemplo, el TIPAT, art. 9.19, párr. 2; el TBI entre Eslovaquia y el Irán (2016), art. 14, párr. 3; el TBI entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (2018), art. 28, párr. 4.

²⁴ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 21, párr. 3; Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 48; Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), art. 9, párr. 1, iii); y Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), art. 5.

²⁵ Véase el Código Panafricano de Inversiones (PAIC), arts. 21 a 24; el TBI entre la Argentina y Qatar (2016), arts. 11 y 12; el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016), arts. 18 y 24; el TBI Modelo de la India, art. 9 a 12; el Acuerdo de Inversión Revisado de la Zona Común de Inversión del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA) (2017), cuarta parte; la Plantilla del Tratado de Inversiones Bilaterales Modelo de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (Southern African Development Community (SADC) Model Bilateral Investment Treaty Template) (2012), tercera parte; el TBI Modelo de Marruecos, arts. 18 y 28.

²⁶ Véanse, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 21, párr. 3 (“siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas”), y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 48 (“siempre y cuando la demanda subordinada esté dentro del ámbito del consentimiento de las partes y de la jurisdicción del Centro”).

²⁷ Por ejemplo, *Spyridon Roussalis v. Romania*, caso del CIADI núm. ARB/06/1 (7 de diciembre de 2011), laudo, párrs. 859 a 877; *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan* (17 de diciembre de 2015), laudo, párrs. 906 a 959, y *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso del CIADI núm. ARB(AF)/12/15 (22 de agosto de 2016), laudo, párrs. 618 a 629.

Disposición 12: Derecho a regular²⁸

30. En su 43^{er} período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022, el Grupo de Trabajo señaló la cuestión de la parálisis normativa como cuestión sobre la que se debería seguir trabajando (véase [A/CN.9/1124](#), párr. 103). En esa ocasión se habían expresado opiniones en el sentido de que la interposición de demandas en casos de SCIE o la mera amenaza de que ello ocurriera, desalentaba a los Estados de adoptar medidas enérgicas orientadas a aplicar objetivos de política, por ejemplo, proteger los derechos humanos, económicos, sociales y ambientales de su población²⁹. La asimetría inherente al sistema de SCIE, los costos asociados con los procesos de SCIE y las elevadas indemnizaciones que otorgaban los tribunales también se mencionaron como elementos que socavaban las posibilidades de los Estados de regular ([A/CN.9/970](#), párr. 36). Al mismo tiempo, se destacó que era necesario que se llegara a un equilibrio entre la necesidad de proteger el derecho de los Estados a regular y la protección de las inversiones extranjeras³⁰.

31. Los Estados han adoptado distintos enfoques y una combinación de criterios para resolver la cuestión. Han incorporado el derecho a regular al preámbulo de los AII³¹, han excluido algunas medidas para que no sean objeto de SCIE o añadido cláusulas independientes sobre el derecho a regular o añadido cláusulas con la finalidad de salvaguardar el poder de policía de los Estados³². En la disposición 12 se señalan brevemente algunos de los criterios que podría examinar el Grupo de Trabajo. Por ejemplo, en el párrafo 3 se excluye la posibilidad de que se presenten demandas en razón de las medidas que adoptaran los Estados para proteger la salud pública, la seguridad pública, el medio ambiente y la diversidad cultural³³.

²⁸ Véase también [A/CN.9/964](#), párr. 111; [A/CN.9/935](#), párrs. 36, 97; [A/CN.9/970](#), párrs. 36, 37; [A/CN.9/1044](#), párr. 78. En relación con las cuestiones relacionadas con la definición del “derecho a regular”, véase Ted Gleason y Catharine Titi, “The Right to Regulate”, Academic Forum on ISDS, Concept Paper 2022/2, 20 de octubre de 2022, págs. 1 a 3. En relación con los distintos tipos de parálisis normativa, véase Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environment Law*, 7:2 (2018), págs. 229 a 250. En relación con la parálisis normativa vista desde el punto de vista de la ciencia política, véase Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Chester Brown y Kate Miles (eds), (CUP 2011), pág. 615.

²⁹ Véase la comunicación titulada “Mandatos del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo; del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales; de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo; y del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento” (7 de marzo de 2019), pág. 2, que puede consultarse en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24432>. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/public_-_ol_arm_07.03.19_1.2019_0.pdf

³⁰ Véase el documento [A/CN.9/WG.III/WP.214](#), párrs. 50 y 51.

³¹ Véase, por ejemplo, el preámbulo del CETA: “Reconociendo que las disposiciones del presente Acuerdo mantienen el derecho de las Partes a regular en su territorio, así como la flexibilidad de las Partes para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la promoción y la protección de la diversidad cultural”.

³² CETA, art. 8.9; TIPAT, art. 9.16; T-MEC, art. 14.16; Acuerdo Integral de Asociación Económica (CEPA) entre el Japón y el Reino Unido (2020), art. 16.2; Acuerdo de Asociación Económica (EPA) entre el Camerún y el Reino Unido (2021), art. 60; Acuerdo de Libre Comercio (FTA) entre la Alianza del Pacífico y Singapur (2022), art. 8.3; Acuerdo de Libre Comercio (FTA) entre Nueva Zelanda y el Reino Unido (2022), art. 14.1.

³³ Véase UNCTAD, “Investment Policy Framework for Sustainable Development” (IPFSD), 2015, pág. 103.

B. Sustanciación de las actuaciones

32. La forma en que se sustancian los procesos de solución de controversias tiene consecuencias en su duración y costo generales. Por lo tanto, se han elaborado disposiciones en los AII, y en los reglamentos, para simplificar el proceso y aumentar la eficiencia procesal. Las disposiciones que figuran en la sección B se basan en algunas de las reformas procesales que se han plasmado en los AII concertados recientemente y en las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 (que se modificaron como consecuencia del proceso de enmienda del Reglamento y de las Reglas del CIADI), así como en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el documento [A/CN.9/WG.III/WP.219](#). Como se señaló anteriormente (véase el párr. 5), el proyecto de disposiciones se ha preparado para que se aplique no solo a la sustanciación del arbitraje, sino, de una manera más general, a todos los tipos de procesos de solución de controversias que tengan por finalidad promover una mayor previsibilidad y claridad. Las disposiciones 17 y 18 contienen una referencia a los textos que fueron aprobados por la Comisión y aseguran su aplicación, dado que esos textos también tratan de la sustanciación del proceso.

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si resultaría adecuado trabajar sobre las disposiciones que se presentan a continuación, dado que existen reglamentos que regulan la sustanciación del proceso arbitral. Si bien las disposiciones del proyecto se han preparado para que complementen las disposiciones pertinentes de los AII y de los reglamentos de arbitraje, tal vez sea especialmente necesario tratar en la sección B la relación que existiría entre ambos tipos de disposiciones, dado que podrían superponerse. El Grupo de Trabajo podría también considerar si debería elaborarse un conjunto general de reglas sobre la sustanciación del proceso.

Disposición 13: Prueba

34. La disposición 13 trata de la práctica de la prueba durante el proceso. En el párrafo 1 se afirma que cada parte litigante tendrá la carga de probar los hechos en los que se base para fundamentar sus demandas (o contestaciones) o reconveniones³⁴, y en los demás párrafos se aclara en qué consiste la discrecionalidad del tribunal en cuanto al diligenciamiento de la prueba y su evaluación³⁵.

35. En el párrafo 2 se autoriza al tribunal a exigir a las partes litigantes en cualquier momento que presenten las pruebas en que pretendan basarse. Dada la gran cantidad de pruebas que aportan las partes litigantes en las controversias relativas a inversiones, también se autoriza al tribunal a decidir qué pruebas han de presentarse y en qué plazo.

36. En el párrafo 3 se establece como regla supletoria que las declaraciones de los testigos se presentarán por escrito y estarán firmadas por ellos. La presentación de una declaración testimonial por escrito tal vez haga innecesario que se tome declaración a un testigo, por ejemplo, si los hechos no son controvertidos³⁶. En el párrafo también se aclara que el tribunal tiene autoridad para elegir a los testigos que declararán en audiencias.

³⁴ El principio general que se aplica a la carga de la prueba deriva de la máxima *onus probandi actori incumbit*, que significa “quien afirma algo debe probarlo”. Sin embargo, el principio no es absoluto. Los tribunales de inversiones han sostenido que no se aplica a los “hechos evidentes o de conocimiento público” y que solo se aplica a las cuestiones de hecho y no a las cuestiones de derecho. Véanse, por ejemplo, *Venezuela US v. Venezuela*, (*Jurisdiction and liability*), Corte Permanente de Arbitraje (CPA), laudo parcial, 2021, o *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), fallo, 2012. Véanse también el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 27, párr. 1, y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 36, párr. 2. Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (“Reglas IBA”) también reflejan este principio al describir que las partes deben presentar todos los documentos que estén a su disposición en los que basen sus pretensiones.

³⁵ Véanse el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 27, párr. 4; las Reglas IBA, art. 9, párr. 1, y las Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 41, párr. 1.

³⁶ Véanse las *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*, párr. 88.

37. En el párrafo 5 se afirma que el tribunal tiene la facultad discrecional de no dar lugar a la sustanciación de un procedimiento en el que una de las partes litigantes solicite a la otra que presente documentos (“presentación de documentos”). En el párrafo 6 se tratan las consecuencias que tendrá el hecho de haber presentado la prueba tardíamente o de no haberla presentado³⁷.

Disposición 14: Bifurcación

38. La bifurcación se refiere a la separación del proceso en distintas etapas en que se abordan distintas cuestiones³⁸. Por ejemplo, las cuestiones de competencia pueden examinarse separadamente de las cuestiones relativas al fondo de la controversia y las cuestiones concernientes a la responsabilidad pueden tratarse separadamente del cálculo de los daños y perjuicios. En casos complejos, la bifurcación puede servir para que las partes litigantes y el tribunal se centren en las cuestiones de fondo primero para ahorrar dinero y tiempo y tal vez concertar un acuerdo sobre los daños y perjuicios u otras cuestiones puntuales.

39. La bifurcación puede otorgarse como consecuencia de la solicitud que haya formulado una de las partes litigantes (párr. 1) o por iniciativa del tribunal (párr. 6). En el párrafo 2 se establece que la parte litigante que formule la solicitud de bifurcación deberá hacerlo lo antes posible e indicar las cuestiones que han de examinarse en otra etapa. El Grupo de Trabajo tal vez quiera considerar si las cuestiones sobre competencia deberían quedar alcanzadas por la disposición 14, habida cuenta de que los reglamentos existentes ya se refieren a las cuestiones de competencia³⁹.

40. En el párrafo 3 figura una lista no taxativa de circunstancias que deberá examinar el tribunal al decidir si ordena la bifurcación. En particular, este debería tener en cuenta si la bifurcación aumentaría la eficiencia del proceso y reduciría su duración y costo totales.

41. En el párrafo 4 se prevé un plazo (por ejemplo, de 30 días) dentro del cual el tribunal deberá determinar si ordena o no la bifurcación; de ordenarla, suspenderá las actuaciones con respecto a las cuestiones que hayan de examinarse en una etapa posterior, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5.

Disposición 15: Acumulación de procesos

42. La acumulación de procesos se refiere a la fusión en un solo proceso de múltiples procesos que se han iniciado por separado. La acumulación de procesos podría reducir el tiempo y dinero que se requieren para tramitar procesos múltiples o paralelos, lo que puede resultar oneroso para las partes litigantes. También puede servir para que las decisiones de los tribunales sobre la misma medida o las mismas cuestiones sean coherentes entre sí⁴⁰. La acumulación de procesos está prevista en muchos AII⁴¹ y reglamentos⁴² recientes.

43. Aunque lo ideal sería acumular los procesos en que se examine una cuestión de hecho o de derecho que ambos procesos tengan en común o que surja de los mismos hechos o circunstancias, la disposición 15 se funda en el consentimiento que den las

³⁷ Véase el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 30, párr. 3.

³⁸ Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), reglas 42 y 44; esta última se refiere a las solicitudes de bifurcación relativas a las excepciones preliminares.

³⁹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 23, y Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), reglas 43 y 44.

⁴⁰ Hanno Wehland, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, párr. 4.10; Jonathan T. Fried, “Two Paradigms for the Rule of International Trade Law”, *Canada-United States Law Journal*, 1994, vol. 20, pág. 49.

⁴¹ Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea del Sur y Nueva Zelandia (2015), art. 10.29; CETA (2016), art. 8.43; Acuerdo de Libre Comercio entre la Argentina y Chile (2017), art. 8.31; TBI entre la Argentina y el Japón (2018), art. 28; el TIPAT, art. 9.28.

⁴² Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 46, párr. 2; Reglamento de la CCI, art. 10; Reglamento del Singapore International Arbitration Centre (SIAC), regla 7; Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), art. 22.1, apartado ix).

partes litigantes para la acumulación. Ello es así porque el tipo de proceso previsto en el acuerdo (o en el reglamento aplicable) tal vez sea bastante diferente del otro y no exista una institución administradora o una autoridad que pueda ordenar la acumulación.

44. Al decidir si acordarán la acumulación, las partes litigantes deberían tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, y entre ellas, las siguientes: i) si los procesos se refieren a las mismas cuestiones de hecho o de derecho o a cuestiones de hecho o de derecho que son similares; ii) si esas cuestiones derivan de un mismo hecho, y iii) si la acumulación serviría para lograr una solución justa y eficiente de las demandas, así como para lograr decisiones coherentes. En la acumulación se unen todos los aspectos del proceso que se desean acumular y se dicta una decisión única.

45. En el párrafo 3 se establece que las partes litigantes se pondrán de acuerdo sobre las condiciones que se propongan en relación con la acumulación de los procesos, entre las cuales podrán indicar qué tribunal entenderá en las actuaciones que se hayan acumulado (y cómo estará compuesto), así como el reglamento aplicable o el calendario procesal. Entre las condiciones deberían figurar también la terminación de los procesos que se desea acumular.

Disposición 16: Medidas provisionales

46. Las medidas cautelares o provisionales tienen por objeto preservar los derechos, tanto sustantivos como procesales, de las partes litigantes, mientras se espera la decisión final del tribunal sobre el fondo de la demanda. En el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y en la regla 47 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 figuran ejemplos de esas medidas; en esas disposiciones también se establece el procedimiento que debe utilizarse para solicitarlas y otorgarlas. En general, el tribunal otorga una medida cautelar o provisional a instancia de una parte litigante en cualquier momento del proceso. El Grupo de Trabajo podría considerar si sería necesario preparar una disposición detallada sobre medidas provisionales o cautelares teniendo en cuenta los reglamentos existentes.

Disposición 17: Código de conducta

47. En su 56º período de sesiones, celebrado en julio de 2023, la Comisión aprobó el Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Solución de Controversias relativas a Inversiones Internacionales y aprobó en principio el Código de Conducta de la CNUDMI para Jueces en la Solución de Controversias relativas a Inversiones Internacionales. La finalidad de ambos es promover la integridad de los procesos de SCIE y reducir los conflictos de intereses, que a menudo han dado lugar a críticas respecto de la legitimidad del sistema de SCIE. En el Código de Conducta para Árbitros se refuerza el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, se amplía la obligación de revelar información y se regula la práctica del ejercicio de dos funciones. En el Código de Conducta para Jueces figura un amplio conjunto de normas éticas para los miembros del mecanismo permanente que tal vez se establezca para resolver controversias relativas a inversiones.

48. Al aprobar los dos códigos, la Comisión recomendó que los Estados y otras partes interesadas que participaran en la negociación de instrumentos internacionales de inversión hicieran referencia a esos códigos según procediera⁴³. Por lo tanto, en la disposición 17 se incorporan los códigos de conducta a fin de proporcionar una herramienta para su aplicación y hacerlos vinculantes para los decisores que hayan sido nombrados para resolver las demandas presentadas de conformidad con las disposiciones 3 o 4.

⁴³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/78/17), párr. 90.*

Disposición 18: Transparencia

49. Las disposiciones sobre transparencia tratan la cuestión de en qué medida puede ponerse a disposición o compartirse públicamente información sobre el proceso, y sobre los documentos que se hayan presentado en él. La transparencia contribuye a que exista una percepción de justicia y fomenta la legitimidad del sistema de SCIE. También mejora la rendición de cuentas y promueve la buena gobernanza. Los AII celebrados recientemente contienen disposiciones sobre transparencia⁴⁴.

50. En su 46º período de sesiones, en julio de 2013, la Comisión aprobó el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento de Transparencia”)⁴⁵, un conjunto de normas procesales que tratan sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado y los hacen más accesibles a la sociedad. Dado que el Reglamento sobre la Transparencia se aplica a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de conformidad con los AII celebrados a partir del 1 de abril de 2014, la Comisión preparó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (la Convención de Mauricio sobre la Transparencia) para que los Estados partes pudieran dar su consentimiento a que el Reglamento sobre la Transparencia fuera aplicable a los AII celebrados antes del 1 de abril de 2014.

51. Así también, puede ser necesario promover la transparencia con respecto a todos los tipos de proceso de solución de controversias entablados de conformidad con las disposiciones 3 o 4. El Grupo de Trabajo podría considerar si el Reglamento sobre la Transparencia debería aplicarse a todos los procesos de ese tipo, con independencia de si el arbitraje se realiza en el marco de un tratado y de si se entabla en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La disposición 18 sugiere que se amplíe el ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia de modo que se aplique también a cualquier proceso de ese tipo. Otra posibilidad sería que el Grupo de Trabajo considerara la posibilidad de elaborar disposiciones separadas en que se trataran los distintos aspectos que se abordan en el Reglamento sobre la Transparencia, entre otros, la publicación de información al inicio del proceso, la publicación de documentos tales como órdenes, decisiones y laudos del tribunal, la participación de una parte contratante no litigante y de terceros, y las audiencias públicas⁴⁶. En ese caso, también habría que elaborar disposiciones que previeran excepciones a las normas sobre transparencia, principalmente en lo que respecta a la información confidencial y protegida.

Disposición 19: Desestimación temprana⁴⁷

52. Se ha considerado que la posibilidad de desestimar tempranamente las demandas que carezcan manifiestamente de fundamento es una herramienta importante para prevenir que se haga un uso abusivo del sistema de SCIE y garantizar un acceso efectivo

⁴⁴ Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea y Nueva Zelandia (2015), art. 10.27; TBI entre el Canadá y Guinea (2015), art. 31; Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y China (2015), art. 9.17; TBI entre Chile y Hong Kong (2015), art. 28; CETA (2016), art. 8.36; TBI entre Etiopía y Qatar (2017), art. 16; Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú (2018), art. 8.25; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), art. 3.16; T-MEC (2018), art. 14.D.8; TBI entre la India y Kirguistán (2019), art. 22; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), art. 3.4.6; TBI entre Hong Kong y México (2020), art. 25; TBI entre Georgia y el Japón (2021), art. 8; Acuerdo de Libre Comercio entre Israel y la República de Corea (2021), art. 9.24, y TBI entre Bahrein y el Japón (2022), art. 22.

⁴⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/68/17)*, cap. III y anexos I y II.

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), reglas 62 a 68.

⁴⁷ Durante su 43º período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022 (A/CN.9/1124, párrs. 107 a 119), el Grupo de Trabajo examinó una disposición sobre desestimación temprana que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/ WP.219 (párrs. 11 a 18). La Comisión, en su 56º período de sesiones, en julio de 2023, aprobó una nueva nota para que se añadiera a las *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral* acerca de la desestimación temprana y la determinación preliminar (A/78/17, anexo VII, que se publicará próximamente).

a la justicia en relación con otras demandas⁴⁸. El procedimiento de desestimación temprana permite desestimar las demandas manifiestamente infundadas en una etapa temprana del proceso, antes de que consuman innecesariamente los recursos de las partes litigantes.

53. La disposición 19 establece que el tribunal podrá desestimar una demanda, una reconvencción (véase la disposición 11), o partes de estas, que se determine carezcan manifiestamente de fundamento jurídico. El tribunal puede hacerlo a instancia de una parte litigante o por iniciativa propia.

54. En los párrafos 2 a 4 se establece el procedimiento que deben seguir las partes litigantes y el tribunal, se fijan plazos y se señala que la solicitud de desestimación temprana puede referirse tanto a la competencia del tribunal como a cuestiones de fondo.

55. En el párrafo 5 se establece la consecuencia que tendrá que el tribunal decida que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de fundamento jurídico y que se otorgará a la parte vencedora el derecho a percibir o ser reembolsada de las costas que fueran razonables y que fueran consecuencia del proceso de desestimación temprana (véase la disposición 25, párr. 4). En el párrafo 6 se aclara que incluso si una de las partes litigantes no hubiera vencido en el proceso de desestimación temprana, podrá alegar más tarde en el proceso que el tribunal es incompetente o que la demanda carece de fundamento jurídico.

Disposición 20: Garantía de pago de las costas⁴⁹

56. La garantía de pago de las costas podría proteger a los Estados demandados contra la imposibilidad del demandante, o su falta de voluntad, de pagar las costas y podría desalentar aún más la presentación de demandas infundadas⁵⁰.

57. En el párrafo 1 se dispone que únicamente se ordenará que se proporcione una garantía de pago de las costas si lo solicita una parte litigante. La garantía de pago de las costas puede exigirse a la parte que presente la demanda o a la parte que interponga la reconvencción. En el párrafo 2 se explica cómo debería hacer la parte litigante para formular la solicitud al tribunal; esa solicitud debería presentarse lo antes posible. En el párrafo 3 se explica cómo deberá proceder el tribunal y se indica el plazo dentro del cual el tribunal deberá ordenar que se proporcione la garantía de pago de las costas (por ejemplo, 30 días contados a partir de la última presentación que hubieran hecho las partes litigantes). El tribunal deberá tener en cuenta las opiniones expresadas por las demás partes litigantes.

⁴⁸ Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 41. Además, en el acuerdo de principio sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (el “Acuerdo de Modernización”) se incluye una nueva disposición sobre demandas infundadas. Para asegurar la eficiencia de los procesos arbitrales y reducir el costo de litigar, se establecen mecanismos a los siguientes efectos: i) desestimar las demandas que carezcan manifiestamente de fundamento jurídico como cuestión sustantiva o de competencia al inicio del proceso y ii) desestimar rápidamente las demandas infundadas como cuestión de derecho sobre el fondo de la controversia. En el acuerdo de principio se prevé una disposición especial sobre la desestimación de las demandas que se interpongan como consecuencia de la reestructuración de las inversiones con la única finalidad de presentar una demanda con arreglo a ese tratado.

⁴⁹ En su 43^{er} período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022, el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo de examinar las disposiciones sobre la garantía de pago de las costas que figuraban en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.219](#) (párrs. 19 a 31), en el que se recogían las deliberaciones que había mantenido el Grupo de Trabajo en su 39^o período de sesiones ([A/CN.9/1044](#), párrs. 64 y 74 a 77). La disposición 20 se basa en gran medida en el texto del documento [A/CN.9/WG.III/WP.219](#).

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 53. Además, en el Acuerdo de Modernización se incluye ahora una nueva disposición que ofrece a una parte contratante la posibilidad de solicitar a un demandante que deposite una garantía para asegurar el pago de las costas en determinados casos, como cuando se corra el riesgo de no poder hacer frente a una decisión adversa sobre las costas.

58. En el párrafo 4 figura una lista no taxativa de circunstancias que habrá de considerar el tribunal, entre las que figura la existencia de financiación por terceros (véase la disposición 21). En el párrafo 5 se establece que el tribunal deberá especificar las condiciones que deberán cumplirse al proporcionarse la garantía de pago de las costas y se fijará un plazo dentro del cual deberá cumplirse la orden. El párrafo 6 se refiere a la posibilidad de que la parte litigante incumpla la orden, lo que puede dar lugar a la suspensión o terminación del proceso (véase la disposición 22).

59. En el párrafo 7 se obliga a las partes litigantes a revelar todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que hayan llevado al tribunal a ordenar que se proporcione una garantía de pago de las costas y en el párrafo 8 se otorga discrecionalidad al tribunal para modificar o revocar la orden de garantía de pago de las costas que hubiera dictado.

Disposición 21: Financiación por terceros⁵¹

60. Revelar que se utilizará financiación aportada por terceros es una forma de evitar conflictos de intereses y aumentar la transparencia. Por lo tanto, varios AII y reglamentos de arbitraje recientes han incluido normas sobre la comunicación de información relativa a la financiación aportada por terceros⁵². Además, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 11, párrafo 2 a) iv), del Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros y el artículo 9, párrafo 3, a) iv), del Código de Conducta de la CNUDMI para Jueces, sería necesario que un árbitro o un juez tuvieran información sobre todos los terceros que aporten financiación.

61. En la disposición 21 se adopta un enfoque permisivo respecto de la financiación por terceros; se exige a las partes litigantes que revelen la existencia de esa financiación y la información pertinente, y se limita esa financiación en determinadas circunstancias. Por consiguiente, en el párrafo 1 se proporciona una definición amplia de financiación por terceros para garantizar la adecuada comunicación de información, lo que permitiría detectar conflictos de intereses.

62. Los párrafos 2 a 5 tratan de la obligación de proporcionar información. Si bien la parte litigante que recibe financiación de terceros está obligada a proporcionar, de conformidad con el párrafo 2, un mínimo de información básica, el párrafo 3 otorga al tribunal la facultad discrecional de solicitar más información a fin de atender a algunas de las inquietudes que se han expresado respecto de la financiación por terceros. El tribunal puede utilizar esa información para establecer más condiciones (por ejemplo, puede exigir a la parte litigante que confirme que el tercero financiador acepta pagar las costas que le imponga el tribunal a esa parte litigante o que confirme que el representante legal fue nombrado por la parte litigante y no por el tercero financiador).

⁵¹ El Grupo de Trabajo examinó el tema de la financiación por terceros en sus períodos de sesiones 37° y 38°, celebrados en abril y octubre de 2019 respectivamente, y llegó a la conclusión de que sería conveniente que se trabajara en el marco jurídico relativo a la financiación por terceros de la SCIE en vista de su impacto en los procesos de SCIE y el sistema de SCIE en su conjunto. Se analizaron posibles opciones de reforma y se solicitó a la secretaría que preparara un proyecto de disposiciones sobre la financiación por terceros (A/CN.9/970, párrs. 17 a 25; A/CN.9/1004, párrs. 80 a 94 y 97). En su 43^{er} período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposiciones sobre financiación por terceros que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.219 y escuchó una propuesta sobre el posible camino a seguir (A/CN.9/1124, párrs. 125 a 143). Aunque el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo de estudiar el camino a seguir propuesto, la disposición 21 se ha elaborado basándose en gran medida en esa propuesta.

⁵² Véanse las Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 14, y el Reglamento de la CCI, art. 11, párr. 7. Además, en el Acuerdo de Modernización se prevé una nueva disposición que obliga a ambas partes litigantes a comunicar información sobre el tercero que financie las costas procesales. La financiación por terceros se define como: "... toda financiación facilitada por una persona física o jurídica que no sea parte en la controversia, para financiar, directa o indirectamente, la participación en un proceso arbitral, ya sea como demandante o demandado, de conformidad con el artículo 26, párrafo 4, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o mediante un acuerdo a cambio de una retribución que dependa del resultado de la controversia".

63. En el párrafo 6 se establece que el tribunal podrá limitar la financiación por terceros en las circunstancias excepcionales que se enumeran en él. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de adoptar ese criterio y, en ese caso, decidir las circunstancias o los tipos de financiación que se enumerarían en el párrafo (por ejemplo, el caso de que una parte litigante hubiera proporcionado información falsa u ocultado información en relación con la financiación por terceros).

64. En los párrafos 7 y 8 se establecen las medidas que puede adoptar el tribunal cuando una parte litigante incumple su obligación de revelar información o cuando la parte litigante recibe financiación que no está permitida, como se estipula en algunos AII celebrados recientemente⁵³.

Disposición 22: Suspensión y conclusión del proceso

65. Una forma de asegurar la eficacia procesal es suspender el proceso o ponerle fin bajo determinadas condiciones. La disposición 22 tiene por objeto aclarar las situaciones en las que el tribunal puede suspender el proceso o darlo por concluido (dejar de sustanciarlo).

66. En el párrafo 1 se establece que el tribunal suspenderá o dará por concluido el proceso cuando lo soliciten conjuntamente las partes litigantes. Por ejemplo, si se inicia una mediación cuando el arbitraje todavía se encuentra en curso, las partes podrían comunicar conjuntamente al tribunal esa circunstancia y solicitar la suspensión del proceso arbitral (véanse las Disposiciones Modelo sobre Mediación, disposición 3). En el párrafo 2 se otorga al tribunal la facultad discrecional de suspender el proceso por iniciativa propia o si así lo solicita una parte litigante, pero solo tras haber consultado a las partes litigantes.

67. Al ordenar la suspensión del proceso, el tribunal especificará el período de suspensión (que podrá prorrogarse) y las demás condiciones que deban cumplirse. Durante la suspensión, se dejan en suspenso también otros plazos del reglamento aplicable, que se prorrogan consiguientemente.

68. En el párrafo 5 se aclara que el tribunal goza de la facultad discrecional para dar por concluido el proceso a solicitud de una parte litigante, a menos que la otra parte presente una objeción dentro del plazo que fije el tribunal. Si la otra parte litigante se opusiera a ello, el proceso seguirá su curso.

69. La finalidad del párrafo 6 es abordar las situaciones en que una parte litigante no ha realizado las diligencias necesarias en el proceso y ello causa demoras. En esos casos, el tribunal podrá ordenarle que la lleve a cabo dentro de un plazo determinado (por ejemplo, 30 días), tras lo cual el tribunal podrá ordenar la conclusión del proceso, si se considera innecesario que este siga adelante (párr. 7).

C. Decisiones del tribunal

70. En las disposiciones de la sección C se abordan cuestiones relativas a la decisión final del tribunal, que puede ser un laudo, si lo dicta un tribunal arbitral, o una sentencia, si la dicta un mecanismo permanente. La disposición 23 trata del cálculo de los daños y perjuicios y la determinación de la indemnización que se otorgue; la disposición 24 se refiere al plazo dentro del cual el tribunal deberá dictar la decisión final y la disposición 25 trata de la asignación de las costas.

⁵³ Véanse el Acuerdo de Asociación Económica Integral (CEPA) entre Indonesia y Australia (2019), art. 14.32, párr. 3; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam, art. 3.37, párr. 3; el Reglamento de Arbitraje Internacional de Inversión de la CIETAC (2017), art. 27, párr. 3, y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Argentina y Chile, art. 8.27, párr. 2.

71. El Grupo de Trabajo tal vez quiera considerar otros dos aspectos que podrían abordarse en las disposiciones en relación con la decisión del tribunal. Uno de esos aspectos tiene que ver con la ley aplicable⁵⁴ y el otro con el control de las partes litigantes sobre la interpretación del acuerdo. En los AII celebrados recientemente se han incluido disposiciones sobre ambas cuestiones⁵⁵.

Disposición 23: Cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización⁵⁶

72. En el párrafo 1 se establece que el tribunal solo podrá otorgar una indemnización pecuniaria o la restitución de bienes. En el párrafo 1 a), al igual que en el párrafo 2, se establece que el tribunal podrá otorgar intereses, que podrán ser tanto anteriores como posteriores al laudo, y se dispone además que esos intereses serán “simples” y no “compuestos” y que se fijarán a un tipo de interés razonable. En el apartado b) se establece que en caso de expropiación y cuando se ordene la restitución de bienes, el tribunal deberá indicar la indemnización que habrá de pagarse en vez de restituir los bienes, y que esa indemnización deberá ser equivalente al valor normal de mercado de los bienes. En varios AII y acuerdos modelo regionales se prevé una indemnización “justa y adecuada”⁵⁷, que no es lo mismo que el “valor normal de mercado”. El Estado demandado podría elegir entre la restitución de los bienes o el pago de una indemnización pecuniaria.

⁵⁴ El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece en su artículo 35 que “[e]l tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio”. El Convenio del CIADI, en su artículo 42, párrafo 1, establece lo siguiente: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el art. 8.31 del CETA (Derecho aplicable e interpretación), que reza así:

- “1. Al comunicar su decisión, el tribunal creado con arreglo a la presente sección aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes.
2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.
3. En caso de que surjan problemas graves sobre cuestiones de interpretación que puedan afectar a las inversiones, el Comité de Servicios e Inversión podrá, de conformidad con el artículo 8.44.3.a), recomendar al Comité Mixto del CETA que adopte interpretaciones del presente Acuerdo. Toda interpretación que haya sido adoptada por el Comité Mixto del CETA será vinculante ante el tribunal establecido con arreglo a la presente sección. El Comité Mixto del CETA podrá decidir que una interpretación tenga efecto vinculante a partir de una fecha determinada”.

⁵⁶ En su 43^{er} período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022, el Grupo de Trabajo debatió la cuestión del cálculo de los daños y perjuicios y la determinación de la indemnización sobre la base del documento [A/CN.9/WG.III/WP.220](#). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que redactara un texto con proyectos de disposiciones y directrices que pudieran dar respuesta a las inquietudes suscitadas en relación con los daños y perjuicios y la indemnización en cuanto a la corrección y la concordancia de los laudos y los costos y la duración del proceso (véase [A/CN.9/1124](#), párr. 100). La secretaría se ha puesto en contacto con expertos para pedirles sus observaciones sobre el proyecto de disposiciones y para preparar las directrices solicitadas por el Grupo de Trabajo.

⁵⁷ Véanse el TBI modelo de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC), el Acuerdo de la Zona Común de Inversión del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA) y el Código Panafricano de Inversiones.

73. En el párrafo 3 se abordan la causalidad y las circunstancias que ha de tener en cuenta el tribunal para estimar la indemnización. En el párrafo 4 se establecen las condiciones que deben darse para que el tribunal pueda fundarse en los flujos de caja que se prevean para el futuro a efectos de calcular la indemnización pecuniaria. La finalidad es atender a las inquietudes que suscita el carácter especulativo que tienen las suposiciones en que se basa ese cálculo, en particular, la utilización del método del flujo de efectivo descontado (DCF)⁵⁸.

74. Los párrafos 5 y 6 abordan la participación de los peritos nombrados por el tribunal o por las partes litigantes para el cálculo de los daños y perjuicios.

75. En el párrafo 7 se prohíbe expresamente la imposición de sanciones pecuniarias punitivas, en consonancia con los AII que se han celebrado recientemente⁵⁹. A fin de atender a las inquietudes que se han planteado en relación con la posibilidad de que se fijen indemnizaciones de montos demasiado elevados, en el párrafo 8 se pone un límite a la indemnización, límite que equivale a la suma efectivamente invertida por el inversionista, es decir, a su gasto real ajustado por inflación⁶⁰.

76. El párrafo 9 trata de las reclamaciones excesivas y autoriza al tribunal a tener en cuenta esa circunstancia al asignar las costas del proceso⁶¹. El Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si en el párrafo 9 debería establecerse un límite, por ejemplo, en el caso de que el monto de los daños y perjuicios reclamados por el demandante excediera en un determinado porcentaje el monto probado en el proceso, y la forma en que la diferencia entre ambos montos podría reflejarse en la asignación de las costas⁶².

Disposición 24: Plazo para dictar la decisión final

77. La disposición 24 tiene por finalidad atender a las inquietudes que se han expresado respecto del costo y la duración de los procesos de SCIE, al solicitar al tribunal que dirija el proceso con puntualidad y eficiencia y que fije un plazo dentro del cual debe tomarse una decisión final. Para ello, el tribunal debe dar a las partes litigantes indicaciones sobre la organización del proceso y explicar la forma en que se propone proceder.

78. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál sería el plazo adecuado para dictar la decisión final, que podría variar según el caso. Quizás podría considerar también cuándo debería comenzar a correr el plazo, como se sugiere en el párrafo 2. En el párrafo 3 se contempla la posibilidad de que el plazo se prorrogue, decisión que se deja en gran medida en manos del tribunal.

⁵⁸ Véase A/CN.9/WG.III/WP.220, párrs. 29 a 32.

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, el TIPAT, art. 9.29, párr. 6; el CETA, art. 8.39, párr. 4; el T-MEC, art. 14.D.13, párr. 6. Además, en el Acuerdo de Modernización figura una nueva disposición, en que se aclara que un laudo arbitral puede ordenar el pago de una indemnización pecuniaria o la restitución de bienes, en caso de una expropiación. Las indemnizaciones pecuniarias se limitan a la pérdida sufrida por un inversionista y no pueden incluir sanciones pecuniarias punitivas.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, el TIPAT, art. 9.29, párr. 4.

⁶¹ Véase A/CN.9/WG.III/WP.220, párrs. 70 a 73.

⁶² Véase, por ejemplo, el Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Colombia (2017), art. [##], indemnizaciones monetarias, pág. 21. Véase también, Jonathan Bonnitcha, Sarah Brewin, "Compensation Under Investment Treaties", IISD Best Practices Series (noviembre de 2020), que puede consultarse en www.iisd.org/system/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf, pág. 25.

Disposición 25: Asignación de las costas⁶³

79. En el párrafo 1 se establece la norma supletoria según la cual la parte vencida debería hacerse cargo íntegra o parcialmente de las costas del proceso (“quien pierde paga”)⁶⁴. Una norma alternativa consistiría en que cada parte litigante se hiciera cargo de los gastos jurídicos que hubiera tenido en relación con el proceso y de su parte proporcional de las costas. La disposición 25 no define el sentido ni el alcance de “costas”, cuestión que se deja librada a lo que determine el reglamento aplicable. En el párrafo 2 se establece que el tribunal podrá distribuir las costas cuando considere que ello es razonable, y se enumeran los factores que el tribunal deberá tener en cuenta al realizar esa distribución⁶⁵. El tribunal también considerará si el monto de la indemnización pecuniaria reclamada por el demandante excede considerablemente el monto otorgado por el tribunal de conformidad con lo previsto en la disposición 23, párrafo 9.

80. El párrafo 3 refleja la opinión de que los gastos relacionados con la financiación por terceros no deberían asignarse como costas del proceso y, por tanto, no deberían ser reembolsables (A/CN.9/1004, párr. 93). A pesar de ello, se otorga discrecionalidad al tribunal para que decida otra cosa. En el párrafo 4 se aclara que la norma supletoria del párrafo 1 se aplica al procedimiento de desestimación temprana sobre el que trata la disposición 19. Esto quiere decir que, si la parte que formula la solicitud no tiene éxito, debería hacerse cargo de las costas relacionadas con la presentación de dicha solicitud. En el párrafo 5 se dispone que no es necesario que el tribunal espere hasta la decisión final para asignar las costas, y que puede dictar una decisión provisional sobre las costas a solicitud de una parte litigante o por iniciativa propia.

81. Como se señala en el párrafo 6, el tribunal debería velar por que las decisiones que dicte sobre las costas estén motivadas y formen parte de la decisión final. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que se está estudiando, en el contexto del proyecto de disposiciones sobre el funcionamiento de un mecanismo de apelación, si esa decisión debería ser apelable.

⁶³ En el 36º período de sesiones, celebrado en octubre de 2018, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que era conveniente elaborar propuestas de reforma para dar respuesta a las inquietudes relativas a la asignación de las costas por los tribunales arbitrales en casos de SCIE (véase A/CN.9/964, párrs. 124 a 127). El Grupo de Trabajo examinó cuestiones relacionadas con las repercusiones que tenían la conducta de las partes y la financiación por terceros en la asignación de las costas. Además, se mencionó la dificultad que planteaba el hecho de asignar las costas en proporción al éxito que hubieran tenido las partes litigantes. El Grupo de Trabajo examinó la disposición sobre la asignación de las costas (A/CN.9/WG.III/WP.219, párrs. 32 a 43) durante su 43er período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022 (A/CN.9/1124, párrs. 120 a 124).

⁶⁴ Véanse el CETA, art. 8.39, párr. 5, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), art. 3.21, párr. 1, que establece lo siguiente: “El tribunal dictaminará que las costas del procedimiento sean soportadas por la parte perdedora en la diferencia”.

⁶⁵ Véanse las *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral* (párr. 48), en que se establece lo siguiente: “Al asignar las costas, el tribunal arbitral también puede tener en cuenta determinadas conductas de las partes, a saber: a) el incumplimiento de las órdenes procesales que dicte el tribunal arbitral, o b) la falta de razonabilidad de las solicitudes que hayan presentado (por ejemplo, peticiones de documentos o solicitudes de medidas procesales e interrogatorios), en cuanto hayan repercutido efectivamente de un modo directo en el costo del arbitraje y siempre que, a juicio del tribunal arbitral, hayan demorado u obstruido innecesariamente las actuaciones”.