



Asamblea General

Distr. limitada
2 de octubre de 2019
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)
38º período de sesiones
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019**

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

Comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 30 de septiembre de 2019 de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú con miras al 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. En el anexo figura la traducción al español de la comunicación original recibida en inglés.



Anexo

Propuesta de elaboración de un enfoque basado en un “abanico” de opciones para la reforma del sistema de SCIE

En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III convino en seguir un proceso en tres pasos para ejecutar la tercera etapa de su mandato (la elaboración de posibles opciones de reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE))¹. Para el primer paso, se invitó a las delegaciones a que presentaran otras propuestas de reforma a la secretaría de la CNUDMI para que el Grupo de Trabajo las estudiara en su 38º período de sesiones. La siguiente propuesta ahonda en el enfoque basado en un “abanico” de opciones esbozado en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), en el que se destacó la importancia de ofrecer una solución que permitiera “un máximo de flexibilidad para elaborar una gama de soluciones pertinentes, posiblemente de distinta índole, que los Estados Miembros puedan adoptar, si así lo desean, según sus necesidades e intereses particulares, incluidos los de los países en desarrollo”². Como también se señaló en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), es necesario que los enfoques sean flexibles dadas las diferentes necesidades de los países:

“A pesar de que el Grupo de Trabajo ha establecido una amplia lista de inquietudes, ello no significa necesariamente que todos los Estados se hayan planteado todas ellas. Por lo tanto, debería preverse un máximo de flexibilidad a fin de elaborar una gama de soluciones pertinentes para que los Estados puedan elegir y adoptar la mejor solución en función de sus necesidades e intereses particulares. Este enfoque también permitiría que los Estados internalizaran y adoptaran cualquier tipo de solución a nivel nacional y garantizaran su eficacia aplicando distintas modalidades en lugar de un enfoque rígido que podría obstaculizar o impedir la puesta en práctica de esas soluciones en el plano nacional”³.

Un aspecto clave de este enfoque basado en un “abanico” de opciones es que permite explorar cada una de las herramientas de reforma independientemente, cualquiera sea la forma en que finalmente se configuren⁴, con el fin de responder de manera óptima a las inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo. Como se pone de manifiesto en el apéndice, los países, si bien pueden aplicar enfoques esencialmente diferentes con respecto a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, pueden tener una misma idea acerca de los tipos de disposiciones de procedimiento que pueden contribuir a dar respuesta a algunas de las inquietudes detectadas hasta la fecha por el Grupo de Trabajo⁵.

¹ Véase el informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones ([A/CN.9/970](#)).

² Comunicación de Chile, Israel y el Japón, [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), pág. 3.

³ *Id.*, pág. 4, nota 6. La importancia de aplicar un enfoque flexible se ha subrayado en varias propuestas presentadas al Grupo de Trabajo hasta la fecha, entre ellas las propuestas de Colombia (véase [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), párr. 5), Costa Rica, (véanse [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), párr. 5, y [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), párr. 8) y Corea (véase [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), pág. 2).

⁴ Por ejemplo, en la comunicación de Tailandia se habla de un enfoque basado en “cimientos”, según el cual todas las soluciones de reforma deberían ser lo suficientemente adaptables como para que puedan combinarse con la labor que se realice en el futuro. Véase la comunicación de Tailandia, [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), párr. 10.

⁵ Obsérvese que esta clase de disposiciones también es común a muchos otros acuerdos modernos; el cuadro que figura en el apéndice solo tiene por objeto mostrar que los distintos enfoques tienen elementos en común y no pretende dar a entender que estos son los únicos acuerdos que pueden servir de base para evaluar los elementos comunes.

Algunas de esas disposiciones ya se han recogido en acuerdos internacionales y han sido aplicadas e interpretadas por tribunales arbitrales. A título ilustrativo, resulta útil examinar ejemplos concretos de la utilización que se ha hecho de algunas de esas disposiciones en controversias recientes:

- **Desestimación de las demandas infundadas:** Las disposiciones que permiten la desestimación temprana de demandas infundadas han facultado claramente a los tribunales arbitrales a desestimar las demandas carentes de fundamento jurídico en una etapa preliminar del proceso arbitral, lo que permite evitar gastos superfluos y la dilatación innecesaria de las actuaciones⁶.
- **Utilización de presentaciones de partes no contendientes sobre la interpretación del tratado:** Las presentaciones efectuadas por Estados partes no contendientes en el marco de acuerdos internacionales de inversión que hayan celebrado constituyen un mecanismo práctico para lograr que los tribunales que entienden en casos de SCIE, al interpretar dichos acuerdos, reflejen correctamente la intención que tuvo la parte al negociar el acuerdo internacional de inversión de que se trate. Algunos tribunales arbitrales han avalado la función que pueden desempeñar esas presentaciones en cuanto a establecer la “práctica ulteriormente seguida”⁷ y otros han basado expresamente la interpretación de las disposiciones del acuerdo internacional de inversión respectivo en las presentaciones de partes no contendientes⁸.

⁶ Algunos tribunales arbitrales han interpretado que las disposiciones relativas al examen acelerado tienen la clara finalidad de evitar, y no reproducir, las consecuencias de un juicio en términos de tiempo y costos. *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, caso núm. ARB/09/12 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), decisión sobre las excepciones preliminares interpuestas por la demandada con arreglo al artículo 10.20, párrafos 4 y 5, del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 2 de agosto de 2010, párr. 112; véase también *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, caso CIADI núm. ARB/16/34, decisión sobre las excepciones sustanciadas por el procedimiento acelerado, 13 de diciembre de 2017, párr. 97 (en la que se sostuvo que el artículo 10.20, párrafo 4, del Tratado de Promoción Comercial entre Panamá y los Estados Unidos estaba concebido para permitir que un tribunal arbitral desestimara en una etapa temprana las demandas que manifiestamente estuviesen condenadas a no prosperar, a fin de ahorrar tiempo y dinero). En cambio, en el marco de acuerdos anteriores en los que no se preveía el examen acelerado, los tribunales arbitrales no estaban facultados para pronunciarse sobre las excepciones preliminares, resolviendo, por ejemplo, que estas debían desestimarse por “carecer de fundamento jurídico”. Véase, por ejemplo, *Methanex Corp. v. United States of America*, Tratado de Libre Comercio de América del Norte/Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (TLCAN/CNUDMI), laudo parcial, 7 de agosto de 2002, párrs. 109 y 126. Finalmente, tras un litigio sobre la competencia y el fondo del asunto que duró tres años, el tribunal arbitral desestimó todas las excepciones de incompetencia interpuestas por el demandante. Véase *Methanex Corp. v. United States of America*, TLCAN/CNUDMI, laudo definitivo del tribunal sobre la competencia y el fondo, parte VI, 3 de agosto de 2005. Véanse también, por ejemplo, la regla 41, párr. 5, de las Reglas de Arbitraje del CIADI; el art. 2, párr. 7, del acuerdo entre México y la Unión Europea (sección relativa a la solución de controversias en materia de inversiones), y el art. 9.29, párr. 4, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT).

⁷ Véanse, por ejemplo, *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, caso CIADI núm. ARB/15/6, decisión sobre la competencia y la admisibilidad, 13 de julio de 2018, párrs. 158 y 160 (en la que se tomó nota de las posturas de las tres partes en el TLCAN con respecto al plazo de prescripción establecido en el tratado y se reconoció que, de conformidad con el art. 31, párr. 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, había que otorgar un peso considerable a esa práctica ulteriormente seguida), y *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, caso de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) núm. 2009-04, laudo sobre daños y perjuicios, 10 de enero de 2019, párr. 379 (en el que se sostuvo que, al interpretar las disposiciones del TLCAN, se podía tener en cuenta la práctica seguida sistemáticamente por los Estados partes en ese tratado, conforme a la cual distinguían claramente entre la aplicación del artículo 1116 y la del artículo 1117 en las comunicaciones que remitían a los tribunales constituidos de conformidad con el capítulo XI. Por tanto, la práctica ulteriormente seguida por los Estados partes en el TLCAN era favorable a acoger la postura del demandado respecto de esta cuestión).

⁸ Véanse, por ejemplo, *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, caso CIADI núm. ARB/16/34, decisión sobre las excepciones sustanciadas

- **Limitaciones a la legitimación para reclamar pérdidas reflejas:** En el caso de los acuerdos internacionales de inversión que permiten entablar una demanda en nombre de la sociedad de inversión, las disposiciones que limitan las reclamaciones que pueden presentar los accionistas a las pérdidas directas únicamente, o a las pérdidas indirectas ocasionadas a las empresas subsidiarias de las que esos accionistas tengan la propiedad o el control, han logrado mermar las posibilidades de que se dicten varias decisiones discordantes y se sigan procesos innecesarios y redundantes y han contribuido a que se dicten decisiones correctas con respecto al reconocimiento de los daños y perjuicios⁹.
- **Limitaciones a la posibilidad de invocar un tratado que resulte más ventajoso (treaty shopping):** Las disposiciones relativas a la “denegación de beneficios” o a los niveles mínimos exigidos de actividad comercial pueden ser un medio muy eficaz de impedir que inversionistas que solo tengan empresas ficticias invoquen un tratado que resulte más ventajoso (*treaty shopping*) como fundamento de una inversión con arreglo al tratado en cuestión¹⁰.
- **Disposiciones sobre la renuncia de derechos:** Las disposiciones que obligan a los demandantes a renunciar a su derecho de entablar o continuar litigios en otros foros han limitado la presentación de demandas paralelas al amparo de diversos acuerdos internacionales de inversión vigentes, contribuyendo a que las demandas se incoen en el foro adecuado; además, han evitado que se dicten decisiones discordantes sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas de un Estado, que se incurra doblemente en gastos innecesarios y que se dilaten los procesos¹¹.

por el procedimiento acelerado, 13 de diciembre de 2017, párr. 302 (en la que se citó la segunda presentación efectuada por los Estados Unidos como parte no contendiente acerca de la interpretación del significado de la expresión “actividades comerciales sustanciales”, que figuraba en la disposición relativa a la denegación de beneficios dentro del capítulo “Inversión” del Tratado de Promoción Comercial entre Panamá y los Estados Unidos), y *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, caso CIADI núm. ARB/09/12, decisión sobre las excepciones de competencia interpuestas por la demandada, 1 de junio de 2012, párr. 4.85 (en la que se citaron y acogieron favorablemente los fundamentos expuestos en las presentaciones efectuadas por los Estados Unidos y Costa Rica como partes no contendientes con respecto al momento en que debía invocarse la disposición relativa a la denegación de beneficios contenida en el capítulo “Inversión” del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos). Véase también, por ejemplo, el art. 9.25, párr. 2, del TIPAT.

⁹ Véase, por ejemplo, *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, caso CPA núm. 2009-04, laudo sobre daños y perjuicios, 10 de enero de 2019 (por el que se limitaron los daños y perjuicios del inversionista a las pérdidas directas sufridas y se excluyeron las pérdidas indirectas ocasionadas a su empresa subsidiaria).

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, caso CIADI núm. ARB/09/12, decisión sobre las excepciones de competencia interpuestas por la demandada, 1 de junio de 2012, párr. 4.92 (por la que se desestimaron las alegaciones de incompetencia formuladas por el demandante, que este había fundado en la denegación por El Salvador de los beneficios previstos en el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos). Véanse también, por ejemplo, el art. 9.15, párrs. 1 y 2, del TIPAT y el tratado bilateral de inversión (TBI) entre Israel y el Japón, art. 1 e), apartado ii) (definición de “empresa de una parte contratante”).

¹¹ Los tribunales arbitrales han interpretado el incumplimiento de la obligación de renuncia de modo tal que se evite causar perjuicios a los Estados y, así, han entendido que existe incumplimiento cuando, por ejemplo, se inician acciones para obtener ventajas en la negociación o para abrumar a los Estados con procesos múltiples, ya sean incoados en paralelo o de forma secuencial. Véase, por ejemplo, *The Renco Group Inc c. la República del Perú*, CNUDMI, laudo parcial, 15 de julio de 2016, párr. 87. Véase también *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2, laudo, 2 de junio de 2000, párrs. 27 y 31 (por el que se desestimó la demanda presentada al amparo del TLCAN porque el demandante había formulado una renuncia insuficiente y condicional y se observó que las acciones paralelas iniciadas ante un foro nacional y al amparo del TLCAN no podían “continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN”). Algunos tribunales arbitrales también han rechazado interpretaciones excesivamente estrictas de la obligación formal de renuncia de los derechos. Véase, por ejemplo, *International Thunderbird Gaming c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo, CNUDMI *ad hoc*, 26 de enero de 2006, párrs. 117 y 118. Véase también, por ejemplo, el TBI entre Israel y el Japón (2017), art. 24, párrafo 8 b).

Otras soluciones comunes en la práctica convencional moderna, como la elaboración de códigos de ética para los árbitros¹², son relativamente recientes, pero pueden ayudar a informar la labor relacionada con la conducta y las cualificaciones de los árbitros¹³. Existen otros muchos ejemplos de disposiciones que ya se han elaborado e incorporado a la práctica convencional de muchos Estados y esas innovaciones pueden orientar la labor futura del Grupo de Trabajo en relación con muchas otras cuestiones que suscitan inquietud.

Ahora bien, las disposiciones de los tratados modernos no son la única fuente en la que pueden inspirarse las posibles soluciones que se conciban. Al formularlas también se podría tener en cuenta la labor de algunas organizaciones internacionales pertinentes, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁴. A título de ejemplo, en la última propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI se incorporaron disposiciones que responden a algunas de las preguntas planteadas en el Grupo de Trabajo III¹⁵.

Una vez formuladas por el Grupo de Trabajo como posibles opciones de reforma, esas disposiciones, y cualquier otra herramienta de reforma que se concibiera, podrían ser aprobadas por la Comisión para que los Estados pudieran utilizarlas de múltiples maneras. Por ejemplo, los Estados podrían incluir una o varias de las disposiciones propuestas en los futuros acuerdos que negocien, teniendo en cuenta sus propias inquietudes e intereses políticos y normativos. Otra alternativa sería incorporar esas disposiciones modernizadas, o bien todas juntas o en la combinación que prefieran los Estados, a los acuerdos preexistentes denominados “de primera generación”, que carecen de algunas de estas innovaciones en materia de procedimiento o de todas ellas. Esa incorporación podría hacerse de diversas maneras, por ejemplo, mediante un proceso de enmienda de los tratados similar al previsto en 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”)¹⁶, o utilizando el mecanismo establecido en la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de

¹² Véase, por ejemplo, el art. 9.22, párr. 6, del TIPAT.

¹³ Véase [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), anexo II (donde se cita el código de conducta como ejemplo de inquietud compartida respecto de la cual ya se estaría en condiciones de proponer soluciones de reforma).

¹⁴ Observamos que en otras propuestas ya se hizo hincapié en la necesidad de incorporar efectivamente a las deliberaciones del Grupo de Trabajo los análisis de otras organizaciones y el resultado del proceso de enmienda de las reglas del CIADI (véanse la comunicación de Tailandia, [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), párr. 9, y la comunicación de Costa Rica, [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), párrs. 11 y 12). Asimismo, respaldamos la propuesta de Costa Rica de llevar adelante un proceso abierto e inclusivo que tenga en cuenta las contribuciones de la sociedad civil, el Foro Académico y el Grupo de Profesionales (véase la comunicación de Costa Rica, [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), párr. 15).

¹⁵ Entre los temas que se solapan cabe mencionar la necesidad de dar a conocer a los terceros que aportan financiación para tomar medidas en caso de posibles conflictos de intereses de los árbitros; la importancia de facultar debidamente a los tribunales arbitrales para que exijan garantías de cobro de las costas; la incorporación de disposiciones que prevean las presentaciones de partes no contendientes y fijen plazos determinados para dictar decisiones y laudos, así como la propuesta de elaborar un nuevo reglamento de mediación para el arbitraje entre inversionistas y Estados y mejorar las reglas relativas a la conciliación. Asimismo, el CIADI y la CNUDMI ya colaboran en la formulación de un código de conducta que podría aplicarse en ambos foros.

¹⁶ Según este proceso, los Estados que ratifican la Convención de Mauricio se obligan a aplicar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado a los arbitrajes que se inicien a partir de ese momento en virtud de cualquiera de los tratados anteriores en que sean parte y que designen a los efectos de ese proceso de enmienda cuando adopten la Convención. Se podrían aprobar otras disposiciones de un modo similar.

Beneficios, denominada también en inglés “Multilateral Instrument” o “MLI”, de la OCDE para tratar cuestiones relacionadas con la elusión fiscal¹⁷.

En vista de que muchas de las inquietudes recogidas por el Grupo de Trabajo se han manifestado en relación con los acuerdos de primera generación que carecen de esas innovaciones posteriores, un método que permitiera incorporar esas disposiciones a los tratados vigentes desprovistos de ellas podría ser de gran utilidad para encontrar soluciones a algunas de las inquietudes detectadas hasta la fecha. Al poner en práctica esta propuesta, los Estados no tienen por qué adoptar un enfoque único, sino que pueden tomar como referencia disposiciones vigentes que ya han sido interpretadas, sin necesidad de exigir que todas las reformas sean aceptadas antes de poder aplicar alguna de ellas en particular. Así, cada Estado seguiría teniendo flexibilidad para adaptar la solución a sus necesidades y preferencias normativas, en el contexto de sus relaciones bilaterales y los diversos acuerdos en que sean partes.

A continuación, se describen en forma de lista los temas que se han considerado posibles opciones para responder a determinadas inquietudes. En dicha lista, las inquietudes detectadas anteriormente por el Grupo de Trabajo y recogidas en una nota muy útil de la secretaría de la CNUDMI (véase A/CN.9/WG.III/WP.149) se han clasificado en categorías amplias. En ocasiones, un tema concreto puede dar respuesta a más de una inquietud. En aras de la integridad de la lista, esos temas figuran varias veces, según corresponda.

Conviene aclarar que la lista que figura a continuación no pretende ser exhaustiva ni incluir todas y cada una de las disposiciones modernas pertinentes que podrían ser de utilidad para reformar el actual sistema de SCIE. Quedará a criterio del Grupo de Trabajo pronunciarse sobre la conveniencia de adoptar una lista de temas cuando examine esta propuesta; la lista siguiente es tan solo un punto de partida para encontrar posibles elementos comunes en los que se podría empezar a trabajar para formular soluciones de reforma específicas. Observamos que algunas de las herramientas incluidas en esta lista ya se han mencionado en otras propuestas, lo que indica que existe un número importante de elementos comunes que deberían explorarse como medio de avanzar en el proceso de reforma¹⁸.

Las delegaciones firmantes desean hacer hincapié en que la presentación de esta propuesta se entiende sin perjuicio de que se evalúen, examinen y adopten las propuestas presentadas por otros Estados Miembros en el marco del Grupo de Trabajo o las soluciones que emanen de las deliberaciones mantenidas a lo largo del proceso de reforma.

¹⁷ Véase la comunicación del Gobierno de Colombia, [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), en la que Colombia subrayó la importancia de “implementar con flexibilidad y progresividad las medidas que atiendan las preocupaciones ya identificadas por el Grupo de Trabajo”. Según datos de la OCDE, el MLI ya es aplicable en más de 85 jurisdicciones. Además, como se destaca en la propuesta [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), a diferencia de la Convención de Mauricio, el MLI no exige que todas sus disposiciones tengan que escogerse en su integridad sino disposición por disposición, permitiendo la progresividad. En su propuesta, Colombia también hizo referencia expresa al documento [A/CN.9/WG.III/WP.163](#) (véanse los párrs. 19 a 23), lo que confirma que el enfoque basado en un “abanico” de opciones es compatible con la propuesta del MLI. Si bien el MLI puede ser una herramienta útil, habría que tener en cuenta las diferencias intrínsecas que existen entre los acuerdos internacionales de inversión y los tratados fiscales. Véase también la comunicación del Ecuador, [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), párrs. 27 a 32, en la que se propuso la adopción de un tratado multilateral y se hizo referencia a la Convención de Mauricio y el criterio del MLI como posibles vías para reformar el procedimiento.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, el anexo I de la comunicación de Costa Rica, [A/CN.9/WG.III/WP.164](#) (en el que figura una “lista indicativa de soluciones, por categoría de inquietud”); el anexo II de la comunicación de Costa Rica, [A/CN.9/WG.III/WP.178](#) (en el que se hizo referencia a muchas de las disposiciones que se enumeran posteriormente, como las interpretaciones conjuntas, la presentación de observaciones por partes en el tratado que no sean partes litigantes, los mecanismos para hacer frente a los problemas que plantean los procesos paralelos y limitar las demandas presentadas por distintas entidades que forman parte de la misma estructura societaria, el código de conducta para árbitros y la mejora y el control de las recusaciones de árbitros); la comunicación de Turquía, [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), págs. 2 y 3, y la comunicación de Marruecos, [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), párr. 9.

Descripción de las categorías más importantes de disposiciones relativas al procedimiento que figuran en los acuerdos internacionales de inversión vigentes

Inquietudes relacionadas con los árbitros y los decisores

- *Código de conducta o incorporación de las normas de ética vigentes*: El objetivo de estas disposiciones es formular normas que definan la independencia y la imparcialidad de los árbitros. En algunas de ellas se establecen criterios sobre las cualificaciones de los decisores y, en otras, se dictan normas relativas al ejercicio de dos funciones.
- *Normas que limiten o prohíban el ejercicio de dos funciones*: Estas disposiciones varían, pero están pensadas para determinar las circunstancias en que un árbitro no puede ejercer de abogado en otro arbitraje o un abogado no puede desempeñarse como árbitro. Algunas fijan un período posterior al ejercicio de la función de árbitro o abogado durante el cual la persona no puede desempeñar la otra función; otras prohíben que los árbitros y abogados ejerzan simultáneamente la otra función.
- *Normas que establecen un criterio común para recusar a los árbitros*: Estas disposiciones pueden contribuir a que se imponga a los árbitros la obligación de abstenerse cuando una de las partes litigantes cuestione debidamente su independencia o imparcialidad.
- *Exigencia de que los árbitros tengan conocimientos especializados sobre determinada clase de demandas*: Estas disposiciones tienen por objeto exigir que cualquier persona que sea nombrada árbitro en una controversia determinada cuente con conocimientos especializados sobre la materia objeto del litigio. Suelen aplicarse a las controversias en las que intervienen sectores sumamente regulados, como el de los servicios financieros, si bien no se plantean exclusivamente en relación con esos sectores.
- *Designación de una autoridad nominadora independiente (en particular, la que nombra a la presidencia del tribunal)*: Estas disposiciones están pensadas para facilitar el nombramiento de árbitros cuando no hay acuerdo entre las partes o cuando una parte litigante no puede elegir un árbitro o prefiere que una autoridad imparcial nombre a los árbitros que van a conocer de una controversia determinada. Si bien pueden ser menos relevantes en el arbitraje institucional, estas disposiciones pueden resultar de gran utilidad cuando los inversionistas inician un proceso arbitral *ad hoc*.
- *Divulgación de la financiación aportada por terceros*: El objetivo de estas disposiciones es exigir a las partes litigantes que revelen la identidad de los terceros que aportan financiación a fin de evitar posibles conflictos de intereses indeterminados y detectar los problemas que podrían suscitarse en relación con la disponibilidad de garantías de cobro de las costas¹⁹.

Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos

- *Fomento de la mediación, la conciliación y otros mecanismos para evitar el arbitraje en materia de inversiones*: Estas disposiciones están pensadas para alentar a las partes litigantes a que, antes de someter su controversia a arbitraje, busquen una solución que las favorezca por igual y les permita ahorrarse los gastos y el tiempo que implica un proceso arbitral²⁰.

¹⁹ Véase la nota de la Secretaría titulada “Financiación por terceros – Posibles soluciones”, [A/CN.9/WG.III/WP.172](#), párr. 27 (en que se señala que la obligación de comunicación puede abarcar tanto la existencia de financiación por terceros como la identidad del tercero que aporta financiación, incluida la identidad del tercero que aporta en última instancia la financiación).

²⁰ Otros Estados, como el Brasil, han destacado la importancia de la prevención de las controversias como una herramienta que puede no solo atraer y mantener las inversiones, sino también resolver

- *Desestimación de las demandas infundadas*: Estas disposiciones tienen por objeto desalentar las demandas infundadas y evitar los gastos y el tiempo que implica exponer por escrito y oralmente, en una etapa temprana del proceso arbitral, todos los argumentos de una demanda que podría carecer de fundamentos de hecho o de derecho.
- *Examen acelerado de las excepciones preliminares*: Estas disposiciones están concebidas para aclarar que un decisor está facultado, si lo solicita una parte litigante, para aislar y resolver una reclamación en una etapa temprana del proceso, especialmente si con ello puede poner fin a toda la controversia y, de ese modo, evitar los gastos que implicaría examinar el fondo del asunto.
- *Establecimiento de plazos de prescripción para el ejercicio de acciones con arreglo a un tratado*: El objetivo de estas disposiciones es evitar que los demandantes inicien acciones ya prescritas y que las partes tengan que revisar en profundidad documentos más antiguos y localizar a personas que ya no guardan relación alguna con el asunto, reduciendo así los gastos que conllevan el ejercicio y la defensa de una acción.
- *Renuncia de las empresas matrices y subsidiarias a presentar nuevas demandas al amparo de un tratado distinto una vez que se haya presentado una demanda*: Estas disposiciones tienen por objeto reducir los gastos, evitando que el demandante-inversionista y la entidad que lo controla o su subsidiaria inicien varios procesos para zanjar la misma controversia.
- *Acumulación voluntaria de demandas similares presentadas al amparo de un mismo tratado por partes distintas*: La finalidad de estas disposiciones es evitar la duplicación de gastos que se produce cuando diferentes demandantes formulan reclamaciones similares contra el mismo Estado anfitrión.
- *Limitación de la legitimación para reclamar pérdidas reflejas*: El objetivo de estas disposiciones es garantizar que, en el caso de los acuerdos internacionales de inversión que permiten entablar una demanda en nombre de la sociedad de inversión, únicamente los inversionistas que tengan la propiedad o el control de una sociedad de inversión constituida en el lugar de la controversia puedan reclamar las pérdidas sufridas por la sociedad, es decir, están concebidas para impedir que los accionistas, especialmente los accionistas minoritarios, puedan reclamar las pérdidas indirectas. Estas disposiciones tienen por objeto evitar la doble recuperación de pérdidas y la existencia de reclamaciones múltiples derivadas de los mismos hechos.
- *Directrices para la presentación de documentos a fin de evitar los denominados "tanteos de terreno"*: Estas disposiciones están pensadas para fijar límites razonables, incluso en cuanto al número de páginas, a la cantidad de documentación que una parte litigante puede pedir que se presente, a fin de reducir los gastos vinculados a las solicitudes de documentos y evitar los retrasos que puede ocasionar la presentación de documentos innecesarios (por ejemplo, *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*).

rápida­mente las quejas de los inversionistas. Véase la comunicación del Gobierno del Brasil, [A/CN.9/WG.III/WP.171](#). Si bien no nos adherimos necesariamente al Modelo de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones descrito por el Brasil, alentamos al Grupo de Trabajo a que reflexione acerca de los tipos de mecanismos que pueden evitar con eficacia y eficiencia la proliferación de arbitrajes internacionales en materia de inversiones. En tal sentido, convendría tener en cuenta el principio de "prevenir en vez de litigar" defendido por Tailandia; el énfasis que pone Corea en la prevención de las controversias, y no en la regulación *a posteriori*; la mención que hace Sudáfrica de las políticas de prevención de controversias y de la solución de controversias por vías alternativas, y las observaciones de China con respecto a la utilización de medidas alternativas de solución de controversias y procedimientos de consulta antes del arbitraje. Véanse la comunicación de Tailandia, [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), párr. 11; la comunicación de Corea, [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), pág. 5; la comunicación de Sudáfrica, [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), pág. 8 y párrs. 104 y 109, y la comunicación de China, [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), págs. 5 y 6.

- *Obligación de celebrar el arbitraje en un Estado signatario de la Convención de Nueva York, a menos que las partes acuerden otra cosa*: Al garantizar que un laudo sea ejecutable con arreglo a una norma internacional de gran aceptación, estas disposiciones contribuyen a evitar la incertidumbre, los gastos y las demoras que implica la ejecución de laudos dictados en arbitrajes sustanciados con arreglo al Convenio del CIADI, en los que la elección de la sede es mucho más amplia.
- *Obligación de los tribunales y las partes de actuar en forma eficiente y rápida*: Estas disposiciones están concebidas para alentar a los decisores a gestionar los casos con eficacia y eficiencia, evitando gastos y retrasos innecesarios para las partes litigantes.
- *Regulación de la facultad del tribunal para otorgar medidas cautelares*: Estas disposiciones tienen por objeto regular la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares: en ocasiones prohíben a los tribunales arbitrales que obliguen al Estado anfitrión a abstenerse de adoptar una medida de regulación determinada y, al mismo tiempo, los facultan para ordenar a las partes litigantes que conserven los elementos de prueba o para adoptar medidas que protejan su competencia.
- *Exigencia de que se faculte expresamente al tribunal para imponer el pago de costas y honorarios de abogados*: Estas disposiciones están concebidas para disuadir a las partes de aducir argumentos injustificados o carentes de mérito y para que se reembolsen a la parte a favor de la cual se falle los gastos en que haya incurrido durante el proceso.
- *Suspensión automática de las demandas abandonadas*: El objetivo de estas disposiciones es evitar que un Estado anfitrión tenga que seguir destinando recursos al seguimiento de una reclamación que el demandante haya desistido de llevar adelante.
- *Exigencia de que los demandantes nombren a un árbitro al presentar una demanda*: Estas disposiciones están concebidas para evitar demoras y gastos adicionales en la selección y constitución del tribunal arbitral.
- *Plazos para designar a otros árbitros y disposiciones que alienten a las partes a designar a la persona que vaya a presidir el tribunal*: Estas disposiciones tienen por objeto evitar demoras y gastos adicionales en la constitución del tribunal arbitral. Si bien pueden ser menos relevantes en el arbitraje institucional, pueden resultar de gran utilidad cuando los inversionistas inician un arbitraje *ad hoc*.

Inquietudes relacionadas con la falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en casos de SCIE

- *Renuncia a la posibilidad de proseguir demandas pendientes o presentar nuevas demandas una vez que esas demandas se hayan sometido a arbitraje (es decir, no hay "vuelta atrás")*: Estas disposiciones están pensadas para impedir que se sustancien simultáneamente en distintos foros procesos paralelos que versen sobre la misma obligación convencional sustantiva, mientras que en algunos casos permiten que la parte litigante formule su pretensión en primer lugar ante los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado anfitrión.
- *Renuncia de las empresas matrices y subsidiarias a presentar nuevas demandas al amparo de un tratado distinto una vez que se haya presentado una demanda*: Estas disposiciones tienen por objeto impedir que diferentes entidades que sean de propiedad del demandante o estén bajo su control, o entidades que sean propietarias o tengan el control del demandante, presenten reclamaciones múltiples, al amparo de distintos tratados, para impugnar las mismas medidas de un Estado anfitrión.

- *Acumulación voluntaria de demandas similares presentadas al amparo de un mismo tratado por partes distintas*: Estas disposiciones están pensadas para que las partes litigantes puedan solicitar que se sometan a un único tribunal arbitral los casos que se basen en la misma obligación convencional y en los mismos hechos o circunstancias. Además de reducir los gastos y la duración de los procesos, estas disposiciones pueden evitar determinadas situaciones que pueden plantearse cuando varios tribunales llegan a conclusiones diferentes tras examinar reclamaciones similares presentadas por distintos demandantes.
- *Exigencia de que los árbitros tengan conocimientos especializados sobre determinada clase de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)*: Estas disposiciones tienen por objeto garantizar que los árbitros puedan resolver un asunto de manera apropiada y, por tanto, de manera coherente y concordante, en los casos en que se requieran conocimientos especializados, como en los sectores sumamente regulados que inciden en cuestiones de orden público.
- *Presentaciones de partes no contendientes acerca de la interpretación de los tratados*: El objetivo de estas disposiciones es establecer un mecanismo que permita que una parte no contendiente efectúe una presentación, a fin de informar a los decisores de las opiniones de esa parte sobre la interpretación de las disposiciones del tratado en cuestión que son objeto de la controversia.
- *Otras presentaciones de terceros (no limitadas a las cuestiones de interpretación de los tratados)*: Estas disposiciones están concebidas para que, si se cumplen determinados criterios, los tribunales arbitrales puedan recibir la información que terceros afectados por la controversia pudieran tener sobre ámbitos muy especializados o sobre hechos conocidos por esos terceros u otras cuestiones de interés.
- *Interpretaciones vinculantes de las disposiciones de los tratados realizadas conjuntamente por las partes*: Estas disposiciones tienen por objeto permitir que los Estados partes en un tratado aclaren la interpretación de una disposición determinada y pidan a los tribunales arbitrales que apliquen o tengan en cuenta esa interpretación en los casos en que esa disposición entre en juego.
- *Peritos designados por el tribunal*: Estas disposiciones están concebidas para que, si se cumplen determinados criterios, los tribunales arbitrales puedan solicitar dictámenes periciales sobre cuestiones fácticas de importancia crítica, que les permitan comprender mejor los hechos expuestos por las partes litigantes y faciliten su toma de decisiones en ámbitos en que se requieran conocimientos especializados.
- *Publicación de los alegatos, laudos y demás documentos de los casos relacionadas con la interpretación de los tratados*: Estas disposiciones permiten que las partes en futuras controversias entiendan y conozcan los argumentos aducidos anteriormente por las partes litigantes, así como la decisión adoptada y los fundamentos alegados por los decisores anteriores en el marco del mismo tratado. Así pues, con sujeción a determinados criterios y excepciones (por ejemplo, en el caso de la información confidencial), estas disposiciones pueden promover la concordancia y la corrección porque ponen de manifiesto la forma en que los Estados partes en un tratado interpretan una disposición determinada.

- *Limitación de la legitimación para reclamar pérdidas reflejas*: El objetivo de estas disposiciones es garantizar que, en el caso de los acuerdos internacionales de inversión que permiten entablar una demanda en nombre de la sociedad de inversión, únicamente los inversionistas que tengan la propiedad o el control de una sociedad de inversión constituida en el lugar de la controversia puedan reclamar las pérdidas sufridas por la sociedad. Esto significa que, cuando los accionistas, especialmente los accionistas minoritarios, presenten reclamaciones por pérdidas indirectas, toda suma que el decisor ordene pagar estará destinada al inversionista, no a los accionistas. Estas disposiciones tienen por objeto evitar que múltiples decisores dicten decisiones discordantes en relación con los mismos hechos.
- *Limitaciones a la posibilidad de invocar un tratado que resulte más ventajoso* (“*treaty shopping*”): Estas disposiciones pretenden evitar que los nacionales de terceros Estados se beneficien del tratado, por ejemplo mediante el uso de empresas ficticias. Asimismo, pueden ser un medio eficaz de impedir que se invoque indebidamente un tratado más ventajoso (*treaty shopping*).

Apéndice

(Nota: Los tratados que se mencionan a continuación se seleccionaron únicamente con fines ilustrativos; se pueden utilizar diversos acuerdos internacionales de inversión que tengan en cuenta las inquietudes pertinentes como base para elaborar opciones de reforma.)

MEDIDA DE REFORMA	TIPAT	TLC UE-MEX	T-MEC
<i>Inquietudes relacionadas con los árbitros y los decisores</i>			
Código de conducta/normas de ética	X	X	X
Normas que limiten o prohíban el ejercicio de dos funciones		X	X
Exigencia de que los árbitros tengan conocimientos especializados sobre determinada clase de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)	X	X	X
Normas sobre recusación de árbitros basadas en tratados específicos		X	
Autoridad nominadora independiente (en particular, la que nombra a la presidencia del tribunal)	X		X
Divulgación de la financiación aportada por terceros		X	
<i>Inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos</i>			
Fomento de la mediación, la conciliación y otros mecanismos para evitar las controversias formales	X	X	X
Desestimación de las demandas infundadas	X	X	X
Examen acelerado de las excepciones preliminares	X	X	X
Prescripción aplicable al ejercicio de acciones	X	X	X
Renuncia de las empresas matrices y subsidiarias a presentar nuevas demandas al amparo de un tratado distinto una vez que se haya presentado una demanda	X (sub)	X (sub)	X
Acumulación voluntaria de demandas similares presentadas al amparo de un mismo tratado por partes distintas	X	X	X
Obligación de celebrar el arbitraje en un Estado signatario de la Convención de Nueva York, a menos que las partes acuerden otra cosa	X		X
Obligación de los tribunales y de las partes de esforzarse por actuar de manera eficiente y rápida			X
Regulación de la facultad del tribunal para otorgar medidas cautelares	X	X	X
Exigencia de que se faculte expresamente al tribunal para imponer el pago de costas y honorarios de abogados	X	X	X
Suspensión de las demandas abandonadas		X	X
Exigencia de que los demandantes nombren a un árbitro al presentar una demanda	X		X
Plazos para la designación de otros árbitros, incluido el presidente	X		X
<i>Inquietudes relacionadas con la falta de concordancia, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en casos de SCIE</i>			
Renuncia a la posibilidad de proseguir demandas pendientes o presentar nuevas demandas en otros foros de solución de controversias una vez que esas demandas se hayan sometido a arbitraje	X	X	X
Renuncia de las empresas matrices y subsidiarias a presentar nuevas demandas al amparo de un tratado distinto una vez que se haya presentado una demanda	X (sub)	X (sub)	X
Acumulación voluntaria de demandas similares presentadas al amparo de un mismo tratado por partes distintas	X	X	X
Exigencia de que los árbitros tengan conocimientos especializados sobre determinada clase de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)	X	X	X
Presentaciones de partes no contendientes acerca de la interpretación de los tratados	X	X	X
Otras presentaciones de terceros (no limitadas a cuestiones de interpretación de los tratados)	X	X	X
Interpretaciones vinculantes de las disposiciones de los tratados realizadas conjuntamente por las partes	X	X	X

MEDIDA DE REFORMA	TIPAT	TLC UE-MEX	T-MEC
Peritos designados por el tribunal	X	X	X
Publicación de los alegatos, laudos y demás documentos de los casos relacionados con la interpretación de los tratados	X	X	X
Limitaciones a la posibilidad de invocar un tratado que resulte más ventajoso ("treaty shopping")	X	X	X