



Asamblea General

Distr. limitada
22 de julio de 2022
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)**
43^{er} período de sesiones
Viena, 5 a 16 de septiembre de 2022

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

Instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE	3
A. Posible estructura del instrumento multilateral	3
B. Coherencia y flexibilidad	4
C. Ámbito de aplicación y relación con los tratados vigentes	8
D. Ejemplo ilustrativo de una posible estructura	13



I. Introducción

1. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2020, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que comenzara una labor preparatoria sobre los medios para aplicar las opciones de reforma (denominados “elementos de la reforma” en la presente nota) y que, en ese contexto, preparara un documento sobre un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE (en adelante, el “instrumento multilateral”) (A/CN.9/1004, párrs. 101 y 104). En consecuencia, en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en 2020, se presentó un documento en el que se exponían las cuestiones fundamentales que resultaban pertinentes para la elaboración del instrumento multilateral (A/CN.9/WG.III/WP.194).
2. En ese período de sesiones se dijo que el instrumento multilateral debería establecer un marco para la aplicación de múltiples elementos de la reforma, y que un enfoque coherente y flexible con respecto a los diferentes elementos permitiría a los Estados partes decidir si adoptarían o no los elementos pertinentes de la reforma y en qué medida (A/CN.9/1044, párr. 105).
3. Además, se indicó que el instrumento multilateral debería reunir las características siguientes: i) dar respuesta a las inquietudes señaladas (en particular en lo relativo a la concordancia y la coherencia) y promover la seguridad jurídica en el contexto de la SCIE; ii) establecer un marco flexible dentro del cual los Estados pudieran escoger los elementos de la reforma, entre ellos el mecanismo de SCIE y las herramientas procesales pertinentes, dando cabida asimismo a los cambios que pudieran producirse en el futuro en el ámbito de la SCIE; iii) dar flexibilidad temporal para que los Estados partes pudieran participar de manera continuada; iv) permitir la participación más amplia posible de Estados a fin de lograr una reforma general del sistema de SCIE, y v) adoptar un enfoque integral con respecto a la reforma del sistema de SCIE en el que se estableciera claramente el objetivo de lograr el desarrollo sostenible mediante inversiones internacionales (A/CN.9/1044, párr. 106).
4. En vista de la necesidad de analizar minuciosamente la forma del instrumento multilateral, así como sus consecuencias jurídicas para el régimen vigente en materia de SCIE, se expresó apoyo a que se siguiera trabajando en el instrumento multilateral, incluso entre períodos de sesiones con las delegaciones interesadas en participar en esa labor (A/CN.9/1044, párr. 111).
5. Desde el 39º período de sesiones, que tuvo lugar en 2020, se celebraron dos reuniones oficiosas sobre el tema¹. La Secretaría también pidió ayuda a la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, así como a especialistas en derecho internacional público y derecho convencional, a los que invitó a aportar sus opiniones sobre el documento A/CN.9/WG.III/WP.194 y a señalar las cuestiones que convendría estudiar más a fondo².

¹ Las reuniones oficiosas sobre el tema se celebraron los días 9 y 10 de diciembre de 2021 la primera y el 10 de junio de 2022 la segunda. En las siguientes direcciones de Internet se puede consultar el resumen de cada una de esas reuniones:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/summary_informal_meetings_6-10_december_final.pdf y https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wg_iii_-_summary_informal_meetings_7-10_june_2022_final.pdf.

² La Secretaría desea expresar su agradecimiento a la Sra. Danae Azaria (University College de Londres, Facultad de Derecho), al Sr. Duncan Hollis (Universidad de Temple, Facultad de Derecho Beasley), al Sr. Jan Klabbbers (Universidad de Helsinki, Facultad de Derecho), al Sr. Makane Mbengue (Universidad de Ginebra, Facultad de Derecho) y a la Sra. Malgosia Fitzmaurice (Universidad Queen Mary de Londres, Facultad de Derecho) por sus comentarios y aportaciones. A la Secretaría le complacería recibir más aportaciones de otros especialistas en derecho internacional público y derecho convencional interesados.

6. Según el plan de trabajo (A/CN.9/1054, anexo I), se prevé que el Grupo de Trabajo dé instrucciones a la Secretaría con respecto al instrumento multilateral en el período de sesiones en curso. Por lo tanto, la presente nota complementa el documento A/CN.9/WG.III/WP.194 y plantea una serie de cuestiones para que sean examinadas por el Grupo de Trabajo con el fin de obtener orientación sobre la labor que debe realizar la Secretaría en relación con el tema. También contiene un ejemplo ilustrativo de la forma en que se podría estructurar el instrumento multilateral.

II. Instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE

A. Posible estructura del instrumento multilateral

7. Como ya se mencionó, se ha pedido que en el instrumento multilateral se adopte un enfoque coherente y flexible respecto de los distintos elementos de la reforma (véase el párr. 2 *supra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la forma en que debería estructurarse el instrumento multilateral para mantener un equilibrio entre la coherencia de la reforma del sistema de SCIE y la flexibilidad que debe ofrecerse a los Estados partes en dicho instrumento.

Convención marco con protocolos

8. Una de las posibles estructuras del instrumento multilateral podría ser la de una convención marco acompañada de uno o varios protocolos. Una convención marco es un tratado jurídicamente vinculante que establece los objetivos, los principios básicos, la estructura institucional o de gobernanza y compromisos amplios de sus Estados partes, mientras que los aspectos específicos se prevén en protocolos más detallados. Los protocolos pueden funcionar como tratados independientes y pueden desempeñar varias funciones³. Esa estructura puede ofrecer flexibilidad, ya que un Estado puede ser parte en la convención marco sin ser parte en sus protocolos⁴.

9. Un ejemplo de esta estructura es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992, junto con el Protocolo de Kioto de 1997 y el Acuerdo de París de 2015, en los que se establecen normas y objetivos más concretos⁵. Otros ejemplos destacados de convenios marco son el Convenio de Viena

³ Los protocolos pueden modificar tratados anteriores. Por ejemplo, el Protocolo de 1972 modificó la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 fue modificado por un Protocolo de 1947. Los protocolos también pueden complementar tratados vigentes. Por ejemplo, en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 1989, se reglamenta de manera más detallada la obligación general de proteger la capa de ozono establecida en el Convenio de Viena de 1985. Los protocolos pueden sustituir compromisos asumidos en tratados anteriores y también pueden incluir disposiciones sobre reservas, declaraciones de inclusión o de exclusión, procedimientos de modificación o requisitos para la entrada en vigor diferentes a las del convenio o convención marco. Por ejemplo, en un protocolo se podrían indicar los tratados anteriores o vigentes que el nuevo instrumento pretende sustituir o modificar.

⁴ También es posible que un Estado pase a ser parte en un protocolo aunque no sea parte en el convenio o convención marco. Por ejemplo, hay dos protocolos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1990 que permiten a los Estados partes adherirse a ellos aunque no sean partes en la Convención (véanse el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2171 UNTS 227), y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2173 UNTS 222)). Sin embargo, la mayoría de los convenios o convenciones marco no permiten que los Estados se adhieran a los protocolos si no son partes en el respectivo convenio o convención marco.

⁵ Por ejemplo, en el Protocolo de Kioto los países industrializados y los países con economías en transición se comprometen a limitar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con objetivos individuales acordados, mientras que en el Acuerdo de París se establecen obligaciones más estrictas en lo que respecta a combatir el cambio climático.

para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 y el Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Convenio de Ciudad del Cabo).

10. Si bien los protocolos pueden ser un medio conveniente de introducir reformas en el sistema de SCIE y de dar a los Estados la posibilidad de consentir en su aplicación, podría ser necesario establecer algunas salvaguardias para garantizar la coherencia del régimen de SCIE. Ello se debe a que una convención marco con varios protocolos, cada uno de ellos con distintos Estados partes, podría dar lugar a una mayor fragmentación y plantear dificultades, sobre todo cuando las reformas previstas en esos instrumentos sean aplicables también a los acuerdos de inversión vigentes en los que participan esos Estados partes.

Convención única con anexos

11. Otra estructura que podría tener el instrumento multilateral sería la de una convención única con uno o varios anexos. Al igual que los protocolos, los anexos podrían contemplar diferentes aspectos relacionados con la convención, entre ellos las obligaciones sustantivas y la estructura institucional. Cuando un Estado pasara a ser parte en la convención, tendría la posibilidad de determinar si quedará o no obligado por las disposiciones de los anexos.

12. A modo de ejemplo, en el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (Convenio MARPOL) se establecen las obligaciones más importantes de las partes en el convenio principal, mientras que las obligaciones más específicas figuran en los seis anexos técnicos, dos de los cuales son obligatorios para todos los Estados partes⁶. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) tiene nueve anexos, de los cuales el V prevé la conciliación, el VI contiene el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y el VII prevé el arbitraje.

Resumen

13. Si bien se ha distinguido entre los dos tipos de estructuras, es posible que, según el contenido del instrumento multilateral, este tenga tanto protocolos como anexos. Por ejemplo, el código de conducta podría figurar en un protocolo, mientras que la lista de acuerdos de inversión a los que se aplicarán los elementos de la reforma podría incluirse en el anexo. También es posible que se negocien protocolos adicionales después de que se apruebe la convención principal, y que la lista de acuerdos de inversión del anexo se actualice a medida que más Estados pasen a ser partes en el instrumento multilateral. El Grupo de Trabajo podría aprovechar la flexibilidad que ofrecen los dos tipos de estructuras.

B. Coherencia y flexibilidad

14. El Grupo de Trabajo había señalado dos características que podían guiar la labor sobre el instrumento multilateral. Una de ellas era la coherencia y otra era la flexibilidad. Otra característica que merece la atención del Grupo de Trabajo es la facilidad de uso, en consideración a que serán las partes litigantes las que utilizarán el instrumento multilateral.

En el art. 17 de la CMNUCC se establece que solo las Partes en un protocolo podrán adoptar decisiones de conformidad con ese protocolo.

⁶ El Convenio MARPOL fue aprobado el 2 de noviembre de 1973. El Protocolo de 1978 se aprobó a raíz de una serie de accidentes de buques petroleros ocurridos en 1976 y 1977. Como el Convenio MARPOL de 1973 aún no había entrado en vigor, el Protocolo MARPOL de 1978 absorbió el convenio matriz. El instrumento combinado entró en vigor el 2 de octubre de 1983. En 1997 se aprobó un Protocolo que modificó el Convenio y se añadió un nuevo anexo VI que entró en vigor el 19 de mayo de 2005. El Convenio MARPOL se ha ido actualizado mediante enmiendas a lo largo de los años.

Coherencia y funcionamiento del instrumento multilateral

15. Para lograr la coherencia en la aplicación de las reformas del sistema de SCIE, debería haber un conjunto de disposiciones básicas que fuesen vinculantes para todos los Estados partes.

16. *Objetivos* – En esas disposiciones básicas se podrían enunciar el objetivo y los principios fundamentales del instrumento multilateral y establecer el compromiso de los Estados partes de reformar el mecanismo de SCIE previsto en los acuerdos de inversión vigentes y también el que se previera en los acuerdos de inversión futuros. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar algunos de los principios que habría que recoger en el instrumento, por ejemplo, la protección de los derechos del inversionista, en particular el derecho procesal a presentar demandas, la transparencia y la eficacia de los procedimientos, el derecho del Estado a regular, los objetivos de desarrollo sostenible, etc.

17. *Modalidades de SCIE* – El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si en ese conjunto de disposiciones básicas debería haber una disposición que obligara a los Estados partes a determinar la modalidad de SCIE que aceptarían o para la cual darían su consentimiento⁷. Esa disposición podría redactarse tomando como modelo la disposición genérica que suele figurar en los acuerdos de inversión y que da a los inversionistas la posibilidad de recurrir a diversos mecanismos de solución de controversias. Esos mecanismos podrían ser, por ejemplo, la mediación, las vías de recurso internas o el arbitraje internacional, y también cualquier mecanismo nuevo que elaborase el Grupo de Trabajo, como un mecanismo permanente de primera instancia o un mecanismo de apelación. Las normas genéricas que se aplicarían a todos esos mecanismos podrían formar parte del conjunto de disposiciones básicas, mientras que las normas aplicables específicamente a los distintos mecanismos de solución de controversias (por ejemplo, las relativas a la apelación, la anulación o la corrección de un laudo) podrían incluirse en los protocolos respectivos.

18. *Gobernanza/institución* – Las normas relativas a la gobernanza del instrumento multilateral podrían formar parte del conjunto de disposiciones básicas, ya que es probable que se necesite cierto apoyo institucional para el correcto funcionamiento del instrumento multilateral. En la práctica convencional, esto se logra normalmente encomendando a un órgano o a una institución concreta la gestión del funcionamiento del tratado. Dicho órgano o institución podría ser una conferencia de las partes (COP), integrada por todos los Estados partes en el instrumento multilateral⁸. Una COP podría ofrecer un foro permanente de comunicación entre todos los Estados partes, que permitiría el intercambio de opiniones y experiencias sobre la aplicación de los elementos de la reforma. También podría adoptar la forma de un órgano administrativo o una secretaría, que podría ser una institución ya existente o una nueva⁹. Cualquiera fuese la forma del órgano o institución, las funciones que habría de cumplir podrían ser, entre otras, la supervisión de los actos relacionados con los tratados, la vigilancia del cumplimiento por los Estados partes, la gestión de cualquier enmienda, incluida la posible negociación de nuevos protocolos o anexos, la interpretación del instrumento multilateral¹⁰ y la consolidación y aclaración de los elementos de la reforma previstos en el instrumento multilateral que sean aplicables a los procesos de SCIE.

⁷ Véase CNUDM, art. 287, párr. 1.

⁸ Conferencia de las Partes en la CMNUCC, o de los Estados Partes en la CNUDM.

⁹ Organización Marítima Internacional en la administración del Convenio MARPOL. Otra opción podría ser la creación de un comité de juristas independientes, similar al de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Las funciones de supervisión con respecto a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial las cumple el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

¹⁰ La facultad de ese órgano o institución de emitir recomendaciones o comentarios generales de carácter interpretativo a lo largo del tiempo (interpretaciones contextuales) garantizaría, por ejemplo, que las disposiciones del instrumento multilateral siguieran siendo pertinentes en un contexto moderno y cumpliendo su objeto y su fin.

19. Las normas relativas a la modificación del instrumento multilateral (y de cualquier protocolo o anexo de este) también podrían formar parte del conjunto de disposiciones básicas. Si fuera necesario disponer de recursos financieros en relación con el instrumento multilateral (por ejemplo, para la creación y el funcionamiento de un órgano de supervisión del instrumento, un centro de asesoramiento o un mecanismo permanente), esos aspectos también podrían preverse en las disposiciones básicas.

20. A la luz de lo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee analizar cómo funcionaría el instrumento multilateral y cuáles serían los aspectos relevantes que deberían contemplarse en las disposiciones básicas.

Flexibilidad

21. Otra característica en la que hizo hincapié el Grupo de Trabajo fue la flexibilidad que debería permear el instrumento multilateral. Esto se puso de relieve cuando se propuso que se adoptara un enfoque “abanico” con el fin de idear una gama de soluciones pertinentes entre las que los Estados pudiesen elegir (A/CN.9/WG.III/WP.194, párr. 10)¹¹, y que se elaborara un único instrumento con “bloques” de elementos de reforma (A/CN.9/WG.III/WP.194, párrs. 3 y 8). De hecho, hay varias maneras de ofrecer esa flexibilidad a los Estados cuando pasen a ser partes en el instrumento multilateral, que debe distinguirse de la flexibilidad que se dará a las partes litigantes cuando utilicen el instrumento multilateral (véase el párr. 27 infra). El instrumento multilateral también debería ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a los acontecimientos futuros y, al mismo tiempo, soportar el paso del tiempo.

22. Si bien los Estados partes en el instrumento multilateral estarían obligados por las disposiciones básicas, este podría contener elementos opcionales y dar a los Estados la posibilidad de decidir si quedarán obligados por ellos o no, aceptando o excluyendo su aplicación (A/CN.9/1044, párr. 108). Como se mencionó en la sección A, esos elementos podrían figurar en un protocolo o en un anexo.

23. En un mecanismo de participación voluntaria, los Estados tendrían que dar un paso concreto para expresar su consentimiento a quedar obligados. El mecanismo de participación voluntaria tiene la ventaja de preservar la flexibilidad del Estado, pero exige que este dé un paso más y manifieste expresamente su consentimiento para quedar obligado por los elementos opcionales, además de su consentimiento inicial para quedar obligado por las disposiciones básicas. Por ejemplo, un Estado parte en la convención marco tendrá que formular una declaración para quedar obligado por los protocolos de dicha convención.

24. En un mecanismo de exclusión voluntaria, los Estados no tendrían que expresar nuevamente su consentimiento respecto de los elementos opcionales, sino que manifestarían su voluntad de no quedar obligados por ellos, normalmente dentro de un plazo establecido a partir del momento en que pasaran a ser partes en la convención principal. Este mecanismo tiene la ventaja de no exigir nuevas expresiones de consentimiento y garantizaría la eficacia a la hora de manifestar un compromiso amplio respecto de los elementos de la reforma¹².

25. Otro mecanismo que proporciona flexibilidad es el de las reservas, que permite tener en cuenta intereses o preocupaciones específicos de los Estados en el momento en que pasan a ser partes (A/CN.9/WG.III/WP.194, párr. 18). Aunque el uso de las reservas está firmemente establecido en el derecho internacional convencional, hay que proceder con cautela en cuanto a utilizar las reservas como medio principal de lograr la flexibilidad, ya que las reservas también pueden generar inseguridad jurídica.

¹¹ A/CN.9/WG.III/WP.182, comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú.

¹² Véase la Constitución de la OMS, art. 22. Las reglamentaciones de la OMS entran en vigor después de que se haya dado el debido aviso de su adopción a los miembros, excepto para aquellos miembros que comuniquen que las rechazan dentro del período fijado en el aviso.

Por ejemplo, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), las reservas deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado, lo que tal vez no sea tan claro ni tan obvio¹³. Esto, a su vez, podría plantear dificultades para determinar si una reserva es permisible según el tratado. También habría que prever las consecuencias de que se formularan reservas no permitidas¹⁴.

26. Si se llegaran a permitir las reservas en el instrumento multilateral, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de establecer los tipos de reservas que se permitirán y con respecto a qué disposiciones, protocolo o anexo¹⁵. Por ejemplo, si bien no debería permitirse que se formularan reservas respecto de las obligaciones básicas o las normas mínimas¹⁶, podría suceder que un Estado formulara una reserva sobre la aplicabilidad de una determinada disposición o de un método de solución de controversias elaborado en uno de los protocolos.

27. Otro aspecto que convendría que el Grupo de Trabajo examinara es hasta qué punto debería darse flexibilidad a las partes litigantes y, más concretamente, a los inversionistas reclamantes en el marco del instrumento multilateral; por ejemplo, si podrían elegir entre los mecanismos de solución de controversias previstos en el instrumento multilateral o modificar algunas de sus disposiciones (véase [A/CN.9/WG.III/WP.216](#), párrs. 24 a 26, sobre la medida en que las partes litigantes podrían modificar la aplicación del código de conducta).

Facilidad de uso

28. Si bien ya se describieron a grandes rasgos los medios de dar flexibilidad, garantizar una flexibilidad total podría dificultar el funcionamiento del instrumento multilateral, ya que podría no estar claro si los elementos de la reforma serán aplicables a una controversia determinada y de qué manera. Esto es así debido principalmente a la posibilidad de que las partes en el acuerdo de inversión tengan posturas diferentes con respecto a los elementos opcionales del instrumento multilateral, sobre todo si este permite la oferta unilateral de aplicación, como se prevé en el Reglamento sobre la Transparencia (véase [A/CN.9/WG.III/WP.194](#), párrs. 32 a 37). Ello podría ir en detrimento de la coherencia de los elementos de la reforma o de la uniformidad de su aplicación.

29. Habida cuenta de las dificultades que se prevé que supondrá la aplicación de los distintos elementos de la reforma y de la complejidad inherente a la aplicación de esos elementos de la reforma a un gran número de tratados de inversión vigentes, sería necesario que el instrumento multilateral aportara claridad y fuera fácil de utilizar. Las partes litigantes, los decisores y otros participantes en el proceso deberían poder comprender plenamente los derechos que les confiere el instrumento multilateral,

¹³ CVDT, arts. 19 a 23.

¹⁴ Por ejemplo, según el art. 21 de la CVDT, los Estados que formulen objeciones a una reserva pueden rechazar la aplicación del tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva, pero cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.

¹⁵ Véase el art. 3 de la Convención de Mauricio. En el párr. 4 se establece que no se podrán hacer reservas, salvo las autorizadas expresamente en el artículo. Véanse también el Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, art. 42, y la CNUDM, art. 309.

¹⁶ En el contexto del derecho internacional en materia de inversiones, véase, por ejemplo, la lista de reservas permitidas en virtud del art. 3 de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Las reservas permiten excluir un acuerdo de inversiones determinado, excluir el arbitraje realizado de conformidad con determinados reglamentos de arbitraje y excluir el mecanismo de “oferta unilateral” previsto en el art. 2, párr. 2, de la Convención.

así como las obligaciones que les impone, y la forma en que se dirimirán las controversias. Aunque se podría emplear la tecnología para facilitar la comprensión de las disposiciones básicas y los diferentes elementos de la reforma, así como para dilucidar si son o no aplicables a determinados acuerdos de inversión y de qué manera, es necesario que el propio instrumento multilateral esté redactado de un modo que simplifique su aplicación. De esa manera se podría dar respuesta a algunas de las preocupaciones expresadas por la sociedad civil y otras partes interesadas con respecto a la SCIE.

Resumen

30. En síntesis, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la mejor manera de lograr la coherencia y la flexibilidad en la elaboración del texto del instrumento multilateral y, al mismo tiempo, dar claridad y seguridad jurídica a las partes litigantes (facilidad de uso).

C. **Ámbito de aplicación y relación con los tratados vigentes**

31. Se había expresado preferencia por que el instrumento multilateral se aplicara tanto a los acuerdos de inversión vigentes como a los futuros y por que uno de sus objetivos fundamentales fuera lograr que algunos de los elementos de la reforma que estaba elaborando el Grupo de Trabajo, o todos ellos, fueran aplicables a los acuerdos de inversión vigentes (A/CN.9/1044, párr. 109). Ello podría aportar cierta uniformidad al régimen de SCIE.

Aplicación a acuerdos de inversión futuros

32. En cuanto a la posible aplicación del instrumento multilateral a acuerdos de inversión futuros, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si el instrumento multilateral debería ofrecer un conjunto completo de disposiciones que rigieran las controversias entre inversionistas y Estados, a fin de que fuera más fácil para los Estados remitirse al instrumento multilateral en cualquier acuerdo de inversión que negociaran en el futuro. Otra posibilidad sería estructurar el instrumento multilateral de manera tal que sus disposiciones pudieran aplicarse paralelamente a las disposiciones sobre SCIE que figurasen en acuerdos de inversión futuros. El Grupo de Trabajo quizás desee también examinar la posible interacción entre el instrumento multilateral y acuerdos de inversión futuros que prevean los mismos aspectos procesales pero de distinta manera, sobre todo cuando los acuerdos sean negociados por Estados partes en el instrumento multilateral.

Relación con acuerdos de inversión vigentes

33. Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo se había prestado más atención a la aplicación del instrumento multilateral a acuerdos de inversión vigentes. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) debería ser el punto de partida de cualquier reflexión ulterior sobre esta cuestión (A/CN.9/1044, párr. 95).

34. La CVDT es un instrumento versátil que ofrece a los Estados una gran flexibilidad para organizar sus relaciones convencionales. La mayoría de sus disposiciones se consideran codificaciones autorizadas del derecho internacional consuetudinario y, por consiguiente, se aplican incluso a los Estados que no son partes en ella. La CVDT se basa en dos principios generales: el consentimiento de los Estados y el *pacta sunt servanda*. Esto significa que solo cuando un Estado ha prestado su consentimiento expresamente respecto de un tratado, este se convierte en un compromiso firme y vinculante que obliga a ese Estado. La CVDT también consagra el principio de *res inter alios acta*, según el cual un tratado solo surte efectos con respecto a las partes. Se suele observar que los Estados son los amos de sus tratados y que pueden adoptar soluciones para organizar y controlar sus relaciones convencionales como mejor les parezca.

35. En consecuencia, la CVDT ofrece a los Estados una amplia gama de opciones en lo que respecta a definir cuál será la relación entre un nuevo tratado y un tratado anterior. En el contexto de la reforma del sistema de SCIE, se trataría de la relación entre el instrumento multilateral y los acuerdos de inversión vigentes que contengan disposiciones sobre el arreglo de controversias entre inversionistas y Estados, principalmente los acuerdos de inversión de primera y segunda generación. Esos acuerdos pueden tener más de un Estado parte, de los cuales uno o más podrían ser partes en el instrumento multilateral, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez desee analizar cuál sería en ese caso la interacción entre el instrumento multilateral y esos acuerdos.

36. El instrumento multilateral podría repercutir en los acuerdos de inversión anteriores de varias maneras, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. Una de las condiciones sería que los Estados partes en el instrumento multilateral y en los acuerdos de inversión vigentes fueran los mismos, o que al menos algunos de ellos coincidieran. En cuanto a las posibles repercusiones en los acuerdos de inversión anteriores, el instrumento multilateral podría:

- constituir un acuerdo entre las partes con respecto a la interpretación del acuerdo de inversión anterior o a la aplicación de sus disposiciones (CVDT, art. 31, párr. 3 a));
- modificar acuerdos de inversión anteriores (CVDT, arts. 39 y 40);
- modificar acuerdos multilaterales de inversión anteriores entre algunas de las partes, siempre que se cumplieran determinadas condiciones restrictivas (modificación *inter se*, CVDT, art. 41)¹⁷;
- suspender la aplicación de un acuerdo de inversión anterior, en su totalidad o en parte (CVDT, arts. 57 y 59);
- terminar acuerdos de inversión anteriores (CVDT, arts. 54 y 59)¹⁸; o
- sustitución de acuerdos de inversión anteriores (CVDT, art. 30, párr. 3)¹⁹.

37. Cabe señalar asimismo que las opciones antes mencionadas no se excluyen mutuamente. Por ejemplo, el instrumento multilateral podría modificar un acuerdo de inversión vigente, terminar o suspender la aplicación de otro, o constituir un acuerdo interpretativo posterior de tales acuerdos²⁰.

¹⁷ En el art. 41 de la CVDT se establece que esas modificaciones *inter se* sólo son admisibles: “a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado y: i) no afecta al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y ii) no se refiere a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”. Si bien el art. 41 de la CVDT no se ha utilizado en la práctica, se han introducido modificaciones *inter se* en algunos tratados multilaterales, por ejemplo, en el art. 311, párrs. 3 y 4, de la CNUDM

¹⁸ Eso puede hacerse expresamente, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes (art. 54), o de forma implícita, si del tratado posterior o de las intenciones de las partes se desprende que debe aplicarse ese tratado posterior, o si las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente (art. 59).

¹⁹ Esto ocurriría lógicamente como resultado del principio de la *lex posterior*, siempre que el acuerdo de inversión anterior y el instrumento multilateral se refieran a la misma materia. La cuestión de si un acuerdo de inversión anterior y el instrumento multilateral tratan o no de la misma materia, y la cuestión de hasta qué punto sus disposiciones son compatibles, a veces son discutibles y podrían generar inseguridad jurídica. Sin embargo, un tratado puede contener disposiciones específicas sobre su relación con otros tratados anteriores o posteriores, por ejemplo, cláusulas de conflicto, de salvedad o de compatibilidad (véanse los párrs. 42 a 48). En ese caso, no se aplicaría el principio de la *lex posterior*.

²⁰ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Transporte Aéreo entre los Estados Unidos y la Unión Europea de 30 de abril de 2007, art. 22.

38. En cuanto a la posible aplicación del instrumento multilateral a acuerdos de inversión vigentes, se ha hecho referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”) y a la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“MLI”, por sus siglas en inglés) de la OCDE (véase [A/CN.9/WG.III/WP.194](#), párrs. 25 a 30, y [A/CN.9/1044](#), párr. 102). En síntesis, la Convención de Mauricio sobre la Transparencia ofrece a los Estados un mecanismo eficaz para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia a los acuerdos de inversión celebrados antes de la entrada en vigor de dicho Reglamento. En los acuerdos de inversión celebrados posteriormente se suele hacer referencia al Reglamento sobre la Transparencia. La MLI se aplica junto con los tratados fiscales vigentes y modifica su aplicación con el fin de adoptar medidas para impedir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios.

39. El Grupo de Trabajo podría examinar otros ejemplos de acuerdos multilaterales que modifican tratados bilaterales vigentes. Por ejemplo, en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 se establece que abroga las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales anteriores que regulen la extradición entre dos Partes contratantes, y que cualquier otro acuerdo que celebren las Partes contratantes solo podrá completar las disposiciones del Convenio o facilitar la aplicación de los principios contenidos en este²¹. Mientras que el Convenio se limita a una zona geográfica específica con ordenamientos jurídicos nacionales similares, los acuerdos bilaterales anteriores son sustituidos por un nuevo instrumento multilateral, aunque también se permite que se celebren acuerdos complementarios.

Relación con otros tratados

40. Mientras que en los párrafos anteriores se centró la atención en la aplicabilidad del instrumento multilateral a los acuerdos de inversión vigentes, otro aspecto que cabría considerar es cuál sería la interacción entre el instrumento multilateral y otros regímenes convencionales vigentes, en los que posiblemente participen muchas partes.

41. Un ejemplo sería la interacción entre el instrumento multilateral y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio del CIADI”), especialmente cuando una opción de reforma prevista en el instrumento multilateral no fuese compatible con el Convenio del CIADI (por ejemplo, la posibilidad de recurrir el laudo)²². Habida cuenta de que el Convenio del CIADI contiene normas sobre la aprobación de enmiendas de dicho Convenio que exigen que todos los Estados contratantes estén de acuerdo con las enmiendas propuestas²³, una opción sería considerar la posibilidad de acordar una modificación inter se de conformidad con el artículo 41 de la CVDT (véase [A/CN.9/WG.III/WP.202](#), párrs. 45 a 55).

Cláusula de compatibilidad o de conflicto

42. Para que los elementos de la reforma se apliquen correctamente, podría ser necesario aclarar la relación existente entre el instrumento multilateral que contiene los elementos de la reforma y los acuerdos de inversión anteriores. Aunque la CVDT ofrece a los Estados una gran flexibilidad en lo que respecta a organizar sus relaciones convencionales, debería dejarse poco margen a la interpretación. Ese sería el caso sobre todo cuando una disposición del instrumento multilateral entrara en conflicto o no fuera

²¹ Serie de Tratados Europeos (STE), núm. 24, art. 28 (el texto original en inglés puede consultarse en <https://rm.coe.int/1680064587>; véase una versión en español en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-13611>). Véase también el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, art. 26 (STE, núm. 30, art. 26) y el Convenio Europeo sobre la Repatriación de Menores de 1970 (STE, núm. 71, art. 27).

²² Véase el art. 53, párr. 1, del Convenio del CIADI, según el cual “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”.

²³ Convenio del CIADI, art. 66.

compatible con una disposición de un acuerdo de inversión anterior²⁴, lo que podría resolverse mediante mecanismos convencionales. Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 7, del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia y el artículo 2, párrafo 4, de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia contemplan la hipótesis de que exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable, o entre dicho Reglamento y los tratados vigentes.

43. La llamada cláusula de compatibilidad o conflicto prevé esa situación, indicando qué disposición o disposiciones prevalecerán y en qué circunstancias. Sin embargo, a fin de redactar correctamente la cláusula, el Grupo de Trabajo tal vez desee indicar si la intención es que las disposiciones del instrumento multilateral sustituyan las disposiciones pertinentes de los acuerdos de inversión vigentes como parte del proceso de reforma. Como alternativa, podría optar por aplicar las disposiciones del instrumento multilateral solo en la medida en que fuesen compatibles con las disposiciones de los tratados vigentes.

44. El Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta que se podría considerar que el instrumento multilateral sustituye los tratados vigentes sobre la misma materia, de conformidad con el artículo 30 de la CVDT, y que los acuerdos de inversión vigentes pueden tener su propia cláusula de compatibilidad o de conflicto.

45. Se está examinando un aspecto similar en el contexto del artículo 2, párrafo 2, del proyecto de código de conducta (A/CN.9/WG.III/WP.216, párr. 18)²⁵. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar la cuestión en un contexto más amplio, ya que aún tiene que determinar si el código de conducta se podrá poner en práctica a través del instrumento multilateral y, de ser así, de qué manera, en particular definiendo si será un elemento opcional que los Estados podrán elegir. Puede suceder que el instrumento multilateral sea el “instrumento del que emana el consentimiento para que un decisor dirima la controversia” a que se refiere el artículo 2, párrafo 2, del proyecto de código.

46. La reglamentación de la financiación aportada por terceros podría ser otro ejemplo (véase A/CN.9/WG.III/WP.219, sección E). Cabe la posibilidad de que se prevean normas de conflicto diferentes en el acuerdo de inversión vigente, el instrumento multilateral y las normas aplicables al procedimiento. Aunque generalmente la disposición del tratado prevalecerá sobre la disposición del reglamento aplicable, se podría aclarar en una cláusula de conflicto cuál será la disposición aplicable a la controversia: la del acuerdo de inversión vigente o la del instrumento multilateral. Por ejemplo, se podría establecer en el instrumento multilateral que las disposiciones contenidas en él solo se aplicarán en la medida en que el tratado vigente no contenga ninguna disposición sobre las mismas cuestiones (A/CN.9/WG.III/WP.194, párr. 31). Sin embargo, ese criterio limitaría la aplicabilidad de las iniciativas de reforma. Otra posibilidad sería establecer en el instrumento multilateral que las disposiciones en él contenidas prevalecerán sobre las de los tratados vigentes, o solo prevalecerán en todo lo que discrepen con las disposiciones de esos tratados²⁶.

²⁴ La misma cuestión puede plantearse con respecto a las disposiciones de cualquier acuerdo de inversión futuro.

²⁵ En su redacción actual, el art. 2, párr. 2, dice: “Si el instrumento del que emana el consentimiento para dirimir la controversia contiene disposiciones sobre la conducta de un decisor o de un candidato en un proceso que se entable en relación con una CII, [se interpretará que el Código es un complemento de][el Código complementará] dichas disposiciones. Si hubiera cualquier discrepancia entre el Código y esas disposiciones, prevalecerán estas últimas en la medida en que discrepen con el Código”.

²⁶ Por ejemplo, en el art. 311, párr. 1, de la CNUDM se establece que la Convención “prevalecerá, en las relaciones entre los Estados Partes, sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 29 de abril de 1958”, mientras que en el art. 311, párr. 2, se aclara que la Convención “no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Partes dimanantes de otros acuerdos compatibles con ella y que no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención”. La MLI también contiene una cláusula según la cual, en caso de incompatibilidad con las disposiciones de un acuerdo fiscal, tienen prelación las disposiciones de la MLI.

47. Se lograría una mayor claridad si se indicaran los acuerdos de inversión vigentes que el instrumento multilateral modificaría, como se hizo en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006²⁷. También se podría establecer en el instrumento multilateral que sus disposiciones no irán en menoscabo de los derechos y obligaciones que correspondan a los Estados partes en virtud de otros acuerdos determinados²⁸.

48. En resumen, las cláusulas de compatibilidad o de conflicto podrían ser esenciales debido a la diversidad y la complejidad de los elementos de la reforma que habrán de acordarse y al gran número de tratados que posiblemente se solapen.

²⁷ La lista de 36 convenios marítimos y un protocolo revisados por el Convenio sobre el Trabajo Marítimo puede consultarse en https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/WCMS_150656/lang--es/index.htm.

²⁸ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces, art. 4: “Ninguna disposición en el presente Acuerdo se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la [CNUDM]. El presente Acuerdo se interpretará y aplicará en el contexto de la [CNUDM] y de manera acorde con ella”. Véase también el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, anexo IV, que prevé la compatibilidad con el Convenio MARPOL.

D. Ejemplo ilustrativo de una posible estructura

49. En la siguiente figura puede verse una forma posible de estructurar el instrumento multilateral. Se presenta únicamente como un ejemplo para que el Grupo de Trabajo lo considere.

