



Asamblea General

Distr. general
10 de noviembre de 2020
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

54º período de sesiones

Viena, 28 de junio a 16 de julio de 2021

Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones (Viena, 5 a 9 de octubre de 2020)

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Organización del período de sesiones	3
III. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	5
A. Prevención y mitigación de controversias y medios alternativos de solución de controversias	5
B. Procesos múltiples y reconversiones, incluidas las reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas.	11
C. Garantías de pago de las costas y demandas infundadas	15
D. Interpretación de los tratados de inversión por las partes en los tratados.	19
E. Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE.	21
IV. Plan de trabajo y otros asuntos	23
A. Plan de trabajo y recursos	23
B. Actividad entre períodos de sesiones	24
C. Situación de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia	24
D. Traducción de los laudos dictados en el marco de la SCIE	24



I. Introducción

1. En su 50º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí tres notas de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de solución de controversias: una relativa a los procesos paralelos en los arbitrajes internacionales (A/CN.9/915); otra sobre la posible labor futura en el ámbito de la solución de controversias y la ética en el arbitraje internacional (A/CN.9/916) y otra relativa a la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/917). También tuvo ante sí una recopilación de observaciones formuladas por Estados y organizaciones internacionales sobre el marco de SCIE (A/CN.9/918 y adiciones).

2. Tras examinar las cuestiones planteadas en los documentos A/CN.9/915, A/CN.9/916 y A/CN.9/917, la Comisión otorgó al Grupo de Trabajo un mandato amplio para que estudiara el tema de la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). En consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, además de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos ellos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes. El Grupo de Trabajo procedería: i) en primer lugar, a determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la SCIE; ii) en segundo lugar, a evaluar si era deseable emprender una reforma teniendo en cuenta esas inquietudes; y iii) en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión. La Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas¹.

3. En sus períodos de sesiones 34º a 37º, el Grupo de Trabajo señaló determinadas cuestiones de interés relacionadas con el sistema de SCIE y las examinó y, a la luz de las inquietudes manifestadas, consideró que era conveniente reformar ese sistema.

4. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2019, la Comisión se declaró satisfecha con los progresos realizados por el Grupo de Trabajo mediante un proceso constructivo, inclusivo y transparente, así como con la decisión del Grupo de Trabajo de elaborar y desarrollar simultáneamente múltiples posibles soluciones de reforma.

5. En su 38º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2019), el Grupo de Trabajo acordó un calendario del proyecto y comenzó a examinar las opciones de reforma relativas al establecimiento de un centro de asesoramiento, un código de conducta para decisores y la regulación de la financiación por terceros. En la continuación de su 38º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de enero de 2020), el Grupo de Trabajo examinó aspectos relacionados con los mecanismos de apelación y los tribunales multilaterales, así como con la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entenderían en los casos de SCIE. El 39º período de sesiones (Nueva York, 30 de marzo a 3 de abril) se aplazó a raíz del brote de la pandemia de COVID-19.

6. En su 53º período de sesiones, celebrado en 2020, la Comisión examinó los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones y en la continuación de su 38º período de sesiones (A/CN.9/1004 y A/CN.9/1004/Add.1) y reiteró su satisfacción con los avances logrados por el Grupo de Trabajo sirviéndose de un proceso que había sido constructivo, inclusivo y transparente, y con el apoyo prestado por la Secretaría. La Comisión tomó nota de las actividades de divulgación que realizaba la Secretaría para que se conociera mejor la labor del Grupo de Trabajo y para

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264.

que el proceso siguiera siendo inclusivo y plenamente transparente. También tomó nota de que la Secretaría había organizado o facilitado la celebración de webinarios oficiosos y la realización de otras actividades y consultas oficiosas tras el brote mundial de la pandemia de COVID-19 y la postergación del 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, entre otras cuestiones, sobre los temas del programa del período de sesiones propuesto (prevención y mitigación de controversias, y otros medios alternativos de solución de controversias; la interpretación de los tratados por los Estados partes; las pérdidas reflejas y reclamaciones de los accionistas —tomando como base la labor conjunta que se estaba llevando a cabo con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos—; y la elaboración de un instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE). La grabación de los webinarios organizados junto con el Foro Académico de SCIE, así como las exposiciones realizadas, se publicaron en el sitio web de la CNUDMI. La Comisión observó además que se había llevado a cabo una serie de webinarios organizados junto con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) sobre el proyecto de código de conducta para decisores en el ámbito de la SCIE².

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, que está compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 39º período de sesiones en Viena del 5 al 9 de octubre de 2020, en consonancia con la decisión sobre el formato, la Mesa y los métodos de trabajo de los grupos de trabajo de la CNUDMI que se utilizarían durante la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), adoptada por los Estados miembros de la CNUDMI el 19 de agosto de 2020 (que figura en el documento [A/CN.9/1038](#)). Se tomaron las medidas necesarias para que las delegaciones pudieran participar de manera presencial y a distancia.

8. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Burundi, Camerún, Canadá, Chequia, Chile, China, Colombia, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Israel, Italia, Japón, Kenya, Malaysia, Malí, Mauricio, México, Nigeria, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República Dominicana, Rumania, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Turquía, Ucrania, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam y Zimbabwe.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Bahrein, Bolivia (Estado Plurinacional de), Bosnia y Herzegovina, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Costa Rica, Chipre, El Salvador, Egipto, Eslovaquia, Jamaica, Letonia, Lituania, Madagascar, Maldivas, Marruecos, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, República Democrática Popular Lao, Senegal, Suecia, Túnez, Turkmenistán y Uruguay.

10. Además, estuvieron presentes observadores de la Unión Europea y la Santa Sede.

11. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Centro del Sur, Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Comisión Económica Euroasiática, Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), sección

² *Ibid.*, septuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/75/17, segunda parte), párrs. 31 a 36.

mexicana de la secretaría del T-MEC, Secretaría del Commonwealth, Secretaría de la Carta de Energía, Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y Unión Africana;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas*: African Academy of International Law Practice (AAILP), African Association of International Law (AAIL), American Arbitration Association (AAA)/International Centre for Dispute Resolution (ICDR), American Society of International Law (ASIL), Arbitral Women, Asian Academy of International Law (AAIL), Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA), British Institute of International and Comparative Law, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Centre de Recherche en Droit Public (CRDP), Center for International Investment and Commercial Arbitration (CIICA), Centre for International Law (CIL), Centre for International Legal Studies (CILS), Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), Columbia Centre on Sustainable Investment (CCSI), Corporate Counsels' International Arbitration Group (CCIAG), European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), European Society of International Law (ESIL), European Trade Union Confederation (ETUC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), iCourts, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Bar Association (IBA), International Chamber of Commerce (ICC), International Council for Commercial Arbitration (ICCA), International Dispute Resolution Institute (IDRI), International Institute for Environment and Development (IIED), International Institute for Sustainable Development (IISD), International Law Association (ILA), International Law Institute (ILI), International Mediation Institute, International Trade Union Confederation (ITUC), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), Organisation of Islamic Cooperation Arbitration Centre (OIC-AC), Pluricourts, Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL), Russian Arbitration Association (RAA), Singapore International Arbitration Centre (SIAG), Singapore International Mediation Centre, The Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), The Moot Alumni Association (MAA), The New York City Bar Association (NYCBAR), Third World Network, Unión Internacional de Telecomunicaciones (International T), Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires (UIHJ), United States Council for International Business (USCIB) y Vienna International Arbitration Centre (VIAC).

12. De conformidad con la decisión adoptada por los Estados miembros de la Comisión (véase el párr. 7), las siguientes personas continuaron en sus cargos:

Presidente: Sr. Shane Spelliscy (Canadá)

Relatora: Sra. Natalie Yu-Lin Morris-Sharma (Singapur)

13. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) programa provisional anotado ([A/CN.9/WG.III/WP.198](#)); b) nota de la Secretaría sobre las opciones de reforma ([A/CN.9/WG.III/WP.166](#) y su adición), así como notas de la Secretaría sobre reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas ([A/CN.9/WG.III/WP.170](#)); prevención y mitigación de controversias y mediación ([A/CN.9/WG.III/WP.190](#)); interpretación de los tratados por los Estados parte ([A/CN.9/WG.III/WP.191](#)); garantías de pago de las costas y demandas infundadas ([A/CN.9/WG.III/WP.192](#)); procesos múltiples y reconveniones ([A/CN.9/WG.III/WP.193](#)); y el instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE ([A/CN.9/WG.III/WP.194](#)); c) comunicaciones de los siguientes Gobiernos: Gobierno de Indonesia ([A/CN.9/WG.III/WP.156](#)); Unión Europea y sus Estados miembros ([A/CN.9/WG.III/WP.159](#) y [Add.1](#)); Marruecos ([A/CN.9/WG.III/WP.161](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.195](#)); Tailandia ([A/CN.9/WG.III/WP.162](#)); Chile, Israel y el Japón ([A/CN.9/WG.III/WP.163](#)); Costa Rica ([A/CN.9/WG.III/WP.164](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.178](#));

Brasil ([A/CN.9/WG.III/WP.171](#)); Colombia ([A/CN.9/WG.III/WP.173](#)); Turquía ([A/CN.9/WG.III/WP.174](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.197](#)); Ecuador ([A/CN.9/WG.III/WP.175](#)); Sudáfrica ([A/CN.9/WG.III/WP.176](#)); China ([A/CN.9/WG.III/WP.177](#)); República de Corea ([A/CN.9/WG.III/WP.179](#)); Bahrein ([A/CN.9/WG.III/WP.180](#)); Malí ([A/CN.9/WG.III/WP.181](#)); Comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)); Kuwait ([A/CN.9/WG.III/WP.186](#)); Kazajstán ([A/CN.9/WG.III/WP.187](#)); Federación de Rusia ([A/CN.9/WG.III/WP.188](#) y [Add.1](#)); Países Bajos, Perú y Tailandia ([A/CN.9/WG.III/WP.196](#)); y Turquía ([A/CN.9/WG.III/WP.197](#));

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Aprobación del programa.
3. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).
4. Plan de trabajo y otros asuntos.

III. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

15. El Grupo de Trabajo empezó a examinar las siguientes opciones de reforma sobre la base de una decisión adoptada en su 38º período de sesiones ([A/CN.9/1004](#), párrs. 25 y 104): i) la prevención y mitigación de controversias y otros medios alternativos de solución de controversias; ii) las reclamaciones por pérdidas reflejas y las reclamaciones de los accionistas; iii) los procesos múltiples, incluidas las reconveniones; iv) las garantías de pago de las costas y los medios para hacer frente a reclamaciones infundadas; v) la interpretación de los tratados por los Estados partes; y vi) instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE.

16. Al examinar esas opciones de reforma, el Grupo de Trabajo convino en adoptar el mismo enfoque que había seguido en su 38º período de sesiones y en la continuación de ese período de sesiones y decidió llevar a cabo un examen preliminar de las cuestiones pertinentes con el fin de aclarar, definir y desarrollar dichas opciones, sin perjuicio de la posición definitiva que adoptara cada delegación. Se dejó en claro que el Grupo de Trabajo no tomaría ninguna decisión sobre si adoptaría alguna opción de reforma en particular en esta etapa de las deliberaciones.

A. Prevención y mitigación de controversias y medios alternativos de solución de controversias

1. Prevención y mitigación de controversias y mediación ([A/CN.9/WG.III/WP.190](#))

17. El Grupo de Trabajo tomó nota de las comunicaciones presentadas por los Estados en preparación de la tercera parte de su mandato (“Comunicaciones”) sobre las medidas de prevención y mitigación de controversias que se habían elaborado en el plano nacional y en el ámbito de los tratados de inversión, así como sobre las iniciativas y programas de prevención de controversias existentes en el plano internacional que se indicaban en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.190](#). En primer lugar, se destacó que las reformas en esa esfera se centrarían en la etapa previa a la controversia, más que en la etapa posterior, cuando la controversia ya hubiera sido sometida a arbitraje. Se destacó que las medidas de prevención y mitigación de controversias contribuían a crear un clima estable y predecible para las inversiones y que desempeñaban un papel fundamental tanto para atraer inversiones como para retenerlas.

En el plano nacional

18. Durante las deliberaciones, se proporcionó información sobre las medidas que se habían adoptado en los distintos países para prevenir controversias, por ejemplo, la realización de actividades de sensibilización, la adopción de políticas para evitar que las controversias se agravaran y marcos para la gestión de casos de SCIE. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se habían elaborado varios modelos para reunir información relativa a las demandas de los inversionistas y transmitirlos a los organismos públicos competentes. Se señaló que podría existir un organismo coordinador, que funcionaría como un canal de comunicación entre el inversionista y el Estado y que se ocuparía de la coordinación interna con otros organismos del Estado. Se mencionaron también los ombudsmán de inversiones y las instituciones encargadas tanto de la prevención como de la gestión de las controversias.

19. También se señaló que era importante que los organismos del Estado compartieran información para prevenir las controversias de modo que los interesados, que actuaban en distintos niveles del Estado, estuvieran bien informados, y que podía lograrse coherencia en la aplicación y gestión de cuestiones relacionadas con las inversiones. Se observó que era importante que hubiera instrumentos para asegurar congruencia entre las legislaciones nacionales y los tratados de inversión en que figuraban obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Se indicó que podían establecerse procedimientos, por ejemplo, invitar a los interesados a comentar sobre proyectos de ley antes de que se los aprobara. Se explicó además que la finalidad de esos procedimientos era asegurar que los funcionarios de gobierno y los legisladores conocieran las posibles consecuencias de sus decisiones y comprendieran mejor el marco de inversiones relacionado con esos proyectos de ley. Se observó que se proporcionaba acceso a la información pertinente mediante plataformas compartidas, manuales o actividades de formación. Se destacó la necesidad de brindar orientación sobre esas cuestiones y se hizo referencia al manual sobre las obligaciones en tratados internacionales de inversión (Handbook on Obligations in International Investment Treaties) de la APEC, en que figuraban orientaciones para funcionarios de gobierno.

En los tratados de inversión y en el plano internacional

20. También se propuso que los Estados, cuando negociaran tratados de inversión, examinaran la posibilidad de establecer procedimientos de prevención y mitigación de controversias y procedimientos de consulta previos al arbitraje. Se expresaron opiniones divergentes acerca de la necesidad de que se establecieran procedimientos obligatorios previos al arbitraje. Asimismo se señaló que sería conveniente contar con mecanismos debidamente establecidos, preferentemente en la legislación nacional, que permitieran a las partes en la controversia aprovechar al máximo los períodos de espera (véase el párr. 28 *infra*).

21. Además, se sugirió que la falta de sensibilización y de capacidad para la prevención y mitigación de controversias debería colmarse en el plano internacional mediante, por ejemplo, asistencia técnica y actividades de creación de capacidad. También se subrayó que los organismos públicos encargados de los asuntos de SCIE en muchos países en desarrollo seguían sin tener los conocimientos técnicos que les permitieran prever controversias que se estuvieran gestando y encontrar formas de gestionarlas. Se indicó que los Estados podrían beneficiarse enormemente del establecimiento, como medio de cooperación, de un método sistemático de intercambio de conocimientos y prácticas vinculadas a la prevención de controversias. Se hizo referencia a la elaboración de orientaciones, una plataforma para que los Estados compartieran buenas prácticas y conocimientos especializados, y disposiciones sobre la prevención de controversias. Se observó que la prestación de asistencia técnica y la realización de actividades de creación de capacidad, que tendrían repercusiones positivas en la prevención de controversias, podrían organizarse con eficacia sin que ello constituyera una carga para los Estados. Se hizo referencia a la Instancia de Cooperación y Discusión sobre Defensa y Prevención de Arbitraje de Inversiones de la Alianza del Pacífico, y al instrumento modelo sobre la gestión de controversias en materia de inversiones elaborado por la Conferencia de la Carta de la Energía.

Se propuso que se preparara una declaración multilateral de los Estados sobre la prevención de controversias.

Vínculos con otras opciones de reforma

22. El Grupo de Trabajo observó que la cuestión de la prevención y mitigación de controversias estaba estrechamente relacionada con la opción de reforma consistente en crear un centro de asesoramiento, que podría ocuparse de las actividades de prevención de controversias y creación de capacidad. También se observó que la cuestión de la prevención y mitigación de controversias se encontraba muy relacionada con el tema de la interpretación de los tratados por los Estados partes, dado que podían prevenirse controversias cuando los tratados de inversión se interpretaban y administraban coherentemente. También se señaló que la opción de reforma consistente en la creación de un órgano o mecanismo multilateral permanente incluiría aspectos orientados a la prevención de controversias. Se observó que la idea de trabajar sobre medios alternativos de solución de controversias comprendería una discusión de cuestiones, además de la mediación y la conciliación, por ejemplo, la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia nacionales y a mecanismos que implicaran la negociación entre Estados orientada a la solución de controversias con los inversionistas.

Labor preparatoria sobre el tema de la prevención y mitigación de controversias

Observaciones introductorias

23. El Grupo de Trabajo observó que existía un interés general en que la Secretaría siguiera trabajando sobre la cuestión de la prevención y mitigación de controversias. Se señaló que los Estados deberían conservar sus facultades de regulación en interés público y que ninguna solución que se elaborara en relación con la prevención y mitigación de controversias debería alentarlos a abstenerse de regular con la mera finalidad de evitar controversias. Se consideró que llevar a cabo actividades de creación de capacidad y asegurar que la información llegara a quienes la necesitaban para adoptar decisiones eran aspectos fundamentales de la prevención de controversias. Al respecto, se destacaron cuatro cuestiones: i) a quién debería informarse mejor (se mencionó a los funcionarios que actuaban en nombre de los Estados y a los inversionistas); ii) sobre qué debería informárselos (a los Estados, sobre sus obligaciones internacionales, y a los inversionistas, sobre la normativa aplicable, el interés que se procura defender con adopción de determinadas políticas, las estructuras administrativas y las perspectivas del Estado); iii) cómo debería informárselos; y iv) quién debería suministrarles esa información.

24. Se destacó que podrían elaborarse un texto con las mejores prácticas, un texto con orientaciones o incluso un texto modelo sobre la prevención o mitigación de controversias para asistir a los Estados en sus esfuerzos por prevenir estas últimas. Al respecto, se observó que los Estados y las organizaciones intergubernamentales, entre ellas, el Banco Mundial, y las organizaciones no gubernamentales ya habían trabajado sobre las mejores prácticas. Por lo tanto, se observó que en la determinación de cuáles serían esas mejores prácticas, la Secretaría tendría principalmente como función encontrar la información pertinente y compilarla en un texto de orientación o un texto modelo, que podría formar parte de un posible instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE.

25. En cuanto a la sugerencia de que se examinara de qué manera una institución internacional como el centro de asesoramiento que se proponía crear podría asumir un papel mayor en cuanto a la asistencia que prestaría a los Estados en la aplicación de esas mejores prácticas, se observó que algunas delegaciones consideraban que el intercambio de información y la creación de capacidad eran funciones fundamentales del centro de asesoramiento, en tanto que otras se preguntaban si el centro de asesoramiento no debería centrarse más bien en las controversias en sí.

El camino a seguir

26. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que trabajara con las delegaciones y organizaciones interesadas para reunir y compilar información pertinente que estuviera fácilmente disponible sobre las mejores prácticas para los Estados en materia de prevención y mitigación de controversias a la luz de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo. Se solicitó a la Secretaría que examinara cómo podrían los Estados aplicar esas mejores prácticas de manera más congruente y que sugiriera al Grupo de Trabajo la forma en que podrían aplicarse esas mejores prácticas, por ejemplo, elaborando un texto de orientación o un texto modelo. También se solicitó a la Secretaría que analizara la forma en que el centro de asesoramiento que se creara como parte de esas reformas podría asistir a los Estados en esa esfera, y que examinara los recursos que serían necesarios para que el centro de asesoramiento pudiera prestar esa asistencia.

2. Métodos alternativos de solución de controversias (A/CN.9/WG.III/WP.190)

27. El Grupo de Trabajo examinó la mediación, la conciliación y otras formas de métodos alternativos de solución de controversias. Se señaló que esos métodos, que conllevaban costos inferiores e insumían menos tiempo que el arbitraje, también ofrecían a las partes litigantes un grado elevado de flexibilidad y autonomía, al permitir el mantenimiento y la mejora de las relaciones a largo plazo y la protección de las inversiones extranjeras a través de la adopción de medidas adecuadas, lo cual, a su vez, cumplía el propósito de evitar las controversias e impedir que se agravaran los conflictos.

Periodo de espera

28. El Grupo de Trabajo observó que en los tratados de inversión se establecía un plazo (comúnmente conocido como “periodo de espera” y que oscilaba entre los 3 y los 18 meses) durante el cual las partes litigantes tenían la obligación de intentar alcanzar un arreglo amistoso antes de acudir al arbitraje. Se dijo que el período de espera debería ofrecer la oportunidad de que el inversionista demandante y el Estado evitaran el arbitraje solucionando la controversia mediante negociaciones, consultas o mediación. Se hizo hincapié en que, para que el período de espera diera sus frutos, era necesario que tuviera una duración suficiente, superior a los seis meses. Al respecto, se subrayó que hacían falta orientaciones sobre cómo utilizar ese período de espera eficazmente.

Fomentar el uso de la mediación

29. El Grupo de Trabajo analizó cómo se podían promover los métodos alternativos de solución de controversias y lograr que su uso fuera más extendido. Con tal fin, examinó las dificultades que se planteaban en relación con la coordinación entre los organismos gubernamentales competentes cuando se negociaba el arreglo amistoso de una controversia, la seguridad jurídica que debía existir para que los funcionarios intervinieran en dicho arreglo y el modo de asegurar que se estableciera el proceso de aprobación necesario y, en particular, que se dispusiera que quienes negociaban los arreglos disponían de la facultad necesaria para acordarlos. Se observó que sería necesario contar con políticas y un marco jurídico que alentaran la mediación. En ese sentido, se destacó que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“Convención de Singapur sobre la Mediación”) también era un instrumento útil en el contexto de la SCIE.

30. Además, se aclaró que los métodos alternativos de solución de controversias eran métodos que debía considerarse utilizar, no solo antes de la controversia, sino también durante el transcurso de esta, y se propuso que se prepararan directrices para alentar a los tribunales arbitrales y a las partes litigantes a explorarlos proactivamente. Al respecto, se mencionaron las reglas sobre mediación entre inversionistas y Estados de la International Bar Association (IBA), y la guía sobre mediación en materia de inversiones de la Conferencia de la Carta de la Energía. Asimismo, el Grupo de Trabajo examinó las maneras de dar a conocer la mediación entre los interesados y de incentivar

tanto a los inversionistas como a los Estados a participar activamente en los métodos alternativos de solución de controversias. Se dijo que la creación de capacidad y la formación de posibles mediadores y otros interesados era fundamental y se citaron algunos ejemplos de cursos especializados. Se propuso que el Estado de origen alentara al inversionista a encontrar una solución amistosa con el Estado anfitrión antes de acudir al arbitraje. Se sugirió además la posibilidad de que el Estado de origen y el Estado anfitrión integraran comités conjuntos para abordar posibles conflictos entre el inversionista y el Estado.

31. Se señaló que debería encontrarse un equilibrio adecuado entre la solución de controversias por métodos alternativos y otras cuestiones fundamentales, como la posibilidad de que esos métodos dieran pie a una parálisis normativa, socavaran la transparencia al zanjarse las controversias a puertas cerradas o tuvieran como resultado arreglos que fueran incompatibles con otras áreas del derecho y otras políticas, nacionales o internacionales. En ese sentido, se puso de relieve que los mecanismos que promovían la utilización de métodos alternativos de solución de controversias debían estar concebidos de tal forma que garantizaran su congruencia con las normas de buena gobernanza, entre otras cosas, con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16.

Cláusulas modelo

32. En cuanto a las referencias que se hacían a los métodos alternativos de solución de controversias en los tratados de inversión, el Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de elaborar cláusulas modelo, en las que: i) se señalarían las medidas procesales que sería útil que las partes litigantes adoptaran; ii) se orientaría a las partes sobre el modo de llevar a cabo una mediación; iii) se establecerían plazos realistas; y iv) se podría imponer la mediación obligatoria como requisito previo al arbitraje. En relación con esta última cuestión, se señaló que la obligación de que las partes sometieran su controversia a mediación sería perjudicial en determinadas situaciones y contraria a la naturaleza del proceso de mediación, que era voluntaria.

33. Se destacó que en algunos tratados vigentes ya figuraban cláusulas modelo de esa índole, que podrían servir de modelo para el Grupo de Trabajo.

Relación con otras opciones de reforma

34. Se dijo que un centro de asesoramiento, de establecerse, podría servir para compilar y difundir información sobre las mejores prácticas en materia de solución de controversias por vías alternativas. Otras opciones de reforma que podían combinarse con medidas orientadas a fortalecer la mediación consistían en la creación de un órgano multilateral permanente. Al respecto, se hizo hincapié en que debía tenerse en cuenta el contexto más general de la reforma del sistema de SCIE al finalizar la labor relativa a la solución de controversias por vías alternativas, por cuanto muchas de las inquietudes que podían plantearse en relación con este tema, como el miedo a la exposición ante la opinión pública, eran igualmente pertinentes para el marco general de la SCIE. Además, se señaló que las opciones de reforma cuyo objetivo era mejorar la coherencia y la concordancia podían tener efectos sobre los medios de solución de controversias por vías alternativas, puesto que una interpretación coherente y concordante por parte de los tribunales arbitrales haría que fuera más fácil para las partes evaluar los posibles resultados de una controversia y proporcionaría una base sólida para la búsqueda de una solución.

Labor preparatoria sobre el tema de la solución de controversias por vías alternativas

Observaciones introductorias

35. El Grupo de Trabajo observó que había un interés general en que la Secretaría siguiera trabajando sobre la cuestión de la mediación y otras formas de solución de controversias por vías alternativas a fin de que se pudiera hacer un uso más eficaz de esas otras formas. Se señaló que se seguían infrutilizando en gran medida los métodos de solución de controversias por vías alternativas en el contexto de la SCIE, señalándose

que existían obstáculos estructurales, legislativos y de política específicos para los Estados. También se señaló que no todas las controversias se prestaban a mediación y que en toda labor que se emprendiera debía velarse por que la aplicación de métodos de solución de controversias por vías alternativas no tuviera consecuencias no deseadas, por ejemplo, que los reguladores no actuaran debidamente en aras del interés público.

El camino a seguir

– *Plazo para llegar a un arreglo amistoso (también conocido como “período de espera”)*

36. Tras un debate, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que preparara cláusulas modelo en que se reflejaran las mejores prácticas en relación con el plazo para llegar a un arreglo amistoso o período de espera, por ejemplo, en relación con la duración adecuada de ese plazo y normas claras sobre el modo de observarlo. Se solicitó a la Secretaría que recopilara orientaciones o recomendaciones sobre la forma en que se podría utilizar ese plazo con más eficacia.

37. Se indicó que las cláusulas modelo deberían alentar a las partes litigantes a recurrir a la mediación como alternativa para no recurrir al arbitraje. Se subrayó que debía tenerse cuidado de no generar demoras y costos innecesarios y lograr que la mediación y otras formas de solución de controversias por vías alternativas se utilizaran de manera satisfactoria.

– *Preparación de orientaciones para utilizar con eficacia la solución de controversias por vías alternativas y preparación de reglamentos*

38. Se consideró que merecería la pena elaborar unas orientaciones y reglamentos más específicos. Al respecto, se solicitó a la Secretaría que elaborara dos tipos de instrumentos, tomando como punto de partida las mejores prácticas existentes, y en consulta con todas las partes interesadas que manifestaran la Secretaría su interés en participar.

39. En primer lugar, en el ámbito de la divulgación de información, la creación de capacidad y la concienciación, se solicitó a la Secretaría que elaborara orientaciones y reuniera las mejores prácticas para quienes participaran en la mediación de casos de SCIE, en las que se abordaran, entre otras, las siguientes cuestiones: i) los aspectos organizativos que los Estados tal vez deberían tener en consideración en el plano nacional para reducir al mínimo los obstáculos estructurales o políticos y lograr que la mediación pudiera utilizarse con eficacia; ii) la representación del interés público en la mediación; y iii) la elaboración de listas de mediadores cualificados en el ámbito de la SCIE. También se dijo que se debería examinar cómo el Estado de origen del inversionista podría promover el recurso a la mediación y otras formas de solución de controversias por vías alternativas entre los inversionistas de ese Estado. Al respecto, se aclaró que cuando avanzara la labor en relación con el centro de asesoramiento debía estudiarse cómo ese centro, en el caso de que se creara uno, podría contribuir a resolver las controversias fuera de un contexto contencioso.

40. En segundo lugar, se solicitó a la Secretaría que trabajara con las organizaciones interesadas, como el CIADI, para elaborar o adaptar reglamentos de mediación en el contexto de la SCIE, así como cláusulas modelo que podrían utilizarse en tratados de inversión o un posible instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE. Estos reglamentos y cláusulas concretos tomarían como punto de partida los numerosos documentos ya existentes; la finalidad sería establecer procedimientos y disposiciones en que se tuvieran en cuenta algunas de las particularidades de la SCIE como los intereses públicos en juego. También se observó que en la labor que se emprendiera en el ámbito de la mediación deberían tenerse en cuenta las opciones de reforma señaladas por el Grupo de Trabajo, para que las soluciones que se elaboraran pudieran adaptarse a las distintas opciones.

B. Procesos múltiples y reconveniones, incluidas las reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas

1. Procesos múltiples, reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas (A/CN.9/WG.III/WP.193 y A/CN.9/WG.III/WP.170)

41. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó cuestiones relativas a los procesos múltiples y a las reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas (en adelante denominados “procesos múltiples” para facilitar la lectura). Se reiteró que el Grupo de Trabajo había indicado que los procesos múltiples presentaban problemas dado que, entre otras cosas, podían repercutir negativamente en el costo y la duración de los procesos de SCIE, derivar en laudos que fueran incongruentes entre sí, generar el riesgo de que se cobrara una suma dos veces, llevar a la búsqueda de foros de conveniencia, y crear la oportunidad de que los inversionistas demandantes hicieran un uso abusivo del proceso.

42. Se mencionaron varias circunstancias que podrían conducir a la celebración de procesos múltiples, una de las cuales era la posibilidad de que los accionistas presentaran reclamaciones. Se señaló que la labor al respecto debería centrarse en los casos que se percibían como especialmente problemáticos y tenían consecuencias negativas. Al respecto, se señaló que tal vez convendría aclarar el sentido de “procesos múltiples”, lo que delimitaría el alcance de la labor.

43. Se mencionaron una gran variedad de mecanismos e instrumentos existentes que se habían elaborado para evitar la realización de procesos múltiples y para gestionar los procesos con eficacia, limitando sus consecuencias (véanse los párrs. 26 a 33 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.170](#) y los párrs. 21 a 29 del documento [A/CN.9/WG.III/WP.193](#)). Se observó que varios tratados de inversión celebrados recientemente contenían disposiciones concretas para mitigar los problemas que planteaban los procesos múltiples.

44. En cuanto a los mecanismos que habría que seguir elaborando hubo apoyo a la idea de preparar cláusulas modelo u orientaciones sobre la acumulación de procesos y la participación de terceros coadyuvantes. Se indicó que esa labor podría centrarse en tratar algunas cuestiones prácticas, por ejemplo, quién decidiría si se produciría la acumulación de procesos o se daría participación a terceros coadyuvantes y cuál sería el fundamento de esa decisión, y cómo se incentivaría a los tribunales de SCIE a que ordenaran la acumulación de procesos. Se señaló, sin embargo, que había límites a la posibilidad de acumular procesos y dar participación a terceros coadyuvantes cuando los procesos se basaban en distintos tratados o normas procesales o eran administrados por distintas instituciones. También se señaló que la acumulación de procesos y la participación de terceros coadyuvantes debería fundarse en el consentimiento voluntario de las partes.

45. Asimismo, se apoyó la idea de que se trabajara en aclarar las facultades de los tribunales de SCIE de ordenar la paralización o suspensión de los procesos y establecer las circunstancias que justificarían el ejercicio de esas facultades.

46. Se puso algún énfasis en que se siguieran elaborando mecanismos de coordinación, cuya finalidad sería arrojar luz sobre los instrumentos existentes que los tribunales de SCIE podrían utilizar con facilidad. Se observó que podría ser útil mejorar el intercambio de información entre tribunales de SCIE y se destacó la necesidad de promover la transparencia. Si bien se señaló que los mecanismos de consolidación y coordinación tal vez no serían eficaces en el caso de los procesos múltiples que se sucedieran unos a otros a lo largo del tiempo (y no se sustanciaran simultáneamente), se dijo que una forma de abordar el problema sería aprobar leyes que establecieran plazos de prescripción.

47. Si bien se manifestó algún apoyo a que se proporcionaran orientaciones sobre las doctrinas de litispendencia y cosa juzgada, también se expresaron dudas al respecto dado que esas doctrinas podían interpretarse de distinta manera según la jurisdicción y las

leyes aplicables y las orientaciones podrían terminar abordando, sin querer, cuestiones sustantivas o de fondo de la controversia.

48. Se expresó algún apoyo a que se siguieran elaborando disposiciones sobre la denegación de beneficios y disposiciones que tuvieran por finalidad prevenir que se hiciera un uso abusivo del proceso. Si bien hubo apoyo en general a que se explicara mejor el concepto de abuso del proceso o de las reclamaciones (y de qué significaba cobrar dos veces) en el contexto de SCIE, se hizo la advertencia de que debería darse algún grado de flexibilidad a los tribunales de SCIE en cuanto a la aplicación de esos conceptos para que hubiera un control real en relación con los procesos múltiples.

49. Se expresó algún apoyo a que se trabajara sobre la posibilidad de renunciar a determinados procesos o recursos (o el criterio de “sin vuelta en U”), así como sobre la utilización de las cláusulas “*fork-in-the-road*” (cláusulas de bifurcación de vías) que ofrecían la posibilidad de elegir entre recurrir a los tribunales de justicia nacionales o al arbitraje internacional. Hubo algún apoyo a que se elaboraran cláusulas de renuncia modelo, que podrían ser utilizadas por los inversionistas y empresas, estas últimas en relación con las reclamaciones que interpusieran sus propios accionistas.

50. En cuanto a las reclamaciones de los accionistas en particular, se sugirió que la labor se centrara en regular los tipos de reclamaciones de accionistas que presentaran más problemas, incluso prohibiéndolas en algunos casos. La razón de ello era la inquietud de que pudieran distorsionarse los principios básicos del derecho societario, y discriminarse a otros accionistas y acreedores. Se señaló que, además de los mecanismos mencionados anteriormente, la regulación de la cuestión de las reclamaciones de los accionistas podría lograrse definiendo con más precisión “inversión”, “inversionista” o “control” en los tratados de inversión o definiendo mejor las reclamaciones directas (y no derivadas) que los accionistas tendrían derecho a presentar. También se observó que las disposiciones sobre las reclamaciones de los accionistas podrían perfeccionarse como consecuencia de los tratados de inversión que se habían revisado o concluido recientemente, en que se utilizaba un lenguaje más claro sobre las condiciones que debía cumplir un accionista para interponer esas reclamaciones (por ejemplo, en el caso de que el accionista fuera propietario de la sociedad o la controlara, mediante renunciaciones apropiadas y el pago de daños y perjuicios a la sociedad comercial).

51. Por otra parte, se expresaron inquietudes sobre las posibles repercusiones que tendría la regulación de las reclamaciones de los accionistas en las inversiones extranjeras directas y el derecho de los inversionistas extranjeros a ser indemnizados cuando los Estados incumplieran las obligaciones que les incumbieran en virtud de un tratado. En ese contexto, se puso énfasis en que el objetivo de los tratados de inversión era alentar la inversión extranjera y dar a los inversionistas extranjeros acceso a la justicia, en particular cuando la SCIE constituyera el único medio al que pudieran recurrir los inversionistas como vía de solución ante los incumplimientos de tratados relacionados con sus inversiones. Se hicieron referencias a las restricciones a la propiedad y al requisito de que existieran empresas conjuntas con entidades locales para justificar la interposición de reclamaciones por pérdidas reflejas. Se dijo además que regular las reclamaciones de los accionistas quitaría indebidamente flexibilidad a la estructuración de las inversiones extranjeras y a las estrategias societarias. En apoyo de ello, se señaló que los instrumentos y los mecanismos existentes alcanzarían para proteger a los Estados de la interposición de reclamaciones abusivas. También se observó que las inquietudes que se habían planteado se basaban en daños hipotéticos que eran especulativos y no se producían en la práctica.

52. Durante las deliberaciones, se señaló que si se estableciera un órgano multilateral permanente para que se ocupara de las controversias de SCIE, ese órgano estaría en una posición mejor para abordar la gran variedad de cuestiones que podrían surgir en relación con los procesos múltiples. También se señaló que varios de los mecanismos y los instrumentos mencionados más arriba para resolver los problemas que se presentaban en relación con los procesos múltiples podrían incorporarse en el tratado por el que se estableciera un órgano multilateral permanente o en las disposiciones que

lo regularan. Por otro lado, se señaló que la creación de un órgano de ese tipo no surtiría el efecto deseado de resolver la cuestión de los procesos múltiples y podría generar una mayor proliferación de estos, dado que las controversias se plantearían en relación con distintos tratados de inversión que estarían redactados de diferente manera. Además, se dijo que a menos que todos los países se adhieran a ese mecanismo permanente, el sistema actual de tribunales de inversión funcionaría en paralelo y seguiría resolviendo las controversias que se plantearan en relación con más de 3.000 tratados de inversión. Al respecto, se señaló que el problema de los procesos múltiples debería resolverse por otros medios.

Labor preparatoria sobre procesos múltiples

Observaciones introductorias

53. La opinión general fue que era necesario reformar el sistema de SCIE actual abordando las inquietudes expresadas respecto de los procesos múltiples, en particular habida cuenta de que los tratados de inversión de la antigua generación no preveían medios adecuados para resolverlas. Se dijo en general que sería especialmente beneficioso realizar esfuerzos multilaterales para elaborar y aplicar varios de los mecanismos y los instrumentos destinados a dar respuesta a las inquietudes que se generaban respecto de los procesos múltiples.

54. Se opinó también que, al avanzar en las opciones de reforma, era necesario encontrar un equilibrio entre atender esas inquietudes y seguir promoviendo continuamente las inversiones extranjeras, y proteger a los inversionistas extranjeros. También se hizo hincapié en que para aplicar los distintos instrumentos era necesario velar por que se respetaran la equidad y las garantías procesales.

El camino a seguir

55. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría: i) que determinara más claramente qué tipos de procesos múltiples y reclamaciones de los accionistas podrían darse y las inquietudes o falta de ellas asociadas con cada uno, para poder definir mejor el alcance de la cuestión; ii) compilara una lista de los instrumentos y los mecanismos que ya existían en la práctica relativa a los tratados para resolver esas inquietudes e indicara para qué tipos de procesos múltiples se utilizaba cada instrumento; iii) recomendará cláusulas modelo (que podrían incluirse quizás también en un instrumento multilateral sobre la reforma de SCIE), que significan una mejora de los instrumentos existentes, en particular a la luz de los problemas que se seguían afrontando; y iv) recomendará opciones para que esos instrumentos se aplicaran en la forma deseada, por ejemplo, por medio de resoluciones de la Asamblea General, orientaciones para los tribunales u otros textos explicativos. Se señaló que se podría elaborar una serie de herramientas detalladas que respondieran específicamente y de forma adecuada a las inquietudes que existían en relación con los procesos múltiples y las reclamaciones de los accionistas. Quedaría entonces por determinar la forma de implementarla como parte del proceso de reforma.

56. El Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que, al preparar el material señalado, siguiera cooperando con todas las delegaciones que manifestaran a la Secretaría su interés en participar, incluidas aquellas que tuvieran prácticas recientes relativas a tratados, así como con la OCDE, el Foro Académico y otras organizaciones internacionales interesadas, y que hiciera referencia en él a los tratados de inversión recientemente concluidos que contuvieran disposiciones pertinentes, así como a la labor que hubiera llevado a cabo el CIADI como parte de la reforma de su reglamento.

2. Reconvenções (A/CN.9/WG.III/WP.193)

57. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relacionadas con las reconvenções de los Estados demandados en el contexto de la SCIE. Se observó que era necesario tener en cuenta dos aspectos distintos: uno, el procesal, es decir, la admisibilidad de las reconvenções y la competencia de los tribunales para examinarlas; y otro, el

relacionado con las obligaciones sustantivas de los inversionistas, cuyo incumplimiento constituiría la base de las reconvencciones.

58. En relación con el aspecto procesal, se reiteró que la labor que se llevara a cabo en materia de reforma del sistema de SCIE no debería excluir la posibilidad de que los Estados demandados presentaran reconvencciones contra un inversionista cuando existieran fundamentos jurídicos para ello. Si bien se expresó la opinión de que sería necesario que los Estados partes en los tratados de inversión convinieran en el uso de las reconvencciones, se señaló que en las normas procesales aplicables a la SCIE se contemplaba en general la posibilidad de que el Estado demandado presentara reconvencciones y que los tratados de inversión recientes incluyeran disposiciones expresas que permitieran su interposición. Se observó que la existencia de un marco que habilitara la presentación de reconvencciones permitiría que los tribunales de SCIE con conocimientos especializados en la materia entendieran en esas reclamaciones y se evitara con ello la multiplicidad de procesos. También se señaló que permitir la presentación de reconvencciones repercutiría en el resultado de la controversia. La opinión general fue que valía la pena que se siguieran examinando cuestiones procesales como la competencia y admisibilidad de las reconvencciones, incluso en el contexto de un órgano multilateral permanente.

59. En cuanto al segundo aspecto, se afirmó que la labor actual en materia de reforma del sistema de SCIE no debería tratar sobre las obligaciones de los inversionistas ni los fundamentos jurídicos de las reconvencciones, puesto que ello significaría abordar aspectos sustantivos, en tanto que el eje de la labor deberían ser los aspectos procesales de la SCIE. Al respecto, se explicó que las reconvencciones podían presentarse en relación con el incumplimiento por el inversionista de las obligaciones previstas en los tratados de inversión y en los contratos de inversión y que a menudo el tribunal que entendía en el caso de SCIE tenía en cuenta la conducta del inversionista al dictar el laudo definitivo. Se señaló que se podía seguir examinando la cuestión respecto de las obligaciones del inversionista que no fueran puramente económicas, como las obligaciones relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente o la responsabilidad social empresarial. También se dijo que la cuestión de las reconvencciones tendría que examinarse en relación con la posibilidad de que los Estados recurrieran a los tribunales nacionales para obtener reparación, y la necesidad de que se mostrara en ellas un vínculo con la demanda presentada por el inversionista.

Labor preparatoria sobre el tema de las reconvencciones

Observaciones introductorias

60. Durante el debate, se señaló que una de las principales razones por las que no se presentaban reconvencciones en el contexto de la SCIE era que los inversionistas no tenían obligaciones sustantivas que dimanaran de los tratados de inversión. Se aclaró que redactar disposiciones sobre esas obligaciones no formaba parte del mandato del Grupo de Trabajo cuya labor era centrarse en reformas procesales. Sin embargo, se opinó que continuar la labor sobre cuestiones procesales relativas a las reconvencciones sí debería seguir siendo parte de su labor. Se señaló que, si bien la interposición de reconvencciones era poco común, estaban autorizadas en casos limitados. Se observó que algunas de las ventajas de permitir las reconvencciones eran la eficiencia procesal y el hecho de que con ello se disuadía de la presentación de demandas infundadas y se evitaba la presentación de una multiplicidad de reclamaciones en distintos foros.

El camino a seguir

61. Tras un debate, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que siguiera trabajando sobre el tema de las reconvencciones, poniendo énfasis en los aspectos procesales. Se solicitó a la Secretaría que preparara cláusulas modelo que pudieran utilizarse para que las partes prestaran consentimiento, ya fuera en los arbitrajes que se realizaran en el marco de un tratado o en un órgano multilateral permanente, y en que se condicionara el consentimiento de un Estado a someter la controversia a un tribunal de SCIE al consentimiento del inversionista a que ese mismo tribunal examinara las

reconvenciones. Se observó que en esa cláusula se podría aclarar que los tribunales de SCIE tendrían competencia para examinar las reconvenciones y resolver la cuestión de su admisibilidad.

62. En cuanto a la admisibilidad de las reclamaciones, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que preparara opciones para aclarar las condiciones que deberían darse para que pudiera presentarse una reconvención, por ejemplo, que hubiera un vínculo fáctico entre la reconvención y la demanda principal.

63. En cuanto a las fuentes de derecho vigentes en que se fundarían las reconvenciones, se señaló que sería útil examinar las fuentes de derecho sustantivo aplicables en que se establecieran las obligaciones de los inversionistas y que, por lo tanto, constituyeran el fundamento jurídico de las reconvenciones. Se señaló además que como parte de esa labor exploratoria, que podría llevarse a cabo conjuntamente con el Foro Académico y consistir en la realización de seminarios web y en que el Foro Académico preparara documentos de investigación, deberían también examinarse los instrumentos procesales que habilitarían la presentación de reconvenciones.

C. Garantías de pago de las costas y demandas infundadas

1. Garantía de pago de las costas (A/CN.9/WG.III/WP.192)

64. El Grupo de Trabajo reafirmó que era necesario que se elaborara un marco más previsible y claro para la garantía de pago de las costas en el contexto de la SCIE. Se recordaron las dificultades que afrontaban a menudo los Estados demandados que resultaban vencedores para recuperar de los inversionistas demandantes los gastos incurridos en los procesos de SCIE. Se observó que la garantía de pago de las costas podría proteger mejor a los Estados de la imposibilidad o falta de voluntad del demandante para pagar, y que podría contribuir a desalentar la presentación de demandas infundadas. Sin embargo, también se destacó que era necesario adoptar un enfoque equilibrado dado que tener que garantizar el pago de las costas podría limitar el acceso a la justicia para algunos inversionistas, en particular las pequeñas y medianas empresas. Se señaló además que la garantía del pago de las costas no debería tener como consecuencia no deseada que se demoraran los procesos o que aumentaran los costos y que debería tenerse en cuenta la necesidad de preservar la equidad procesal.

65. Se señaló que los reglamentos de arbitraje reconocían en general la facultad del tribunal arbitral de exigir una garantía de pago de las costas, como medida cautelar. Sin embargo, se observó que la existencia de una disposición en ese sentido tal vez no constituyera un marco jurídico suficiente. También se observó que varios de los tratados de inversión celebrados recientemente contemplaban expresamente el derecho del Estado demandado a solicitar que se garantizara el pago de las costas. Asimismo, se señaló que en el contexto del proceso de enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI se había analizado la posibilidad de adoptar un mecanismo de garantía de pago de las costas.

66. De los casos prácticos citados durante las deliberaciones se desprendía que solo en circunstancias muy excepcionales se ordenaba proporcionar una garantía del pago de las costas, lo que mostraba que en los mecanismos actuales se aplicaban umbrales elevados y que los tribunales de SCIE eran en general renuentes a ordenar ese tipo de medidas. Al respecto, se señaló que debería brindarse alguna orientación a los tribunales de SCIE sobre la posibilidad de exigir garantías de pago de las costas.

67. Se formularon varias sugerencias sobre las circunstancias en que se justificaría ordenar la presentación de una garantía de pago de las costas. Se señaló que sería esencial aclarar esas circunstancias y/o los factores que había de tener en cuenta el tribunal arbitral. Se observó, no obstante, que debería concederse algún grado de flexibilidad a los tribunales cuando examinaran las solicitudes de garantías de pago de las costas, de modo que pudieran tener en cuenta las circunstancias generales del caso. Por ejemplo, se observó que exigir garantías de pago de las costas podría no ser

adecuado, en particular, si la falta de fondos del inversionista se debiera a una medida adoptada por el Estado.

68. La opinión general fue que los hechos que indicaran que una parte no estaba dispuesta a cumplir con una resolución que le impusiera el pago de costas o que no estaba en condiciones de hacerlo, por ejemplo, por falta de fondos o por ser insolvente o por no haber cumplido anteriormente con resoluciones por las que se le hubiera ordenado el pago de costas, constituían circunstancias fundamentales que debían tenerse en cuenta al exigir garantías de pago de las costas. Se observó que la presentación de reclamaciones por intermedio de empresas ficticias que no tenían fondos propios podía constituir un indicio de la falta de voluntad de un inversionista para pagar las costas o de su imposibilidad de hacerlo.

69. La opinión general fue que la existencia de financiación por terceros o la negativa del tercero financiador a obligarse a cumplir con una condena en costas eran elementos que habían de tenerse en cuenta al exigir que se garantizara el pago de las costas. Si bien algunos opinaron que las garantías de pago de las costas deberían exigirse en todos los casos en que la financiación fuera proporcionada por terceros, otros señalaron que la mera existencia de financiación por terceros no justificaría que se ordenara la presentación de garantías de pago de las costas y que la existencia de financiación por terceros era una circunstancia que debía tenerse en cuenta junto con los otros elementos ya mencionados.

70. El Grupo de Trabajo también examinó algunos aspectos procesales relativos a la garantía de pago de las costas. La opinión general fue que esa garantía de pago debería exigirse a instancia de parte y que el tribunal no debería ordenarla de oficio. Aunque se expresó algún apoyo a la idea de permitir que el demandante solicitara garantías de pago de las costas, en general se opinó que la principal razón de ser de esas garantías era proteger al Estado demandado que terminara resultando vencedor. En respuesta a ello, se observó que la presentación de una reconvencción por parte del Estado demandado podría justificar que el demandante solicitara una garantía de pago de las costas. Se señaló además que la probabilidad de éxito de la demanda o la reconvencción no debería tenerse en cuenta al ordenarse garantías de pago de las costas.

71. Se sugirió que la parte que solicitara la garantía estuviera obligada a justificar su solicitud. Otros propusieron que la carga de la prueba recayera sobre la parte contraria. La opinión general fue que no debería ordenarse a los terceros (incluso a las partes en un tratado que no fueran partes litigantes) que proporcionaran garantías de pago de las costas, dado que ello podría reducir sus posibilidades de participar en procesos de SCIE.

72. En cuanto a las consecuencias que tendría que una parte no cumpliera con una resolución por la que se le ordenara presentar garantías de pago de las costas, se observó que debería considerarse la posibilidad de que se suspendiera el proceso y se le pusiera fin después.

73. Se señaló que podrían prepararse orientaciones o una fórmula para guiar a los tribunales de SCIE en relación con los montos que sería apropiado exigir como garantía. La opinión general fue que el monto de la garantía y las modalidades de cumplimiento de la resolución por la que se la ordenara, a saber, el depósito en una cuenta de garantía bloqueada o la presentación de una garantía bancaria, podrían dejarse librados a la discreción de los tribunales de SCIE. Se propuso que se impartieran orientaciones a los tribunales de SCIE sobre otras cuestiones procesales, por ejemplo, sobre el caso de los procesos entre múltiples partes.

Labor preparatoria sobre el tema de las garantías de pago de las costas

74. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que aprovechara la labor realizada por el CIADI para compilar los criterios que se estuvieran adoptando en relación con la cuestión de la garantía de pago de las costas. Se invitó a las delegaciones que tuvieran experiencia pertinente sobre tratados en relación con garantías de pago de las costas a que prestaran información a la Secretaría. Se dijo que debería prepararse una cláusula modelo basándose en esa labor y experiencia, y que dicha cláusula podría

incluirse en un posible instrumento multilateral sobre la reforma de SCIE y que esa cláusula: i) haría hincapié principalmente en que los demandados pudieran solicitar garantías de pago de costas a los demandantes, ii) aclararía que la garantía de pago de las costas solo podría solicitarse a instancia de parte, y iii) no sería aplicable a terceros. En la cláusula modelo se deberían establecer las condiciones pertinentes y fijarse un umbral, además de presentarse opciones sobre las consecuencias que tendría no cumplirlas.

75. Deberían prepararse varias opciones en que se establecieran cuáles serían las condiciones exigidas, y que irían desde: i) opciones generales que otorgaran una mayor discrecionalidad a los tribunales de SCIE (como en el caso de que pudiera suponerse razonablemente que la parte de que se tratara no deseaba o no podía pagar) u ii) opciones en que se enumeraran más expresamente los elementos que deberían tenerse en cuenta, pero que dejaran librada la decisión sobre la forma de aplicarlos, juntos o por separado, a los tribunales de SCIE (esos elementos podrían ser la falta de fondos, el hecho de que el inversionista fuera una empresa ficticia, la existencia de múltiples demandantes, los antecedentes en materia de cumplimiento de laudos y la existencia de financiación por terceros) hasta iii) opciones en que se previeran enumeraciones muy prescriptivas y en que se ordenara la presentación de garantías de pago de las costas en ciertas circunstancias en particular (como cuando se otorgara financiación por terceros). Al redactar esas condiciones, debería velarse por: i) encontrar un equilibrio entre asegurar el ejercicio efectivo por los Estados de sus derechos, por un lado, y asegurar el acceso a la justicia, por el otro, y ii) que el tribunal de SCIE no se viera obligado a prejuzgar sobre la controversia.

76. Además, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que preparara orientaciones y mejores prácticas sobre la forma en que podrían aplicarse las disposiciones sobre garantías de pago de las costas de forma justa y coherente. Se señaló que esas orientaciones no solo servirían como instrucciones a los tribunales de SCIE sobre la forma adecuada de aplicar las condiciones, sino que también tratarían cuestiones relativas al monto de la garantía que se exigiría generalmente, la forma en que se la pagaría y otras cuestiones prácticas similares.

77. Se observó además que deberían tenerse en cuenta los efectos que tendría en las garantías de pago de las costas el marco que se adoptara, junto con las otras opciones de reforma del sistema de SCIE que se encontraba analizando actualmente el Grupo de Trabajo.

2. Demandas infundadas (A/CN.9/WG.III/WP.192)

78. Se apoyó en general la idea de que se elaborara un marco más predecible en lo referente a las demandas infundadas, que permitiera desestimar ese tipo de demandas en una etapa temprana del proceso y previera para ello un procedimiento acelerado. Se señaló que ese marco podría dar respuesta, entre otras cosas, a las inquietudes que se habían planteado acerca de los costos y la duración de los procesos de SCIE, así como a la parálisis normativa.

79. Si bien se observó que varios tratados de inversión celebrados recientemente incluían disposiciones para resolver la cuestión de las demandas infundadas, también se observó que en la actualidad la mayoría de las demandas se presentaban en virtud de tratados que no contenían ese tipo de disposiciones.

80. En cuanto a los tipos de demandas que se abordarían en el marco que se elaborara, se mencionaron las demandas manifiestamente carentes de fundamento jurídico, las basadas en hechos no demostrados o demandas injustificadas, las que serían desestimadas por aplicación de la ley y las que fueran consecuencia de aprovecharse las ventajas que ofreciera un tratado más beneficioso (por ejemplo, mediante una reestructuración empresarial). Se señaló que el marco debería estar redactado con claridad para orientar a los tribunales que entendieran en casos de SCIE a determinar qué demandas eran infundadas. Se sugirió, por otra parte, que sería más apropiado establecer un umbral estricto en vista de las inquietudes que se generaban en relación con las garantías procesales al limitarse el acceso del inversionista a la justicia. Se opinó

en general que el marco se debería aplicar tanto a las demandas que versaran sobre cuestiones sustantivas como a las que se refirieran a la competencia del tribunal.

81. En relación con las medidas que había de adoptar un tribunal de SCIE cuando determinara que una demanda era infundada, se dieron varios ejemplos, como la exigencia de una garantía del pago de las costas, la desestimación temprana de la demanda, la determinación preliminar y la distribución de las costas. En general se consideró que las medidas que debía adoptar el tribunal de SCIE diferirían según el tipo de demanda y que se debía conferir al tribunal flexibilidad para que eligiera la apropiada.

82. Se llamó la atención sobre el riesgo de que los demandados pudieran hacer un uso abusivo o indebido del marco para defenderse de las demandas infundadas que se presenten, lo que podría prolongar la duración y el costo del proceso. A fin de evitar ese riesgo, se propuso que en el marco se incluyera la distribución de las costas y se previeran plazos estrictos para que el demandado opusiera excepciones y para que el tribunal las resolviera. Se sugirió que el procedimiento de determinación podría constar de dos etapas, y que en la primera se decidiera si procedía examinar la excepción.

83. Se señaló que la cuestión de las demandas infundadas podría examinarse junto con otras opciones de reforma, principalmente la garantía de pago de las costas y la financiación por terceros. También se mencionó que la opción de reforma consistente en el establecimiento de un órgano multilateral permanente podría incluir un mecanismo para disuadir de la presentación de demandas infundadas.

Labor preparatoria sobre el tema de las demandas infundadas

El camino a seguir

84. Se solicitó a la Secretaría que trabajara con las organizaciones pertinentes a fin de recopilar información sobre las disposiciones de los acuerdos de inversión y los reglamentos de arbitraje vigentes (como el art. 41, párr. 5, de las Reglas de Arbitraje del CIADI), así como sobre la jurisprudencia pertinente con objeto de recoger la amplia variedad de enfoques existentes respecto de cómo tratar las demandas infundadas en una etapa temprana del proceso. Se invitó a las delegaciones que tuvieran una práctica pertinente en materia de tratados a facilitar información a la Secretaría.

85. Sobre la base de esa labor, se solicitó a la Secretaría que preparara opciones de cláusula modelo, lo que crearía un marco claro para la desestimación temprana de las demandas infundadas, brindando a su vez flexibilidad al tribunal de SCIE para dar respuesta a las demandas infundadas, abusivas y de otra índole. Como alternativa a esa cláusula única de amplio espectro, debería también proponerse una solución en que se presentaran múltiples cláusulas diferentes que serían aplicables a la desestimación temprana de una variedad de demandas y en que se establecieran mecanismos ligeramente diferentes en función del motivo por el que se solicitara la desestimación.

86. Se pidió además que en el marco se contemplara la resolución en un plazo breve de toda solicitud de desestimación y que la cláusula modelo previera la conclusión de las actuaciones para el caso en que se hubiera desistido de una demanda o el demandante no se opusiera a la solicitud de desestimación.

87. La cláusula también debería salvaguardar las garantías procesales del demandante. Se solicitó que en ella también se incluyeran opciones para distribuir las costas relacionadas con las demandas infundadas, teniendo presente que no debería socavarse indebidamente el acceso a la justicia. Además, se señaló que debería buscarse un equilibrio entre la eficiencia que se lograría mediante la desestimación temprana y la posible obstrucción que podría derivarse del uso indebido de ese mecanismo. Por lo tanto, la cláusula que había de prepararse debería contemplar opciones que regularan los supuestos en que las propias solicitudes de desestimación temprana fueran infundadas, por ejemplo, mediante la distribución de las costas. Sin embargo, se señaló que, dado el elevado umbral que se establecería para la desestimación temprana, no deberían considerarse infundadas las solicitudes por el mero hecho de no prosperar.

88. Asimismo, se solicitó que al redactarse la cláusula modelo se exploraran las repercusiones que podría tener la falta de claridad en el escrito inicial, que obligaría a los Estados a oponer excepciones que no serían necesarias si el escrito inicial fuera más claro y se hubiera facilitado más información.

89. Por último, la labor debería mostrar cómo se podría aplicar la cláusula modelo, por ejemplo, en los reglamentos de arbitraje, por los Estados en los tratados de inversión o en un instrumento multilateral sobre la reforma procesal y en un mecanismo multilateral permanente.

D. Interpretación de los tratados de inversión por las partes en los tratados (A/CN.9/WG.III/WP.191)

90. En primer lugar se observó que las partes en los tratados disponían de numerosos recursos para asegurar que la interpretación de sus tratados de inversión se correspondiera con su intención. Se destacó que los recursos para la interpretación de los tratados, cuando se utilizaran, contribuirían a reducir las inquietudes que se planteaban acerca de la falta de congruencia, coherencia y previsibilidad de las decisiones de los tribunales de SCIE, así como las inquietudes acerca de su corrección. Se observó que las partes en los tratados eran los custodios de esos tratados y que se encontraban en una posición única para proporcionar interpretaciones autorizadas y auténticas a los tribunales arbitrales.

91. Si bien se observó que las partes en los tratados tenían varios recursos a su disposición y que cada vez era más frecuente que figuraran cláusulas sobre interpretación conjunta en los tratados de inversión, también se señaló que seguía siendo poco común que las partes en el tratado incluyeran esas disposiciones y que, para que tuviera éxito una reforma, sería importante determinar por qué ello era así. En ese contexto, se señaló que para interpretar los tratados los Estados necesitaban suficiente capacidad y recursos, algo de lo que especialmente carecían los Estados en desarrollo. Asimismo, se señaló que las partes en el tratado tal vez serían renuentes a ofrecer su interpretación mientras se estuviera sustanciando un caso para evitar injerencias. Se observó además que el establecimiento de comités conjuntos en general facilitaba que las partes en el tratado acordaran una interpretación común, dado que esos comités vigilarían el proceso.

92. El Grupo de Trabajo examinó algunos recursos interpretativos con que contaban las partes en los tratados.

93. En cuanto a las interpretaciones conjuntas, se expresaron opiniones divergentes sobre si estas deberían ser obligatorias para los tribunales de SCIE y si deberían tener efectos retroactivos. Se subrayó que la interpretación que se hiciera de los tratados de inversión, que tuviera por finalidad aclarar sus términos, debería distinguirse de las enmiendas al tratado, que normalmente requerían que se llevara a cabo un procedimiento formal, por ejemplo, un procedimiento de ratificación en el país.

94. Se observó que, además de la interpretación conjunta, podían utilizarse otros recursos para la interpretación, por ejemplo, la posición congruente que hubieran sostenido los Estados respecto de la interpretación de sus tratados de inversión, ya sea en sus alegatos como partes demandadas o en los escritos que hubieran presentado como partes no litigantes. Se hizo referencia al Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre la Transparencia”) que contenía una disposición sobre los escritos presentados por las partes no litigantes que eran parte en el tratado y su publicación. Además, se observó que los mecanismos previstos en tratados recientes relativos a la revisión de los proyectos de laudo constituían un recurso eficaz para asegurar que la interpretación de un tratado fuera correcta. En ese contexto, se dijo que era necesario encontrar un equilibrio entre la protección de la independencia de los tribunales de SCIE y el respeto por la intención que hubieran tenido las partes en el tratado.

95. En cuanto a las declaraciones unilaterales, se observó que sería necesario que se siguiera examinando su naturaleza y las consecuencias que tenían esas declaraciones a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la práctica del derecho internacional público. La sugerencia de que se trabajara en la formulación de principios y normas de interpretación autónomos que pudieran complementar o sustituir los principios generales de la interpretación de tratados no recibió apoyo y al respecto se mencionó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Se observó que podía explorarse la interpretación multilateral, en tanto que se señaló también que era difícil lograr interpretaciones multilaterales dado que cada tratado tenía sus propios antecedentes de negociación y que las intenciones de las partes en esos tratados eran distintas.

96. Se dijo que, aunque los recursos interpretativos podrían servir para aclarar ambigüedades, la corrección y la previsibilidad de la interpretación de las obligaciones sustantivas en materia de inversiones solo podían promoverse mediante la redacción cuidadosa y precisa de las cláusulas en los propios tratados, lo que incluía el uso de lenguaje interpretativo en el tratado de inversión. Se señaló que los recursos interpretativos presentaban problemas importantes, en particular la dificultad de trazar una distinción entre la interpretación del tratado y la enmienda de este, por un lado, y los efectos en los derechos de los inversionistas, por otro.

97. Se observó que al trabajarse en esa esfera se deberían tener en cuenta las cláusulas que figuraban en los tratados de inversión recientes, así como los resultados de los debates que se estaban celebrando en el marco del proceso de enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI. También se observó que podría trabajarse en la elaboración de orientaciones sobre los efectos jurídicos de esos recursos para asegurar que sus funciones y peso interpretativo resultaran claros para los tribunales de SCIE, los Estados y los inversionistas. También se mencionó la posibilidad de que se elaborara un glosario para la interpretación de las normas de los tratados. Asimismo, se sugirió incluir en la labor orientaciones sobre la interpretación de disposiciones fundamentales; no obstante, se señaló al respecto que redactar esas orientaciones sobre la interpretación del sentido de disposiciones fundamentales excedía el alcance del mandato del Grupo de Trabajo.

98. Se indicó que las reformas que se llevaran a cabo en relación con la interpretación de los tratados podían formar parte de un instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE, y que podrían constituir elementos clave de cualquier otro conjunto de opciones de reforma futuro. También se observó que si se preparara un instrumento por el que se estableciera un mecanismo multilateral permanente, los Estados partes en ese instrumento deberían poder participar en las controversias relativas a la interpretación de las disposiciones que tuvieran importancia sistémica, en tanto que sería necesario que las partes en el tratado retuvieran el control sobre su interpretación. Se dijo también que la creación de un centro de asesoramiento podría ser una forma de llevar a la práctica algunas de las reformas en materia de interpretación de tratados.

99. Sin embargo, también se expresaron dudas sobre la necesidad de que se siguiera realizando una labor en esta esfera, en razón del marco existente y su disponibilidad para las partes en los tratados.

Labor preparatoria sobre la interpretación de los tratados por los Estados Partes

El camino a seguir

100. Tras deliberar y a la luz de los recursos interpretativos de que ya disponían las partes en los tratados y las distintas opiniones expresadas sobre la labor que de todos modos podría ser útil llevar a cabo, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que compilara los distintos recursos interpretativos que figuraran en los tratados de inversión, basándose en los recursos existentes, y que presentara información sobre la forma en que con ellos se abordaban las inquietudes y dificultades que se habían mencionado en los debates, incluida la forma en que esos recursos hubieran sido interpretados por los tribunales arbitrales.

101. Además de esa compilación, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que preparara una nueva versión del documento [A/CN.9/WG.III/WP.191](#) para ofrecer más información sobre las cuestiones que se habían examinado, por ejemplo, las razones por las que los Estados no utilizaban eficazmente los recursos que existían actualmente relativos a la interpretación de los tratados o por las que esos recursos no eran aceptados por los tribunales y la forma en que podrían utilizarse eficazmente los numerosos recursos que se habían mencionado.

E. Instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE ([A/CN.9/WG.III/WP.194](#))

102. El Grupo de Trabajo recordó las comunicaciones que se habían presentado en relación con los posibles medios que podrían utilizarse para aplicar las opciones de reforma, en particular la elaboración de un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE. Además del documento [A/CN.9/WG.III/WP.194](#), se hizo referencia a los documentos siguientes: i) [A/CN.9/WG.III/WP.182](#), en que se ahondaba en el enfoque basado en el “abanico”, según el cual los Estados podían decidir incorporar una o varias de las opciones de reforma propuestas teniendo en cuenta sus propias inquietudes e intereses políticos y normativos; ii) [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), que se centraba en la elaboración de un instrumento por el que se establecería un tribunal multilateral permanente de primera instancia y de apelación; y iii) [A/CN.9/WG.III/WP.173](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), en que se examinaba la posibilidad de crear un instrumento multilateral siguiendo el modelo de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. También se hizo referencia a los enfoques adoptados en 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 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), que permitía a las partes contratantes determinar el medio de solución de controversias que aceptaban en principio (de conformidad con el art. 287, párr. 1)).

103. Se expresaron opiniones en el sentido de que, como se señalaba en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.194](#), párrafo 3, el instrumento no constituía en sí mismo una opción de reforma, sino que sería un posible mecanismo para la aplicación de todas o algunas de las opciones de reforma que se estaban examinando. También se señaló que, por lo tanto, no había razones para debatir el instrumento multilateral paralelamente al examen de las opciones de reforma, sino que más bien podía debatirse en una etapa posterior, una vez que las opciones de reforma se hubieran elaborado. Se expresaron opiniones en el sentido de que era necesario examinar primero el contenido y la forma de cada opción de reforma, antes de discutir cómo se las aplicaría. En el caso de algunas opciones, la única forma de aplicarlas a la amplia red de tratados de inversión vigentes era utilizando un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE, en tanto que en el caso de otras opciones, podrían prepararse diferentes herramientas de aplicación, como cláusulas modelo u orientaciones para los tribunales. Asimismo, se señaló que la forma que se adoptara para cualquier instrumento multilateral podría verse afectada también por otras consideraciones pragmáticas, como la necesidad de equilibrar las reformas estructurales y no estructurales, y el hecho de que no hubiera actualmente acuerdo sobre recursos adicionales.

104. Se expresaron distintas opiniones en el sentido de que no solo era adecuado, sino esencial, discutir cómo se aplicarían las opciones de reforma en la etapa actual. Se indicó que la forma de aplicar las opciones de reforma podría incidir en su formulación. Por lo tanto, en sus observaciones, esas delegaciones comentaron las cuestiones sustantivas planteadas en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.194](#). Las delegaciones que habían expresado la opinión de que este no era el momento de llevar a cabo esas deliberaciones (véase el párr. 103 *supra*), participaron en esas discusiones, dejando a salvo su posición de que eran prematuras.

105. Se señaló que un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE tendría como objetivo establecer un marco para la aplicación de múltiples opciones de reforma. Se subrayó que era necesario adoptar un enfoque coherente y flexible con respecto a las diferentes opciones de reforma, que permitiría a los Estados partes elegir si adoptaban las opciones de reforma pertinentes y en qué medida.

106. Se observó que sería importante que el instrumento reuniera 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 las opciones de reforma, incluidos 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 reformar por completo el sistema de SCIE; y v) adoptar un enfoque integral respecto a la reforma del sistema de SCIE en el que se estableciera claramente el objetivo de lograr el desarrollo sostenible mediante las inversiones internacionales.

107. En relación con el contenido del instrumento multilateral, se sugirió que en él se podrían prever unas normas mínimas, es decir, determinados elementos esenciales que tendrían que ser adoptados por todos los Estados participantes. Otros señalaron, en cambio, que no era necesario ni factible adoptar esos elementos esenciales. Se observó que, de todos modos, resultaba prematuro en esta etapa del debate determinar cuáles serían esos elementos esenciales, en caso de que se decidiera determinarlos. También se señaló que el instrumento multilateral podría concebirse de modo que contribuyera a que hubiera una mayor concordancia y coherencia en las normas comunes. Se planteó la cuestión de si ese instrumento multilateral sería incompatible con otros instrumentos multilaterales vigentes, en particular con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) y la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Se señaló que sería necesario examinar esa cuestión junto con la posible reforma de las disposiciones de estos últimos.

108. Se indicó asimismo que el instrumento multilateral contendría elementos facultativos y que los Estados participantes podrían aceptar o excluir su aplicación. Sin embargo, también se expresó la inquietud de si un instrumento flexible con elementos facultativos como el que se contemplaba no podría contribuir a una mayor fragmentación del sistema de SCIE y a la búsqueda del foro más conveniente. Además, se hizo la advertencia de que podrían surgir complicaciones en el caso de que el instrumento permitiera combinar determinadas opciones de reforma.

109. En cuanto al ámbito temporal de aplicación del instrumento, se expresó preferencia por que el instrumento se aplicara tanto a los tratados vigentes como a los tratados futuros. Al respecto, se señaló que la finalidad de un instrumento multilateral era justamente lograr que algunas de las opciones de reforma que se estaban elaborando, o todas ellas, fueran aplicables a los tratados de inversión actuales. Se expresaron opiniones discrepantes respecto de si uno de los mecanismos de solución de controversias que se previera en un instrumento multilateral debería ser un mecanismo que implicara la negociación entre Estados orientada a la solución de controversias con los inversionistas.

110. En relación con las declaraciones que habrían de permitirse en virtud del instrumento multilateral, se expresaron una gran variedad de opiniones. Al respecto, se propuso que, en los casos en que un Estado parte no hubiera formulado ninguna declaración, debería considerarse que ha optado por el método de solución de controversias convenido bilateralmente (y no por un marco de solución de controversias determinado). Sin embargo, se consideró que era demasiado temprano en el proceso de reforma para examinar esa cuestión.

111. Se expresaron diferentes opiniones acerca de si debería trabajarse sobre la elaboración del instrumento multilateral que se proponía mientras se elaboraban las otras opciones de reforma o como parte de la labor sobre cada una de las opciones de reforma. Se señaló que se preferiría el primer enfoque a fin de ahorrar tiempo y en vista de que un instrumento multilateral constituiría una forma de aplicar todas las reformas. Además, dado que era necesario analizar en profundidad la forma que se adoptaría para ese instrumento, así como las consecuencias jurídicas que tendría, incluso en el marco de SCIE actual, y otras consideraciones, se expresó apoyo a que se siguiera trabajando sobre un instrumento multilateral relativo a la reforma del sistema de SCIE, incluso mediante la labor entre períodos de sesiones que llevaban a cabo las delegaciones interesadas. Otros, en cambio, señalaron que sería preferible adoptar el último enfoque, habida cuenta de que aplicar las opciones de reforma mediante el mecanismo de un instrumento internacional dependería de si existía la necesidad o el deseo de ofrecer a los Estados la posibilidad de aplicar una opción de reforma en particular a los tratados de inversión existentes, y que sería contraproducente elaborar un marco rígido separadamente de cada opción de reforma y sin tener en cuenta las consideraciones programáticas señaladas en el párrafo 103. La posición de esas delegaciones fue también que no era necesario seguir trabajando en el mecanismo del instrumento propuesto (aunque sí en lo que sería en última instancia su contenido y esquema) dado que el mecanismo era simple y que había sido utilizado por la CNUDMI en su labor sobre la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado.

IV. Plan de trabajo y otros asuntos

A. Plan de trabajo y recursos

112. Se recordó que en septiembre de 2020 la Comisión no había llegado a un consenso acerca de cuáles eran las necesidades de recursos que tenía el Grupo de Trabajo y que se esperaba que la Comisión siguiera examinando el tema en su siguiente período de sesiones, que tendría lugar en 2021. Se recordó además que la Comisión había alentado al Grupo de Trabajo a que continuara avanzando en el cumplimiento de su mandato.

113. En vista de ello, y como vía para elaborar un plan de trabajo y recursos (el “plan”), se acordó lo siguiente:

- La Presidencia y la Relatoría trabajarían con todas las delegaciones interesadas para elaborar un primer proyecto del plan con el apoyo de la Secretaría.
- El plan incluiría, en la medida de lo posible, medios concretos para que el Grupo de Trabajo abordara varios temas, como los instrumentos y otros mecanismos que habrían de utilizarse, así como la secuencia de los trabajos y los recursos necesarios para que todas las reuniones del Grupo de Trabajo, incluidas las consultas, fueran plenamente inclusivas.
- Una vez preparado el primer proyecto de plan, se distribuiría entre las delegaciones del Grupo de Trabajo y se invitaría a estas a presentar sus comentarios por escrito.
- Con el fin de facilitar la etapa de presentación de comentarios por escrito, la Presidencia y la Relatoría celebrarían varias reuniones oficiosas en las que se explicaría el primer proyecto de plan, en inglés, en francés y quizás en español.
- La Presidencia y la Relatoría examinarían los comentarios y prepararían una versión revisada del proyecto de plan.
- El plan se prepararía entre períodos de sesiones; una vez acordado, se presentaría al Grupo de Trabajo en su siguiente período de sesiones, en abril de 2021, para su aprobación y, posteriormente, ese mismo año se presentaría a la Comisión como plan del Grupo de Trabajo.

B. Actividad entre períodos de sesiones

114. Se informó al Grupo de Trabajo de que, en vista de la situación mundial creada por la COVID-19, la reunión entre períodos de sesiones prevista para el segundo semestre de 2020 en Hong Kong (China) se aplazaría en principio y tendría lugar en el segundo semestre de 2021 y, en su lugar, se celebraría el 9 de noviembre de 2020 una reunión virtual entre períodos de sesiones sobre el uso de la mediación en la SCIE. Se afirmó que la reunión virtual entre períodos de sesiones tendría por objetivo facilitar el intercambio de información sobre la mediación y contribuir al debate del Grupo de Trabajo sobre el camino a seguir con vistas a reforzar el papel de la mediación como opción de reforma del sistema de SCIE. Se invitó a los delegados a asistir a la reunión.

115. Se informó además al Grupo de Trabajo de que el Foro Académico organizaría antes del 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo tres webinarios en inglés y en francés (siempre que fuera posible) sobre los siguientes temas:

- Código de conducta (noviembre de 2020),
- Selección de los decisores (enero/febrero de 2021); y
- Daños y perjuicios (marzo de 2021).

C. Situación de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia

116. Durante las deliberaciones, se informó al Grupo de Trabajo de que en septiembre de 2020 Australia había ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y que el Estado Plurinacional de Bolivia estaba en vías de ratificar la Convención. En ese sentido, se instó a los Estados a estudiar la posibilidad de adherirse a la Convención, que había entrado en vigor el 18 de octubre de 2017.

D. Traducción de los laudos dictados en el marco de la SCIE

117. El Grupo de Trabajo escuchó una propuesta en que se hacía hincapié en la importancia de traducir las decisiones y laudos dictados en el marco de la SCIE, en particular al francés, así como en las ventajas de difundir esa información para el desarrollo del derecho de las inversiones. Se expresó algún apoyo a esa propuesta en vista de la necesidad de garantizar el multilingüismo en la reforma del sistema de SCIE. También se observó que la capacidad lingüística debería ser una de las competencias que habrían de tenerse en cuenta al seleccionar a los árbitros para promover la diversidad en ese aspecto. Sin embargo, se señaló que la traducción de los laudos dictados en el marco de la SCIE planteaba dificultades en la práctica, por ejemplo, la dificultad de encontrar los recursos necesarios para la traducción y de decidir los idiomas a los cuales deberían traducirse los laudos. Al respecto, se sugirió que se siguiera examinando la propuesta en el contexto de otras opciones de reforma, como la creación de un centro de asesoramiento o de un órgano multilateral permanente.