



Asamblea General

Distr. general
24 de mayo de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

49º período de sesiones

Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2016

Solución de controversias comerciales: presentación de un documento de investigación sobre la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado como posible modelo para la introducción de nuevas reformas en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-5	2
II. Breve resumen del documento de investigación: Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado como posible modelo para la introducción de nuevas reformas en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados	6-49	3
A. Antecedentes. Características de la Convención de Mauricio y propuestas actuales de reforma procesal	6-22	3
1. “Enfoque de la Convención de Mauricio”	6-10	3
2. Aspectos problemáticos que afectan a los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados.	11-20	5
3. Propuestas existentes de reforma procesal	21-22	7
B. Aplicación del “enfoque de la Convención de Mauricio” a posibles reformas procesales.	23-49	8
1. Evaluación de la viabilidad	23-35	8
2. Descripción de las cuestiones planteadas	36-49	11
III. Observaciones finales	50-52	14

V.16-03024 (S) 160616 160616



Se ruega reciclar 

I. Introducción

1. En su 48º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión observó con reconocimiento los esfuerzos de cooperación y coordinación que realizaba la Secretaría con las organizaciones que trabajaban en el ámbito del arbitraje y la conciliación internacionales. Señaló además que las normas de la CNUDMI en ese ámbito se caracterizaban por su flexibilidad y su aplicabilidad general a diversos tipos de arbitraje, desde el arbitraje puramente comercial hasta el arbitraje entre inversionistas y Estados. A la luz de lo anterior, la Comisión convino en que la Secretaría siguiera coordinando sus actividades con las de otras organizaciones en relación con los distintos tipos de arbitraje a los que resultaban aplicables las normas de la CNUDMI, y estuviera atenta a cualquier novedad, además de estudiar posibles esferas de cooperación y coordinación¹.

2. En lo que respecta al arbitraje entre inversionistas y Estados, la Comisión observó que la situación imperante planteaba varios problemas y que algunas organizaciones habían formulado propuestas de reforma. En ese contexto, se informó, asimismo, a la Comisión de que la Secretaría estaba realizando un estudio para determinar si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia o “Convención de Mauricio”) podía ser un modelo útil para posibles reformas en el ámbito del arbitraje entre inversionistas y Estados, en colaboración con organizaciones interesadas, entre ellas el Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), un centro de investigaciones conjuntas del Graduate Institute of International and Development Studies y la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. En vista de ello, se pidió a la Secretaría que presentara a la Comisión, en un futuro período de sesiones, un informe sobre el tema con información actualizada².

3. Atendiendo a esa petición, se ha preparado la presente nota, con objeto de proporcionar a la Comisión información actualizada sobre el estudio realizado en el marco de un proyecto de investigación del CIDS (denominado “documento de investigación”), así como una breve sinopsis de las conclusiones alcanzadas³.

4. El presente documento de investigación tiene por objeto analizar si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia puede utilizarse como modelo para poner en práctica iniciativas de reforma de mayor envergadura en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en el caso de que se decida, en un momento posterior, llevar a cabo reformas a nivel multilateral. Como ejemplo de una posible reforma procesal en la que el enfoque adoptado en la Convención de Mauricio podría ser útil, y a fin de proporcionar una base para llevar a cabo el análisis, el documento de investigación examina el alcance, las posibilidades, y las dificultades que ofrece un instrumento similar a la Convención de Mauricio, por sí solo o en combinación con otros instrumentos, a la

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/70/17)*, párr. 268.

² *Ibid.*

³ El documento de investigación está disponible, en inglés únicamente, en el sitio web de la CNUDMI: www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/49th.html.

hora de crear i) un órgano permanente de solución de controversias destinado a sustituir o complementar las disposiciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de los tratados existentes y futuros; o ii) un mecanismo de apelación de los laudos dictados en los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de tratados de inversión existentes o futuros.

5. No obstante, la presente nota se limita a informar acerca de los resultados del estudio jurídico relativo a la cuestión de si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia podría utilizarse como modelo para llevar a cabo iniciativas más amplias de reforma procesal en el ámbito de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en el caso de que se decidiera emprender reformas en el plano multilateral. La presente nota contiene, únicamente a título informativo, una breve reseña de las cuestiones jurídicas que plantean las posibles reformas de procedimiento de solución de controversias entre inversionistas y Estados, y no proporciona un análisis detallado de esas reformas, ya que ello quedaría fuera del ámbito del mandato asignado por la Comisión. Tampoco contiene recomendaciones sobre una posible labor futura con relación a ninguna de las iniciativas de reforma mencionadas, lo que requeriría que la Comisión adoptase otra decisión.

II. Breve resumen del documento de investigación: la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado como posible modelo para la introducción de nuevas reformas en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados

A. Antecedentes: características de la Convención de Mauricio y propuestas actuales de reforma procesal

1. “Enfoque de la Convención de Mauricio”

6. En 2013, la CNUDMI aprobó el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre la Transparencia”), conjuntamente con un nuevo artículo 1 4) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en su forma revisada en 2010)⁴. El Reglamento sobre la Transparencia, que entró en vigor el 1 de abril de 2014, comprende un conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado. El Reglamento sobre la Transparencia se aplicará a las controversias nacidas de tratados de inversión celebrados el 1 de abril de 2014 o a partir de esa fecha, cuando se entable un procedimiento arbitral entre un inversionista y un estado conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que las partes en el

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), cap. III y anexos I y II.*

tratado de inversión hayan acordado otra cosa⁵. El Reglamento sobre la Transparencia se aplicará a las controversias nacidas de tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014, si las partes en el tratado pertinente (es decir, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica)⁶, o las partes litigantes (es decir, un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica)⁷, convienen en su aplicación. El Reglamento sobre la Transparencia podrá aplicarse también en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en procedimientos *ad hoc*⁸.

7. Tras aprobar el Reglamento sobre la Transparencia, la CNUDMI preparó una convención concebida para facilitar la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia a los aproximadamente 3.000 tratados de inversión celebrados antes de la entrada en vigor de dicho reglamento, lo que proporcionaba a los Estados un mecanismo eficaz que permitiera aplicar el Reglamento a los tratados de inversión en vigor, si se consideraba oportuno⁹. De hecho, la Convención de Mauricio sobre la Transparencia es un instrumento mediante el que las partes en tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014 expresan su consentimiento a la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entablados en el marco de esos tratados.

8. La Convención de Mauricio permite que el Reglamento sobre la Transparencia se aplique a todos los tratados de inversión bilaterales, regionales y multilaterales en vigor y en todos los foros de arbitraje, si el Estado demandado y el Estado del inversionista son partes contratantes en la Convención de Mauricio o, si el inversionista (como demandante) acepta la oferta unilateral del Estado demandado de aplicar el Reglamento sobre la Transparencia. Básicamente, el “enfoque de la Convención de Mauricio” consiste en introducir las normas de transparencia sustantivas consagradas en el Reglamento sobre la Transparencia en el fragmentado régimen de tratados independientes, por medio de un único instrumento multilateral. Introduce un régimen flexible que prevé un número limitado de reservas que pueden formular las Partes Contratantes.

9. La Convención de Mauricio es un instrumento que incorpora en los numerosos tratados de inversión en vigor la noción de transparencia, aspecto de procedimiento que por lo general no se aborda en la inmensa mayoría de los tratados de inversión. Complementa los tratados de inversión en vigor con un régimen uniforme sobre transparencia consagrado en el Reglamento sobre la Transparencia. En su 46º período de sesiones, la Comisión reiteró su acuerdo con la opinión expresada por numerosas delegaciones en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo II de que la convención sobre la transparencia, una vez que entrara en vigor, sería un tratado sucesivo que crearía nuevas obligaciones en virtud del artículo 30

⁵ Reglamento sobre la Transparencia, artículo 1 1).

⁶ Reglamento sobre la Transparencia, artículo 1 2) b). En el caso de los tratados de inversión multilaterales, es suficiente que el Estado del demandante y el Estado demandado hayan llegado a un acuerdo a tal efecto.

⁷ Reglamento sobre la Transparencia, artículo 1 2) a).

⁸ Reglamento sobre la Transparencia, artículo 1 9).

⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), párr. 127.*

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (la “Convención de Viena”)¹⁰.

10. Una cuestión que cabría examinar es si una convención que aplique nuevas reformas de los tratados de inversión ya existentes, que tomara como modelo la Convención de Mauricio, constituiría un tratado de sucesión de otro instrumento que impondría nuevas obligaciones, con arreglo al artículo 30 de la Convención de Viena, o si constituiría una enmienda o modificación de los tratados de inversión (conforme a lo dispuesto en los tratados de inversión en vigor y el capítulo IV de la Convención de Viena). Si un tratado de aplicación de nuevas reformas se considerase una enmienda o una modificación de los tratados de inversión fundamentales, habría que tener en cuenta algunos elementos adicionales al redactarlo (por ejemplo, con relación a los procedimientos para enmendar y modificar los tratados); además, los Estados partes en la Convención deberían considerar los procedimientos internos que habría que adoptar para aplicar esas reformas.

2. Aspectos problemáticos que afectan a los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados

11. El derecho internacional sobre inversiones está integrado por más de 3.000 tratados de inversión entre los que figuran acuerdos de libre comercio bilaterales o multilaterales más amplios, que contienen un capítulo sobre la protección de las inversiones. Si bien los tratados de inversión no son idénticos entre sí, suelen seguir un modelo similar en lo que respecta a su estructura y se centran en una serie de principios básicos. Las grandes similitudes que hay entre los tratados de inversión permiten hablar de un “régimen” de protección internacional de las inversiones, que, fundamentalmente, se basa en dos elementos.

12. En primer lugar, los tratados de inversión proporcionan garantías sustantivas a los inversionistas, mediante la imposición de distintas obligaciones internacionales a los Estados contratantes, en virtud de las que esos Estados se comprometen a respetar determinadas normas de protección de las inversiones ante los inversionistas extranjeros y sus inversiones (como un trato justo y equitativo, la protección contra la expropiación y la no discriminación).

13. En segundo lugar, la mayoría de los tratados de inversión permiten que los inversionistas extranjeros apliquen esas medidas de protección sustantivas mediante un mecanismo procesal de solución de controversias. Si bien las disposiciones relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados presentan variaciones entre los distintos tratados de inversión, normalmente prevén procedimientos para que: i) el inversionista pueda interponer una demanda directamente contra el Estado anfitrión; ii) la controversia sea vista

¹⁰ *Ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/69/17), párr. 25. Cuando el Grupo de Trabajo examinó la cuestión en su 59º período de sesiones, se argumentó que, por lógica, no podía hacerse referencia a una enmienda o modificación de los tratados de inversiones en el contexto de un tratado subsiguiente que creara nuevas obligaciones entre las Partes Contratantes, sino que más bien cabría decir que la convención sobre la transparencia representaría un acuerdo de sucesión de otro entre las partes contratantes (véase A/CN.9/794, párrs. 17 a 22).

por un tribunal arbitral constituido especialmente para ese fin¹¹; iii) las dos partes litigantes, incluido el inversionista (como demandante) y el Estado demandado, desempeñen un papel importante en la selección del tribunal arbitral.

14. En el documento de investigación se exponen brevemente opiniones divergentes sobre las ventajas y los inconvenientes del régimen de protección de las inversiones extranjeras y, en particular, de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, según se indica en los párrafos siguientes.

15. Normalmente, los partidarios del sistema destacan que el régimen de protección de las inversiones extranjeras, en general, ha sido beneficioso y ha contribuido positivamente a promover el estado de derecho a nivel internacional, al buen funcionamiento del mercado mundial y al aumento de las corrientes de inversiones extranjeras, así como al crecimiento económico y al desarrollo humano de los países importadores y exportadores de capital. La implantación del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados formaba parte de una iniciativa destinada a crear un procedimiento institucionalizado y formalizado de ámbito internacional, en el marco de una iniciativa más amplia que consideraba que los tratados de inversión (incluidas sus disposiciones sobre solución de controversias) eran instrumentos que permitían fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista de los países en desarrollo.

16. Los proponentes también subrayaron la novedad aportada por el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, que permite que una entidad privada (ya sea un individuo o una empresa) pueda interponer directamente una demanda internacional contra un Estado soberano, lo que rompe de forma apreciable con los mecanismos tradicionales, que fundamentalmente se basaban en la institución de protección diplomática (o patrocinio diplomático). Lo importante es que la solución de controversias entre inversionistas y Estados también dio lugar a una “despolitización” de las controversias sobre inversiones y permitió reducir drásticamente el riesgo de que se convirtieran en conflictos entre Estados.

17. Se han llevado a cabo numerosos análisis empíricos con miras a evaluar las repercusiones efectivas de los tratados de inversión extranjera directa¹². Esos estudios han llegado a conclusiones divergentes. Según un informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la mayoría de los estudios concluyó que efectivamente existía una correlación positiva entre los tratados de inversión y la inversión extranjera directa¹³. Otros fueron más matizados, y señalaron que los efectos dependían

¹¹ Por “constituido especialmente para ese fin” se entiende que la controversia no se presentará ante un órgano permanente, sino ante un tribunal (ya sea o no bajo los auspicios de una institución arbitral) constituido especialmente para ver esa controversia (y sin mandato más allá de ella). Esa expresión no se utiliza para referirse a arbitrajes de carácter no institucional.

¹² UNCTAD (2014), *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues Note, proyecto de trabajo.

¹³ *Ibid.*

del contenido de los tratados de inversión¹⁴. Por último, algunos investigadores determinaron que el aumento de las inversiones derivado de los tratados de inversiones era insignificante o inexistente¹⁵.

18. El régimen de tratados de inversión también ha atraído una atención crítica cada vez mayor. Las críticas expresadas pueden agruparse en dos categorías principales. La primera serie de críticas se centra en las instancias decisorias que intervienen en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, es decir, los árbitros (y, en menor medida, las instituciones arbitrales que pueden celebrar arbitrajes entre inversionistas y Estados). El segundo grupo se refiere al proceso arbitral, sus conclusiones y sus características estructurales. Se ha expresado preocupación acerca de la falta de coherencia de los laudos dictados por los tribunales arbitrales, la duración y el costo de las actuaciones, la falta de mecanismos de control adecuados, y la falta de transparencia.

19. Las críticas al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, fundamentalmente, reflejan una preocupación con relación a la rendición de cuentas democrática y a la legitimidad de ese proceso de solución de controversias. Si bien son los propios Estados quienes han establecido el mecanismo y, por tanto, su consentimiento garantiza su legitimidad en virtud del derecho internacional, ello no siempre se percibe de ese modo por los Estados y sus grupos de interés.

20. El documento de investigación pone de relieve que las deficiencias en materia de rendición de cuentas y legitimidad requieren soluciones, y que éstas han de evitar que se sacrifiquen los beneficios del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, es decir, i) la neutralidad o, en otras palabras, el distanciamiento de las instancias decisorias de la política -la despolitización por la que se elogió el arbitraje en materia de inversiones- y de los intereses empresariales al mismo tiempo; ii) la irrevocabilidad y la ejecutabilidad de los laudos; y iii) la gestionabilidad y viabilidad del proceso.

3. Propuestas existentes de reforma procesal

21. En el último decenio ha habido un importante debate acerca de la creación de órganos permanentes en el régimen de los tratados de inversión, así como reiterados llamamientos en ese sentido, tanto en lo que respecta a la puesta en marcha de un mecanismo de apelación¹⁶, como a la sustitución definitiva del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por un órgano permanente de

¹⁴ Véase, por ejemplo, Axel Berger, Matthias Busse, Peter Nunnenkamp y Martin Roy (2010), *Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box*, Organización Mundial del Comercio, División de Estudios Económicos y Estadísticas, documento de trabajo; publicado también con el mismo título como Kiel Institute for the World Economy, documento de trabajo núm.1647.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Mary Hallward-Driemeier-(2003), *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. Banco Mundial, Policy Research Paper WPS 3121.

¹⁶ Véase, en general, UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIA II*, pág. 192; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, núm. 2, pág. 8.

solución de controversias¹⁷. De hecho, en el último decenio, en varias ocasiones, se ha contemplado la posibilidad de crear un órgano de solución de controversias permanente o un mecanismo de apelación adaptado a la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Entre las propuestas más importantes, cabe mencionar los intentos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁸ y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁹, así como el texto de índole programática que figura en una serie de tratados de inversión²⁰, y las innovaciones pioneras para la creación de organismos de inversión permanentes en tratados de inversión recientes²¹.

22. Con ese telón de fondo de debates e incipientes intentos de reforma, cabe preguntarse si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia puede servir como modelo para reformar el derecho internacional en materia de inversiones en lo que respecta a la introducción de un órgano permanente de solución de controversias y un mecanismo de apelación.

B. Aplicación del “enfoque de la Convención de Mauricio” a posibles reformas procesales

1. Evaluación de la viabilidad

23. En el documento de investigación se analizan las ventajas derivadas de la adopción del enfoque de la Convención de Mauricio a la hora de introducir reformas en los tratados de inversión actualmente en vigor en lo relativo al establecimiento de un órgano permanente de solución de controversias o un mecanismo de apelación, según se expone brevemente a continuación.

24. En primer lugar, al aplicar ese enfoque, los Estados quedarían eximidos de la obligación de emprender los procedimientos de reforma previstos en sus numerosos tratados de inversión en vigor, que pueden ser complejos y dilatarse en el tiempo. De hecho, un tratado que estableciera nuevas reformas procesales, elaborado tomando como modelo la Convención de Mauricio (denominada más adelante una convención de adhesión voluntaria), haría que las nuevas disposiciones fuesen de aplicación directa a los tratados de inversión actualmente en vigor en los Estados que decidieran incorporarlas.

¹⁷ Véase, en general, UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIAs II*, pág. 194; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, núm. 2, pág. 9.

¹⁸ Secretaría del CIADI (2004), *Posibles mejoras en el marco del arbitraje CIADI*, documento de debate, pág. 5.

¹⁹ El Comité de Inversiones de la OCDE estudió la viabilidad y la conveniencia de un mecanismo de apelación para las controversias en materia de inversiones en 2006.

²⁰ Véase, por ejemplo, el Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos de América 2012 (artículo 28 10)); el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Corea, 1 de enero de 2015 (anexo 8-E).

²¹ Véase el Acuerdo Global de Libre Comercio entre la Unión Europea y el Canadá (CETA) (capítulo 8, sección F); o el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea y Viet Nam (capítulo 8.II, sección 3).

25. En segundo lugar, el enfoque de la Convención de Mauricio permitiría establecer un sistema multilateral permanente de solución de controversias. En efecto, daría lugar a la creación de un único órgano competente en materia de inversiones, que podría estar habilitado para resolver controversias relativas a inversiones entre todos los Estados que voluntariamente se adhirieran a ella, o a la instauración de un único mecanismo de apelación que podría actuar como órgano de segunda instancia en el caso de laudos arbitrales sobre controversias entre inversionistas y Estados dictados en el marco de cualquier tratado de inversión. La adopción de ese enfoque podría contribuir a una mayor uniformidad del derecho internacional sobre inversiones, y evitaría un enfoque fragmentado que se aplicase en función de cada tratado.

26. En tercer lugar, una reforma fundamentada en el enfoque de la Convención de Mauricio se centraría, en términos generales, en una parte específica de las cuestiones cruciales de los tratados de inversión, concretamente en la parte relacionada con la solución de controversias, evitando los debates en torno a las normas sustantivas. De ese modo, la reforma tendría más posibilidades de éxito ya que un intento de unificar las disposiciones sustantivas podría dar lugar a años de conversaciones sin garantía de alcanzar un consenso.

27. Concretamente, el resultado de una reforma basada en el enfoque de la Convención de Mauricio supondría que los múltiples tratados de inversión fundamentales siguieran rigiendo las obligaciones sustantivas y que el nuevo órgano permanente para la solución de controversias o un mecanismo de apelación tuvieran el mandato de aplicar esos tratados de inversión fundamentales. Ciertamente es que no se conseguiría una uniformidad completa, ya que el derecho aplicable -las normas sustantivas de los tratados- seguiría emanando de los distintos tratados de inversión. No obstante, se alcanzaría una uniformidad en lo relativo a la aplicación del mismo tratado de inversión y de distintos tratados de inversión con idéntica o análoga formulación. E incluso al aplicar tratados de inversión formulados de forma diferente, cabría esperar que el afán de uniformidad del órgano permanente de solución de controversias y el mecanismo de apelación fuera mayor, como consecuencia natural de atributos integrados como la tradición, la continuidad y la colegialidad que caracterizan a los órganos permanentes, y los diferencian de otros constituidos ex profeso para un fin concreto.

28. Por último, una convención de adhesión voluntaria, elaborada siguiendo el enfoque de la Convención de Mauricio podría dar lugar a un proyecto de reforma que empezara como un proyecto plurilateral y ofreciera a otros Estados la posibilidad de sumarse a él si lo consideraran oportuno, en un momento posterior. Ello también aumentaría la probabilidad de éxito de la reforma.

29. De conformidad con el enfoque de la Convención de Mauricio, si se llevase a cabo un proyecto de reforma de esas características, la primera tarea que habría que emprender consistiría en determinar los aspectos “sustantivos” del órgano permanente de solución de controversias y el mecanismo de apelación. Para ello habría que definir su mandato, carácter, estructura y organización. Ese proceso debería reflejar las actuaciones ya emprendidas en materia de transparencia, teniendo en cuenta que el contenido de las nuevas disposiciones al respecto se acordó por primera vez en el Reglamento sobre la Transparencia. El segundo paso, consecuencia lógica del anterior, consistiría en elaborar una convención de aplicación voluntaria (como se hizo en el caso de la Convención de Mauricio) que

extendería a los tratados de inversión actualmente en vigor la aplicación de las nuevas normas relacionadas con el órgano permanente de solución de controversias y el mecanismo de apelación.

30. Al hacerlo, habría que determinar si una convención de aplicación voluntaria constituiría un tratado sucesivo que impusiera nuevas obligaciones con arreglo al artículo 30 de la Convención de Viena, o bien si constituiría una enmienda o modificación, conforme a lo dispuesto en los tratados de inversión existentes y el capítulo IV de la Convención de Viena, de esos tratados de inversión.

31. La respuesta a esa cuestión dependería de la forma en que se aplicara el proyecto de reforma en la práctica, y del modo en que dicho proyecto se articulara con los mecanismos en vigor de solución de controversias entre inversionistas y Estados previstos en los tratados de inversión. Si el proyecto de reforma se entendiera como una modificación de los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados (y no como una enmienda a las disposiciones en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados previstas en los tratados de inversión), la reforma no equivaldría necesariamente a una enmienda de los tratados de inversión. Del mismo modo, si el proyecto de reforma tuviese por objeto proporcionar un mecanismo complementario de solución de controversias entre inversionistas y Estados, que no supusiera la sustitución de los mecanismos actuales, una convención de adhesión voluntaria que incorporase ese sistema complementario de solución de controversias entre inversionistas y Estados podría considerarse un tratado sucesivo que generase nuevas obligaciones con arreglo al artículo 30 de la Convención de Viena.

32. Una reforma procesal del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados también podría dar lugar a la enmienda o modificación de las disposiciones en la materia contenidas en los tratados de inversión en vigor, en particular en los casos en que la reforma tuviese por objeto la sustitución de los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados por otros nuevos. En ese caso, debería prestarse atención a las disposiciones relativas a la enmienda o modificación de los tratados de inversión previstas en la convención de adhesión voluntaria. Si fuera necesario, se podría recabar información complementaria de los Estados acerca de los procedimientos internos que esas reformas desencadenarían a nivel nacional.

33. En lo que respecta a las cuestiones relativas al derecho de los tratados que plantearía la aplicación de la convención de adhesión voluntaria, en el documento de investigación también se examinan posibles “cláusulas de compatibilidad” que regulen la relación entre la convención de adhesión voluntaria y los tratados de inversión en vigor. De igual modo, otro asunto que cabría considerar es la relación existente entre una convención de adhesión voluntaria relativa a un mecanismo de apelación contra un laudo arbitral y el Convenio del CIADI, que excluye cualquier apelación o recurso, salvo los que estén previstos en el propio Convenio (artículo 53).

34. Además, si esa reforma se llevase a cabo, podrían preverse mecanismos que ofrecieran a los Estados cierta flexibilidad en lo que respecta a sus compromisos. Los Estados partes en la convención de adhesión voluntaria podrían, dentro de unos límites acordados, modular el grado en que aplicarían las reformas, mediante la formulación de las reservas pertinentes o realizando las oportunas declaraciones de

aceptación o rechazo. Ello daría cabida a las preocupaciones y los objetivos concretos de los Estados que desearan, por ejemplo, dejar fuera de la reforma determinados tratados de inversión o adoptar los nuevos órganos de solución de controversias como entidades complementarias, y no sustitutivas, de los actuales mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

35. A ese respecto, cabe señalar que la Convención de Mauricio también permite que se hagan un número limitado de reservas, y que podría adoptarse un criterio similar con relación a la convención de adhesión voluntaria.

2. Descripción de las cuestiones planteadas

36. Dado que la cuestión relativa a la posibilidad de que el enfoque de la Convención de Mauricio pueda utilizarse como un posible modelo para reformas futuras no puede considerarse de forma aislada, en el documento de investigación se analiza a fondo qué sucedería si se aplicara el enfoque de la Convención de Mauricio para idear un órgano permanente de solución de controversias o un mecanismo de apelación.

37. Proporcionar en este momento una descripción pormenorizada del análisis llevado a cabo en el marco del documento de investigación quedaría fuera del mandato que la Comisión dio a la Secretaría. Las secciones que figuran a continuación se limitan a reseñar, meramente a título ilustrativo, los principales aspectos y cuestiones jurídicas relacionadas con el establecimiento de un órgano permanente de solución de controversias y un mecanismo de apelación. En el documento de investigación esas cuestiones se analizan de forma exhaustiva.

Opciones

38. Una posibilidad consistiría en crear un órgano permanente integrado por miembros permanentes (o semipermanentes), encargado de resolver controversias relativas a inversiones entre los inversionistas extranjeros y los Estados anfitriones (véanse los párrs. 39 a 45). Ese órgano permanente podría fundamentarse en un sistema de resolución estructurado en dos niveles y, por tanto, estar dotado, o no, de una instancia de apelación integrada. En ese contexto, la existencia de una instancia de apelación integrada no debe confundirse con el establecimiento de un mecanismo de apelación como el que se menciona más adelante, en los párrafos 46 a 49, que plantea la creación de un mecanismo de apelación para laudos arbitrales dictados en el marco de los sistemas tradicionales de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Cuestiones y aspectos jurídicos relacionados con el establecimiento de un órgano permanente de solución de controversias

39. Sería preciso examinar las cuestiones que figuran a continuación relacionadas con el establecimiento de un órgano permanente de solución de controversias.

40. La *primera cuestión* se refiere a la definición del carácter jurídico del órgano permanente de solución de controversias: ¿se encuadraría en el ámbito del “arbitraje” o sería más bien un “tribunal internacional”? La respuesta a esta pregunta determinará la ley que regule las actuaciones ante el órgano permanente de solución de controversias y será, además, de enorme importancia para el reconocimiento y la ejecución de los fallos y los laudos emitidos por dicho órgano.

En relación con esa cuestión, en el documento de investigación se analizan las principales características que ha de tener un órgano permanente de solución de controversias para que se considere bien un órgano de arbitraje, bien un tribunal internacional. En resumen, para que un órgano permanente de solución de controversias pueda considerarse un órgano arbitral y no un órgano con atribuciones judiciales, el requisito más importante es que el acceso a ese órgano se fundamente en un acuerdo entre el Estado y el inversionista. Ese consentimiento supone la aceptación del método de selección de los miembros del tribunal, previsto en su acta fundacional.

41. Otro asunto relacionado con esta primera cuestión es el relativo a la ley que debe regir las actuaciones entabladas ante el órgano permanente de solución de controversias, que tiene importantes consecuencias en lo que respecta a la posible función de supervisión de los tribunales nacionales, la anulación y la apelación, y la ejecución. El documento de investigación indica que una opción que merecería ser examinada es la posibilidad de someter las actuaciones únicamente al derecho internacional. Esa solución evitaría la dificultad que entraña designar a priori un régimen de arbitraje interno (al que todos los Estados deberían dar su conformidad) o dejar la elección de la sede (y, por consiguiente, del derecho procesal aplicable) en manos de las partes litigantes o del órgano permanente de solución de controversias, lo que podría dar lugar a contradicciones en caso de que se eligiesen distintas sedes y distintas leyes de arbitraje. En cambio, no hay ninguna razón para considerar que un régimen verdaderamente autónomo (en lo que a procedimiento se refiere), independiente de la supervisión y el control de cualquier tribunal nacional, pudiera plantear algún problema. En el documento de investigación se señala que, sea cual fuere la opción elegida, ésta debe estar claramente articulada.

42. La *segunda cuestión* se refiere a la disponibilidad de los sistemas de control de las decisiones y laudos emitidos por el órgano permanente de solución de controversias, en particular en lo que respecta a la anulación y apelación, y las opciones alternativas a los recursos de apelación, como las decisiones preliminares, las determinaciones adoptadas en el pleno del órgano y los mecanismos de consulta. En el documento de investigación se analiza la dificultad que entraña idear un marco que garantice un equilibrio adecuado entre exigencias contrapuestas: por un lado, la necesidad de contar con un mecanismo de solución de controversias eficaz y definitivo, y, por otro, la preocupación por proteger la integridad del proceso y la idoneidad de las decisiones adoptadas. En el documento se examinan, además, las opciones de control habituales, el recurso de anulación y la integración de la instancia de apelación (junto con todas las cuestiones conexas, como la composición del tribunal de apelación, la fundamentación de los recursos de apelación, las normas aplicadas en el examen de un laudo, el efecto de las decisiones dictadas en segunda instancia y el carácter vinculante de las decisiones). En el documento de investigación también se analizan las alternativas al establecimiento de una instancia de apelación integrada, esto es, las decisiones preliminares, las determinaciones adoptadas en el pleno del órgano y los mecanismos de consulta.

43. La *tercera cuestión* se refiere a la ejecución de las decisiones y los laudos arbitrales del órgano permanente de solución de controversias, que es esencial para garantizar la eficacia del sistema. La cuestión se considera partiendo de la hipótesis de que el órgano permanente de solución de controversias se configure

como un órgano de arbitraje (y no como un órgano judicial). En el documento de investigación la cuestión se examina partiendo del supuesto de que la ejecución de las decisiones y los laudos del órgano permanente de solución de controversias tendría lugar en el territorio de un Estado parte en la convención de adhesión voluntaria, así como en el caso de que la ejecución se lleve a cabo en un Estado que no sea parte en esa convención. También se analizan las cuestiones de ejecución previstas en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (Convención de Nueva York), en particular: i) si el órgano permanente de solución de controversias puede considerarse un órgano arbitral permanente en virtud de la Convención de Nueva York; ii) si sus decisiones o laudos cumplen los requisitos de la Convención de Nueva York en materia territorial; y iii) los aspectos relativos a la aplicación de la Convención de Nueva York con relación a los que habría que prever un mecanismo de apelación integrado.

44. La *cuarta cuestión* se refiere a la composición del órgano permanente de solución de controversias, que incluye el método mediante el que los miembros se integran en el nuevo órgano jurisprudencial, es decir, el proceso de elección y selección, y el modo en que se nombra a los miembros o se les asigna a una junta arbitral para resolver una controversia.

45. La *quinta cuestión* se refiere a la jurisdicción del órgano permanente de solución de controversias y su relación con otros mecanismos análogos con los que pueda interactuar (como los mecanismos de arbitraje entre Estados y los comités de los Estados contratantes, que están facultados en virtud de los tratados de inversión para interpretar esos tratados). El documento de investigación ofrece información sobre las cuestiones relativas a la delimitación de la jurisdicción del órgano.

Aspectos y cuestiones jurídicas relativas al establecimiento de un mecanismo de apelación

46. El documento de investigación subraya que algunos de los problemas que podrían surgir con relación al establecimiento del órgano permanente de solución de controversias también podrían plantearse con respecto a la creación de un mecanismo de apelación.

47. En el documento de investigación se examina la definición del mecanismo de apelación y se subraya que, pese a que la mayor parte de los regímenes de arbitraje excluyen la posibilidad de apelar una sentencia arbitral (y en su lugar, solo permiten que las partes que no estén conformes con un laudo puedan recurrir únicamente a la anulación o revisión), existen algunos regímenes de arbitraje institucional que prevén mecanismos internos de apelación de un laudo²². Algunas leyes de arbitraje nacionales permiten que las partes puedan acordar un procedimiento de arbitraje

²² Véase, por ejemplo, Instituto de Árbitros y Mediadores de Nueva Zelandia (AMINZ) (2009), Reglamento de Apelación de Arbitrajes (2009); Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (2013), Reglamento de Apelación Opcional de Arbitrajes; JAMS (2003), Procedimiento de Apelación Opcional de Arbitrajes; International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), Procedimiento de Apelación de Arbitrajes; Tribunal Europeo de Arbitraje (2015), Reglamento de Arbitraje, artículo 28; en el sector de los productos básicos, véase Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), Reglamento de Arbitraje núm. 125, artículos 10 a 15.

estructurado en dos niveles, sin que exista indicación alguna de que la presencia de una instancia de apelación desvirtúe el proceso de arbitraje.

48. El documento de investigación examina una serie de cuestiones que pueden plantearse al instituir un mecanismo de apelación en los arbitrajes relacionados y no relacionados con el CIADI, como la cuestión de la ley que rige los procedimientos entablados ante la instancia de apelación, la interacción del mecanismo de apelación con los recursos de anulación que normalmente pueden interponerse contra los laudos arbitrales emitidos en las controversias entre un inversionista y un Estado, y la ejecución.

49. Además, en el documento de investigación se analizan aspectos jurídicos concretos que deben tomarse en consideración al idear un mecanismo de apelación, como por ejemplo i) la definición de los tipos de laudos arbitrales sujetos a apelación; ii) los motivos para interponer un recurso de apelación y los criterios de control; iii) el efecto de las decisiones relativas al recurso de apelación; y iv) el carácter vinculante de las decisiones.

III. Observaciones finales

50. La Comisión tal vez desee expresar su agradecimiento a G. Kaufmann-Kohler y M. Potestà por el estudio y el documento de investigación, que proporciona un análisis exhaustivo de la cuestión.

51. La Comisión tal vez desee considerar si la Secretaría debería seguir realizando el estudio en colaboración con el CIDS, como se ha indicado anteriormente, y, de ser así, cuáles serían los temas que requerirían un examen más detenido.

52. Asimismo, la Comisión quizá desee decidir si el documento de investigación debería estar disponible para su ulterior examen en un futuro período de sesiones. Por último, la Comisión podría considerar oportuno examinar la conveniencia de seguir trabajando en este ámbito y, en su caso, cómo debería llevarse a cabo esa labor.