Naciones Unidas A/CN.9/918/Add.7

Asamblea General

Distr. general
12 de junio de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
50º período de sesiones
Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Solución de controversias comerciales

Marco de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Observaciones recibidas de organizaciones intergubernamentales internacionales

Adición

Índice

Página

IV. Observaciones recibidas de organizaciones intergubernamentales internacionales 2

1. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) 2

2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. 10

V.17-04084 (S) 050717 050717

Se ruega reciclar

IV. Observaciones recibidas de organizaciones intergubernamentales internacionales

En la presente sección se reproducen las observaciones que la Secretaría ha recibido de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) acerca de las actividades realizadas en relación con el marco de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

1. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

[Original: inglés]
[Fecha: 8 de junio de 2017]

Índice

A. Introducción

B. Labor inicial sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (2011-2012) (mesas redondas 15, 16 y 17; consulta pública)

1. Diversidad de políticas gubernamentales, prácticas en materia de redacción de tratados y experiencias en arbitraje sobre inversiones

2. Principales problemas de la solución de controversias entre inversionistas y Estados

C. Labor complementaria sobre la coherencia de la solución de controversias entre inversionistas y Estados y los aportes de los gobiernos a la interpretación, y sobre las demandas de los accionistas por pérdidas reflejas (2012-2014) (mesas redondas 18, 19,20 y 21)

D. Labor en curso de mesa redonda sobre los tratados de inversión (desde 2014 hasta la fecha) (mesas redondas 22, 23,24, 25 y 26)

1. Equilibrio entre la protección de los inversionistas y el derecho de los Gobiernos a la reglamentación

2. Beneficios y costos sociales de los tratados de inversión

3. Árbitros, personas encargadas de dirimir las controversias y autoridades nominadoras

E. Otros trabajos relacionados en parte con los tratados de inversión (conducta responsable de las empresas, empresas estatales, facilitación de las inversiones)

F. Conclusión

A. Introducción

1. Una mesa redonda intergubernamental organizada por la OCDE, que reúne a más de 55 países de todo el mundo, ha estado dedicada desde 2011 al análisis y el debate periódicos de los tratados de inversión y la solución de las controversias entre inversionistas y Estados. Los intensos debates se han enriquecido con las aportaciones de las empresas, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, y expertos. La mesa redonda también ha escuchado exposiciones sobre las políticas en materia de tratados de inversión y los nuevos tratados modelo realizadas por numerosos Gobiernos, entre ellos, el Brasil, la India, Indonesia, Sudáfrica y la Unión Europea. Los debates y los documentos de antecedentes de la mesa redonda se ponen a disposición del público. En el presente documento se exponen brevemente los debates y los análisis de antecedentes de la mesa redonda.

2. Se invita a participar en la mesa redonda a los siguientes países: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Jordania, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Marruecos, México, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Popular China, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania y la Unión Europea. Normalmente la participación varía ligeramente según las cuestiones que se examinan. En los trabajos sobre los tratados de inversión realizados por la mesa redonda han participado también organizaciones internacionales como la UNCTAD, el CIADI, la CNUDMI y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Paralelamente a la labor que realiza la mesa redonda sobre los tratados de inversión, los Gobiernos también definen cuestiones importantes relativas a los tratados de inversión y presiden debates intergubernamentales que se celebran separadamente en el marco del Diálogo sobre Tratados de Inversión que organiza periódicamente la OCDE. Por ejemplo, en 2016 la Unión Europea y el Canadá prepararon y presidieron un diálogo sobre la posibilidad de establecer un tribunal multilateral de inversiones.

3. Esta breve exposición se refiere a la labor de la OCDE relacionada directamente con los tratados de inversión y la solución de las controversias entre inversionistas y Estados, que se centra en la mesa redonda. En el ámbito de las inversiones, la labor de la OCDE incluye también la cuestión de la conducta responsable de las empresas, el Marco de Políticas para las Inversiones (que ayuda a los Gobiernos a mejorar el clima de inversiones mediante la aplicación de una amplia variedad de políticas), el análisis de las políticas de inversión, las estadísticas sobre inversión y muchas otras cuestiones. En términos más generales, la labor sobre tratados y políticas de inversión de la OCDE se desarrolla en el contexto más amplio de la labor realizada con los Gobiernos en toda la gama de esferas normativas relacionadas con la solución de controversias entre inversionistas y Estados (por ejemplo, las políticas sobre el medio ambiente, la salud, la energía, las finanzas, el presupuesto, la lucha contra el soborno, la competencia, la buena reglamentación, etc.).

B. Labor inicial de mesa redonda sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (2011-2012) (mesas redondas 15, 16 y 17; consulta pública)[1]

4. La labor inicial de mesa redonda sobre la solución de controversias estuvo centrada en el examen de un documento preliminar de gran alcance sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados[2]. Los objetivos eran i) elaborar un cuadro general del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, que incluyera las novedades recientes y las nuevas cuestiones de interés para los Gobiernos; ii) aumentar la cantidad de información comparativa sobre la solución de controversias en relación con el sistema; e iii) invitar a una amplia variedad de Gobiernos a participar a lo largo del tiempo en un debate intergubernamental amplio y estratégico sobre los tratados de inversión. En la presente sección se resumen en primer lugar algunas constataciones que se han hecho sobre la diversidad de las políticas gubernamentales, las prácticas en materia de redacción de tratados y las experiencias relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, y a continuación se expone brevemente la labor realizada sobre los problemas principales que presenta la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

[1] Véanse los resúmenes de los debates de la mesa redonda 15 (http://oe.cd/1Zm), la mesa redonda 16 (http://oe.cd/1Zn), la mesa redonda 17 (http://oe.cd/1Zo) y la consulta pública sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (http://oe.cd/1Zp).

[2] Véase Gaukrodger, D. y K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03. http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en.

1. Constataciones sobre la diversidad de políticas gubernamentales, las prácticas en materia de redacción de tratados y las experiencias relativas al arbitraje sobre inversiones

- *Diversidad de fuentes jurídicas.* El derecho de las inversiones se distingue de otras disciplinas importantes de derecho económico internacional en que surge de una variedad extraordinaria de fuentes de derecho internacional e interno. En lugar de estar establecido principalmente en un conjunto compacto de instrumentos de aplicación general (como en el caso de la OMC, por ejemplo, cuyos principales acuerdos se aplican a sus 164 miembros), el derecho de las inversiones emana de i) unos 3.000 tratados de inversión bilaterales o multilaterales cuyas disposiciones son generalmente similares pero de ningún modo idénticas; ii) otros tratados internacionales (en particular el Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York); iii) diversas normas sobre arbitraje, incluidas las formuladas principalmente por Gobiernos (CIADI, CNUDMI), así como normas elaboradas por organizaciones empresariales (por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional y la Cámara de Comercio de Estocolmo); iv) el derecho internacional consuetudinario; y v) el derecho interno de muchos Estados. La diversidad de normas procesales y sustantivas aplicables hace difícil comprender los problemas que presenta el sistema.

- *Amplio reconocimiento de que el análisis comparativo del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados con otros sistemas internacionales de solución de controversias es esclarecedor*. Los Gobiernos participantes en la mesa redonda compararon la solución de controversias entre inversionistas y Estados con la solución de controversias en la OMC y con el sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque los sistemas abordan cuestiones similares que a veces se superponen, varían en muchos aspectos (por ejemplo, en el tipo de partes que tiene acceso al sistema, las vías a las que estas pueden recurrir, la selección y condición de los encargados de dirimir las controversias, la posibilidad de apelar y los plazos).

- *Reconocimiento general de la necesidad de realizar un análisis empírico de un sistema en rápida evolución.* Los representantes de los Gobiernos que participaron en la mesa redonda eran partidarios de que los Gobiernos prestaran atención constante a la evaluación del sistema, habida cuenta de su uso cada vez mayor y de la intensificación del debate político al respecto en los parlamentos y las sociedades.

- *Diversidad de prácticas relativas a los tratados bilaterales de inversión en lo que respecta a la regulación de la solución de controversias.* Un estudio estadístico, realizado a gran escala, de las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados[3] reveló que, si bien en la gran mayoría de esos tratados había disposiciones sobre solución de controversias, su contenido variaba notablemente. La solución de las controversias entre inversionistas y Estados mediante arbitraje había pasado a ser una característica común, pero los 1.660 tratados comprendidos en la muestra contenían un número estimado de 1.200 conjuntos diferentes de normas sobre la solución de ese tipo de controversias. Había diferencias en el modo de enfocar muchas de las cuestiones de procedimiento (por ejemplo, en lo relativo a la selección de los árbitros y las disposiciones que regulaban su labor), así como pequeñas diferencias de lenguaje.

- *Regulación escasa pero en aumento de la solución de controversias entre inversionistas y Estados en los tratados bilaterales de inversión.* La mayoría

[3] Pohl, J., K. Mashigo y A. Nohen (2012), "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/02. http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en.

de los tratados de inversión no contenían disposiciones acerca de importantes aspectos de la solución de controversias entre inversionistas y Estados o proporcionaban una orientación escasa o solamente esporádica al respecto. Como resultado de ello, las principales decisiones sobre la conducción de las actuaciones se dejaban en gran medida en manos de las partes litigantes, si estas podían llegar a acuerdo, o de paneles arbitrales. Los tratados que permitían a los inversionistas comprendidos en ellos elegir entre presentar una demanda ante los tribunales locales o recurrir a sistemas locales de solución de controversias entre inversionistas y Estados, o entre distintas opciones de arbitraje, podrían conceder a los inversionistas que interpusieran demandas una influencia considerable sobre cuestiones importantes.

- *Diversidad de experiencias con respecto a la exposición a las demandas de los inversionistas.* Los países representados en la mesa redonda habían tenido distintas experiencias con respecto a la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Algunos países habían sido demandados en múltiples casos, en tanto que otros no habían sido demandados nunca. Algunos habían adaptado el texto de las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados en sus tratados modelo y en los tratados que habían celebrado, a fin de que reflejara su experiencia como demandados.

- *Diversidad de políticas y actitudes.* Como se expone en un informe de una mesa redonda de 2012 sobre los progresos realizados en su labor sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados[4], la mayoría de los países participantes en la mesa redonda consideraban que el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados era valioso, pero que se podría mejorar. Varios países dijeron que era importante reconocer que el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados había funcionado satisfactoriamente en general. También se señaló que los tribunales nacionales de algunos países eran ineficientes o que su labor era mediocre. Algunos países que participaron en la mesa redonda expresaron dudas fundamentales acerca del diseño y los efectos del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, o nunca habían convenido en aplicar el sistema.

2. Principales problemas que presenta la solución de controversias entre inversionistas y Estados

5. En el documento de análisis preliminar sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados[5] y en los primeros debates de mesa redonda sobre el tema también se abordaron diversos problemas fundamentales, algunos de ellos de larga data y otros que se estaban presentando solo en ese momento:

- *El acceso a la justicia de diferentes tipos de inversionistas y de otras víctimas de faltas de conducta de los Gobiernos.* Un estudio de la información disponible sobre los demandantes en los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados reveló que i) había poca o ninguna información pública sobre muchos de los inversionistas demandantes; ii) entre los demandantes había pequeños inversionistas; y iii) y en aproximadamente la mitad de los casos estudiados el demandante era una empresa multinacional mediana o grande. No se evaluó cuántos procesos habían concluido ni cuál había sido su resultado. En muchos casos la nacionalidad de la persona o entidad controladora había sido difícil de determinar. Se observó que, si bien la solución de controversias entre inversionistas y Estados era un poderoso sistema internacional de arreglo de controversias de que disponían los

[4] "Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report"; Mesa redonda sobre libertad de inversión, 14 de diciembre de 2012 (http://oe.cd/1Zq).

[5] Gaukrodger, D. y K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment,* 2012/03. http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en.

inversionistas extranjeros que participaban en el sistema, otros inversionistas y otros agentes no estatales que carecían de acceso al sistema generalmente debían recurrir a sus Estados de origen para entablar demandas internacionales (a menos que tuvieran acceso a ciertos sistemas regionales de derechos humanos).

- *Los costos y la financiación por terceros de las demandas de arbitraje en materia de inversiones.* En el documento de análisis preliminar del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados se observó en general que: i) los costos de la solución de esas controversias eran altos y que estaban en marcha algunas iniciativas de reforma para tratar de reducirlos; y que ii) las reglas sobre distribución de los costos entre las partes eran muy flexibles y generaban incertidumbre. La limitada información disponible parecía indicar que el costo medio por causa era de ocho millones de dólares de los Estados Unidos. Al parecer, los altos costos y las indemnizaciones posiblemente elevadas que caracterizaban a los sistemas de solución de controversias entre inversionistas y Estados hacían del proceso un mercado atractivo para terceros.

- *La cuestión de la igualdad de condiciones entre inversionistas extranjeros y nacionales: vías de recurso y estrategias para ampararse en el tratado más favorable.* La cuestión de si los tratados de inversión dan más derechos sustantivos y procesales a los inversionistas extranjeros incluidos en ellos que los derechos de que gozan los inversionistas nacionales en virtud del derecho interno se ha debatido en varias jurisdicciones en los últimos años, como se han debatido también las conclusiones de política pertinentes. Los análisis y debates iniciales estaban centrados en los modos de reparación disponibles (por lo general solo reparaciones de carácter no pecuniario en el derecho interno e indemnizaciones en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados) y en las amplias posibilidades de aplicar estrategias para lograr beneficiarse con el tratado más favorable en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

- *Ejecución de los laudos arbitrales dictados en el marco de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.* Cuando se comenzó a debatir el tema, se consideraba que la ejecución por parte de los Estados de los laudos arbitrales dictados en el marco de la solución de controversias entre inversionistas y Estados era en general satisfactoria, pero se habían presentado algunos problemas relacionados con la ejecución de los laudos del CIADI, entre otros. Varios participantes en la mesa redonda y otros interesados expresaron preocupación acerca de la ejecución.

- *Características y selección de los árbitros, incentivos y regulación de su labor.* La mesa redonda examinó la sinopsis presentada en el documento preliminar sobre la información disponible y las cuestiones de política relativas a i) las características de los árbitros que normalmente intervenían en la solución de controversias en materia de inversiones (por ejemplo, el hecho de que formaran parte de una élite en la profesión jurídica; la preponderancia de abogados que ejercían la profesión de forma privada; los bajos niveles de formación o experiencia en derecho público o en temas relacionados con el gobierno; el contraste entre el origen de los árbitros por región y los Estados demandados; el equilibrio de género, que era de 95% frente a 5%, etc.); ii) la elección de los árbitros, incluido el debate sobre su nombramiento por las partes y los abogados de estas en la solución de las controversias entre inversionistas y Estados, y la cuestión de las asimetrías que existían en cuanto a la información que tenían las partes litigantes; iii) la cuestión de los incentivos económicos de los árbitros y los conflictos de intereses; iv) la limitada reglamentación de la labor de los árbitros, en particular en lo que se refería a cuestiones nuevas como la multiplicidad de las funciones que podría ejercer la misma persona, como árbitro, abogado y perito.

C. Labor complementaria sobre la coherencia de la solución de controversias entre inversionistas y Estados y de la aportación de los Gobiernos a la interpretación, y sobre las demandas de los accionistas por pérdidas reflejas (2012-2014) (mesas redondas 18, 19, 20 y 21)[6]

6. En la labor inicial sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados se había abordado la cuestión de la coherencia, y un número considerable de participantes en la mesa redonda expresaron serias preocupaciones acerca de las discrepancias que había en las resoluciones que resolvían controversias entre inversionistas y Estados. Otros participantes adoptaron una actitud más positiva, y pusieron de relieve las diferencias que existían entre los distintos tratados y contextos. Se señaló que los Gobiernos disponían de múltiples herramientas para comunicar la forma en que se debían interpretar los tratados. La mesa redonda solicitó que se realizara una labor complementaria sobre la coherencia, así como sobre el papel que desempeñaba la aportación de los Gobiernos en la interpretación. Se abordaron posteriormente las siguientes cuestiones: i) las diferentes formas en que un Gobierno podía utilizar su "voz", como alternativa a "salir" de los tratados que se consideran sujetos a interpretaciones no deseadas[7]; ii) el régimen jurídico que regía la interpretación conjunta de los tratados de inversión por parte de los Gobiernos[8]; y iii) el arreglo de controversias entre Estados como posible método para mejorar la interpretación de los tratados[9].

7. La labor de la mesa redonda sobre la aceptación en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados de las demandas entabladas por los accionistas por las pérdidas sufridas por las empresas en las que poseen acciones (demandas por pérdidas reflejas) comenzó como parte de la labor sobre la coherencia. En un documento sobre las repercusiones que tenían las demandas por pérdidas reflejas en la coherencia[10] se describió el marcado contraste que existía entre la forma en que se enfocaban tales demandas en los sistemas avanzados de derecho empresarial, por una parte (en los que generalmente se excluyen las demandas por pérdidas reflejas por razones de política), y en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por la otra (en el que por lo general se han permitido las demandas por pérdidas reflejas). Se señaló que, si bien el enfoque del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados beneficiaba a los accionistas demandantes, los riesgos para la coherencia que suponían las demandas por pérdidas reflejas incluían la interposición de demandas simultáneas o múltiples por los mismos hechos y por las mismas partes, la adopción de decisiones incoherentes, la exposición de los Gobiernos a que se les exigiera el pago de una doble indemnización, la reducción de la previsibilidad, la obstaculización de la solución amistosa de las demandas y la facilitación del recurso a estrategias para lograr la aplicación de un tratado más favorable, que en principio no correspondería aplicar (*treaty shopping*).

8. Durante la labor inicial sobre los accionistas se observó también que la forma poco habitual de enfocar las demandas por pérdidas reflejas en el sistema de solución

[6] Véanse los resúmenes de los debates de la mesa redonda 18 (http://oe.cd/1Zr), la mesa redonda 19 (http://oe.cd/1Zs), la mesa redonda 20 (http://oe.cd/1Zs), y la mesa redonda 21 (http://oe.cd/1Zu).

[7] Gordon, K. y J. Pohl (2015), "Investment Treaties over Time — Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02. http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en.

[8] Gaukrodger, D. (2016), "The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties", *OECD Working Papers on International Investment*, 2016/01. http://dx.doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en.

[9] Gaukrodger,D. (2016), "State to State dispute settlement and the interpretation of investment treaties", *OECD Working Papers on International Investment*, 2016/03. http://dx.doi.org/10.1787/5jlr71rq1j30-en.

[10] Gaukrodger, D, (2013) "Investment Treaties over Time — Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment*, 2013/03. http://dx.doi.org/10.1787/5k3w9t44mt0v-en.

de controversias entre inversionistas y Estados podía perturbar el orden de prelación de los créditos respecto de los activos de una empresa. Ello podía crear nuevos riesgos para algunos inversionistas en empresas (acreedores y accionistas no comprendidos en el sistema), lo que posiblemente aumentara la incertidumbre y elevara el costo total del capital de inversión. (La definición de acreedor era amplia y comprendía a quienes demandaran a la empresa en virtud de un contrato, como los tenedores de bonos y otros prestamistas, los empleados, los proveedores y otros). Posteriormente la mesa redonda analizó más a fondo las cuestiones de derecho empresarial que planteaban las demandas por pérdidas reflejas[11], incluidas las repercusiones sobre las finanzas y las inversiones de las empresas, la gobernanza empresarial y la transferibilidad de las acciones; también se ocupó de la práctica pertinente en materia de tratados de inversión[12]. Estas mismas cuestiones se presentaron en un documento ulterior de una forma que estaba dirigida principalmente a empresarios[13].

D. Labor en curso de mesa redonda sobre los tratados de inversión (desde 2014 hasta la fecha) (mesas redondas 22, 23, 24, 25 y 26)[14]

1. Equilibrio entre la protección de los inversionistas y el derecho de los Gobiernos a la reglamentación

9. Actualmente se suele exhortar a los Gobiernos a que expliquen sus opciones de política, en particular con respecto al equilibrio entre el derecho de los Gobiernos a reglamentar y la protección de los inversionistas extranjeros y nacionales. Los métodos sugeridos para atender al equilibrio de los tratados de inversión pueden consistir en modificaciones al derecho sustantivo que i) definan o limiten la protección que conceden los distintos tratados a los inversionistas extranjeros; ii) establezcan excepciones o regímenes especiales para determinados sectores; iii) incorporen excepciones generales, cláusulas sobre el derecho a la reglamentación, o aclaraciones; iv) aclaren o establezcan las condiciones de acceso a los beneficios de los tratados, tales como el cumplimiento de la legislación nacional; o v) armonicen el tratamiento de los inversionistas extranjeros y nacionales. También pueden consistir en el diseño de un sistema de solución de controversias (véase más adelante).

10. Los trabajos en curso en este ámbito han consistido en i) el examen de un documento preliminar sobre el equilibrio entre la protección de los inversionistas y el derecho de los Gobiernos a la reglamentación[15]; ii) un examen de las disposiciones sobre el trato equitativo e igualitario, en particular con respecto a la política gubernamental del TLCAN[16] y las opiniones sobre el trato equitativo e igualitario como uno de los posibles métodos para resolver la cuestión del equilibrio limitando el trato equitativo e igualitario al derecho internacional consuetudinario e interviniendo

[11] Gaukrodger, D. (2014), "Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/02. http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgngmr3-en.

[12] Gaukrodger, D. (2014), "Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/03. http://dx.doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en.

[13] "The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors" *OECD Business and Finance Outlook 2016*, Capítulo 8 (http://oe.cd/1Zv).

[14] Resumen de la mesa redonda 22 (http://oe.cd/1Zw), la mesa redonda 23 (http://oe.cd/1Zx), la mesa redonda 24 (http://oe.cd/1Zy), y la mesa redonda 25 (http://oe.cd/1Zz).

[15] Gaukrodger, D. (2017), "The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02. http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en.

[16] Gaukrodger, D. (2017), "Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/03. http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en.

activamente en su interpretación; y iii) una Conferencia sobre los tratados de inversión que trate de la búsqueda del equilibrio[17].

2. Beneficios y costos que tienen los tratados de inversión para la sociedad

11. En los primeros debates de la mesa redonda se estudiaron los efectos en el desarrollo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluidos sus efectos en las instituciones nacionales de gobernanza pública. A partir de 2014, la ampliación de los estudios a los beneficios y costos sociales de los tratados de inversión ha generado un inventario de pruebas sobre los efectos económicos para las economías de origen, receptoras y de tránsito; los efectos en la gobernanza mundial y nacional; y los efectos en la consecución de los objetivos estratégicos de la política exterior. Los estudios también señalan cuál es la información necesaria para hacer una evaluación más amplia de los beneficios y los costos. Esas cuestiones se examinaron en la Conferencia de 2017 sobre tratados de inversión que trató de la evaluación y mejora de los resultados de los tratados de inversión[18].

3. Árbitros, personas encargadas de dirimir las controversias y autoridades nominadoras

12. Durante los trabajos en curso se han examinado las últimas novedades en este ámbito, entre ellas, el concepto del sistema de tribunales de inversiones como tribunal permanente establecido en el reciente Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (AECG). También se está estudiando la función y la importancia de las autoridades nominadoras en los arbitrajes entre inversionistas y Estados. Las autoridades nominadoras normalmente se encargan de nombrar al presidente de un tribunal arbitral si las partes o los coárbitros no logran llegar a un acuerdo al respecto. La doctrina de la negociación indica que las prácticas de las autoridades nominadoras en materia de nombramientos probablemente ejerzan una influencia significativa en la composición de los tribunales de arbitraje entre inversionistas y Estados y del reservorio general de árbitros. Los efectos de las instituciones de solución de controversias en el equilibrio de intereses también se trataron en la Conferencia sobre tratados de inversión en relación con la búsqueda del equilibrio[19], y en el Diálogo sobre Tratados de Inversión se tocó el tema de un posible tribunal multilateral de inversiones.

E. Otros trabajos relacionados en parte con los tratados de inversión (conducta responsable de las empresas, empresas estatales, facilitación de las inversiones)

13. Muchos Gobiernos están tratando de atraer inversiones de inversionistas que acaten las normas sobre conducta responsable de las empresas y desarrollo sostenible. Un estudio amplio de disposiciones de tratados realizado en 2014[20] reveló que solo en el 12% de esas disposiciones se hacía referencia a esas cuestiones. Sin embargo, las prácticas variaban de un país a otro y la frecuencia de su inclusión estaba aumentando rápidamente. La posible función de fomento de la conducta responsable de las empresas que cumplen los tratados de inversión fue examinada en el primer "Diálogo sobre los tratados de inversión" organizado a nivel gubernamental en 2015. Junto con la mesa redonda, varios comités de la OCDE han entablado un intenso debate sobre el

[17] Conference on investment treaties: The quest for balance between investor protection and governments' right to regulate (http://oe.cd/1ZA).

[18] "Conference on evaluating and enhancing outcomes of investment treaties" (http://oe.cd/1ZB).

[19] "Conference on investment treaties: The quest for balance between investor protection and governments' right to regulate" (http://oe.cd/1ZA).

[20] Gordon, K, J Pohl y M Bouchard (2014), "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01. http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgx1zlt-en.

papel de las empresas estatales en los mercados nacionales e internacionales[21], en el que se ha prestado atención a la política pertinente sobre tratados de inversión. La mesa redonda está examinando además la cuestión de la facilitación de las inversiones, sobre la base de la atención que se ha venido prestando desde hace tiempo a muchas cuestiones similares en el curso de la elaboración y aplicación del Marco de Políticas para las Inversiones.

F. Conclusión

14. Las opiniones vertidas por los países participantes en la mesa redonda y los estudios de antecedentes de apoyo preparados por la secretaría de la OCDE han generado información que puede promover el entendimiento mutuo y ayudar a los Gobiernos con sus políticas sobre tratados e inversiones.

2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

[Original: inglés]
[Fecha: 12 de junio de 2017]

La creciente inquietud por el funcionamiento actual del régimen mundial de acuerdos internacionales de inversión (AII), junto con la necesidad imperiosa de lograr el desarrollo sostenible, han provocado un avance hacia la reforma del proceso de elaboración de normas sobre inversiones internacionales. En los últimos años, los países han creado consenso sobre la necesidad de reforma, han determinado las esferas de reforma y los modos de enfocarla, han examinado sus redes de AII, elaborado nuevos tratados modelo, e iniciado la negociación de nuevos AII más modernos. Se han hecho progresos considerables durante esta primera fase de la reforma de los AII, pero aún queda mucho por hacer. Para pasar a la segunda fase de reforma, las políticas se deben centrar en una modernización exhaustiva del conjunto de tratados obsoletos de primera generación. En el *World Investment Report 2017*, la UNCTAD expone y analiza las ventajas y desventajas de las diez opciones de política para la reforma de los AII vigentes de la antigua generación (UNCTAD, 2017). La reforma de la solución de controversias sobre inversiones ocupa un lugar destacado en el programa, y se han adoptado medidas concretas, inclusive a nivel multilateral. Algunas de las medidas de reforma podrían extenderse a la colección existente de tratados más antiguos. En general, las iniciativas de reforma deben tener como objetivo la adopción de un enfoque integral, asegurar un proceso transparente e inclusivo y no perder de vista el objetivo general del desarrollo sostenible.

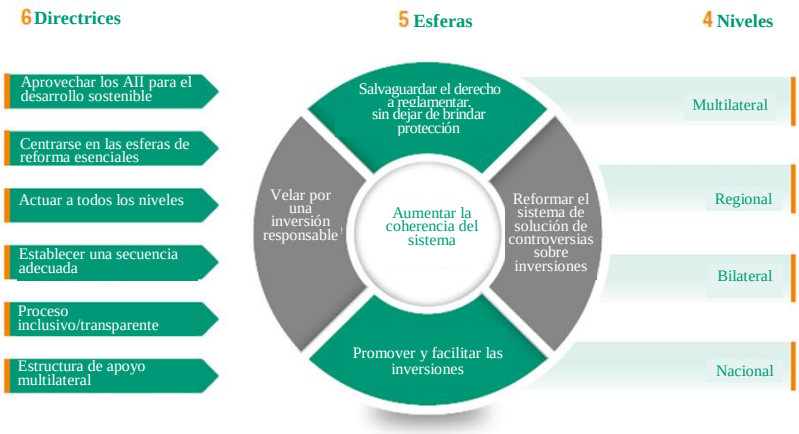
I. Reforma de la solución de controversias sobre inversiones como parte de la hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma de los AII

La labor de la UNCTAD en pro de una formulación de políticas de inversión sistémicas y orientadas al desarrollo sostenible se inició en 2010. Tras la elaboración del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (publicado en 2012 y actualizado en 2015) (gráfico 1), en el que se ofrecen opciones de política para el diseño de AII de nueva generación, la labor de la UNCTAD culminó con la hoja de ruta para la reforma de los AII (2015) (gráfico 2), en la que se establecen cinco esferas de acción para la reforma i) salvaguarda del derecho a la reglamentación, sin dejar de brindar protección; ii) reforma del sistema de solución de controversias en materia de inversiones; iii) promoción y facilitación de las inversiones; iv) garantía de una inversión responsable; y v) aumento de la coherencia sistémica.

[21] "*State-Owned Enterprises as Global Competitors – A Challenge or an Opportunity*?", 2016 (http://oe.cd/1ZC).

Gráfico 1
Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD [*Fuente*: ©UNCTAD]

Gráfico 2
Hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma de los AII [*Fuente*: ©UNCTAD]



Teniendo en cuenta la labor anterior de la UNCTAD sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados[22], en la hoja de ruta se señalaron tres series de opciones para mejorar la solución de controversias mediante dos niveles de acción, a saber, reformar el mecanismo actual de arbitraje *ad hoc* para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, pero manteniendo su estructura básica; o reemplazarlo (cuadro 1)[23].

[22] Ello incluye, por ejemplo, la versión de 2012 del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD (UNCTAD, 2012, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf), el *World Investment Report 2013* (UNCTAD, 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf) y la publicación "Investor-State Dispute Settlement: A Sequel" (UNCTAD, 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf) Véase también "Policy Options for IIAs: Part A. Post-Establishment" en la versión de 2015 del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (UNCTAD, 2015a, en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf).

[23] Se puede consultar un análisis más detallado del conjunto de opciones para la reforma de la solución de controversias en materia de inversiones, incluidas sus ventajas y desventajas, en UNCTAD (2015b en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf), capítulo IV, págs. 145 a 155.

Cuadro 1
Conjuntos de opciones para la reforma del sistema de solución de controversias en materia de inversiones

Reforma del sistema actual de arbitraje entre inversionistas y Estados		Reemplazo del sistema actual de arbitraje entre inversionistas y Estados
Corrección de los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados	Añadido de nuevos elementos a los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados	
1. **Mejora del proceso arbitral,** por ejemplo, haciéndolo más transparente y racionalizándolo, desalentando la presentación de demandas infundadas, atendiendo a las preocupaciones actuales sobre el nombramiento de los árbitros y a los posibles conflictos. 2. **Limitación del acceso de los inversionistas,** por ejemplo, reduciendo el alcance del tema, circunscribiendo la gama de demandas susceptibles de arbitraje, fijando plazos, e impidiendo los abusos por parte de empresas fantasma. 3. **Utilización de filtros para encauzar** los casos delicados hacia el proceso de arreglo de controversias entre Estados 4. **Introducción de los requisitos locales para los litigios** como condición previa para la solución de controversias entre inversionistas y Estados	1. **Incorporación de mecanismos alternativos eficaces de solución de controversias** 2. **Introducción de un mecanismo de apelación** (ya sea bilateral, regional o multilateral)	1. **Creación de un tribunal internacional de inversiones permanente** 2. **Sustitución del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por un sistema de solución de controversias entre Estados** 3. **Sustitución del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por un sistema nacional de solución de controversias**

Fuente: UNCTAD, *World Investment Report 2015*.

Todas las opciones de reforma señaladas tienen sus ventajas y desventajas y presentan sus propios problemas. Cualquiera que sea la opción que prefieran los países, deben tener en cuenta los tres problemas siguientes: i) lo que se necesita es una reforma amplia, que se aplique no solo a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, sino también a las disposiciones sustantivas de los AII; ii) lo ideal sería que las medidas de reforma se aplicaran no solo a los tratados futuros, sino además al conjunto de AII vigentes; y iii) es preciso desarrollar la capacidad nacional para mejorar las capacidades administrativas y judiciales de los países en desarrollo, requisito indispensable para algunas de las opciones de reforma.

A. Reforma del sistema actual de arbitraje entre inversionistas y Estados

La opción de mantener y reformar el sistema actual de arbitraje entre inversionistas y Estados puede encararse de dos maneras: corrigiendo el sistema actual y añadiendo nuevos elementos.

Corrección de los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados

La reforma del sistema podría consistir en incluir en los AII nuevas disposiciones destinadas a 1) mejorar el proceso arbitral; 2) mejorar el acceso de los inversionistas al arbitraje en materia de inversiones; 3) establecer filtros para encauzar los casos delicados hacia el proceso de arreglo de controversias entre Estados; e 4) incorporar el requisito de que deba recurrirse a mecanismos locales de la solución de controversias. Los Estados contratantes podrían aplicar estas opciones de reforma en los distintos AII actuales y futuros, lo que no requeriría la acción coordinada de un gran número de países.

1) Mejorar el proceso arbitral: Esta opción se centra en reformar la manera en que se lleva a cabo el proceso arbitral, preservando al mismo tiempo las principales características del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Los objetivos de tales modificaciones son: i) aumentar la legitimidad del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, ii) mejorar el control de las partes contratantes sobre la interpretación de sus tratados, y iii) racionalizar el proceso y hacerlo más eficiente.

2) Limitar el acceso de los inversionistas al proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados: Esta opción apunta a limitar la variedad de situaciones en que los inversionistas extranjeros pueden recurrir al arbitraje internacional, y reducir en esa forma la exposición de los Estados a los riesgos jurídicos y financieros que presenta el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

3) Utilizar filtros para encauzar los casos delicados hacia el proceso de solución de controversias entre Estados. Esta opción de reforma prevé la solución de controversias entre Estados si un comité conjunto no logra resolverlas. Si bien se mantiene la estructura general del mecanismo actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados, esta opción contempla la "remisión" de las controversias sobre cuestiones delicadas al proceso de solución de controversias entre Estados.

4) Incorporar el requisito de que deba recurrirse a mecanismos locales de solución de controversias como prerrequisito para poder recurrir a mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (entre ellos el agotamiento de las vías de reparación locales). Esta opción de reforma tiene por objeto promover el recurso de los inversionistas extranjeros a los tribunales locales y al mismo tiempo retener la opción de recurrir al arbitraje entre inversionistas y Estados como recurso de última instancia (es decir, después de transcurrido cierto tiempo de la litigación en los tribunales nacionales o después de agotadas las vías de recurso locales). Al hacerlo así, se daría respuesta a algunos de los motivos de preocupación que dimanan del fuerte aumento del número de controversias entre inversionistas y Estados en los últimos diez años.

Añadido de nuevos elementos a los mecanismos actuales de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Estas opciones de política añaden nuevos elementos que complementan al mecanismo actual de arbitraje entre inversionistas y Estados. Se los puede combinar con las mejoras del mecanismo mencionadas anteriormente.

1) Incorporación de un medio alternativo eficaz de solución de controversias. Esta forma de enfocar la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados promueve la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias como medida previa al inicio de un proceso de arbitraje internacional sobre inversiones. Si bien esos mecanismos no pueden resolver por sí solos las principales dificultades que presenta la solución de controversias entre inversionistas y Estados, pueden reducir el número de controversias que desembocan en un arbitraje a gran escala. Eso hace que sean una vía complementaria más que autónoma para la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se dispone de opciones de política en los planos nacional e internacional (a través de los AII), que pueden ser complementarias, como la designación de los organismos coordinadores de un arreglo amistoso o de oficinas de ombudsman a nivel nacional y la inclusión de disposiciones sobre medios alternativos de solución de controversias en los AII (UNCTAD, 2015b).

2) Mecanismo de apelación: Esta opción permitiría preservar la estructura del actual mecanismo de arbitraje en materia de inversiones y agregarle un nuevo estrato. Un mecanismo de apelación podría adoptar dos formas principales, a saber, un órgano permanente o un órgano *ad hoc*. Ese mecanismo podría tener competencia para realizar un examen sustantivo de los laudos de primera instancia de los tribunales arbitrales y corregirlos. El mecanismo de apelación podría tener jurisdicción de

segunda instancia, que excediera la facultad de revisión que se otorga en los procedimientos de anulación previstos actualmente en el Convenio del CIADI. Ello podría servir para aumentar la previsibilidad de la interpretación de los tratados y mejorar la coherencia de los laudos arbitrales. Todo lo anterior podría contribuir de manera significativa a aumentar la aceptabilidad política del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados y del régimen de los AII en general.

Si los países optaran por establecer tal mecanismo de apelación, sería necesario resolver interrogantes relativas a varias series de cuestiones: 1) el establecimiento de un órgano de ese tipo, en particular si sería de carácter bilateral, regional, o multilateral y si sería permanente o *ad hoc*; ii) su organización y su estructura institucional; iii) el tiempo y el costo adicionales de los juicios; y iv) la competencia de ese órgano.

B. Sustitución del sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados por otros mecanismos de arreglo de controversias

Las opciones que figuran a continuación abolirían el sistema actual de arbitraje *ad hoc* entre inversionistas y Estados y lo sustituirían por otros mecanismos de solución de controversias sobre inversiones. Las posibles opciones de sustitución son 1) la creación de un tribunal internacional permanente de inversiones, 2) la solución de controversias entre Estados, y/o 3) el recurso al sistema judicial interno del Estado anfitrión. Las opciones de sustitución difieren en cuanto al alcance de los cambios que producen. Los Estados se pueden concentrar en una de las opciones o pueden aplicarlas en forma paralela o combinada.

1) Tribunal internacional permanente de inversiones: Con arreglo a esta opción los inversionistas conservan el derecho a entablar demandas contra los Estados anfitriones pero se sustituye el sistema de múltiples tribunales arbitrales *ad hoc* por una estructura institucional única, a saber, un tribunal internacional permanente de inversiones. Ese tribunal estaría integrado por magistrados nombrados o elegidos por los Estados con carácter permanente; tendría competencia para conocer de todas las controversias sobre inversiones dimanadas de los AII sujetos a su jurisdicción y podría contar además con una sala de apelaciones. Un tribunal permanente de inversiones sería una institución pública al servicio de los intereses de los inversionistas, los Estados y otras partes interesadas y, en términos más generales, fortalecería la legitimidad del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Se ha propuesto además que se amplíe la competencia del tribunal, en función del contenido de los acuerdos sujetos a su jurisdicción, por ejemplo, mediante la concesión de legitimación o derechos procesales a otros interesados.

Evidentemente, el establecimiento de un tribunal de ese tipo plantea varios problemas jurídicos y políticos importantes, y por su propia naturaleza, constituiría un proyecto a largo plazo. A medida que los países avanzan en esa dirección, es necesario considerar una serie de cuestiones fundamentales a ese respecto tales como i) la necesidad de crear consenso entre una masa crítica de países en torno a un convenio para el establecimiento de un tribunal de esa índole; ii) la organización y la estructura institucional del tribunal, como su ubicación, financiación y dotación de personal; iii) la participación de los países en el tribunal y la forma de realizar la transición desde un tribunal posiblemente bilateral o plurilateral a una estructura más universal que atienda a las necesidades de los países en desarrollo y los países menos adelantados; iv) la competencia del tribunal, como el tipo de tratados y de causas de que se puede ocupar.

2) Arreglo de controversias entre Estados: El arbitraje entre Estados está previsto prácticamente en todos los AII vigentes y es también el criterio adoptado por la OMC para resolver las controversias comerciales internacionales. A diferencia del criterio consistente en fomentar la solución de controversias entre Estados como complemento de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, esta

opción presupone que un proceso entre Estados sería la única forma de resolver las controversias sobre inversiones a nivel internacional. El Estado de origen tendría facultades discrecionales para decidir si presenta una demanda. Los Estados tendrían que decidir cuál sería el tribunal que conocería de una causa y las opciones serían los tribunales *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, o un tribunal internacional como el previsto en el párrafo anterior. La opción de reemplazar el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por un sistema de solución de controversias entre Estados puede contribuir a disipar algunas de las preocupaciones respecto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Sin embargo, también plantea una serie de problemas difíciles que será necesario resolver antes de decidirse por esa vía.

3) Dependencia exclusiva de la solución de controversias en los tribunales nacionales: Esta opción elimina el derecho de los inversionistas a entablar demandas contra el Estado anfitrión ante tribunales internacionales y limita las opciones disponibles para solucionar controversias a los tribunales nacionales. A diferencia de la opción consistente en promover la solución de las controversias en los tribunales nacionales como medida anterior a la presentación de las demandas de los inversionistas ante tribunales internacionales (por ejemplo, el agotamiento de las vías de recurso internas, el requisito de litigación local), con arreglo a esta opción las instituciones judiciales nacionales serían el mecanismo único y definitivo de solución de las controversias entre inversionistas y Estados. Esta opción presenta una serie de ventajas y desventajas, y algunos han señalado que tiene valor principalmente en los países en que la dependencia del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados tiene menos importancia debido a la solidez de su ordenamiento jurídico, a su buena gobernanza y a la especialización de los tribunales locales.

II. Acontecimientos recientes

Hasta el momento, 109 países han sido parte demandada en uno o más procesos sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados (UNCTAD, 2017). En 2016, se iniciaron 62 nuevas causas, lo que elevó el número total de causas conocidas a 767. Esa cifra es inferior al número de causas iniciadas el año anterior, que había sido de 74, pero superior al promedio que se había registrado en un período de diez años (2006 a 2015), de 49 causas al año. Alrededor de las dos terceras partes de las causas relativas a controversias entre inversionistas y Estados iniciadas en 2016 estaban relacionadas con tratados bilaterales de inversión, la mayoría de los cuales databa de las décadas de los años ochenta y noventa. Los AII invocados con mayor frecuencia en 2016 fueron el Tratado sobre la Carta de la Energía (citado en 10 causas), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el tratado bilateral de inversión entre la Federación de Rusia y Ucrania (citados en tres causas cada uno).

En lo que respecta a la celebración de tratados, la mayoría de los nuevos AII actuales incluyen elementos de reforma orientados al desarrollo sostenible que preservan el derecho a reglamentar, a la vez que mantienen la protección, fomentan la inversión responsable y mejoran el proceso de solución de controversias (UNCTAD, 2017). Una comparación de los tratados celebrados a lo largo del tiempo revela que determinadas opciones de reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados se encuentran en los tratados bilaterales de inversión recientes con más frecuencia que en los más antiguos (cuadro 2).

Cuadro 2
Algunas opciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados que figuran en los AII: comparación entre los tratados bilaterales de inversión "antiguos" y "nuevos"

Disposiciones de los tratados Algunas opciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados	**Opción del Marco de Políticas de la UNCTAD**	**TBI más antiguos** (1959-2010) (2.432)	**TBI recientes** (2011-2016) (110)
Limitación de las disposiciones convencionales sujetas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados o exclusión de ciertas esferas normativas del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados	6.2.1	8%	29%
Limitación del plazo para presentar demandas	6.2.1	5%	40%

Fuente: © UNCTAD, Proyecto de mapa de los AII[24].

De los AII firmados en 2015 y 2016, la mayoría de los tratados examinados incluía al menos un elemento que limitaba el acceso al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (por ejemplo, que limitaba las disposiciones de los tratados sujetas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, excluía ciertas esferas normativas del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados o limitaba el plazo para presentar demandas), y varios omitían totalmente la cuestión de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

A esas iniciativas de reforma se agregan las medidas para mejorar la solución de controversias sobre inversiones adoptadas a nivel multilateral. Los debates en curso sobre el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones o de un mecanismo de apelación podrían culminar en un instrumento que, en última instancia, modificara las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados que figuran en tratados anteriores. Esas iniciativas de reforma de la solución de controversias en materia de inversiones pueden ayudar a dar respuesta a los principales motivos de preocupación y a lograr mejoras institucionales y de procedimiento.

III. Conclusiones: un proceso holístico, inclusivo y orientado al desarrollo sostenible para reformar el sistema de arreglo de controversias sobre inversiones

El régimen de los AII se enfrenta actualmente a varios retos, de los cuales la solución de controversias entre inversionistas y Estados es solo una parte. A fin de reformar el actual régimen de los AII de manera eficaz, sería necesario reflexionar más sobre cómo sincronizar la reforma de la solución de controversias sobre inversiones y la reforma del contenido sustantivo de los AII. La hoja de ruta de la UNCTAD para la reforma de los AII puede servir de guía para abordar esos aspectos fundamentales de esa reforma (UNCTAD, 2015a) y también pueden hacerlo las diez opciones de política

[24] La numeración se refiere a las "Opciones para el diseño de AII: Parte A. Post-establecimiento" que figuran en la versión del 2015 del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD (UNCTAD, 2015a). Datos procedentes del Proyecto de mapa de los AII de la UNCTAD. El Proyecto de mapa es producto de la colaboración de más de 45 universidades de todo el mundo bajo la dirección de la UNCTAD. Hasta la fecha se han incluido en el mapa más de 2.500 AII, con 100 elementos cada uno (incluidas unas 20 opciones para la solución de controversias sobre inversiones).

de la UNCTAD para modernizar el conjunto de AII de primera generación vigentes, como se indica en el *World Investment Report 2017*[25].

A lo largo de todo el proceso, la participación de los países en iniciativas de reforma debe guiarse por tres consideraciones fundamentales[26]:

i) Adoptar un enfoque holístico en relación con los AII y la reforma de los AII; explorar nuevas formas de solución de controversias, sin perder de vista el contenido sustantivo del conjunto de tratados actuales.

ii) Garantizar un proceso inclusivo y transparente, afrontar el "reto del desarrollo" (es decir, evitar una situación en que los países con escasa capacidad de negociación o que llegan con atraso al proceso se encuentren con que tienen que limitarse a acatar reglas) e involucrar a otros interesados afectados.

iii) No perder de vista el objetivo general de una reforma de los AII orientada al desarrollo sostenible, procurar lograr un régimen de AII que propicie el desarrollo sostenible y movilice la inversión necesaria para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Un régimen de reforma global − que abarque los tratados existentes y los tratados nuevos en las cinco esferas de acción señaladas en la hoja de ruta de la UNCTAD – se beneficiaría de la prestación de apoyo multilateral. La UNCTAD, a través de los tres pilares de su labor (la investigación y el análisis de políticas, la asistencia técnica y la creación de consenso intergubernamental) puede desempeñar un papel fundamental en ese sentido. En su calidad de coordinadora de las Naciones Unidas para la inversión internacional y de foro internacional para debates inclusivos y de alto nivel sobre el régimen de AII polifacético y estratificado que existe actualmente, la UNCTAD puede contribuir a aportar coordinación y coherencia a las actividades de reforma.

Recursos adicionales de la UNCTAD

Navegador de la UNCTAD sobre Acuerdos Internacionales de Inversión, que puede consultarse en http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA.

UNCTAD AII Mapping Project, que puede consultarse en

http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu

Gráfico 1:

Navegador de la UNCTAD sobre Acuerdos Internacionales de Inversión; se puede consultar en http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS

---

[25] Se puede ver un análisis detallado de las diez opciones de política para la segunda fase de la reforma de los AII, y de sus ventajas e inconvenientes, en el capítulo III del *World Investment Report 2017* (UNCTAD, 2017), publicado en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

[26] Véase también "UNCTAD Director contributes to exploratory discussions on a multilateral investment court", 15 de diciembre de 2016, en http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Calendar/Archive/533.