



## Asamblea General

Distr. limitada  
12 de diciembre de 2017  
Español  
Original: árabe/chino/español/  
francés/inglés/ruso

---

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución  
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**  
**35º período de sesiones**  
Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018

### **Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados**

#### **Documento presentado por la Unión Europea**

En la presente nota se reproduce un documento recibido de la Unión Europea en el marco de los preparativos del 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. Dicho documento se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría (en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso).



## Anexo

20 de noviembre de 2017

# Identificación y examen de los problemas por lo que respecta a la resolución de litigios entre inversores y Estados

## 1. Introducción

1. El presente documento tiene como objetivo contribuir a los debates mantenidos en el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La finalidad del documento es identificar y tomar en consideración los problemas en relación con el sistema actual de resolución de litigios entre inversores y Estados (ISDS) en consonancia con la primera fase del mandato otorgado al Grupo de Trabajo III por la Comisión de la CNUDMI. El examen de qué reformas podrían ser deseables se refiere a la segunda fase de los debates y no se aborda en el presente documento.
2. La Nota de la Secretaría de la CNUDMI, «Posible reforma de la solución de litigios entre inversores y Estados (ISDS)», de 18 de septiembre de 2017<sup>1</sup>, enumera una serie de problemas que se han detectado en relación con el ISDS (apartados 19 y siguientes). El presente documento se basa en dicho documento y está supeditado a él. En particular, sugiere que una nueva y complementaria forma de abordar los problemas en relación con el sistema del ISDS es considerar el marco en el que funciona el actual sistema del ISDS. Tener en cuenta el sistema en su conjunto es un medio para determinar los problemas porque permite comparar y contrastar el sistema existente de resolución de litigios con otros sistemas con atributos similares. Por consiguiente, el presente documento examina en primer lugar los principales atributos y características del régimen de tratados de inversión (sección 2). Después, examina brevemente, de forma comparativa, cómo se gestionan los litigios en cuanto a los regímenes con características comparables al régimen de inversión (sección 3). Posteriormente, examina los factores que influyen en el diseño del actual sistema del ISDS (sección 4) antes de pasar, sobre la base del análisis de estas secciones anteriores, a identificar una serie de problemas que merecen consideración adicional (sección 5).

## 2. Atributos clave del régimen de tratados de inversión

3. Los atributos clave del actual régimen de inversión se derivan de dos características fundamentales. En primer lugar, el régimen es un régimen de **Derecho internacional público**. En segundo lugar, se asemeja al **Derecho público**, en la medida en que tiene que ver en gran parte con el trato de los inversores y, por tanto, con la relación entre los agentes particulares y el Estado.
4. El régimen de inversión internacional está compuesto por un gran número de tratados internacionales. Se trata de **instrumentos de Derecho internacional público**, suscritos entre agentes del Derecho internacional público que actúan en su capacidad soberana<sup>2</sup>. En estos acuerdos, los Estados otorgan la facultad de presentar reclamaciones para hacer cumplir estos tratados internacionales a personas naturales o jurídicas (inversores). No obstante, ello no elimina

<sup>1</sup> A/CN.9/WG.III/WP.142.

<sup>2</sup> Roberts, Anthea, «Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system», (2013), *American Journal of International Law*, 107 (1) 45-94, 58-63.

la naturaleza de Derecho internacional público de estos acuerdos, ya que se celebran entre dos emisores soberanos. Según los tratados, estos acuerdos también deben interpretarse de conformidad con el Derecho internacional público. Esto incluye las normas sobre la interpretación de los tratados y otras normas, como las normas sobre responsabilidad estatal.

5. Estos tratados de Derecho internacional público se refieren a la **capacidad soberana de los Estados para regular**, facilitando determinadas protecciones que sean aplicables por los inversores<sup>3</sup>. Esto crea una situación similar a la del Derecho público o constitucional, en la que los ciudadanos están protegidos frente a los actos del Estado y pueden actuar para hacer cumplir esas protecciones<sup>4</sup>. Es importante recordar que el Estado actúa en su capacidad soberana, tanto en la aprobación de estos tratados como en lo que respecta a los actos impugnados. Las obligaciones derivadas de los tratados de inversión se aplican a cualquier acto que pueda atribuirse a un Estado, ya se trate de la legislación aprobada por un parlamento, o bien de una decisión individual adoptada por un ayuntamiento. En el caso de que un Estado no haya respetado estas obligaciones, deberá otorgar una reparación. Esta suele adoptar la forma de una indemnización pecuniaria, lo que implica una carga para el presupuesto de un Estado.
6. En el marco de estas dos características clave, a saber, la base del Derecho internacional público de los tratados y la naturaleza del Derecho público de la relación, se pueden identificar una serie de características del régimen de inversión internacional que son relevantes para reflexionar sobre el sistema actual y evaluar los problemas. Estas pueden enumerarse del siguiente modo:
  - a) un componente del Derecho constitucional y administrativo: las obligaciones establecidas en los tratados de inversión están destinadas a proteger a los inversores frente a determinados comportamientos estatales (limitados). Por lo tanto, aplicar las obligaciones supone conseguir un equilibrio adecuado entre el derecho a ejercer una autoridad soberana y el deber de proteger a las personas, típico de las determinaciones del Derecho constitucional y administrativo;
  - b) un sistema unidireccional: el inversor inicia la causa contra el Estado por el hecho de que el inversor acepta la oferta permanente para arbitrar en los tratados;
  - c) una relación vertical: los litigios se refieren sobre todo a los inversores extranjeros que entablan contra los Estados anfitriones acciones legales que surgen de la relación reguladora vertical entre esos agentes debido a que el inversor se introduce en el territorio del país de acogida y en su ordenamiento económico y jurídico;

<sup>3</sup> Ibídem, apartados 63 a 68.

<sup>4</sup> Véanse, entre otras, las obras de Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, «*Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*», 17 *European Journal of International Law* 121 (2006); Van Harten, «*Investment Treaty Arbitration and Public Law*», (2007); Schneiderman, David, «*Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules And Democracy's Promise*», (2008); Schill, Stephan W., «*International Investment Law and Comparative Public Law—An Introduction*, en *International Investment Law and Comparative Public Law 3* (Stephan W. Schill ed., 2010); Montt, Santiago «*State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional And Administrative Law in the BIT Generation*», (2009).

- d) una función recurrente: los tratados en cuestión darán lugar potencialmente a numerosos litigios durante un período de tiempo que puede ser prolongado. Esta situación debe distinguirse de instrumentos legales por los que se establecen disposiciones contractuales puntuales;
- e) un componente de determinación: las obligaciones sustantivas son indeterminadas, en el sentido de que, por lo general, establecen normas de alto nivel destinadas a aplicarse en varios supuestos diferentes, al igual que las disposiciones de Derecho constitucional; y,
- f) una función de previsibilidad/coherencia: habida cuenta de la formulación general de las normas de protección de las inversiones y conscientes de la función recurrente, las partes interesadas (gobiernos, inversores, sociedad civil) examinan los precedentes a fin de poder comprender cómo se están interpretando o deberían interpretarse las obligaciones en los tratados. Esto ocurre tanto en el mismo tratado como entre tratados, dado su grado relativamente alto de homogeneidad. Esto significa que el papel del arbitraje es primordial a la hora de elaborar y perfeccionar aún más el significado exacto de las obligaciones sustantivas.

### 3. Análisis comparativo

7. Los litigios que emanan de los sistemas con las características anteriormente identificadas a menudo conducen a la creación de organismos permanentes con árbitros a tiempo completo y titulares para resolver litigios. Los órganos arbitrales permanentes ofrecen una serie de ventajas para dirimir litigios en regímenes que presentan estas características. Estas ventajas operan de formas múltiples que se solapan. Por su propia permanencia, los organismos permanentes ofrecen previsibilidad y coherencia y gestionan el surgimiento de múltiples controversias, ya que pueden elaborar y perfeccionar la comprensión de un conjunto particular de normas a lo largo del tiempo y garantizar su aplicación efectiva y coherente. En concreto, esto es relevante cuando las normas son relativamente indeterminadas. Al designar árbitros en un entorno permanente, se piensa en un enfoque a largo plazo. Los Estados tienen interés en que se adopten medidas públicas y, al mismo tiempo, se protejan los intereses individuales y se sepa que el equilibrio entre estos intereses se mantendrá a largo plazo. Los organismos permanentes con árbitros a tiempo completo también liberan a los árbitros de la necesidad de ser remunerados a través de otras fuentes y, por lo general, proporcionan algún tipo de estabilidad en el empleo. Esto evita que los árbitros se vean presionados para tener en cuenta consideraciones a corto plazo y asegura que no hay problemas en cuanto a su imparcialidad.
8. Se puede observar, tanto a escala internacional como nacional, que los litigios en otros regímenes que involucran las características enumeradas anteriormente para el régimen de inversión normalmente se resuelven ante organismos permanentes. Los miembros de estos organismos resolutivos están compuestos por árbitros a tiempo completo designados por los Estados, asociados a un alto grado de independencia e imparcialidad. Con frecuencia, las decisiones de estos organismos permanentes están sujetas a revisión a través de una apelación a fin de garantizar la exactitud y una mayor previsibilidad.
9. A escala internacional, cabe citar como ejemplos el Convenio Europeo de Derechos Humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Los regímenes jurídicos aplicados por estos tribunales comparten muchas de las características identificadas anteriormente en

lo que respecta al régimen de inversión<sup>5</sup>. Ambos organismos tienen tribunales permanentes y fijos que cuentan con árbitros a tiempo completo nombrados por las partes en el tratado. Aunque no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones presentadas por particulares, la OMC también se ocupa de la revisión de la acción estatal. Estas reclamaciones se atienden en el seno de una estructura que permite el examen de la apelación por los árbitros designados por las partes en el tratado.

10. A escala nacional, los regímenes jurídicos con características similares al régimen de inversión también se dotan normalmente con órganos permanentes para su resolución. Es una característica reconocible en los sistemas jurídicos nacionales en todo el mundo que los litigios de Derecho público o administrativo sean tramitados por tribunales permanentes con árbitros independientes que se ubican dentro de una jerarquía que permite la revisión de la apelación.
11. Estos ejemplos son útiles, no necesariamente en todos sus pormenores y características, sino para demostrar que a la hora de crear o desarrollar los regímenes con características comparables al régimen de inversión, los países han creado organismos fijos y permanentes. En la siguiente sección se recuerda brevemente la naturaleza del régimen existente antes de que el documento haya de considerar los problemas que surjan dentro del régimen existente a la luz de las características enumeradas en la sección 2.

#### **4. Los actuales mecanismos de resolución de litigios para el régimen de inversión**

12. A partir de la década de 1960, el marco del enfoque global de la regulación de la inversión extranjera se ha caracterizado por 1) la aparición del arbitraje internacional como medio de resolución de litigios en materia de inversiones y 2) el reconocimiento cada vez mayor por parte del Derecho de los tratados de la capacidad de los inversores de hacer cumplir los tratados directamente frente a los Estados de acogida. El Convenio del CIADI, celebrado en 1965 y actualmente vinculante para 161 Estados miembros, representaba y sigue representando un avance significativo en el desarrollo del Derecho internacional en materia de inversiones.
13. El Convenio del CIADI utiliza un modelo de resolución de litigios basado en el arbitraje. Los tribunales se designan por las partes en litigio y se integran sobre una base *ad hoc* para conocer de una determinada controversia. Un comité de anulación *ad hoc* puede anular los laudos por un número limitado de motivos. Otros ISDS tienen lugar sobre la base de normas creadas originalmente para el arbitraje comercial, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
14. El Convenio del CIADI se concibió antes de que el gran conjunto de tratados de inversión entrara en vigor. De los 2667 actualmente en vigor, solo 63 estaban vigentes en 1970<sup>6</sup> (el Convenio del CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966). Por lo tanto, los redactores no tuvieron en cuenta que el sistema de resolución de litigios contenido en el Convenio del CIADI se utilizaría, como lo hace en la actualidad, principalmente para la solución de controversias en virtud de un tratado. De hecho, se prevé que, para empezar, se utilizará el contrato de inversión para la resolución de litigios. Los redactores del CIADI estimaron que alrededor del 90 % de las causas estarían sujetas

<sup>5</sup> Por supuesto, también existen diferencias significativas, como la naturaleza de las reparaciones o la relación con el litigio nacional.

<sup>6</sup> Fuente: *UNCTAD Investment Policy Hub* (Centro de Políticas de Inversión de la CNUCED).

a contratos y concesiones de inversiones y no a tratados de inversión<sup>7</sup>. Se puede entender que esto motivó las elecciones clave de diseño realizadas en el Convenio del CIADI<sup>8</sup>.

15. En efecto, no fue hasta los años setenta cuando los Estados comenzaron a incluir disposiciones que permitieron a los inversores aplicar ellos mismos los tratados, al menos en parte, a sugerencia del CIADI. Esto era un reflejo de la elección deliberada de los Estados de eliminar los litigios en materia de tratados a escala estatal, que permitiese al inversor ejecutar el acuerdo sin necesidad de convencer a su Estado de origen de que respaldara la reclamación.
16. Las primeras causas interpuestas ante el CIADI se basaron en las cláusulas de arbitraje incluidas en contratos de inversión o en la legislación nacional sobre la promoción y protección de las inversiones extranjeras. El litigio AAPL a partir de 1990 fue la primera causa en la que se permitieron las reclamaciones en materia de tratados del inversor extranjero, entendiéndose que el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI es «ratificado» por el inversor que acepta la oferta del Estado de acogida para arbitrar en el tratado<sup>9</sup>.
17. El litigio AAPL dio inicio a un incremento de causas basadas en tratados, respaldado por la práctica cambiante de los Estados al introducir cláusulas del ISDS. De hecho, más del 70 % de las causas del CIADI se han planteado en virtud de tratados de inversión y solo un 1 % lo han sido exclusivamente en virtud de contratos de inversión, como se ilustra en el siguiente gráfico.

---

<sup>7</sup> Véase, J.C. Thomas y H.K. Dhillon, «*The Foundations of Investment treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the review of Arbitration Awards*», (2017) 32(3) *ICSID Review*.

<sup>8</sup> Véase, J Pauwelyn, «*At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*», *ICSID Review*, Vol. 29, n.º 2 (2014) pp. 372-418, en particular pp. 401-402, donde se cita al profesor Lowenfeld (un miembro de la delegación de los EE. UU. que negocia el CIADI), el cual escribió: «Ninguno de los debates mantenidos en las reuniones de carácter consultivo [en la elaboración del Convenio del CIADI], o según me consta, en el actual examen legislativo por escrito, abordó la posibilidad de que un Estado de acogida en un tratado bilateral pudiera dar su consentimiento para arbitrar con inversores de otro Estado sin referencia a un determinado acuerdo de inversión o litigio. Sé que no mencioné esa posibilidad en mi testimonio ante el Congreso de los Estados Unidos, y tampoco lo hizo nadie más.».

<sup>9</sup> *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v República Socialista Democrática de Sri Lanka*, causa del CIADI n.º ARB/87/3, laudo (27 de junio de 1990). Véase asimismo J. Paulsson, «*Arbitration without Privity*». *ICSID Review*, Vol. 10, n.º 2 (1995) pp. 232-257.

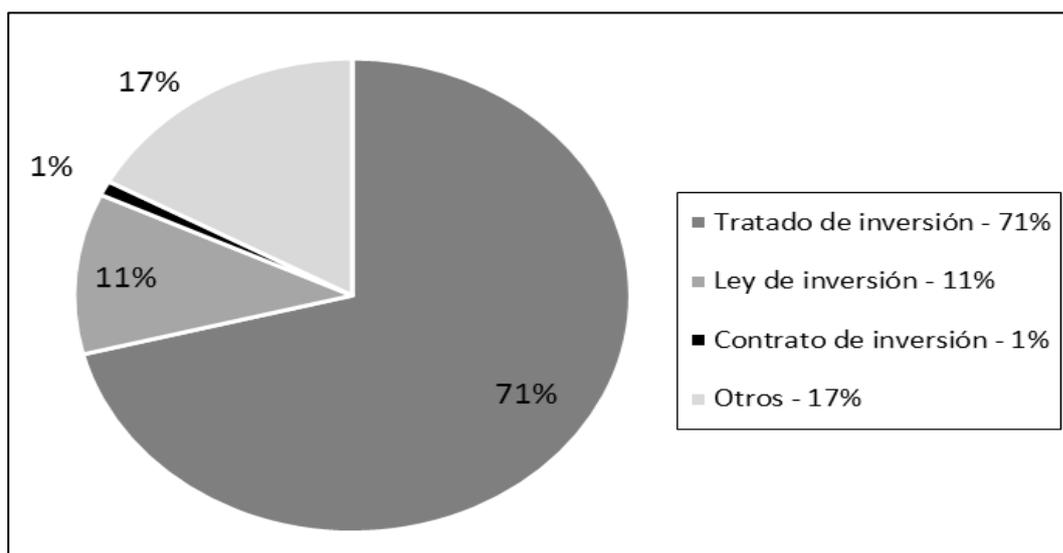


Gráfico 1. Instrumentos de consentimiento en arbitrajes del CIADI (1976-2016)<sup>10</sup>.

18. El crecimiento de causas se produjo en los años noventa, en particular en las dos últimas décadas, como se demuestra en el gráfico 2.

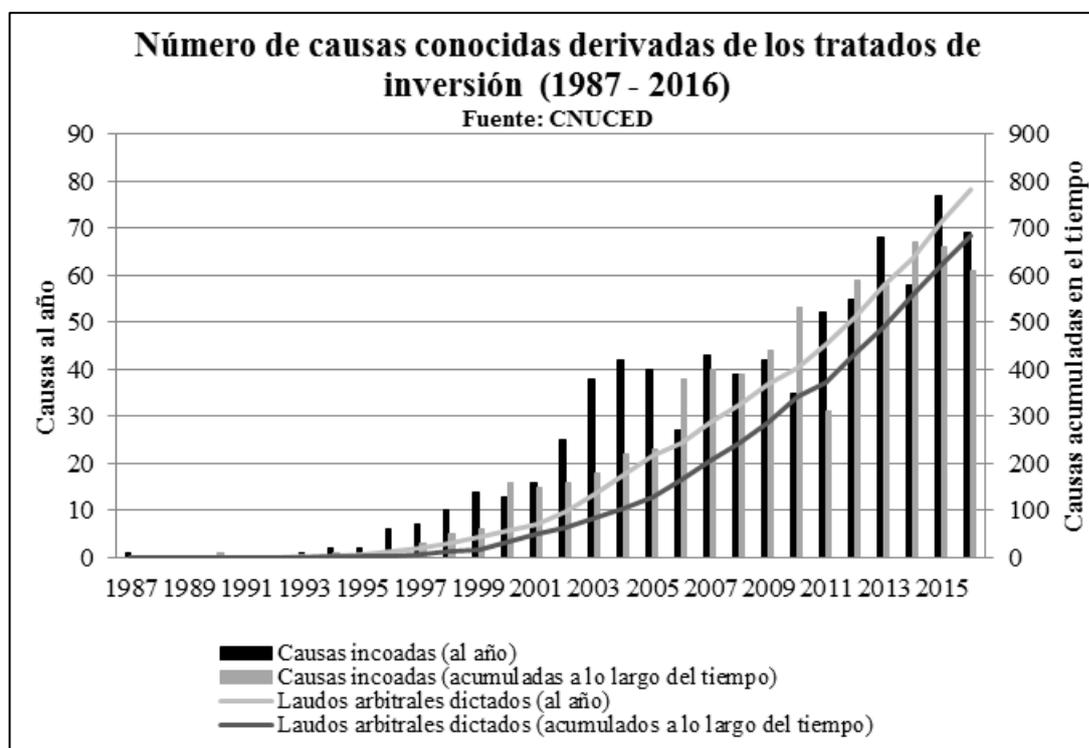


Gráfico 2. Causas conocidas derivadas de los tratados de inversión (1987 - 2016).

<sup>10</sup> Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen y Michael Waibel, «*The Political Economy of the Investment Treaty Regime*», Oxford University Press, 2017 p. 61. Fuente: Compilación del autor del sitio web del CIADI, sobre la base de 573 causas del CIADI, a partir de agosto de 2016.

19. La extensa red de tratados de inversión ha dado lugar a una importante y creciente jurisprudencia de arbitraje sobre inversiones. El número creciente de causas basadas en tratados de inversión ha llevado a cuestionar el sistema actual de resolución de litigios sobre inversiones.

## 5. Problemas con respecto a los mecanismos de resolución de litigios vigentes para el régimen de inversión

20. Cuando las principales características del régimen de tratados de inversión se sitúan en el contexto de la estructura del sistema de arbitraje para la resolución de litigios en materia de inversiones, pueden identificarse una serie de problemas dentro del sistema existente. Estos problemas coinciden con los identificados en el documento de la Secretaría, pero también se plantean a nivel sistémico o son el resultado de la naturaleza del sistema. Estos problemas adquieren mayor importancia con el conocimiento del relativamente elevado y constante nivel de causas. Estos problemas pueden identificarse como sigue:

### a) El sistema *ad hoc* repercute en la coherencia y la previsibilidad

21. La naturaleza *ad hoc* del sistema repercute en la coherencia y la previsibilidad. La constitución *ad hoc* de los tribunales arbitrales influye potencialmente en los resultados, en la medida en que los árbitros son actores recurrentes, o pretenden ser actores recurrentes, en un sistema donde es preciso nombrar de nuevo a los árbitros para cada litigio. Si se considera a nivel sistémico, cabe considerar que quizá este aspecto conduzca a más resultados específicos de hechos<sup>11</sup>. Esto no mejora la estabilidad y la coherencia del sistema y, por lo tanto, la capacidad de los interesados, ya sean empresas, gobiernos o actores de la sociedad civil, de buscar orientación sobre causas anteriores para tratar de determinar cómo se aplicarán las normas en un conjunto particular de circunstancias.
22. Existen varios ejemplos de laudos arbitrales incoherentes sobre aspectos centrales de las disposiciones tradicionales de protección de inversiones. Las cuestiones planteadas en esas causas conflictivas se refieren a conceptos generales y funciones de las normas sustantivas de inversión que se plantean reiteradamente en muchos litigios donde sería deseable una respuesta coherente.
23. Un ejemplo es la saga en curso sobre la aplicabilidad de las cláusulas de la nación más favorecida (NMF) a cuestiones de procedimiento (es decir, resolución de litigios). Si bien algunos tribunales han sostenido que la cláusula de NMF se extiende a las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en los tratados entre el Estado demandado y terceros Estados,<sup>12</sup> otros tribunales han llegado a la conclusión opuesta<sup>13</sup>. Esta cuestión sigue planteándose en muchas

<sup>11</sup> Véase Todd Tucker, «*Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals*», (2016) 7(1) *J Intl Disp Settlement*, pp. 183–204.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*, causa del CIADI n.º ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, apdo. 64; *Siemens v. Argentina*, causa del CIADI n.º ARB/02/8, Decisión sobre la jurisdicción, apdo.103; *Gas Natural v. Argentina*, causa del CIADI n.º ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre cuestiones en torno a la jurisdicción, apdos. 31 y 49; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, causa del CIADI n.º ARB/03/17, Decisión sobre la jurisdicción, apdo. 53-66.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, *Plama Consortium Ltd v. República de Bulgaria*, causa del CIADI n.º ARB/03/24, Decisión sobre la jurisdicción, apdos. 184, 223, 227; *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. El Reino Hachemita de Jordania*, causa del CIADI n.º ARB/02/13, Decisión sobre la jurisdicción, apdo. 119; *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungría*, causa del CIADI n.º ARB/04/15, laudo, apdos. 90-100.

causas. Un ejemplo es *APR Energy y otros v. Australia*, donde los demandantes pretenden incorporar una cláusula de resolución de litigios a un tratado que no concuerda con el arbitraje<sup>14</sup>.

24. En relación con la interpretación del alcance y el efecto de la cláusula paraguas, algunos tribunales han sostenido que la cláusula tendría el efecto de que las infracciones de ciertos compromisos contractuales constituirían infracciones del tratado de inversión<sup>15</sup>, mientras que otros han negado este efecto para los contratos comerciales ordinarios<sup>16</sup>.
25. Otros ejemplos incluyen varias decisiones arbitrales tomadas después de la crisis financiera y económica argentina de 2001-2002 en relación con la defensa de necesidad con arreglo al artículo XI del TBI entre Estados Unidos y Argentina. Por ejemplo, si bien el tribunal arbitral en *Enron* interpretó esta disposición en relación con la prueba muy estricta de «necesidad» como una circunstancia que se opone a la ilicitud<sup>17</sup>, el tribunal arbitral en *Continental Casualty* interpretó la norma en relación con la prueba menos estricta de medidas estatales «necesarias» desarrolladas en virtud de la ley de la Organización Mundial del Comercio<sup>18</sup>.
26. El abogado no estaría actuando con la debida diligencia si no aprovechara todas las posibilidades para aportar un argumento que pudiera ser de ayuda a sus clientes. El sistema *ad hoc* crea incentivos para abordar estos argumentos, dado que no hay una estructura que cree y aplique coherencia. Por tanto, el sistema por sí mismo genera costes adicionales, además de la dificultad evidente que se plantea en términos de coherencia y previsibilidad. La repetición de la naturaleza del régimen y la relativa indeterminación de las obligaciones ponen de manifiesto la importancia de estos problemas de coherencia y previsibilidad.

#### b) Problemas significativos de percepción

27. Una característica central de los sistemas judiciales nacionales e internacionales anteriormente mencionados es que, según palabras de un presidente de los tribunales ingleses, «no solo debe impartirse justicia, sino que ha de percibirse de forma clara e indudable que esta se ha impartido»<sup>19</sup>. Esa declaración es una expresión del alejamiento decisivo de los sistemas *ad hoc* con respecto a asuntos públicos en todos los sistemas jurídicos, inspirada en el pensamiento de Jeremy Bentham, Voltaire y Alexander Hamilton<sup>20</sup>. La naturaleza *ad hoc* del arbitraje inversor-Estado en el que los árbitros, por definición, tienen otras actividades crea problemas significativos de percepción. Estos problemas de percepción se derivan del hecho de que podría percibirse que los intereses profesionales y/o personales de las personas que participan en el sistema tienen un efecto en los resultados de los litigios. Mientras que la realidad detallada y las interacciones complejas entre los

<sup>14</sup> *Power Rental Asset Co Two LLC (AssetCo), Power Rental Op Co Australia LLC (OpCo), APR Energy LLC v. el Gobierno de Australia*, CNUDMI.

<sup>15</sup> *SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS) v. República de Filipinas*, causa del CIADI n.º ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre objeciones a la jurisdicción, apdo. 128.

<sup>16</sup> *SGS Société Générale de Surveillance s.a. v. República Islámica de Pakistán*, causa del CIADI n.º ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, apdo. 166.

<sup>17</sup> *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina*, causa del CIADI n.º ARB/01/3, laudo, apdos. 322-345.

<sup>18</sup> *Continental Casualty Co. v. República Argentina*, causa del CIADI n.º ARB/03/9, laudo, apdos. 189-230.

<sup>19</sup> El presidente del Tribunal Supremo Hewart Gordon, en *R v Sussex Justices, Ex Parte McCarty* [1924] 1KB 256.

<sup>20</sup> Gaukrodger, D. (2017), “*Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement*”, *OECD Working Papers on International Investment* (Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional), No. 2017/05, *OECD Publishing*, Paris.

árbitros mismos y los agentes que los designan sin duda muestran otra realidad más compleja, la combinación de la naturaleza unidireccional del sistema y la importancia de la percepción, de la justicia que se pretende impartir, suscita problemas.

**c) Las verificaciones sistémicas limitadas de corrección y coherencia**

28. Otro problema en relación con el sistema existente es la posibilidad limitada de comprobar de forma sistémica la exactitud y la coherencia. Con arreglo al sistema del CIADI, la anulación solo está disponible para corregir una serie muy limitada de errores. El artículo 52 del CIADI solo prevé la anulación en circunstancias limitadas<sup>21</sup>. Estas no afectan a la exactitud material del laudo. Del mismo modo, las leyes nacionales de arbitraje o la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras limita los motivos por los que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de un laudo.
29. Esto significa que los laudos pueden ser jurídicamente incorrectos, pero el sistema no permite que se corrijan. En *CMS v Argentina*, por ejemplo, el Comité de Anulación señaló:

«Durante el examen del laudo, el Comité ha identificado una serie de errores y defectos. El laudo contenía errores manifiestos de Derecho. Tenía lagunas y omisiones, como señaló y subrayó el Comité. No obstante, el Comité es consciente de que ejerce su competencia jurisdiccional en virtud de un mandato restringido y limitado conferido por el artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una opción cuando existen condiciones específicas. Como se ha señalado ya (véase el apartado 136), en estas circunstancias, el Comité no puede limitarse a sustituir su propia apreciación de la ley y de los hechos por los del Tribunal»<sup>22</sup>.

30. Este problema de garantizar la corrección viene a sumarse a las demás características del régimen existente, que provoca la falta de coherencia y previsibilidad antes mencionadas. La relevancia de esta cuestión radica de nuevo en la función recurrente de los posibles litigios y en el nivel relativo de determinación. Cabe destacar que los tribunales supremos y constitucionales se encargan de interpretar las normas relativamente indeterminadas y generales, y de darles contenido y mayor claridad a lo largo del tiempo. Estas suelen tener efectos importantes sobre la legitimación y los acuerdos de estabilización de las normas sustantivas. Un ejemplo de ello es el Órgano de Apelación de la OMC, que, con una serie de informes fundacional a finales de la década de 1990 y a comienzos de la de 2000, calibra efectivamente el equilibrio entre las obligaciones de libre comercio de los Acuerdos de la OMC y la capacidad de regulación de los miembros de la OMC<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Véase el artículo 52, apartado 1, del Convenio del CIADI («Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante una solicitud por escrito dirigida al Secretario General por uno o varios de los motivos siguientes: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental; o e) que el laudo no hubiere expuesto los motivos en los que se basa»).

<sup>22</sup> *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina* (causa del CIADI n.º ARB/01/8), Decisión de anulación, apdo. 158.

<sup>23</sup> Wagner, Markus, «Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law» (16 de marzo de 2014). *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 36, n.º 1, 2014-2015; *University of Miami Legal Studies Research Paper* n.º 2014-10.

**d) Naturaleza de la designación de árbitros**

31. Cuando los Estados designan árbitros *ex ante* (antes de que surjan litigios particulares), actúan en su condición de partes en los tratados y tienen un incentivo para equilibrar sus intereses, garantizando la selección equitativa y equilibrada de árbitros con quienes estarían dispuestos a colaborar si se interpusiera una futura causa por sus inversores o contra ellos como demandados. En un procedimiento de arbitraje, sin embargo, la elección de un árbitro no se realiza por adelantado, sino *ex post* (es decir, en el momento en que haya surgido una diferencia), lo que significa que los inversores y los demandados del Estado toman decisiones sobre los árbitros con vistas a servir mejor sus intereses en esa causa en concreto. Esto les lleva a centrarse en los árbitros que ya son conocidos en el sistema y respecto de los cuales se considera que tienen una predisposición hacia uno u otro lado (al ser percibidos como favorables a los inversores o a los Estados). Por una parte, se trata de una reacción natural del paradigma en el que operan las partes en litigio que representa la opción más segura, según las circunstancias<sup>24</sup>. Por otra parte, sin embargo, esto significa que las partes están examinando el nombramiento para el litigio; en primer lugar, en su calidad de parte en la controversia y no en su calidad de emisores soberanos, en el caso de que sus intereses a largo plazo residan en facilitar que los organismos de arbitraje interpreten y apliquen fielmente las correspondientes disposiciones sustantivas. Esto se ve agravado por la naturaleza reiterada de los posibles litigios, la relativa indeterminación, la relación vertical y tanto el Derecho internacional público como las características tanto del Derecho internacional público como del Derecho público del sistema.
32. Además de alentar el nombramiento de árbitros predispuestos (es decir, percibidos como favorables a los inversores o al Estado) y un pequeño número de actores recurrentes, uno de los problemas de este enfoque es que conduce a una alta concentración continua de personas que han ganado su experiencia como árbitros principalmente en el campo del arbitraje comercial que implican litigios de «Derecho privado» en lugar de litigios de Derecho internacional público. Por lo general estas personas no están familiarizadas con el Derecho internacional público (los tratados de inversión constituyen, por supuesto, un campo del Derecho internacional público y el Derecho público (que es importante, ya que las causas se refieren a las actuaciones de los Estados en su capacidad soberana). Por último, el sistema de nombramiento *ad hoc* influye también en la diversidad regional y de género de las personas elegidas para participar como árbitros, con un sistema que conduce a una diversidad relativamente limitada en ambos frentes.

**e) Costes significativos**

33. Como ya se ha señalado, un problema con el sistema es el modo en que generan costes<sup>25</sup>. Esto se deriva de la falta de coherencia y de previsibilidad inherente a un sistema con arreglo al cual el abogado diligente aplicará argumentos que podrían haber sido desestimados en otra causa porque siempre será posible que otro tribunal los acepte. Los costes están generados por la necesidad de

<sup>24</sup> Roberts, Anthea, «*Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*», (2010), *American Journal of International Law*, 104 (4) 179-225.

<sup>25</sup> 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* (Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional), 2012/03, *OECD Publishing*, pp. 19 y siguientes.

determinar y, a continuación, designar árbitros. Por otra parte, las partes en litigio soportarán ellas mismas la carga de los costes de los honorarios del árbitro y las tasas de la institución de arbitraje.

34. Estos elementos se combinan con el ya considerable coste de litigar en una controversia; en particular, en la contratación de asesores especializados, y la duración prolongada del litigio con el fin de que los costes totales de interposición de una demanda en el actual sistema sean potencialmente prohibitivos para un número importante de pequeños y medianos inversores.

**f) Falta de transparencia**

35. El sistema existente, que se basa en gran medida en el arbitraje comercial o se deriva de él, no siempre ha considerado la transparencia como un elemento necesario de la resolución de litigios. Esto significa que no siempre se suministra información al público sobre las diferencias en materia de inversiones. Aunque se han tomado importantes medidas para mejorar esta situación, a través de la modificación de las Normas de Arbitraje del CIADI con el fin de establecer determinados niveles de transparencia, hasta la adopción del Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversores y Estados basados en tratados y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversores y Estados («la Convención de Mauricio sobre la Transparencia») en aras de una aceptación más regular por las partes en litigio de la conveniencia de la transparencia, esta cuestión sigue siendo un problema con el sistema existente.

## 6. Conclusión

36. Existen problemas significativos con el sistema existente del CIADI. Pueden identificarse como:
- la falta de coherencia y de previsibilidad que se derivan de la naturaleza *ad hoc* del sistema;
  - se derivan importantes problemas de la percepción generada por el sistema;
  - verificaciones sistémicas limitadas sobre la exactitud y la coherencia, en caso de que no haya un mecanismo de recurso eficaz;
  - la naturaleza del proceso de nombramiento que afecta a los resultados del proceso de arbitraje;
  - costes significativos; y
  - una falta de transparencia.
37. Estos problemas son de carácter sistémico; es decir, se derivan de la interacción de múltiples elementos del sistema actual, pero sobre todo de la naturaleza *ad hoc* de los tribunales y de la falta de la revisión de la apelación. Como se ha demostrado anteriormente, el régimen de inversiones contemporáneo se caracteriza en gran medida por litigios de repetición, la indeterminación relativa y las relaciones verticales en un contexto situaciones de Derecho internacional público y de Derecho público. Una comparación muestra que la comunidad internacional y los Estados han elegido individualmente crear o desarrollar organismos fijos permanentes para resolver litigios en el contexto de dichos regímenes.

\* \* \*