



Asamblea General

Distr. limitada
28 de agosto de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados)

36º período de sesiones

Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018

Posible reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): uniformidad y asuntos conexos

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las resoluciones arbitrales dictadas por los tribunales que intervienen en casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)	2
A. Evaluación de las inquietudes detectadas	2
1. Inquietudes detectadas	2
2. Prevalencia y efectos de la falta de uniformidad no justificada	3
B. Mecanismos actuales	12
C. Conveniencia de la reforma	14
1. Observaciones generales	14
2. Posibles reformas multilaterales	16



I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que la Secretaría i) preparara una lista con las inquietudes sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) planteadas durante sus períodos de sesiones 34º y 35º; ii) estableciera un posible marco para sus deliberaciones futuras; y iii) examinara qué información adicional se podría proporcionar a los Estados para asistirlos con respecto al alcance de algunas inquietudes (A/CN.9/935, párrs. 99 y 100).
2. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.149 se abordan los temas i) y ii) en términos generales. En la presente nota se examina la cuestión de la uniformidad, la coherencia, la previsibilidad y la corrección de las resoluciones arbitrales de los tribunales que entienden en la SCIE, y se ofrece información adicional sobre ese tema.
3. Como en el caso de otros documentos proporcionados al Grupo de Trabajo, la presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema¹, y no se pretende con ella expresar una opinión sobre la conveniencia de las reformas, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo.

II. Uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las resoluciones arbitrales dictadas por los tribunales que intervienen en casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

A. Evaluación de las inquietudes detectadas

1. Inquietudes detectadas

4. La presente nota se centra en las cuestiones planteadas en los períodos de sesiones 34º y 35º del Grupo de Trabajo con respecto a la uniformidad, la coherencia, la previsibilidad y la corrección de las decisiones adoptadas por tribunales arbitrales en casos de SCIE (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párrs. 9 a 35; y A/CN.9/935, párrs. 20 a 44).
5. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se indicó que la crítica que se hacía a la falta de uniformidad y de coherencia era una de las razones por las que la Comisión había decidido embarcarse en la posible reforma del sistema de SCIE, reconociendo así la importancia de asegurar la existencia de un sistema de SCIE coherente y uniforme. Se señaló que la uniformidad y la coherencia servirían para apoyar el estado de derecho, fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista y seguir aportando legitimidad al sistema. También se señaló que, por otra parte, la falta de uniformidad y de coherencia podían afectar negativamente a la fiabilidad, la eficacia y la previsibilidad del sistema de SCIE, así como a su credibilidad (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 11).
6. Cabe señalar que hay diversos factores que pueden justificar que existan diferencias entre laudos o resoluciones arbitrales. Por ejemplo, pueden surgir diferencias debido a que las principales normas de interpretación de los tratados (que se encuentran consagradas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) exigen que el órgano decisor, al interpretar el tratado, no se limite a

¹ La presente nota se preparó sobre la base de una gran variedad de información publicada sobre el tema (véanse las referencias bibliográficas publicadas por el Foro Académico, que pueden consultarse en “Recursos adicionales” en http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html). En la preparación de la presente nota, y, en particular, de la sección A.2, se utilizaron las contribuciones del Grupo de Profesionales (véase más información sobre el Grupo en http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Practitioner_Group_Statement_of_Purpose.pdf), del Centro de Ginebra para la Solución de Controversias (CIDS), así como de los siguientes expertos: José J. Caicedo, Damien Charlotin, Melida Hodgson, Lise Johnson (Columbia Center on Sustainable Investment), Josef Ostransky (CIDS), Michele Potestà (CIDS), Jeremy Sharpe y Derek Smith.

examinar el lenguaje utilizado en la disposición de que se trate. Además, las diferencias en los razonamientos y resultados pueden ser una consecuencia inevitable de las distintas maneras y medidas en que se presentaron pruebas y se argumentaron las posiciones.

7. A fin de definir mejor estas cuestiones, se hizo una distinción entre las resoluciones cuyas divergencias estaban justificadas (que eran consecuencia, por ejemplo, de normas de interpretación de los tratados o de los diferentes hechos y pruebas presentados ante el tribunal) y las variaciones en las interpretaciones que no tenían justificación (por ejemplo, las interpretaciones contradictorias de una misma disposición de fondo en el mismo tratado o de una misma cuestión de procedimiento). El Grupo de Trabajo convino en centrar sus deliberaciones en esta última categoría (la falta de uniformidad que no fuera justificable) y examinar su prevalencia y consecuencias (A/CN.9/935, párr. 25).

8. Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo, también se acordó que la búsqueda de uniformidad no debía ir en desmedro de la corrección de las resoluciones, y que el objetivo debía ser la previsibilidad y la corrección, no la uniformidad (A/CN.9/935, párr. 26)². En efecto, el Grupo de Trabajo consideró que la uniformidad y la coherencia no eran objetivos en ellas mismas y que debía ejercerse una cautela extrema a la hora de procurar una interpretación uniforme de las disposiciones de una gran variedad de tratados de inversión, dado que el régimen de los tratados de inversión tampoco era uniforme en sí mismo (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párrs. 11, 17 y 18).

2. Prevalencia y efectos de la falta de uniformidad no justificada

9. Durante el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunos Estados informaron que, en su experiencia, había tratados de inversión que contenían disposiciones similares que los tribunales habían interpretado de forma diferente, como era el caso de los procesos paralelos en que los hechos, las partes, las disposiciones de los tratados y los reglamentos de arbitraje aplicables eran idénticos (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 14)³. Se señaló además que los tribunales especiales no siempre aplicaban uniformemente las normas internacionales sobre la interpretación de los tratados y el derecho internacional consuetudinario (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 13). En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que la falta de uniformidad y la consiguiente falta de previsibilidad era más preocupante cuando el mismo tratado de inversión estándar o la misma norma de derecho internacional consuetudinario se interpretaban de maneras distintas, sin que hubiera motivos fundados para hacer esa distinción (A/CN.9/935, párr. 21).

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar: i) las principales situaciones en que se ha dado en la práctica esa falta de uniformidad en la adopción de decisiones y ii) ejemplos de ámbitos jurídicos afectados por decisiones que no son uniformes.

a) Situaciones diferentes

11. *En primer lugar*, distintos tribunales han llegado a conclusiones diferentes acerca del mismo tratado de inversión o la misma cuestión de procedimiento, incluso cuando los hechos eran similares o había diferencias que no se consideraban suficientes para justificar que se llegara a una conclusión diferente. Entre los ejemplos que se citan a menudo figuran las resoluciones de tribunales arbitrales adoptadas respecto del Acuerdo

² Véase también el estudio de la OCDE en <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, pág. 61.

³ Véase también la UNCTAD, IIA Issues Note núm. 2, *Reform of Investor-State Dispute Settlement* (las resoluciones arbitrales que pueden consultarse públicamente “han puesto de manifiesto que en numerosos casos las resoluciones no han sido uniformes ... [por ejemplo] ha habido interpretaciones jurídicas divergentes de disposiciones de tratados que eran idénticas o similares, y diferencias en la evaluación de cuestiones de fondo en casos relativos a los mismos hechos. A veces, las conclusiones divergentes pueden explicarse por las diferencias de formulación que existen en determinados acuerdos internacionales de inversión que resultan aplicables en un caso determinado; sin embargo, a menudo muestran las diferencias de opinión que existen entre los árbitros”).

de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁴, así como las resoluciones dictadas en los arbitrajes en que se ha interpretado, por ejemplo, la cláusula relativa a los intereses esenciales de seguridad⁵. Asimismo, los tribunales arbitrales han hecho distintas interpretaciones de determinados conceptos que figuran en el Convenio del CIADI (véanse los párrs. 17 y 25 *infra*).

12. *En segundo lugar*, los tribunales arbitrales organizados de conformidad con lo dispuesto en distintos tratados de inversión han llegado a conclusiones diversas sobre controversias relativas a la misma medida, partes relacionadas y disposiciones de tratados o normas jurídicas aplicables similares. Los ejemplos más emblemáticos en materia de arbitraje de inversiones quizás sean los siguientes casos, que se citan con frecuencia: *Lauder v. Czech Republic*, relativo a la aplicación del tratado bilateral de inversión (TBI) celebrado entre los Estados Unidos de América y la República Checa y *CME Republic BV v. Czech Republic*, relativo al tratado bilateral de inversión celebrado entre los Países Bajos y la República Checa. Estos dos procesos se referían a la misma medida y al mismo daño; en parte al mismo demandante desde el punto de vista económico (el Sr. Lauder, quien interpuso una demanda en su propio nombre en un proceso y en calidad de accionista de CME en el otro), pero a distintas personas desde el punto de vista jurídico (CME y el Sr. Lauder) que tenían distintas nacionalidades (neerlandesa y estadounidense) y a dos tratados de inversión separados. Al final, los dos arbitrajes concluyeron con resultados opuestos (la denegación de prácticamente todas las pretensiones en un caso y el otorgamiento de una indemnización en el otro)⁶.

13. *En tercer lugar*, los tribunales arbitrales organizados de conformidad con distintos tratados de inversión o un mismo tratado de inversión han dirimido controversias entre partes que no estaban relacionadas entre sí, pero que versaban sobre hechos similares y han realizado interpretaciones diferentes de las normas jurídicas aplicables. Por lo general, esta situación se presenta cuando una medida adoptada por un Estado tiene repercusiones en varios inversionistas que no guardan relación entre sí⁷. A menudo, los Estados han adoptado políticas que se relacionan en general con inversiones extranjeras, como parte de sus esfuerzos por atraer inversiones hacia determinados sectores, aumentando de ese modo la cantidad de negociaciones que llevan a cabo con una amplia variedad de inversionistas. Cuando un Estado adopta una medida que puede afectar a varios inversionistas, es posible que tenga que afrontar múltiples demandas de inversionistas que no están relacionados entre sí, en relación con esa medida.

⁴ *S. D. Myers, Inc v. Government of Canada*, CNUDMI, laudo parcial, 13 de noviembre de 2000; *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canadá*, CNUDMI, laudo sobre el fondo de la fase 2, 10 de abril de 2001.

⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/8, laudo, 12 de mayo de 2005; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/3, laudo, 22 de mayo de 2007; *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006; *Continental Casualty Company v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/03/9, laudo, 5 de septiembre de 2008.

⁶ *CME and Lauder (CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, arbitraje *ad hoc*, laudo parcial de 13 de septiembre de 2001, laudo definitivo de 14 de marzo de 2003 y *Lauder v. Czech Republic*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, arbitraje *ad hoc*, 3 de septiembre de 2001), así como casos de la Société Générale de Surveillance, en que se discutía la interpretación de las llamadas cláusulas paraguas (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI, Caso núm. ARB/01/13, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 6 de agosto de 2003 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, CIADI, Caso núm. ARB/02/6, decisión del tribunal sobre impugnación de la competencia, 29 de enero de 2004; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, CIADI, Caso núm. ARB/07/29, laudo, 10 de febrero de 2012).

⁷ *A/CN.9/881*, párrs. 8 y 20, ii). Véanse, por ejemplo, *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso núm. V062/2012; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, CIADI, Caso núm. ARB/13/36; *Isolux Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso núm. V2013/153; *Portigon AG v. Kingdom of Spain*, CIADI, Caso núm. ARB/17/15; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, CIADI, Caso núm. ARB/13/30.

Por ejemplo, un cambio en una política del Estado (o en la de una entidad que sea propiedad del Estado) puede afectar a una gran variedad de inversiones efectuadas por distintos inversionistas. Si bien algunas de las cuestiones de hecho y derecho que se plantean en los procedimientos que se inicien serán en general comunes a todos los demandantes, cabe esperar que las resoluciones que dicten los distintos tribunales conduzcan a resultados dispares.

b) Esferas jurídicas afectadas

14. En su 34º período de sesiones, las delegaciones presentaron ante el Grupo de Trabajo ejemplos de resoluciones no uniformes. Los ejemplos versaban sobre la definición de “inversión” y sobre si las inversiones debían hacerse “en” el país receptor o “en beneficio de” este; la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) a la solución de controversias; el concepto de expropiación indirecta; la interpretación del alcance y el efecto de la cláusula paraguas; la determinación y aplicación de los principios del derecho internacional consuetudinario; las resoluciones procesales sobre las cauciones en los procedimientos de anulación; el tratamiento de los laudos en cuanto a su ejecución; la determinación de si los Estados y los inversionistas podían pactar la exclusión de la aplicación de cláusulas de SCIE (véase [A/CN.9/935](#), párrs. 31 y 32); las situaciones en que se sustancian procesos múltiples o paralelos (véase también [A/CN.9/915](#), párrs. 5 y 6); las normas generales de derecho internacional consuetudinario relativas al estado de necesidad o de emergencia, las normas de atribución y los principios jurídicos en materia de daños y perjuicios ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 30).

15. El Grupo de Trabajo quizás quiera examinar la lista de ejemplos de interpretaciones divergentes de normas sustantivas, que figura a continuación; de interpretaciones divergentes relativas a la competencia y la admisibilidad; y de falta de uniformidad en el procedimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que esta lista no taxativa hace hincapié en casos recientes o relativamente recientes (dictados en los últimos 15 años) en un esfuerzo por reflejar cómo han evolucionado las tendencias.

16. A continuación figuran algunos ejemplos de normas de protección sustantivas que han sido interpretadas de distinta manera:

i) Trato justo y equitativo: aunque algunos comentaristas han observado que se han dado algunas tendencias a lo largo del tiempo⁸, sigue habiendo falta de uniformidad en la determinación del contenido y el grado de las obligaciones que dimanen de esta cláusula⁹. Las interpretaciones divergentes pueden observarse en relación con las siguientes cuestiones:

- si la noción de denegación de justicia abarca la denegación de justicia sustantiva, y no meramente procesal¹⁰, y el criterio para establecer que existió

⁸ Por ejemplo, los comentaristas han observado que los tribunales parecen haber hecho cada vez más hincapié en la necesidad de que exista un marco jurídico y de negocios estable en el Estado receptor; han abandonado el requisito de que debe existir mala fe por parte del Estado receptor; y han tomado en cuenta las expectativas legítimas del inversor extranjero. Véase, por ejemplo, Martins Paporinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press, 2013); Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties*, Cambridge University Press, 2014), cap. 4.

⁹ Para resoluciones en que se interpreta el trato justo y equitativo en un sentido amplio, véanse, por ejemplo, *Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto de 2000; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. los Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, CNUDMI, Caso CPA núm. 2009-04, laudo sobre la jurisdicción y la responsabilidad, 17 de marzo de 2015; para resoluciones en que se interpreta el trato justo y equitativo de forma más restrictiva, véanse, por ejemplo, *Waste Management Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), CIADI, Caso núm. ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, CNUDMI, laudo parcial, 17 de marzo de 2006; *Invesmart v. Czech Republic*, CNUDMI, laudo, 26 de junio de 2009.

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Jan de Nul NV and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, Caso núm. ARB/04/13, laudo, 6 de noviembre de 2008 (párrs. 207 a 261, en que el Tribunal examinó tanto las alegaciones de denegación de justicia sustantiva como procesal,

una denegación de la justicia en el contexto de la protección que proporcionan las cláusulas de trato justo y equitativo¹¹;

- si el incumplimiento de las expectativas legítimas de un inversionista podría en sí mismo constituir una transgresión de la norma del trato justo y equitativo y, en caso afirmativo, si esas expectativas deben basarse en un compromiso concreto del Estado receptor o derivarse de legislación general¹²;
- si los tratados de inversión que establecen que debe otorgarse un trato justo y equitativo “acorde con el derecho internacional” (o alguna formulación similar) se refieren al nivel mínimo de trato que debe otorgarse en virtud del derecho internacional, o a alguna otra norma “autónoma” (a diferencia de lo que ocurre con los tratados de inversión que solo se refieren al “trato justo y equitativo”)¹³.

ii) Cláusulas paraguas: en algunas resoluciones se han realizado interpretaciones restrictivas o condicionales de las cláusulas paraguas¹⁴, en tanto

pero sin estimarlas); véase también *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, CNUDMI, laudo definitivo, 23 de abril de 2012 (párrs. 276 a 299); *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/14/3, laudo, 31 de mayo de 2016 (párrs. 239 a 270, en que solo se tratan denegaciones de justicia de índole procesal); véase también *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, CIADI, Caso núm. ARB/13/38 (párrs. 427 y ss., sobre el examen de la denegación de justicia en el plano procesal).

- ¹¹ Para un caso en que se afirma que la denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario y el trato justo y equitativo son inseparables y han evolucionado hasta pasar a constituir una versión moderna de la denegación de justicia, véase, por ejemplo, *OAO Tatneft v. Ukraine*, CNUDMI, 29 de julio de 2014, laudo sobre el fondo; para un caso en que se sostiene que el trato justo y equitativo se refiere al concepto de derecho internacional consuetudinario de denegación de justicia véase, por ejemplo, *Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala*, CIADI, Caso núm. ARB/09/5, laudo, 17 de agosto de 2012.
- ¹² Para casos en que se deniega la posibilidad de que puedan protegerse expectativas dimanantes de la legislación, véase, por ejemplo, *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso núm. V062/2012, laudo, 21 de enero de 2016; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, CIADI, Caso núm. ARB/10/7, laudo, 8 de julio de 2016; *Ulysseas, Inc. v. República de Ecuador*, CNUDMI, laudo definitivo, 12 de junio de 2012; *Convial Callao S.A. and CCI — Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República del Perú*, CIADI, Caso núm. ARB/10/2, laudo arbitral, 21 de mayo de 2013; a diferencia de lo que ocurre en el caso de las resoluciones que autorizan expresamente esta posibilidad, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/8, laudo, 12 de mayo de 2005; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, CIADI, Caso núm. ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre de 2012; *Total S.A. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/04/01, decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre de 2010.
- ¹³ Véase, por ejemplo, *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, CNUDMI, laudo parcial, 13 de noviembre de 2000 (véanse los párrs. 262 y 263: “Las frases ... trato justo y equitativo ... y ... plena protección y seguridad ... no se pueden interpretar aisladamente. Deben leerse junto con la frase introductoria ... trato acorde con el derecho internacional. [...] El Tribunal entiende que solo se infringe el artículo 1105 si se demuestra que el inversionista ha recibido un trato tan injusto o arbitrario que ese trato es de un nivel que resulta inaceptable desde la perspectiva internacional”; *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, CNUDMI, laudo sobre el fondo de la fase 2, 10 de abril de 2001 (véase el párr. 111: “El Tribunal interpreta que con esa formulación se está adoptando expresamente el criterio de que los elementos de justicia son acumulativos. Los inversionistas tienen derecho a esos elementos, con independencia de qué otros derechos les incumban en virtud del derecho internacional. Un corolario lógico de esa formulación es que la determinación de si se ha cumplido con los elementos de justicia debe hacerse sin tener en cuenta el umbral que podría resultar aplicable a la evaluación de las medidas con arreglo a las normas mínimas de derecho internacional”).
- ¹⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI, Caso núm. ARB/01/13, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 6 de agosto de 2003; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, CIADI, Caso núm. ARB/02/6 (2004); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. República del Paraguay*, CIADI, Caso núm. ARB/07/9, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 29 de mayo de 2009.

que en otras se las han interpretado incondicionalmente, con independencia de la formulación de la cláusula en sí¹⁵.

iii) Disposiciones esenciales para la seguridad o doctrina de la necesidad: se acepta en general que la doctrina de la necesidad del derecho internacional consuetudinario se encuentra consagrada en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (el “proyecto de artículos”) de la Comisión de Derecho Internacional¹⁶. La doctrina de la necesidad fue invocada y explicada en detalle tanto como defensa principal o, en el caso de que existiera una disposición sobre “seguridad esencial” en un tratado, como defensa alternativa¹⁷. En una serie de laudos arbitrales del CIADI, existe cierta falta de uniformidad entre los tribunales arbitrales y los Comités *ad hoc* encargados de examinar solicitudes de anulación de laudos, en los análisis del concepto de necesidad¹⁸.

iv) Condiciones de inversión favorables: los tribunales arbitrales no han interpretado uniformemente el compromiso formulado por los Estados en muchos tratados de inversión de crear “condiciones de inversión favorables”¹⁹.

17. A continuación, se presentan ejemplos de interpretaciones divergentes, relativas a la competencia y la admisibilidad:

i) En casos sustanciados ante el CIADI, los tribunales arbitrales difirieron en su interpretación de los límites externos de la competencia por razón de materia según el artículo 25, párrafo 1, del Convenio del CIADI. Por ejemplo, hubo interpretaciones divergentes de las siguientes cuestiones:

- la contribución al desarrollo económico del Estado receptor constituye un criterio para la definición de inversión²⁰;

¹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República del Paraguay*, CIADI, Caso núm. ARB/07/29, laudo, 10 de febrero de 2012; *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/03/23, laudo, 11 de junio de 2012.

¹⁶ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Vol. II, segunda parte, que puede consultarse en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹⁷ Véase, por ejemplo, *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, CNUDMI, laudo, 24 de diciembre de 2007, párrs. 387 y 388; *CMS*, párr. 318 y ss.; *Total S.A. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/04/1, decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 219.

¹⁸ *Sempra Energy International v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/02/16, decisión sobre la solicitud de anulación del laudo presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010, párrs. 186 a 207; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/3 (también conocido como: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina*), decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 30 de julio de 2010, párr. 406 y ss.; *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/8, decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, párr. 150. La solicitud de anulación en el caso CMS fue desestimada a pesar de que el Comité *ad hoc* no estuvo de acuerdo con el enfoque analítico adoptado por el tribunal, en tanto que más tarde los Comités *ad hoc* que intervinieron en el caso *Enron* y en *Sempra* anulaban las resoluciones de los tribunales arbitrales fundándose en parte en la lógica expuesta en la decisión sobre la solicitud de anulación recaída en el caso CMS relativa al estado de necesidad planteado como defensa por la Argentina.

¹⁹ Si bien algunos tribunales arbitrales han considerado que es una obligación “alentar y promover condiciones favorables para los inversores” aunque no un “compromiso efectivo separado, que dé lugar a derechos sustantivos”, por ejemplo, en *White Industries Australia Limited v. India*, CNUDMI, laudo definitivo, 30 de noviembre de 2011, párr. 9.2.12, otros han reconocido que existe una obligación sustantiva de propiciar condiciones favorables para los inversionistas, por ejemplo, en el caso *National Grid v. The Republic of Argentina*, CNUDMI, laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 170.

²⁰ Para resoluciones en que se acepta que la contribución al desarrollo económico es un requisito, véase, por ejemplo, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, CIADI, Caso núm. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 31 de julio de 2001; *Malaysian Historical*

- un contrato *off-take* constituye una inversión según un tratado de inversión y el Convenio del CIADI²¹;
 - la protección de las inversiones de cartera²²; y
 - si el concepto de “sede” de una sociedad debe interpretarse según lo que disponga el derecho interno o el derecho internacional consuetudinario, o si se trata de un concepto autónomo del tratado de inversión aplicable, y de si ese concepto autónomo significa “sede efectiva” o el establecimiento que figura como sede en el registro²³.
- ii) Se han hecho interpretaciones diferentes sobre los efectos que tiene la denuncia del Convenio del CIADI respecto de la competencia del tribunal arbitral²⁴.

Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, CIADI, Caso núm. ARB/05/10, laudo sobre jurisdicción, 17 de mayo de 2007; para resoluciones en que no se reconoce la contribución al desarrollo económico como requisito jurisdiccional, véase, por ejemplo, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, CIADI, Caso núm. ARB/09/2, laudo, 31 de octubre de 2012; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, CIADI, Caso núm. ARB/07/20, laudo, 14 de julio de 2010; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República del Paraguay*, CIADI, Caso núm. ARB/07/29, decisión sobre jurisdicción, 12 de febrero de 2010.

²¹ Para casos en que se considera que los contratos *off-take* no son inversiones, véase, por ejemplo, *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/11/26, laudo, 29 de enero de 2016; para un caso en que se acepta que un contrato *off-take* constituye una inversión que es parte de una transacción económica de mayor envergadura véase, por ejemplo, *Koch Minerals Sàrl v. Koch Nitrogen International Sàrl v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/11/19, laudo, 30 de octubre de 2017.

²² Para casos en que se considera que las inversiones de cartera están protegidas, véase, por ejemplo, *Fedax N.V. v. República de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/96/3, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 11 de julio de 1997; *Abaclat y otros v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/07/5 (caso denominado anteriormente *Giovanna Baccara y otros v. República Argentina*), decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 de agosto de 2011; *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/08/9 (caso anteriormente denominado *Giordano Alpi y otros v. República Argentina*), decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 8 de febrero de 2013; *Giovanni Alemanni y otros v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/07/8, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 17 de noviembre de 2014; para resoluciones en sentido contrario véase, por ejemplo, *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, CIADI, Caso núm. ARB/13/8, laudo, 9 de abril de 2015.

²³ Para resoluciones en que se interpreta el término “sede social” que figura en los tratados bilaterales de inversión aplicables como “centro de administración efectivo”, véase, por ejemplo, *Tenaris S.A. y Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/11/26, laudo, 29 de enero de 2016, y *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/23, laudo, 12 de diciembre de 2016; para resoluciones en que se interpreta el término “sede social” que figura en los tratados bilaterales de inversión aplicables como “oficina que figuraba en el registro”, véase, por ejemplo, *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People’s Democratic Republic of Algeria*, CIADI, Caso núm. ARB/12/35, laudo definitivo, 31 de mayo de 2017. Véase también *Central European Aluminium Company (CEAC) v. Montenegro*, CIADI, Caso núm. ARB/14/8, laudo, 26 de julio de 2016.

²⁴ Para resoluciones en que se acepta la jurisdicción del tribunal arbitral respecto de una solicitud interpuesta con posterioridad a la denuncia del Convenio, pero dentro del período de seis meses mencionado en el art. 71, véase, por ejemplo, *Venoklim Holding B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/22, laudo, 3 de abril de 2015; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/13, decisión sobre la responsabilidad y los principios del quantum, 30 de diciembre de 2016; *Tenaris S.A. y Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/23, laudo, 12 de diciembre de 2016; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/20, laudo, 26 de abril de 2017; *Transban Investments Corp. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/24, laudo, 22 de noviembre de 2017; para resoluciones en que no se acepta la jurisdicción del tribunal arbitral respecto de casos iniciados dentro de ese período de seis meses, véase, por ejemplo, *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A.*

iii) Se han utilizado distintos criterios para interpretar si el control efectivo de un demandante respecto de la entidad pertinente debía ser solo de derecho o también de hecho²⁵.

iv) Se han utilizado distintos criterios para decidir si un laudo puede considerarse una inversión²⁶.

v) Solicitud de múltiples reclamaciones por daños, efectuadas por partes relacionadas entre sí: de la práctica pueden observarse tres criterios divergentes. Según el primer criterio, las reclamaciones son admisibles, pero el tribunal arbitral debe impedir que se cobre dos veces (es decir, la solución se encuentra en relación con el pago de daños y perjuicios)²⁷. Utilizando otro criterio, un tribunal arbitral sostuvo que una vez establecida la competencia, el demandante debía elegir qué procedimiento deseaba utilizar para solicitar la parte de su reclamación que se superponía con la otra. El no hacerlo podía llevar al tribunal arbitral en una etapa procesal posterior a considerar que se había cometido un abuso del procedimiento

and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI, Caso núm. ARB/12/21, laudo, 13 de noviembre de 2017.

²⁵ Véase *Banro American Resources, Inc. & Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, CIADI, Caso núm. ARB/98/7, laudo, 1 de septiembre de 2000, en que el tribunal arbitral sostuvo que la transferencia de una inversión de una entidad a otra no era suficiente para que esta última solicitara el arbitraje del CIADI, dado que para ello era necesario el consentimiento de las partes (párrs. 3 a 5); *Caratube International Oil Company LLP and Hourani v. Republic of Kazakhstan*, CIADI, Caso núm. ARB/13/13, laudo, 27 de septiembre de 2017 (“No puede cuestionarse que la redacción del artículo 25, párrafo 2, apartado b) del Convenio del CIADI no especifica la forma ni la extensión requeridas del control extranjero y, más específicamente, no requiere expresamente que exista un control real y efectivo, en vez de un control meramente jurídico”, párrs. 611 a 615); *BG Group PLC v. República Argentina*, CNUDMI, laudo definitivo, 24 de diciembre de 2007 (véase en particular el párr. 113, en que el tribunal arbitral verificó tanto los aspectos jurídicos (participación en las empresas subsidiarias) como fácticos (testimonios prestados para complementar la prueba de esa participación)); *Daimler Financial Services AG v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/05/1, laudo, 22 de agosto de 2012 (véase el párr. 83: “El apartado b) de esta definición deja en claro que la participación del 99% del solicitante en DCS Argentina constituye efectivamente una inversión protegida con arreglo al tratado”; *TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/05/5, laudo, 19 de diciembre de 2008 (véanse los párrs. 134 a 162, en que el tribunal arbitral sostuvo que “es necesario atravesar el velo de la personalidad jurídica y establecer si la sociedad nacional se encontraba o no objetivamente bajo control extranjero”); *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, CIADI, Caso núm. ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008 (véase el párr. 316: “el tribunal arbitral considera que corresponde adoptar un criterio más flexible y pragmático respecto del significado de ‘inversión’”); *Consortium Groupement LESI—DIPENTA v. People’s Democratic Republic of Algeria*, CIADI, Caso núm. ARB/03/8, laudo, 10 de enero de 2005 (véanse los párrs. 37 a 41, en que el tribunal arbitral adoptó una posición estrictamente jurídica respecto de la imposibilidad de que el solicitante (un consorcio) solicitara el arbitraje en vez de la filial que había suscrito el contrato de inversión); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI, Caso núm. ARB/01/13, decisión sobre las excepciones a la jurisdicción, 6 de agosto de 2003 (véanse los párrs. 136 y 137: el tribunal arbitral consideró los hechos, en particular la transferencia de dinero para establecer y operar las oficinas de enlace en el Pakistán, a los efectos de definir el concepto de inversión mediante una filial local).

²⁶ Para casos en que no se aceptó que los laudos arbitrales fueran inversiones véase, por ejemplo, *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, CNUDMI, Corte Permanente de Arbitraje, Caso núm. AA280, laudo, 26 de noviembre de 2009; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, CIADI, Caso núm. ARB/08/16, laudo, 31 de marzo de 2011; para casos en que se aceptó que los laudos fueran inversiones, aunque por razones distintas, véase, por ejemplo, *Saipem SpA v. People’s Republic of Bangladesh*, CIADI, Caso núm. ARB/05/07, laudo, 30 de junio de 2009; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, CIADI, Caso núm. ARB/08/2, laudo, 18 de mayo de 2010; *White Industries Australia Limited v. India*, CNUDMI, laudo definitivo, 30 de noviembre de 2011.

²⁷ Véase *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI *ad hoc*, laudo parcial, 13 de septiembre de 2001, laudo definitivo, 14 de marzo de 2003 y *Lauder v. Czech Republic*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI *ad hoc*, laudo definitivo, 3 de septiembre de 2001 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, CIADI, Caso núm. ARB/01/13 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, CIADI, Caso núm. ARB/02/6.

(es decir, la solución se encontró en el derecho de fondo)²⁸. Con arreglo a un tercer criterio, un tribunal arbitral declaró que “cuando múltiples tratados ofrecen a las entidades que integran una cadena vertical similares derechos procesales de acceso a un foro arbitral y garantías sustantivas comparables, el inicio de múltiples procedimientos para perseguir la reparación de lo que constituye esencialmente el mismo perjuicio económico conllevaría el ejercicio de derechos para fines que son extraños a aquellos para los que estos derechos fueron establecidos” (es decir, la solución se encontró en relación con la admisibilidad)²⁹.

18. A continuación se presentan algunos ejemplos de falta de uniformidad en el ámbito procesal:

i) Antes de dar inicio al proceso arbitral:

- cláusula de la nación más favorecida: han surgido importantes diferencias respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones sobre la solución de controversias. En algunos laudos se ha aceptado que la cláusula de la nación más favorecida permitiría la modificación de las disposiciones sobre la solución de controversias establecidas en tratados que de otro modo resultarían aplicables³⁰, en tanto que otros han rechazado esa posibilidad³¹;
- se han observado distintas soluciones o enfoques respecto de las siguientes cuestiones:
 - o el período de espera³²;

²⁸ Véase *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, Caso núm. ARB/12/11, decisión sobre jurisdicción, 1 de febrero de 2016, párrs. 330 a 339. *Mr. Yosef Maiman and Others v. Egypt*, CNUDMI (no es público).

²⁹ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, CIADI, Caso núm. ARB/12/35, laudo definitivo, 31 de mayo de 2017, párr. 543.

³⁰ Véase, por ejemplo, *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*, CIADI, Caso núm. ARB/97/7, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 25 de enero de 2000; *Gas Natural SDG, S.A. v. República Argentina*, decisión de Tribunal sobre cuestiones preliminares sobre jurisdicción, 17 de junio de 2005; *National Grid plc v. República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, 20 de junio de 2006; *AWG Group Ltd. v. The Republic of Argentina*, CNUDMI, decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2006; *Impregilo S.p.A. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/07/17, laudo, 21 de junio de 2011; *Hochtief AG v. República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, 24 de octubre de 2011; *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso núm. V079/2005, laudo sobre jurisdicción, octubre de 2007.

³¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, CIADI, Caso núm. ARB/03/24, decisión sobre jurisdicción, 8 de febrero de 2005; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, CNUDMI, Caso CPA núm. 2010-9, laudo sobre jurisdicción, 10 de febrero de 2012; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso núm. 080/2004, laudo, 21 de abril de 2006.

³² Para casos en que se trató el período de espera como una cuestión de admisibilidad, por ejemplo, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, CIADI, Caso núm. ARB/13/30, decisión sobre jurisdicción, 6 de junio de 2016; para casos en que se consideró que se trataba de una cuestión jurisdiccional, véase, por ejemplo, *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA núm. 2011-17, laudo, 31 de enero de 2014. En *SGS v. Pakistan*, en que el concepto de plazo de consulta se considera muy flexible (véase el párr. 184, “Los tribunales han tendido en general a tratar los plazos de consulta como indicativos y de índole procesal, más que obligatorios, y de índole jurisdiccional. El cumplimiento de ese requisito, por lo tanto, no se considera una condición previa para el establecimiento de la jurisdicción”), en tanto que el tribunal arbitral en *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, CIADI, Caso núm. ARB/08/4, laudo sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, adoptó una definición muy estricta de este proceso obligatorio (disponiendo en los párrs. 140 a 157: “De conformidad con [la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados], no es posible ignorar la existencia de las normas contenidas en el artículo VI del TBI [entre los EE.UU. y el Ecuador], referentes a la obligación que tienen las partes de intentar negociaciones para resolver sus diferencias y a la imposibilidad de acudir al CIADI, antes de que haya transcurrido un período de seis meses [...] el Tribunal rechaza el argumento de la Demandante de que el período de espera de seis meses exigido por el artículo VI(3)(a) no constituye un requisito jurisdiccional”).

- la interpretación del concepto de ofrecimiento unilateral de arbitrar una controversia³³;
 - la posibilidad de recurrir al arbitraje en virtud de una ley de inversiones extranjera³⁴; y
 - la oportunidad y la naturaleza de la denegación de beneficios por parte de un Estado³⁵.
- ii) Se han observado distintas soluciones o enfoques respecto de las siguientes cuestiones, mientras se sustancia el proceso arbitral:
- la exigencia del agotamiento de los recursos internos³⁶;
 - las consecuencias que tiene recurrir a los tribunales locales antes de iniciar un arbitraje en materia de inversiones³⁷;
 - el concepto de “incumplimiento continuado” como excepción a la prescripción de las reclamaciones³⁸;

³³ Para casos en que se considera que el principio de *effet utile* es aplicable, véase, por ejemplo, *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, CIADI, Caso núm. ARB/13/33; para casos en que se rechaza la aplicabilidad del principio de *effet utile*, véase, por ejemplo, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/08/15.

³⁴ Véase *ABCI Investments N.V. v. Republic of Tunisia*, CIADI, Caso núm. ARB/04/12; *AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*; CIADI, Caso núm. ARB/10/16. En el laudo dictado en el caso *ABCI Investments*, el tribunal arbitral basó su decisión en los hechos del caso (véanse los párrs. 99 y 100), en tanto que en *AES Corporation* la cuestión quedaba claramente resuelta mediante la consulta de los instrumentos jurídicos pertinentes (véase el párr. 216).

³⁵ La cuestión ha sido interpretada de formas muy distintas en los tribunales arbitrales: en *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, CIADI, Caso núm. ARB/03/24, decisión sobre jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrs. 148 a 151, se sostuvo que el Estado no podía denegar a un inversionista los beneficios de un tratado después de que este hubiera presentado una solicitud de arbitraje, rechazando la posibilidad de que la cláusula en que se establecieran esos beneficios tuviera efectos retroactivos; en *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA núm. 2011-17, laudo, 31 de enero de 2014, párr. 376, sin embargo, el tribunal concluyó que no estaba de acuerdo con las demandantes en cuanto sostenían que la demandada no podía aplicar retroactivamente la cláusula por la que se denegaban beneficios.

³⁶ En general se acepta que no es necesario agotar los recursos internos cuando se ha prestado consentimiento al arbitraje entre inversionistas y Estados (véase Dolzer y Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2ª ed., pág. 264). Sin embargo, algunos tribunales arbitrales han sostenido que un inversionista debe procurar utilizar un mecanismo local que determine que se ha infringido la norma sustantiva aplicable relativa a la protección de las inversiones. Véase *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, CIADI, Caso núm. ARB/00/9, laudo, 16 de septiembre de 2003. Véase también *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, CIADI, Caso núm. ARB/05/19, laudo, 3 de julio de 2008, que fue anulado subsiguientemente por esta razón por una resolución del Comité *ad hoc*, de fecha 14 de junio de 2010.

³⁷ En *Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, CIADI, Caso núm. ARB/13/38, laudo, 14 de diciembre de 2017, el tribunal sostuvo que, una vez que un Estado hubiera sido demandado ante tribunales locales, la compatibilidad de esa medida con un tratado de inversión (es decir, la arbitrariedad de esa medida) ya no puede ser revisada por el tribunal y el inversionista solo puede accionar por denegación de justicia. Sin embargo, otro tribunal arbitral del CIADI, en *Generation Ukraine v. Ukraine*, expuso el principio de que “[n]o es suficiente que un inversionista aproveche un acto de mala administración ... sin realizar ningún intento por que se deje sin efecto esa falta administrativa; y, por lo tanto, alegar que se ha incurrido en un delito internacional ... En esos casos, el tribunal internacional puede entender que el no procurar que las autoridades nacionales corrijan esa falta quita mérito a la reclamación internacional, no porque deban agotarse los recursos locales, sino porque es dudoso que la conducta equivalga a una expropiación si el inversionista no ha realizado un esfuerzo razonable —que no debe necesariamente ser exhaustivo— para obtener una rectificación”. (*Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, CIADI, Caso núm. ARB/00/9, laudo, 16 de septiembre de 2004, párr. 20.30.)

³⁸ *United Parcel Service v. Canada*, CNUDMI, laudo sobre el fondo, 24 de mayo de 2007 (véase el párr. 28, “seguir realizando esa conducta constituye un incumplimiento continuado de obligaciones jurídicas y, por lo tanto, renueva el plazo de prescripción”); *Eli Lilly v. Canada*, CIADI, Caso núm. UNCT/14/2, laudo definitivo, 16 de marzo de 2017 (véase el párr. 170); *Corona Materials LLC v. República Dominicana*, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/14/3, laudo sobre

- la distribución de las costas³⁹; y
 - el razonamiento y la metodología jurídicos para evaluar daños.
- iii) Una vez dictado el laudo:
- algunos aspectos del procedimiento de anulación del CIADI, por ejemplo, en lo que respecta a la solicitud de suspensión de la ejecución de un laudo⁴⁰.

B. Mecanismos actuales

19. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresó una gran preocupación porque los mecanismos actuales no eran suficientes para asegurar que los tratados de inversión se interpretaran correctamente y de manera uniforme (A/CN.9/935, párr. 38).

20. Se expresó preocupación en el Grupo de Trabajo de que la falta de uniformidad y previsibilidad, la incoherencia y la posible falta de corrección a menudo se relacionaban con la suficiencia de los mecanismos existentes para abordar esas cuestiones (A/CN.9/935, párrs. 39 a 41). El Grupo de Trabajo quizás quiera tener en cuenta en qué medida los mecanismos actuales pueden utilizarse para lograr uniformidad entre los distintos casos de SCIE, en particular, entre los tratados de inversión que contuvieran normas iguales o sustancialmente similares de protección para los inversionistas, o contribuir a la corrección de laudos.

objeciones preliminares expeditas de la demanda de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (en que no se acepta que haya existido un incumplimiento continuado de obligaciones jurídicas, párrs. 200 a 238); *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al v. República de Costa Rica*, CIADI, Caso núm. UNCT/13/2, laudo provisional, 25 de octubre de 2016 (véase el párr. 208, “A pesar de que es posible que una línea de conducta continua constituya una violación continua, el Tribunal considera, sin más, que dicha conducta no puede renovar el plazo de prescripción ya que ello efectivamente despojaría a la cláusula prescriptiva de su propósito fundamental, a saber, trazar una línea respecto de la interposición de reclamos históricos. Dicho enfoque fomentaría, asimismo, intentos de analizar de forma indefinida un reclamo respecto de subcomponentes de violaciones cada vez más pequeños en el transcurso del tiempo con el propósito de quedar incluidos dentro del plazo de prescripción”); *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/12/5, laudo, 22 de agosto de 2016 (véase el párr. 206, en que el tribunal reconoció que no había uniformidad en la interpretación que habían realizado los distintos tribunales arbitrales de las cláusulas que establecían plazos de prescripción y señaló que el tribunal era consciente de que la jurisprudencia sobre el TLCAN no era unánime en cuanto a cómo debería calcularse el tiempo en relación con los hechos continuados y los compuestos. Más adelante, el tribunal rechazó la posibilidad de aplicar, en cuanto al plazo de prescripción, la doctrina de los hechos continuados, párr. 208).

³⁹ Véase *EDF (Services) Limited v. Romania*, CIADI, Caso núm. ARB/05/13, laudo, 8 de octubre de 2009, párr. 322 (“El Tribunal observa que la posición tradicional en lo que respecta al arbitraje en materia de inversiones, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial, ha sido seguir la norma de derecho internacional público por la que no se aplica el principio de que la parte vencida paga las costas del arbitraje y las costas de la vencedora”), que se aparta de lo que se decidió en *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, CIADI, Caso núm. ARB/03/16, laudo, 2 de octubre de 2006, para. 533: (“[E]l Tribunal no encuentra razones para apartarse del criterio de que la parte vencedora debería ser reembolsada por la parte vencida.”). Véase también *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, CIADI, Caso núm. ARB/04/15, laudo, 13 de septiembre de 2006, párr. 107 (“Si bien es práctica común en los arbitrajes del CIADI que las partes carguen con sus propias costas y que paguen las costas del CIADI y del Tribunal por partes iguales con independencia del resultado del caso, este Tribunal es uno de aquellos que considera que debe aplicarse el principio general de que las costas deben correr a cargo de la parte vencida”); estos dos criterios diferentes fueron mencionados en *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People’s Democratic Republic of Algeria*, CIADI, Caso núm. ARB/12/35, laudo definitivo, 31 de mayo de 2017, párr. 583, sin que se los conciliara.

⁴⁰ *Tenaris S.A. y Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/11/26, que considera que la suspensión debe ser excepcional; *Tenaris S.A. y Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso núm. ARB/12/23, en que se considera normal que se otorgue la suspensión, a menos que medien circunstancias excepcionales.

21. Se observó que, en el marco actual, las opciones para resolver la cuestión de la falta de uniformidad o corrección de las resoluciones eran limitadas, dado que estas opciones habían sido pensadas para que se volvieran a examinar los laudos con el fin de resolver un número restringido de deficiencias procesales importantes. Los mecanismos de revisión existentes tienen en mira la integridad y justicia del proceso más que la uniformidad, coherencia o corrección de los resultados (véanse [A/CN.9/WG.III/WP.142](#), párr. 39, y [A/CN.9/935](#), párr. 23).

22. Entre las opciones disponibles figuran la posibilidad de solicitar la modificación de un laudo con arreglo a los reglamentos de arbitraje aplicables. Sin embargo, las normas aplicables al arbitraje limitan estrictamente el tipo de conducta que podría justificar una rectificación, por lo que solo tienden a corregirse errores menores de índole administrativa⁴¹.

23. Otra opción consiste en impugnar un laudo arbitral invocando una serie limitada de motivos. Sin embargo, los laudos arbitrales son definitivos y pueden volver a ser examinados únicamente en procedimientos de anulación o ejecución sustanciados ante tribunales de justicia nacionales y, en el caso de los laudos del CIADI, en procedimientos de anulación. Dado que los laudos son definitivos, las acciones que pueden interponerse contra ellos son por naturaleza limitadas.

24. En el sistema del CIADI, el procedimiento para la anulación de laudos arbitrales se basa en la evaluación de la integridad del procedimiento en sí, y no afecta al fondo de la controversia ni se vuelve a examinar un caso ya resuelto. Los motivos por los que puede solicitarse la anulación están establecidos y son limitados, lo que muestra la principal característica de este proceso: se pretende que esos motivos sean excepcionales y se funden en criterios estrictamente definidos y que se utilicen en un sentido muy restringido, sobre la base de motivos estrictamente definidos.

25. Cabe observar que no ha habido uniformidad en la aplicación de los motivos de anulación de laudos en el contexto del CIADI. Las primeras resoluciones por las que se anularon laudos⁴² fueron criticadas por haberse adoptado en ellas una visión excesivamente amplia del alcance y los criterios aplicables en ese nuevo examen⁴³. Las resoluciones posteriores corrigieron ese enfoque⁴⁴. Más recientemente, se han dictado resoluciones que han derivado otra vez en una falta de uniformidad en el procedimiento de anulación —en parte porque existen distintas opiniones sobre si la interpretación incorrecta de la relación entre un tratado de inversión y el derecho internacional consuetudinario constituyen motivos de anulación—⁴⁵. Algunos comités han concluido que una aplicación

⁴¹ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.* 1521 (2005).

⁴² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, CIADI, Caso núm. ARB/81/2, Comité *ad hoc*, decisión sobre anulación, 3 de mayo de 1985; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, CIADI, Caso núm. ARB/81/1, Comité *ad hoc*, decisión sobre la solicitud de anulación, 16 de mayo de 1986.

⁴³ W. Michael Reisman, *Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches - Observations on the Finality of ICSID Awards* (1992) 7 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 196.

⁴⁴ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, CIADI, Caso núm. ARB/84/4, decisión del Comité de anulación *ad hoc* por la que se anula parcialmente el laudo, 22 de diciembre de 1989; *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, CIADI, Caso núm. ARB/81/2, segunda decisión del Comité *ad hoc* por la que se rechaza la solicitud de anulación, 17 de mayo de 1990; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, CIADI, Caso núm. ARB/81/1, decisión sobre la segunda solicitud de anulación (17 de diciembre de 1992).

⁴⁵ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/8, decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007; *Sempra Energy International v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/02/16, decisión sobre la solicitud de anulación del laudo presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. República Argentina*, CIADI, Caso núm. ARB/01/3, decisión sobre la solicitud de anulación del laudo presentada por la República Argentina, 30 de julio de 2010; *Helnan International Hotels A/S v.*

incorrecta de la ley, que fuera grave, podría conducir a una anulación, en tanto que otros han entendido que adoptar ese criterio equivaldría a recurrir el laudo⁴⁶. Al respecto, el Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta las recientes propuestas de reforma del Reglamento de Arbitraje del CIADI⁴⁷.

26. Con la excepción de los casos que se dirimen en el CIADI, los procedimientos de anulación de laudos y de ejecución se sustancian ante tribunales del Estado. En esos casos también, el proceso se centra esencialmente en verificar si se han cumplido normas procesales fundamentales y no se examinan cuestiones de fondo, habida cuenta del principio de que los laudos arbitrales son definitivos y vinculantes una vez que se han dictado. El sistema se aplica tanto al arbitraje comercial como al arbitraje en materia de inversiones.

C. Conveniencia de la reforma

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que las cuestiones que se presentan a continuación también se examinan en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.149](#), que ofrece un marco general para evaluar la conveniencia de las reformas.

1. Observaciones generales

a) Cuestiones que podrían examinarse

28. La necesidad de que exista uniformidad y coherencia se relaciona con la necesidad de certeza y previsibilidad, y de que se otorgue a las partes un trato equitativo. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sostuvo que la previsibilidad y la corrección eran valores que servían para apoyar el estado de derecho, fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista —lo que seguía aportando legitimidad al sistema—, y contribuir al desarrollo del derecho de inversiones ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 11). Se dijo que la previsibilidad mencionada en el Grupo de Trabajo permitiría que los Estados entendieran si sus acciones, entre ellas la posible actividad legislativa o reglamentaria futura, podrían suponer un incumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, se señaló que la previsibilidad ayudaría a los Estados a establecer sus políticas de inversión. La previsibilidad permitiría además a los inversionistas determinar si el trato otorgado a los inversionistas estaba de acuerdo con las obligaciones establecidas en un tratado ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 15). En efecto, en los arbitrajes de inversiones a menudo se aborda la cuestión del alcance de las facultades de regulación de los Estados receptores. En ese sentido, las delegaciones confirmaron que habían celebrado consultas con distintas partes interesadas. El resultado de las consultas, según se informó, había sido que la previsibilidad era importante para los inversionistas también, dado que la falta de previsibilidad podía constituir un factor de riesgo para los inversionistas e inhibir las inversiones. Se añadió que los inversionistas valoraban que el sistema de solución de controversias asegurara previsibilidad, debido a los costos que estaban en juego ([A/CN.9/935](#), párr. 37).

29. Dadas las características que presentan los tratados de inversión y la SCIE, se planteó la cuestión en el Grupo de Trabajo de la conveniencia y la necesidad de que los resultados fueran más previsibles, y de que hubiera una mayor uniformidad y armonía en la evolución de la jurisprudencia ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 16; [A/CN.9/935](#), párrs. 34 y 38).

Arab Republic of Egypt, CIADI, Caso núm. ARB/05/19, decisión del Comité *ad hoc*, 14 de junio de 2010.

⁴⁶ Véase Nicholas Fletcher, *Should ICSID have or not a new appellate process? Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2015.

⁴⁷ Véase la Secretaría del CIADI, *Proposals for Amendment of ICSID Rules — Working Paper*, 2 de agosto de 2018, págs. 270 a 289, que puede consultarse en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf.

30. Al respecto, el Grupo de Trabajo quizás desee considerar si la naturaleza misma del derecho de inversiones y el hecho de que el derecho de inversiones y las normas de protección de las inversiones provienen en forma fragmentada de distintas fuentes de derecho, por ejemplo, de numerosos tratados de inversión y regímenes de derecho interno, significa que el método utilizado para resolver controversias en materia de inversiones deba desempeñar un papel central en la elaboración de normas jurídicas uniformes. El Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta si la necesidad de que los órganos decisores apliquen en materia de SCIE un conjunto de normas menos desarrolladas y todavía en formación significa que la resolución que estos dicten tendrá un impacto mayor en el establecimiento de normas que sean predecibles y la elaboración de normas jurídicas uniformes en el futuro⁴⁸.

31. El Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta también que, en última instancia, el objetivo de los tratados de inversión y del derecho de inversiones es fomentar flujos de inversiones extranjeras entre los países, de una clase y características que se ajusten a los objetivos de desarrollo sostenible, y tal vez desee considerar, más allá de los efectos que los tratados puedan tener en la falta de uniformidad y de previsibilidad en los Estados signatarios de tratados de inversión, los efectos que tendrían en los inversionistas extranjeros y la evaluación de los riesgos políticos y económicos asociados con las inversiones en el extranjero.

b) Opiniones preliminares expresadas por los Estados

32. En sus períodos de sesiones 34^o y 35^o, el Grupo de Trabajo escuchó algunas opiniones preliminares sobre cómo podía abordarse la falta de uniformidad y coherencia para mejorar la previsibilidad del marco de SCIE. Al respecto, se formularon las siguientes sugerencias: modificar los tratados de inversión cuya formulación fuera vaga; ofrecer soluciones para que los Estados partes tuvieran un mayor control sobre los tratados de inversión, por ejemplo, textos o directrices sobre la interpretación de disposiciones, presentaciones de partes en el tratado que no fueran partes en una controversia para que otros Estados miembros puedan opinar sobre la interpretación de una norma, mecanismos a través de los cuales los tribunales pudieran dirigir preguntas a las partes en los tratados antes de emitir laudos; adoptar un enfoque sistémico utilizando soluciones institucionales (mecanismos de apelación u órganos permanentes para la solución de controversias); examinar la posibilidad de reformar los marcos nacionales de inversión, por ejemplo, mediante normas sustantivas de protección en el derecho interno; introducir o implementar un sistema de precedentes; alentar la consolidación, cuando fuera posible, y la coordinación entre tribunales; mejorar los mecanismos de examen y procedimientos de anulación existentes; y mejorar el papel de los tribunales nacionales (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 34; y A/CN.9/935, párr. 43).

33. Algunas de las soluciones enumeradas precedentemente serían implementadas por los Estados, mediante la redacción de un tratado o mediante la adopción de medidas relacionadas con tratados. En su World Investment Report, 2017, la UNCTAD enumera diez medidas de reforma que los Estados podrían adoptar⁴⁹.

34. Por ejemplo, los denominados tratados de “segunda generación” han definido mejor el alcance de distintas disposiciones, en comparación con su contrapartida, los tratados de “primera generación”, en que figuran formulaciones vagas, que pueden interpretarse de distintas maneras (A/CN.9/935, párr. 28). Los tratados de segunda generación han aportado mayor claridad a las disposiciones de protección sustantivas y procesales. Por lo tanto, los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de negociar nuevos tratados de inversión o reformas a los ya existentes. Como observación general, los Estados podrían considerar la posibilidad de utilizar el estudio de esas faltas de uniformidad como un “mapa” de cuestiones, en los casos en que el resultado de las políticas que se procure alcanzar pueda moldearse definiendo más claramente los

⁴⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* Conferencia de Freshfields, 2006.

⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 2017, pág. 131; que puede consultarse en Internet en http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf.

requisitos procesales o sustantivos. Sin embargo, el Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta el tiempo que insumiría la utilización de este enfoque y si constituiría una solución viable para los numerosos tratados de primera generación vigentes.

35. Además, los Estados podrían considerar la posibilidad de elaborar orientaciones detalladas para los tribunales arbitrales, que podrían ser obligatorias. Algunos ejemplos serían la adopción de interpretaciones vinculantes o la utilización de otros instrumentos procesales, como las presentaciones de partes en el tratado que no fueran parte en la controversia (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párrs. 22 y 23)⁵⁰. En el pasado, esas interpretaciones se han proporcionado *ad hoc*, o se han proporcionado en un foro o comité permanente de consultas institucionalizado (por ejemplo, el órgano permanente del TLCAN, integrado por representantes de Gobiernos de los tres Estados miembros, que pueden emitir notas interpretativas vinculantes para los tribunales del Capítulo XI). Ciertos tratados de inversión también prevén que se planteen algunas cuestiones ante los Estados que son partes en el tratado para que adopten una decisión conjunta sobre la interpretación del tratado⁵¹.

36. Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee ponderar cuán eficaces serían esas orientaciones y, en particular, qué relación existiría entre esas declaraciones de los Estados y las interpretaciones subsiguientes de las disposiciones que realizaran los tribunales arbitrales⁵².

2. Posibles reformas multilaterales

a) Introducción de un sistema de precedentes

37. Desde un punto de vista histórico, la uniformidad y la coherencia no son características inherentes al sistema de SCIE. Los tribunales arbitrales establecidos *ad hoc* toman decisiones y no tienen la obligación formal de respetar el principio del precedente.

38. El Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta que la “uniformidad”, la “coherencia” y la “previsibilidad” de las decisiones de SCIE significaría, en la mayoría de los casos, que los órganos decisores deberían tener en cuenta la jurisprudencia preexistente y respetar en la medida posible o deseable las interpretaciones de normas jurídicas que se hayan hecho anteriormente. También significaría que un tribunal, en caso de que considere que los enfoques interpretativos y los razonamientos jurídicos contenidos en una resolución dictada precedentemente no se aplican al caso concreto, pueden adoptar una posición diferente fundándose en una explicación razonada. En un sistema “coherente” y “previsible”, las resoluciones en que no se llegara a un mismo resultado se basarían en un criterio de interpretación de las cuestiones que se debatían que sería uniforme más allá del caso bajo análisis, un enfoque que tendría en cuenta la jurisprudencia existente y que contribuiría al desarrollo del derecho y la jurisprudencia en materia de inversiones.

39. A pesar de la diversidad de tratados de inversión vigentes, pueden establecerse criterios de interpretación uniformes de los denominadores comunes de las disposiciones que se aplican con frecuencia, y de ese modo, al adoptarse una interpretación uniforme y coherente, arrojar luz sobre normas y principios básicos (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 16). Cabe señalar al respecto que las normas de transparencia relativas a la SCIE elaboradas por el CIADI en 2006 y por la CNUDMI en 2013 y 2014 prevén que puedan consultarse las providencias y resoluciones de los tribunales arbitrales. Gracias a esas normas y a la publicación de resoluciones de SCIE,

⁵⁰ Véase también UNCTAD IIA Issues Notes, núm. 3, de diciembre de 2011, *Interpretation of IIAs: What States can do; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, 2014.

⁵¹ Véase el tratado entre el Uruguay y los Estados Unidos de América, art. 31.

⁵² Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), que establece que la interpretación que hagan las partes de común acuerdo será vinculante para los tribunales arbitrales.

los tribunales arbitrales podrán consultar con más facilidad resoluciones anteriores, lo que contribuiría a promover el sistema de precedentes.

40. En la actualidad, si bien los tribunales parecen coincidir en que no existe una doctrina propiamente dicha sobre la obligatoriedad del precedente, también coinciden en la necesidad de tener en cuenta casos anteriores. Los laudos a menudo expresan la convicción del tribunal de que es necesario que el tribunal respete las resoluciones anteriores de los tribunales arbitrales y de justicia internacionales y de que, a menos de que haya razones de mucho peso para no hacerlo, tiene la obligación de basarse en las soluciones a las que se ha llegado en una serie de resoluciones uniformes⁵³. Sin embargo, ello no siempre ha asegurado uniformidad entre laudos arbitrales dado que este enfoque no es fácil de aplicar en un sistema descentralizado de toma de decisiones, formado exclusivamente por tribunales *ad hoc*⁵⁴. Además, algunos tribunales, aun reconociendo que la uniformidad era deseable en general, han destacado que “[l]os tribunales internacionales no integran una jerarquía, no hay razones de peso para permitir que el primer tribunal interviniente resuelva una cuestión para todos los tribunales que deban decidirla en el futuro”⁵⁵. En caso de que el Grupo de Trabajo considere que debería introducirse un sistema de precedentes judiciales vinculantes, quizás desee ponderar la factibilidad de que se aplique una solución de ese tipo, dadas las características del sistema de SCIE.

41. Los tribunales arbitrales, a pesar de ser principalmente responsables de zanjar las cuestiones que les hayan sido sometidas, funcionan en el marco de un sistema de solución de controversias más amplio, de importancia pública. En efecto, los tribunales que deben decidir sobre tratados de inversión contribuyen a articular y aclarar el sentido de las disposiciones fundamentales de esos tratados⁵⁶. Por lo tanto, y en relación con

⁵³ Véase, por ejemplo, *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, CIADI, Caso núm. ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párr. 187 (en relación con la opinión de un árbitro individual de que no existía la obligación de seguir la tendencia que marcaba la jurisprudencia, pero señalando que: “[El Tribunal] cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Considera asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho”).

⁵⁴ En cambio, según las normas de la Corte Internacional de Justicia, la Corte no está obligada a aplicar la doctrina del *stare decisis* (véase el Art. 59 del Estatuto de la CIJ); sin embargo, sus sentencias se basan en gran medida en sentencias judiciales anteriores, que se mencionan en el Artículo 38 del Estatuto de Corte como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, y la práctica muestra que la Corte tiene muy en cuenta las sentencias anteriores.

⁵⁵ Véase *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, CIADI, Caso núm. ARB/02/6, decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 29 de enero de 2004, párr. 97 (“El Convenio del CIADI establece solamente que el laudo dictado en el marco del Convenio será ‘obligatorio para las partes’ (art. 53, párr. 1)), una disposición que podría considerarse que se refiere al efecto de cosa juzgada de los laudos más que a las repercusiones que pueda tener como precedente en casos posteriores. En la opinión del tribunal, si bien distintos los tribunales establecidos en el marco del sistema del CIADI deberían en general intentar actuar de forma uniforme, a fin de cuentas dependerá de cada tribunal ejercer su competencia de conformidad con el derecho aplicable que, por definición, será diferente para cada TBI y cada Estado demandado. Además, la doctrina del precedente no existe en el derecho internacional, si por precedente se entiende una norma sobre los efectos vinculantes de una única resolución. Los tribunales internacionales no integran una jerarquía, e incluso si existiera una jerarquía, no hay razones de peso para permitir que el primer tribunal interviniente resuelva una cuestión para todos los tribunales que deban decidir esa cuestión en el futuro.”). Véase también *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, CIADI, Caso núm. ARB/07/19, laudo, 25 de noviembre de 2015, párr. 224 (“Este Tribunal debe tomar una decisión respecto de los argumentos presentados por las partes en este arbitraje, sobre la base de las pruebas proporcionadas por las partes en este proceso. Por lo tanto, no puede dejarse influir por el resultado de un arbitraje diferente, en que las reclamaciones del inversionista parecen haber sido formuladas de forma diferente y decididas en base a diferentes argumentos y pruebas”).

⁵⁶ Véase *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, CNUDMI Arbitration (NAFTA), laudo, 8 de junio de 2009, en especial párr. 7, en que el tribunal dispuso lo siguiente: “este Tribunal, al llevar a cabo su mandato primordial de resolver la controversia que tiene bajo examen, lo hace con

ello, cabría preguntarse si los árbitros tienen un deber general hacia el sistema internacional de justicia de actuar en interés público (A/CN.9/935, párrs. 85 y 86) y, en caso afirmativo, cómo deberían ejercer esa obligación (véase también, al respecto, el documento A/CN.9/WG.III/WP.153).

b) Orientaciones para los tribunales arbitrales

42. Existen varios mecanismos procesales que los tribunales arbitrales pueden utilizar o que pueden ser alentados a utilizar para coordinar mejor las decisiones de adopten, incluso cuando se sustancien procesos paralelos. Esos mecanismos se describen en el documento A/CN.9/915, párrs. 10 a 33, e incluyen, entre otras cosas, el uso proactivo de la acumulación de acciones o procedimientos, el intercambio de información, la suspensión del procedimiento y la aplicación de las doctrinas de litispendencia y cosa juzgada.

c) Examen previo de los laudos arbitrales

43. También podría considerarse la posibilidad de establecer un sistema de examen de los proyectos de laudo arbitral. El examen previo de los laudos está previsto en el Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio de la Corte Internacional de Arbitraje, y se ha descrito a menudo como un instrumento beneficioso que mejora la calidad y la ejecutabilidad de estos. Podría concebirse un sistema similar para asegurar la uniformidad, evitar errores jurídicos y asegurar la calidad de los laudos dictados por los tribunales del CIADI.

d) Mecanismo de apelación

44. Algunos tratados de inversión sirven para ilustrar la intención de las partes de incluir mecanismos de apelación⁵⁷.

45. Otra posibilidad que se menciona con frecuencia es la de crear un mecanismo de apelación independiente. Las principales funciones de un órgano de apelación son asegurar la corrección de las resoluciones desde el punto de vista procesal y sustantivo. Ese órgano tendría la función de examinar las resoluciones en cuanto al fondo y permitiría aplicar un sistema de precedentes obligatorios⁵⁸. El examen que hiciera un mecanismo de apelación debería ser limitado, para evitar que se realizara un examen *ex novo* del caso.

e) Sistema de resoluciones preliminares

46. Consistiría en permitir que los tribunales arbitrales remitieran cualquier cuestión relativa a la aplicación e interpretación de una cuestión jurídica a un órgano específico.

conocimiento del contexto en que opera. El tribunal destaca que no considera de ninguna manera que el hecho de conocer el contexto en que opera justifica (o requiere) apartarse de su obligación de centrarse en el caso concreto que debe examinar. Más bien, considera que su conocimiento del contexto en que opera impone una disciplina en su razonamiento que no altera la decisión del tribunal, sino que lo guía y lo asiste simultáneamente en el apoyo a ese sistema, del que el tribunal constituye solo una parte temporaria". Véase también *Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh*, CIADI, Caso núm. ARB/05/07.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 4 de noviembre de 2005 (que entró en vigor el 1 de noviembre de 2006), Anexo E; el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, 6 de junio de 2003 (que entró en vigor el 1 de enero de 2004), art. 10.19 (10) y anexo 10-H; el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), de 5 de agosto de 2004; el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (AECG), art. 8.28.

⁵⁸ Véase también Secretaría del CIADI, *Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* (22 de octubre de 2004), que puede consultarse en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents>.

f) Establecimiento de un sistema de tribunales internacionales

47. En algunos tratados de inversión recientes se ha previsto el establecimiento de un tribunal como institución internacional permanente⁵⁹. La razón es que al funcionar de forma permanente y resolver casos a lo largo de un período prolongado, las resoluciones que dictarían los magistrados serían uniformes.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (AECG) y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Viet Nam.