



Asamblea General

Distr. limitada
31 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 del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): costo y duración

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. La eficacia de los procesos de SCIE: costo y duración	3
A. Observaciones generales	3
B. Inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo	4
C. Análisis del costo y la duración	6
1. Elementos del costo y la duración, y la interrelación entre ambos	6
2. Asignación de las costas: criterios y normas	8
3. Garantías de cobro de las costas	10
D. Datos sobre el costo y la duración de los procesos de SCIE.	11
1. Falta de una información amplia y consolidada	11
2. Datos existentes sobre los costos	12
3. Datos existentes sobre la duración	15
4. Los datos disponibles sobre la asignación de las costas	17
5. Análisis comparativo	18



E.	Las explicaciones sobre el aumento de los costos y la duración de los procesos de SCIE y objetivos de política para la reforma	21
1.	Los motivos que explican que los procesos sean prolongados y onerosos	21
2.	Los objetivos de la reforma	23
F.	Intentos de abordar las cuestiones del costo y la duración: conveniencia de las reformas	24

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, párr. 99).
2. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.149 se abordan los temas i) y ii). En la presente nota se examinan el tema del costo y la duración como un aspecto procesal de la SCIE y se proporciona información adicional sobre esos temas. El Grupo de Trabajo examinó esos temas en su 34º período de sesiones basándose en los párrafos 23 a 25 del documento A/CN.9/WG.III/WP.142. En resumen, la práctica actual de SCIE ha puesto en tela de juicio la idea frecuentemente citada de que el arbitraje constituye un método rápido y económico para resolver controversias entre inversionistas y Estados¹, ya que los costos medios de cada parte superan los 8 millones de dólares de los Estados Unidos y su duración es de entre tres y cuatro años en promedio (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 36). En consecuencia, se expresaron inquietudes relacionadas con el hecho de que los costos eran cada vez más elevados y la creciente duración de los procesos.
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 tema², 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. La eficacia de los procesos de SCIE: costo y duración

A. Observaciones generales

Prevención de las controversias entre inversionistas y Estados

4. Antes de abordar la cuestión del costo y la duración de las controversias entre inversionistas y Estados debe entenderse que toda controversia entre un Estado y un inversionista supone una carga para ambas partes. La existencia de una controversia o, incluso, la posibilidad de que esta se plantee podría aumentar los costos de transacción de los inversionistas, lo que puede dar lugar a la pérdida de oportunidades de negocio. La controversia puede entrañar costos económicos y sociales para los Estados, por ejemplo, repercutir negativamente en la entrada de inversión extranjera. Las controversias suelen dar lugar a la ruptura de las relaciones entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores, lo cual es contraproducente para ambas partes. Por ello, tanto los inversionistas como los Estados tratan de prevenir las controversias mediante la adopción de diversas medidas e intentan resolverlas de una manera eficaz, siendo el arbitraje entre inversionistas y Estados el último recurso. Se han realizado cada vez más esfuerzos para destacar la importancia de la prevención de las controversias y utilizar formas de solución distintas del arbitraje (A/CN.9/930/Rev.1,

¹ UNCTAD, IIA Issues Note – *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap* (junio de 2013), pág. 4, que puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.

² Véanse las referencias bibliográficas publicadas por el Foro Académico, que pueden consultarse en el apartado “Additional resources” en http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html.

párr. 52)³. En el 34º período de sesiones, se sugirió que se podía elaborar un modelo que vinculara la duración y el costo a los beneficios generados por la inversión para los inversionistas, como instrumento práctico para prevenir esa clase de controversias (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 39). También se sugirió que podía prestarse asistencia a los Estados en desarrollo para asesorarlos durante el proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Si bien estos son aspectos importantes que deben tenerse en cuenta al evaluar la necesidad de la reforma y las formas que esta pueda adoptar, la presente nota se centra más en las inquietudes expresadas en relación con el costo y la duración de los arbitrajes entre inversionistas y Estados.

Las indemnizaciones concedidas por los tribunales arbitrales de SCIE

5. Las indemnizaciones concedidas por los tribunales arbitrales de SCIE e impuestas a los Estados han aumentado a lo largo de los años, llegando a alcanzar las indemnizaciones concedidas a los demandantes un promedio de 110,9 millones de dólares⁴. En comparación con la media y la mediana de las cantidades concedidas antes de 2013 (que fueron de 76,3 millones de dólares y 10,7 millones de dólares, respectivamente), las concedidas a partir de ese año han aumentado hasta los 171 millones de dólares y 40 millones de dólares, lo que significa un aumento del 124% en el importe medio de las indemnizaciones concedidas y del 274% en la mediana⁵. Estas cantidades, que se consideran excesivas, han provocado una creciente inquietud, ya que tienen importantes consecuencias para los Estados, en particular para aquellos cuyos recursos financieros son limitados. No obstante, la presente nota se centra en los costos relacionados con el dictado de un laudo (es decir, el aspecto procesal). En otras palabras, la presente nota se centrará más en la carga financiera que supone para los inversionistas y los Estados su participación en los procesos de SCIE.

B. Inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo

6. El Grupo de Trabajo llevó a cabo un debate preliminar sobre los costos y la duración de los procesos de SCIE en su 34º período de sesiones sobre el tema general de los aspectos procesales del proceso arbitral (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 35 a 78). Los Estados y las organizaciones intergubernamentales intercambiaron sus experiencias en relación con la SCIE. A continuación, se presenta un resumen de las inquietudes expresadas durante el período de sesiones.

Carga financiera para las partes

7. Muchos opinaron que los procesos prolongados y onerosos de solución de controversias entre inversionistas y Estados planteaban dificultades y desafíos prácticos para los Estados contra los cuales se interponían reclamaciones, así como para los

³ Véase, por ejemplo, UNCTAD, UNCTAD *Series on International Investment Policies for Development: Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration (2010)*, que puede consultarse en http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf. En vista de lo que se percibe como las desventajas de recurrir al arbitraje en materia de inversiones, en el documento se abordan la posibilidad de resolver las controversias mediante la negociación, la conciliación o la mediación, así como las políticas de prevención de controversias que traten de impedir que estas aparezcan o lleguen a convertirse formalmente en controversias de inversión.

⁴ Véase Matthew Hodgson and Alastair Campbell, “Damages and costs in investment treaty arbitration revisited”, *Global Arbitration Review* (14 de diciembre de 2017) que puede consultarse en http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited_.pdf (el “Estudio MH 2017”). La cifra se basa en 132 laudos, excluido el caso *Yukos*, en el que se concedió una indemnización superior a 50 millones de dólares de los Estados Unidos.

⁵ *Ibid.*

inversionistas que las interponían. Poniendo de relieve que la naturaleza de los procesos exigía la utilización intensiva de recursos, se señaló que el hecho de incorporar disposiciones sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados en los tratados de inversión podría tener consecuencias financieras (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 37).

8. Se prestó especial atención al hecho de que la utilización de fondos públicos para hacer frente a los elevados costos del proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados era difícil de justificar para los Estados en desarrollo, que disponían de escasos recursos económicos, y podía suponer una carga desproporcionadamente onerosa para los Estados más pequeños. Algunos Estados pueden encontrar serias dificultades para reunir los recursos necesarios para defenderse frente a una reclamación de SCIE y pueden tener que afrontar las críticas suscitadas por el uso de los fondos públicos. En ese contexto, se señaló que el costo de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados podía competir con urgentes necesidades de desarrollo de esos Estados (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 40).

9. También se señaló que la carga financiera no recaía solo sobre los Estados demandados, sino también sobre los inversionistas demandantes, en particular sobre las pequeñas y medianas empresas. El aumento de los costos de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados puede limitar el acceso de esas empresas a los mecanismos de SCIE o disuadir de su utilización⁶, lo que les privaría de la protección que les ofrecían los tratados de inversión. El Grupo de Trabajo observó que el costo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados había alcanzado un nivel en el que podría percibirse como un obstáculo para acceder al sistema a determinados inversionistas con recursos financieros limitados (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 41 y 64).

Los posibles criterios respecto del costo y la duración

10. La opinión general fue que las deliberaciones en relación con el costo y la duración debían fundarse en hechos, al tiempo que se observaba que las percepciones sobre estas cuestiones habían constituido la base de las críticas sobre la legitimidad del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 42, 62 y 63). En la sección D de la presente nota se resumen los datos existentes para facilitar al Grupo de Trabajo un análisis basado en hechos.

11. Se hizo hincapié en que el costo y la duración de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados no debían examinarse de forma aislada, sino realizando comparaciones con las entidades adecuadas, a saber, otros órganos internacionales de solución de controversias como la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, y con procesos que se llevaran a cabo ante órganos judiciales nacionales (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 43 y 62). En la sección D.5 se trata la comparación con esas otras entidades.

12. Se subrayó, además, que los conceptos de costo y duración eran relativos y que la cuestión de si un proceso era excesivamente prolongado u oneroso debía determinarse caso por caso y teniendo en cuenta la necesidad de que la administración de justicia fuera eficaz. Se destacó, por tanto, que sería importante establecer una distinción entre

⁶ Véase, por ejemplo, el párr. 6 del art. 8.39 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y el Canadá (AECG), que dice lo siguiente: “El Comité Mixto del CETA estudiará normas adicionales destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los demandantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas empresas. Tales normas suplementarias podrán tener en cuenta, en particular, los recursos financieros de dichos demandantes y el importe de la compensación solicitada”.

el tiempo y los gastos que podrían considerarse “excesivos” o “injustificados”, por una parte, y los que podrían calificarse de “necesarios” o “justificados”, por la otra. En tal sentido, se recordó que debía haber un equilibrio entre la calidad de los resultados y el deseo de reducir el costo y la duración ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 42, 62, 71 y 72).

Las posibles razones de los aumentos en el costo y la duración

13. El Grupo de Trabajo también indicó algunas de las causas que contribuyen a un costo excesivo y a una duración prolongada, las cuales se resumen en la sección E.1 *infra* ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 44 a 48 y 65). Se prestó una especial atención a la falta de previsibilidad como una de las causas del aumento del costo y la duración ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párr. 44), que se aborda en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.150](#).

Otras inquietudes relacionadas

14. El Grupo de Trabajo también señaló que la asignación de costas por los tribunales arbitrales en las controversias entre inversionistas y Estados era una inquietud que merecía un examen más pormenorizado, y observó que estaba apareciendo un nuevo criterio basado en la asignación proporcional de las costas ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 53 a 55 y 66 a 67). De ello se trata en las secciones C.2 y D.4.

15. Otras inquietudes se relacionaban con las dificultades que enfrentaban los Estados demandados que hubieran vencido en el proceso para recuperar la totalidad o algunos de sus gastos de los inversionistas demandantes, y la necesidad de contar con normas para garantizar el cobro de las costas ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 56, 66 y 68). Esto se aborda con más detalle en la sección C.3.

16. También se expresaron inquietudes relacionadas con la financiación por terceros y otras formas de financiación externa que estaban a disposición de los inversionistas, pero no de los Estados, lo que creaba un desequilibrio estructural entre los inversionistas y los Estados ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 57, 64 y 69). Las cuestiones relacionadas con la financiación por terceros, así como su repercusión en otras cuestiones, como los conflictos de intereses de los árbitros y el cobro y la ejecución de las costas fijadas en el laudo, se examinarán a su debido tiempo en otra nota de la Secretaría.

C. Análisis del costo y la duración

1. Elementos del costo y la duración, y la interrelación entre ambos

Elementos del costo

17. Hay varios costos que deben ser sufragados por las partes que participan en los procesos de SCIE y que componen la financiación que necesitan los inversionistas demandantes para presentar sus reclamaciones y los Estados demandados para responder a esas reclamaciones hasta que se dicte el laudo definitivo.

18. Esos costos incluyen, entre otros, los costos del tribunal arbitral (por ejemplo, los honorarios de los árbitros y sus gastos o el costo de los secretarios del tribunal), los gastos administrativos (por ejemplo, los honorarios de las instituciones arbitrales) y los costos de las partes (por ejemplo, los honorarios abonados por las partes a sus abogados en concepto de asistencia letrada y a los peritos).

19. El Grupo de Trabajo ha tomado nota del análisis que indicaba que entre el 80% y el 90% del costo de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados guardaba relación con los costos de las partes ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párr. 36). Según la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), se calcula

que los costos de las partes suponen de media alrededor del 82% de los costos totales⁷. Según la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en casos en materia de inversiones de gran envergadura, los honorarios de los abogados y los peritos pueden representar aproximadamente el 90% del costo total⁸.

20. Como se explica en la sección D.2, el importe medio de los costos administrativos y del tribunal arbitral en las controversias en materia de inversiones era de 933.000 dólares. El promedio de los costos de parte para los inversionistas demandantes ascendía a 6.019.000 dólares, con una mediana de 3.375.000 dólares. El promedio de los costos de parte para los Estados demandados era de 4.855.000 dólares, con una mediana de 2.793.000 dólares⁹.

21. Puede haber otros elementos del costo como, por ejemplo, los gastos relacionados con el cobro, la ejecución o anulación de los laudos en los tribunales de justicia nacionales, así como la anulación mediante procedimientos del CIADI.

Elementos de la duración

22. Existen distintas etapas en los procesos de solución de controversias en materia de inversiones. La etapa previa al arbitraje es aquella en la que las partes tratan de llegar a una solución amistosa de la controversia. Esta etapa puede consistir en mecanismos alternativos de solución de controversias distintos del arbitraje, y también puede incluir el período en que el inversionista demandante prepara sus posibles reclamaciones. Los tratados de inversión suelen incluir períodos de espera que obligan a las partes que desean iniciar un proceso arbitral a esperar un determinado plazo antes de presentar una reclamación durante el cual deberían tratar de alcanzar una solución amistosa.

23. Suele considerarse que el proceso arbitral comienza cuando el Estado demandado recibe el aviso de arbitraje. En los procedimientos del CIADI, el caso solo se inicia tras haber sido examinado y registrado. La formación del tribunal arbitral se produce, por lo general, una vez que las partes o la autoridad nominadora designa a los árbitros y se resuelven las impugnaciones a su nombramiento. Una vez que se ha formado el tribunal arbitral se dará comienzo al proceso. Normalmente el tribunal dispone de la flexibilidad necesaria para llevar a cabo las actuaciones del modo que considere más adecuado. Esta etapa podría incluir la presentación de la demanda y la contestación, la presentación de otros escritos, la solicitud de medidas cautelares, la presentación de pruebas, las audiencias y los informes de los peritos. Estas actuaciones pueden realizarse por escrito u oralmente. Los tribunales arbitrales pueden solicitar la asistencia de los tribunales de justicia en la obtención de pruebas. Tras declarar cerrada la fase de audiencias, el tribunal procedería a preparar y dictar el laudo¹⁰.

24. Una vez que se dicta el laudo, las partes pueden solicitar correcciones (revisiones) o la interpretación del laudo al tribunal arbitral. Las partes también pueden solicitar la anulación del laudo ante un tribunal nacional o su anulación mediante el procedimiento del CIADI. La ejecución del laudo suele constituir la etapa final de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Dado que no se ha previsto

⁷ David Gaukrodger y Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing (2012), pág. 17 que puede consultarse en <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>. La UNCTAD calculó en 2010 que los honorarios de los abogados representaban el 60% de los costos totales (nota 3 *supra*, pág. 17).

⁸ Dirk Pulkowski, presentación en Powerpoint realizada en la reunión conjunta del Grupo de Expertos de la CNUDMI del CIDS (Ginebra, 2 y 3 de marzo de 2017).

⁹ Hodgson & Campbell, nota 4 *supra*. En el estudio se analizan los datos de 324 laudos.

¹⁰ Para una sinopsis de un proceso de arbitraje seguido de conformidad con lo previsto en el Convenio del CIADI véase <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Arbitration.aspx>.

ningún mecanismo para recurrir los laudos dictados en los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en la presente nota no se tiene en cuenta esa cuestión.

25. El Grupo de Trabajo observó, y se expresó la inquietud, de que las tres etapas que más tiempo consumían eran la siguientes: i) el nombramiento o la formación del tribunal arbitral; ii) la divulgación de información, documentos o de medios de prueba; y iii) la emisión del laudo (el plazo comprendido entre la última audiencia y la emisión del laudo, incluidas las deliberaciones que tienen lugar al redactar el laudo) (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 48 y 65)¹¹. Otra etapa del proceso es aquella en la que tiene lugar la ejecución, la cual, según se había informado, en algunos casos había excedido en duración al propio proceso arbitral (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 48).

26. Dado que las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo se referían en su mayoría a los procesos arbitrales (desde el aviso de arbitraje al dictado del laudo), la presente nota se centra también en esa etapa. Como se explicará en la sección D.3, la duración media de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (desde la solicitud o aviso de arbitraje hasta el laudo definitivo) es de tres a cuatro años.

La relación entre el costo y la duración

27. En lo que respecta a la relación entre el costo y la duración de los procesos de SCIE, el Grupo de Trabajo entendió que ambos aspectos estaban relacionados entre sí, dado que los procesos prolongados probablemente conllevarían costos más elevados (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 38). Sin embargo, no hay suficientes pruebas empíricas que indiquen que un aumento de los costos signifique necesariamente una mayor duración del proceso.

2. Asignación de las costas: criterios y normas

28. En el 34º período de sesiones se hizo hincapié en que la asignación de costas por los tribunales arbitrales en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados merecía un examen más pormenorizado (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 53 y 66).

29. Existen diferentes formas de repartir las costas entre las partes en los procesos de SCIE. En primer lugar, existe el criterio de que “cada uno paga lo suyo”, por el que cada una de las partes debe sufragar sus propios gastos, y los costos administrativos y del tribunal arbitral deben dividirse a partes iguales entre ellas. En segundo lugar, existe el criterio de que las costas corren por cuenta de la parte vencida, que permite normalmente a la parte vencedora recuperar los costos que hayan sido razonables. En tercer lugar, el criterio del “éxito relativo” sugiere que los tribunales arbitrales deben tratar de prorratear o ajustar los gastos en función del éxito relativo que hayan tenido las partes respecto de las distintas cuestiones planteadas durante el proceso. Este criterio puede considerarse como una versión más detallada del anterior, ya que el laudo por el que se asignan las costas podría reflejar el éxito relativo que hubiera tenido la parte vencedora en función de la proporción de las pretensiones que se le hubieran otorgado (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 55).

30. El artículo 40.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 incluye elementos del segundo criterio, al establecer que las costas del arbitraje (según se

¹¹ Esto se confirma en un reciente documento de trabajo publicado por el CIADI. Véase CIADI, *Proposals for Amendment of ICSID Rules – Working Paper, Schedule 9 (Addressing time and costs in ICSID Arbitration)*, párr. 4 que puede consultarse en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf.

definen en el art. 38) serán “en principio” a cargo de la parte vencida¹². Respecto de los gastos de cada parte, el artículo 40.2 del Reglamento disponía que el tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podía decidir libremente qué parte debería soportar cada uno de los elementos de estas costas o prorratear dichas costas entre las partes si decidía que el prorrateo era razonable. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 ya no distingue los gastos de las partes de las costas del arbitraje y dispone, en su artículo 42, que las costas del arbitraje serán en principio a cargo de la parte vencida¹³.

31. El Convenio del CIADI otorga a los tribunales amplias facultades discrecionales para decidir la forma de prorratear los costos entre las partes, y no proporciona orientación alguna en cuanto a cuál de los criterios mencionados debería seguirse y en qué circunstancias¹⁴. La Regla 28 de las Reglas de Arbitraje del CIADI proporciona orientación sobre los costos de las actuaciones arbitrales¹⁵.

¹² El art. 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 dice lo siguiente:

“1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable. ...”

¹³ El art. 42 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 dice lo siguiente:

“1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. ...”

El art. 40 define las costas de la manera siguiente:

“ ...

2. El término “costas” comprende únicamente lo siguiente:

- a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 41;
- b) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los árbitros;
- c) El costo razonable del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;
- e) Los costos jurídicos y de otro tipo ocasionados a las partes por el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de esos costos es razonable;
- f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los honorarios y gastos del Secretario General de la CPA. ...”

¹⁴ El art. 61 del Convenio del CIADI dispone lo siguiente:

“1) ...

2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

Las revisiones propuestas a las Reglas del CIADI indican que, al asignar las costas, los tribunales deberían tener en cuenta factores específicos, como el resultado, la actuación de las partes, la complejidad de los asuntos tratados; el carácter razonable de los costos reclamados. Véase la nota 11 *supra*, párr. 223.

¹⁵ La Regla 28 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (Costo del procedimiento) dice lo siguiente:

“1) Sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de las costas procesales, el Tribunal podrá decidir, salvo que las partes convengan en otra cosa:

32. En los tratados de inversión aplicables pueden observarse diferentes criterios, que suelen prevalecer sobre las disposiciones relativas a los gastos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o del Convenio del CIADI. Algunos tratados de inversión recientes, como el AECG¹⁶ y el acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Singapur¹⁷, han adoptado el criterio de que las costas corren por cuenta de la parte vencida como opción por defecto para la asignación de las costas.

3. Garantías de cobro de las costas

33. En el 34º período de sesiones se señaló que el Estado demandado podría encontrarse en la situación de no poder recuperar los gastos en que hubiera incurrido para defenderse de reclamaciones de inversionistas que no han tenido éxito, infundadas o realizadas de mala fe, o una parte considerable de esos gastos. Además, los inversionistas podrían utilizar empresas ficticias, o podrían no ser lo suficientemente solventes, haciendo que fuera imposible recuperar esos gastos (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 53 y 56). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo determinó que las dificultades que enfrentaban los Estados demandados que hubieran vencido en el proceso para recuperar los gastos de los inversionistas demandantes era otro motivo de preocupación. Se destacó que se trataba de otra cuestión que ponía de manifiesto un desequilibrio entre las partes, porque los Estados, dada su permanencia, se encontraban en una posición diferente de la de los inversionistas, que quizá no pudieran o no quisieran pagar (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 56 y 68). Se indicó también que esa situación se veía agravada por el hecho de que la posibilidad de obtener garantías de cobro de las costas no estaba prevista en los tratados de inversión ni en algunos reglamentos de arbitraje.

34. En el artículo 26. 2 c) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 se establece que el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares, que pueden incluir una orden para que una parte ofrezca algún medio de preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. El artículo 42. 2 dispone que el tribunal arbitral fijará en el laudo final o, si lo estima oportuno, en otro laudo, la suma que una parte pueda tener que pagar a otra a raíz de la decisión sobre la asignación de las costas. En su conjunto, los tribunales arbitrales suelen tener la facultad

a) en cualquier etapa del procedimiento, qué parte de los honorarios y gastos del Tribunal y de los derechos por el uso de los servicios del Centro pagará cada una, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero;

b) respecto de cualquier parte del procedimiento, que los costos pertinentes (según los determine el Secretario General) los sufrague íntegramente, o en una parte determinada, una de las partes.

2) Pronto después del cierre del procedimiento, cada parte someterá al Tribunal una declaración sobre los costos en que haya incurrido razonablemente o sufragado en el procedimiento y el Secretario General le presentará al Tribunal una cuenta de todas las cantidades pagadas por cada una de las partes al Centro y de todos los costos incurridos por el Centro en relación con el procedimiento. El Tribunal podrá, antes de dictar sentencia, requerir a las partes y al Secretario General que proporcionen información adicional respecto de los costos del procedimiento.”

¹⁶ El párr. 5 del art. 8.39 del AECG dice lo siguiente:

“El tribunal dictaminará que las costas del procedimiento sean soportadas por la parte perdedora en la diferencia. En circunstancias excepcionales, el tribunal podrá repartir las costas entre las partes en la diferencia si determina que el reparto es apropiado dadas las circunstancias de la demanda. Otras costas razonables, incluidas las de representación y asistencia jurídica, serán soportadas por la parte perdedora en la diferencia, a no ser que el tribunal determine que tal reparto de costas no es razonable dadas las circunstancias de la demanda. En caso de que solo se hayan ganado algunas partes de las demandas, se ajustarán las costas en proporción al número o al alcance de dichas partes de las demandas”.

¹⁷ Art. 3.21 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y la República de Singapur.

de conceder garantías de cobro de las costas en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

35. El artículo 47 del Convenio del CIADI dispone que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes¹⁸. Esto proporciona una base para que los Estados demandados puedan solicitar, como una medida provisional, una garantía de cobro de las costas cuando el inversionista demandante presenta una demanda claramente injustificada o no quiere o no puede sufragar los gastos del Estado demandado.

36. En una resolución de 13 de agosto de 2014, un tribunal arbitral del CIADI dictó por mayoría una orden sobre la garantía de cobro de las costas¹⁹. Además, el tribunal arbitral sancionó al demandante por no cumplir la orden que le obligaba a aportar una garantía del pago de las costas²⁰. Si bien las circunstancias del caso pueden ser excepcionales²¹, es un ejemplo de concesión de una garantía de cobro de las costas en un arbitraje sobre inversiones.

37. Considerando que la concesión de garantías de cobro de las costas en las controversias entre inversionistas y Estados ha sido algo excepcional en comparación con los procesos de arbitraje comercial, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las políticas y consideraciones prácticas sobre si, y en qué circunstancias, los tribunales arbitrales de solución de controversias entre inversionistas y Estados deberían poder ordenar que se otorgue una garantía que asegure el cobro de las costas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también esa cuestión basándose en el documento de trabajo que habrá de prepararse en relación con la financiación por terceros.

D. Datos sobre el costo y la duración de los procesos de SCIE

1. Falta de una información amplia y consolidada

38. Si bien el Grupo de Trabajo destacó constantemente la necesidad de llevar a cabo deliberaciones relativas al costo y la duración basadas en hechos, no existe en la actualidad ninguna base de datos exhaustiva que contenga información consolidada sobre el costo y la duración de los casos de SCIE. Además, los laudos definitivos que suelen fijar las costas no siempre están a disposición del público. Por otra parte, como se ha demostrado, un solo caso concreto en que se demande un importe muy elevado puede distorsionar los datos pertinentes sobre el costo y la duración media de los procesos de SCIE. El CIADI publica información estadística sobre sus casos, y es

¹⁸ Véase, también, la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre la adopción de medidas provisionales. Las partes pueden solicitar en cualquier momento medidas provisionales después de que se haya incoado el procedimiento.

¹⁹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, caso CIADI núm. ARB/12/10, decisión sobre la solicitud de garantía del pago de las costas presentada por Santa Lucía (13 de agosto de 2014), que puede consultarse en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>. Se trata del primer caso informado públicamente en que un tribunal arbitral del CIADI concedió una garantía de cobro de las costas.

²⁰ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, caso CIADI núm. ARB/12/10 decisión sobre la solicitud de suspensión de las actuaciones presentada por Santa Lucía (8 de abril de 2015) que puede consultarse en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4254.pdf>.

²¹ Nota 19 *supra*, párr. 86. La mayoría de los árbitros del tribunal puso de manifiesto las excepcionales circunstancias de este caso respecto a todos los casos anteriores, señalando que la diferencia entre este proceso y los anteriores procesos arbitrales del CIADI (en todos los cuales se había rechazado la solicitud de una garantía de cobro de las costas) es que, en este caso, las circunstancias que habían sido alegadas en otros procesos se producían de forma conjunta.

posible obtener información relativa a la duración de cada uno de ellos, pero no de una forma unificada.

39. La dificultad de presentar datos pertinentes queda reflejada en el estudio realizado por Jeffery Commission (el “Estudio JC”)²². En 45 de los 138 procesos arbitrales del CIADI estudiados (del 2011 a 2015) no existen datos públicos sobre sus costos, por haber sido terminados o resueltos por avenimiento. En cuanto a los otros 93 arbitrajes que fueron resueltos por el tribunal arbitral, los datos sobre los costos no estaban necesariamente disponibles por los motivos siguientes: i) el propio laudo todavía no estaba a disposición del público; ii) el laudo estaba a disposición del público, pero los datos sobre los costos no se habían incluido de ninguna forma en el laudo; o iii) el laudo incluía algunos datos sobre los costos, pero no todos. Como resultado de ello, se dispone de datos sobre los costos de los inversionistas demandantes en 55 procesos arbitrales y de los Estados demandados en 56 procesos. Los datos sobre los costos del tribunal arbitral estaban disponibles en 40 laudos.

40. Al examinar los datos sobre la duración del proceso, el hecho de que varias controversias se terminaran o resolvieran por avenimiento entre partes plantea dificultades para conocer la duración media de los procesos de SCIE. El Grupo de Trabajo tal vez desee actuar con cautela al llevar a cabo análisis comparativos, habida cuenta de los múltiples factores que pueden diferenciar un proceso de otro. Entre ellos pueden incluirse: i) la complejidad de cada caso particular; ii) los cambios en la composición del tribunal o los abogados (incluidas las recusaciones); iii) el uso de ciertos mecanismos procesales (como las peticiones de que se divida de proceso o intervengan *amicus curiae*); iv) la traducción de documentos y del laudo; v) el surgimiento de cuestiones jurídicas o probatorias después de celebrarse la audiencia; y vi) la existencia de un voto particular discrepante en el laudo definitivo.

41. En este contexto, en la presente nota se exponen los datos empíricos que están a disposición del público, a pesar de no ser exhaustivos, tal y como aparecen recogidos en el número limitado de estudios que existen sobre el tema. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta las limitaciones mencionadas cuando analice la información que figura a continuación.

2. Datos existentes sobre los costos

42. En el año 2012, la OCDE llegó a la conclusión de que los costos de asesoramiento jurídico y del proceso arbitral tomados en su conjunto para los demandantes y los demandados en los últimos casos de SCIE ascendían a una media de aproximadamente 8 millones de dólares, pudiendo superar los 30 millones por caso²³. Esta misma cifra se ha citado en varios documentos posteriores²⁴.

²² Jeffery Commission, “How long is too long to wait for an award”, *Global Arbitration Review* (18 de febrero de 2016); “How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years”, *Kluwer Arbitration Blog* (29 de febrero de 2016); y “The duration and costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations”, *Funding in Focus Report Three, Vannin Capital* (julio de 2016) que puede consultarse en <https://www.vannin.com/downloads/funding-in-focus-three.pdf>. El estudio se basa en el análisis de 138 arbitrajes del CIADI sustanciados entre los años 2011 y 2015.

²³ OCDE, nota 7 *supra*. La Secretaría de la OCDE examinó 143 laudos arbitrales de controversias entre inversionistas y Estados disponibles públicamente en agosto de 2011, encontrando que 28 de ellos proporcionaban información acerca de los costos del tribunal arbitral y de las partes; 81 laudos proporcionaban alguna información sobre los costos; mientras que 62 no proporcionaban ninguna información.

²⁴ UNCTAD, nota 1 *supra*, y Comisión Europea, *Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS): Some Facts and Figures (2015)*, que puede consultarse en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf.

Costos del tribunal arbitral

43. El Estudio MH 2017 indica que la media de los costos del tribunal arbitral aumentó de los 746.000 dólares (con una mediana de 590.000 dólares) registrados a finales de 2012 hasta los 1.118.000 dólares (siendo la mediana 905.000 dólares), considerando 89 casos desde el año 2013 en adelante²⁵. Esto indica que hubo un aumento del 50% tanto en la media como la mediana de los costos del tribunal arbitral.

44. El Estudio JC, basado en 40 casos de los años 2011 a 2015, pone de manifiesto que la media de los costos del tribunal arbitral en los procesos del CIADI fue de 883.000 dólares (con una mediana de 875.900 dólares)²⁶. El Estudio MH 2014 situó los costos del tribunal arbitral del CIADI en 769.000 dólares, y el Estudio MH 2017 en 1.042.000 dólares.

45. El Estudio JC revela también que los costos del tribunal en la mayoría de los arbitrajes de la CNUDMI fueron de 1 millón de dólares o una cantidad inferior²⁷. El Estudio MH 2014 situó los costos del tribunal arbitral de la CNUDMI en 853.000 dólares, y el Estudio MH 2017 en 1.384.000 dólares²⁸.

46. El Estudio MH 2017 sugiere que, si bien pueden haber aumentado las diferencias entre los tribunales arbitrales del CIADI y la CNUDMI al comparar costos medios, las medianas de los costos del tribunal arbitral del CIADI (910.000 dólares) y la CNUDMI (905.000 dólares) están bastante cerca.

47. En 2011, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo informó de que el importe medio de los gastos administrativos y del tribunal arbitral en los casos de inversión sustanciados ante esta institución era de 290.936 euros²⁹.

Costos de las partes

48. El Estudio MH 2014 indicó que el promedio de los costos de las partes era de 4.437.000 dólares para los inversionistas demandantes y 4.559.000 dólares para los Estados demandados³⁰. La mediana era de 3.145.000 dólares para los demandantes y 2.286.000 dólares para los demandados. En la mayoría de los casos, los demandantes sufragaron gastos considerablemente superiores a los de los demandados, lo que puede deberse a que los demandantes soportan la carga de la prueba y a la tendencia de muchos

²⁵ Hodgson & Campbell, nota 4 *supra*. Véase, también, Matthew Hodgson, *Counting the costs of Investment Treaty Arbitration*, *Global Arbitration Review* (24 de marzo de 2014), el “Estudio MH 2014”), que puede consultarse en:

http://www.allenvery.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf

(En el “Estudio MH 2017” se analizan los datos de un conjunto de 324 laudos y 52 decisiones sobre la anulación. En el “Estudio MH 2014” se examinan 176 casos en los que existía un laudo o una decisión que podía consultarse públicamente a partir del 31 de diciembre de 2012.

En el “Estudio MH 2017” se examinaron 140 casos que pudieron consultarse públicamente desde el 31 de diciembre de 2012 al 31 de mayo de 2017.

²⁶ Jeffery Commission, nota 22 *supra*. En el Estudio se señala que en 27 de los 40 casos del CIADI, los gastos del tribunal arbitral fueron de 1 millón de dólares de los Estados Unidos o una cantidad inferior.

²⁷ Veintidós de los 40 laudos fueron dictados entre los años 2010 y 2015, 28 de los cuales incluían información sobre los costos del tribunal arbitral.

²⁸ No obstante, habida cuenta de que los costos del tribunal arbitral en el caso *Yukos* ascendieron a 11,4 millones de dólares, si se excluye esa cifra del conjunto de datos analizados en el “Estudio MH 2017”, los costos medios del tribunal arbitral de la CNUDMI ascienden a poco más de 1 millón de dólares.

²⁹ *SCC Statistics 2011*, pág. 4 que puede consultarse en <https://sccinstitute.com/statistics/statistics-2008-2016/>.

³⁰ De los 176 casos examinados, se dispone de datos sobre los gastos de los demandantes en 73 de ellos y de los demandados en 66.

Estados de llevar a cabo procesos de licitación que ponen énfasis en la reducción de costos.

49. En lo que respecta a los arbitrajes del CIADI, el Estudio JC muestra que los costos medios de los inversionistas demandantes ascendían a 5,6 millones de dólares y los de los Estados demandados a 4,9 millones dólares³¹. Las medianas de los costos correspondientes a los demandantes y demandados fueron considerablemente inferiores: 2,9 millones dólares para los demandantes y 3,7 millones dólares en caso de los demandados. En el 64% de los procesos arbitrales, los costos de los demandantes fueron inferiores a 5 millones de dólares. En el 68% de los arbitrajes, los costos de los demandados se situaron por debajo de los 5 millones de dólares.

50. Con respecto al arbitraje de la CNUDMI, el Estudio JC muestra que los costos medios soportados por los demandantes ascendieron a 7,3 millones de dólares en promedio y los de los demandados a 4,71 millones. En el 80% de los procesos arbitrales, los costos de los demandantes fueron inferiores a 5 millones de dólares. En el 73% de los arbitrajes, los costos de los demandados se situaron por debajo de los 5 millones de dólares.

51. En el “Estudio MH 2017” se pone de manifiesto un aumento de los costos de las partes en comparación con el “Estudio MH 2014”. Los costos medios de las partes ascendieron a 7,4 millones de dólares para los demandantes (un aumento del 68%) y 5,2 millones de dólares para los demandados (un aumento del 13%)³². La mediana del importe ascendía a 4,2 millones de dólares para los demandantes (un aumento del 34%) y a 3,4 millones de dólares para los demandados (un aumento del 48%). En el Estudio MH 2017 se llega a la conclusión de que el costo medio de las partes en todos los casos existentes (en base a 177 casos para los demandantes y 169 para los demandados) asciende a 6 millones de dólares para los demandantes y 4,9 millones de dólares para los demandados.

Proporción considerable de los costos de las partes

52. Los datos confirman el entendimiento del Grupo de Trabajo de que los costos de las partes representan una parte considerable de los costos totales (véase el párr.19 *supra*). Según el “Estudio MH 2017”, la suma de los costos medios de las partes (10,9 millones de dólares) es aproximadamente 9,85 veces superior al promedio del costo del tribunal arbitral (1,1 millones de dólares).

Ejemplos de casos

53. A continuación se presentan algunos ejemplos de cifras de costos facilitadas por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) sobre los casos de SCIE administrados por la Corte³³. Por ejemplo, el importe en liza en el caso Chemtura Corporation v. Canada (2010)³⁴ fue de aproximadamente 79 millones de dólares. El costo global del proceso ascendió a 7,5 millones de dólares, lo que incluía las costas del tribunal (9,1%), los gastos administrativos (0,03%), los costos del demandante (17,17%) y los del demandado (73,7%). En el caso Dunkeld International Investment Ltd v. Belize (2016), el monto disputado era de aproximadamente 175 millones de dólares, siendo el costo

³¹ Esta cifra tiene en cuenta 55 y 56 procesos arbitrales del CIADI sustanciados entre los años 2011 y 2015 en los cuales se disponía de información sobre los costos de los demandantes y los demandados, respectivamente.

³² El Grupo de Trabajo debería tener presente que el promedio de las cifras puede haber sido distorsionado por el caso *Yukos*, en que se informó que los costos de los demandantes habían sido de 81,4 millones de dólares y los del demandado, 31,5 millones de dólares.

³³ Pulkowski, nota 8 *supra*.

³⁴ Los pormenores del caso pueden consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/66/>.

total de 6,1 millones de euros³⁵. Los costos del demandante supusieron el 70,18% del costo total y los del demandado el 19,73%. En el caso *Almas v. Poland*³⁶, el importe en juego fue de 23 millones de dólares. El costo total del proceso ascendió a 1,08 millones, y los costos del tribunal arbitral alcanzaron el 19,18%, los costos del demandante el 60,11% y los del demandado el 17,59% del total. Estos ejemplos ponen también de manifiesto que, dependiendo de las circunstancias del caso, los elementos del costo podrían variar en cierta medida.

3. Datos existentes sobre la duración

54. En 2009, se informó de que la duración media de los procesos de arbitraje del CIADI era de 3,63 años (1.325 días), contando desde la presentación de la solicitud de arbitraje hasta la fecha del laudo definitivo³⁷. También se informó de que el tiempo que transcurría de media desde que se celebraba la audiencia sobre el fondo del asunto hasta el laudo era de 425 días.

55. El CIADI ha publicado la duración media de los arbitrajes en sus informes anuales. En 2011, se informó de que la duración media de los procesos arbitrales celebrados durante el ejercicio económico 2010-2011 (del 1 de julio al 30 de junio), calculada desde el registro de la solicitud de arbitraje hasta la conclusión de las actuaciones, fue de 43 meses en 2010 y 31 meses en 2011³⁸. La duración media del proceso calculada desde la formación del tribunal arbitral hasta la conclusión del proceso fue de 37 meses en 2010 y 25 meses en 2011³⁹. También se informó de que la mayoría de los casos de arbitraje finalizados en 2012 y en 2013 tuvieron una duración de tres a cuatro años contados a partir de la fecha de la formación del tribunal arbitral⁴⁰. Los finalizados en 2014 tuvieron una duración media de algo más de tres años y medio⁴¹. Esa cifra aumentó ligeramente a 39 meses en 2015⁴². Más recientemente, el CIADI informó de que la duración media de los casos entre los años 2015 y 2017 fue de 3 años y 7 meses contados desde la formación del tribunal arbitral hasta el laudo⁴³. Cuando se desglosan por el tipo de actuaciones, la duración media fue de: i) 13 años y 9 meses en el caso de acumulación de procesos; ii) 3 años y 6 meses para los procesos que se han dividido y se tramitan por separado; y iii) 829 días en el caso de los procesos que versaron solo sobre el fondo⁴⁴.

56. El Estudio JC indica que la duración media de los procesos del CIADI, desde el registro hasta el laudo, fue de 3,75 años, o 1.370 días (siendo la mediana de 1.266 días)⁴⁵. Su examen de los 60 procesos arbitrales de la CNUDMI que concluyeron con un laudo entre los años 1990 y 2015 revela que la duración media desde el aviso de arbitraje hasta el laudo fue de 3,96 años, o 1.446 días (con una mediana

³⁵ Los pormenores del caso pueden consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/23/>.

³⁶ Los pormenores del caso pueden consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/118/>.

³⁷ Anthony Clair, "ICSID arbitration: How long does it take?", *Global Arbitration Review* (27 de octubre de 2009). El artículo se basa en el examen de los 115 casos del CIADI que terminaron con un laudo desde la creación del Centro y hasta el 1 de julio de 2009.

³⁸ Informe Anual 2011 del CIADI, pág. 35. Los Informes Anuales del CIADI pueden consultarse en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx>.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Informe Anual 2012 del CIADI, pág. 35; e Informe Anual 2013, pág. 32.

⁴¹ Informe Anual 2014 del CIADI, pág. 31.

⁴² Informe Anual 2015 del CIADI, pág. 32.

⁴³ CIADI, nota 11 *supra*, cuadro 9, párr. 3. La Secretaría del CIADI examinó 63 casos que concluyeron con un laudo en el período comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2017.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 9. Véase, también, el cuadro que figura en la Sección II.

⁴⁵ Commission, nota 22 *supra*.

de 1.246 días)⁴⁶. En 2011, la Cámara de Comercio de Estocolmo informó de que la duración media de un caso de inversión sustanciado según el reglamento de la Cámara fue de 21 meses contados desde la fecha de registro hasta el laudo definitivo⁴⁷.

Plazo para el dictado del laudo

57. El Estudio JC también examinó el tiempo que llevaba dictar los laudos arbitrales tras celebrarse la última audiencia. Señaló que el plazo medio fue de 379 días, tanto en los procesos arbitrales del CIADI como en los de la CNUDMI⁴⁸. La mediana en los procesos de la CNUDMI fue de 329 días y de 330 días en los del CIADI. Aproximadamente el 56% de los tribunales arbitrales de la CNUDMI y del CIADI emplearon menos de un año en dictar el laudo después de celebrarse la última audiencia.

Recursos posteriores al laudo

58. Un estudio realizado sobre las 45 resoluciones de anulación de laudos del CIADI dictadas hasta diciembre de 2015 indica que el tiempo medio transcurrido desde el registro de la solicitud de anulación y el dictado de una resolución al respecto fue de 730 días (mediana 720 días), habiéndose dictado el 80% de las decisiones sobre la anulación en un plazo no superior a un año desde que se celebró la audiencia. El tiempo medio necesario para dictar una resolución tras celebrarse la última audiencia fue de 269 días. A la hora de examinar esos datos debe tenerse en cuenta el hecho de que algunos procedimientos de anulación se rechazan o se terminan.

59. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración que entre las solicitudes posteriores al laudo se incluyen también aquellas en las que se solicita al tribunal que corrija, interprete o complemente el laudo. Además, los laudos que no han sido emitidos por el CIADI pueden dar lugar a procedimientos de anulación, reconocimiento o ejecución que deben seguirse ante los tribunales de justicia nacionales. A diferencia del procedimiento de anulación del CIADI, resulta difícil recopilar información sobre el costo y la duración de esos recursos posteriores al laudo, debido a que la información disponible públicamente es limitada y a las diferencias que existen entre las distintas jurisdicciones⁴⁹.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ SCC, nota 29 *supra*. Además, observa que, entre los factores que influyen en la duración de los procesos, cabe citar la división del proceso y los laudos interlocutorios o parciales.

⁴⁸ Commission, nota 22 *supra*. En el Estudio se examinan 222 casos del CIADI y 59 de la CNUDMI. En los casos en los que no se celebró la última audiencia se tomó como referencia la fecha del último escrito (excluidos los escritos sobre los costos).

⁴⁹ A continuación, se exponen algunos ejemplos recientes: i) el laudo del caso *Energoalians SARL v. the Republic of Moldova*, de 23 de octubre de 2013, fue anulado por el Tribunal de Apelación de París el 12 de abril de 2016; el Tribunal de Casación de Francia dejó sin efecto la anulación el 28 de marzo de 2018 y las actuaciones fueron remitidas nuevamente al Tribunal de Apelación; ii) el laudo del caso *Yukos*, de 18 de julio de 2014, fue anulado por el Tribunal de Distrito de La Haya el 20 de abril de 2016 por falta de competencia. El Tribunal consideró que el costo del procedimiento de anulación era de 16.802 euros para cada una de las partes. Esa resolución fue recurrida y se encuentra en este momento pendiente de resolución ante el Tribunal de Apelación de La Haya; iii) tanto el laudo del caso *The Kingdom of Lesotho v. Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd.*, de 18 de abril de 2016, como el posterior laudo sobre las costas del proceso, de 20 de octubre de 2016, fueron anulados por el Tribunal Superior de Singapur el 14 de agosto de 2017; y iv) el laudo sobre la cuestión de competencia planteada en el caso *GPF GP S.à.r.l v. Republic of Poland* (caso núm. V 2014/168 de la Cámara de Comercio de Estocolmo), de 15 de febrero de 2017, fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 2 de marzo de 2018. No se dispone de información sobre las costas, pero el

4. Los datos disponibles sobre la asignación de las costas

60. Como se describe en la sección C.2, existen diversos criterios para asignar las costas entre las partes. En el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se indicó que, si no existía la posibilidad de que se asignaran las costas entre las partes de otra manera, estas no tendrían incentivo para limitar sus argumentaciones y presentaciones (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 53). Se sugirió, además, que el Grupo de Trabajo tal vez podría desear tomar nota de que estaba apareciendo un nuevo criterio según el cual las costas se asignaban proporcionalmente (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 55).

61. Si bien los tribunales arbitrales del CIADI han adoptado un criterio diferente en el pasado, esta institución informó en el 34º período de sesiones que en aproximadamente la mitad de los laudos arbitrales dictados recientemente se habían distribuido las costas entre las partes, por lo que podía decirse que existía una tendencia a favor de apartarse de la norma tradicional de derecho internacional público mencionada anteriormente, que se aplicaba por defecto. En esos laudos, los tribunales arbitrales habían ordenado que las costas del arbitraje fueran sufragadas por la parte perdedora, o habían distribuido las costas entre las partes de distintas maneras (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 54).

62. En el Estudio MH 2014 se indicó que el 56% de los tribunales arbitrales había ordenado que cada parte asumiera sus propios gastos, el 10% había ordenado reajustar totalmente los gastos y el 34% había ordenado un reajuste parcial. El Estudio MH 2017 confirma una tendencia a la asignación proporcional (o reajuste) de las costas. Desde finales de 2012, solo el 36% de los tribunales arbitrales ordenó que cada parte asumiera sus propios gastos. El 7% ordenó que la parte perdedora asumiera la totalidad de los gastos y el 57% dictó una orden de reajuste parcial de los mismos. El Estudio MH 2017 señala además que, desde 2013, el 61% de los tribunales arbitrales del CIADI han ordenado reajustar las costas, en comparación con el 69% de los tribunales arbitrales de la CNUDMI.

63. En el Estudio MH 2017 se indica también que la asignación proporcional se refiere tanto a los costos de las partes como a los del tribunal arbitral. El número de tribunales que siguen este criterio de asignación se ha duplicado desde 2013. En el estudio también se indica que el porcentaje de los inversionistas demandantes y de los Estados demandados que resultaron vencedores en el proceso y recibieron una orden de reajuste de las costas ha aumentado al 65% y al 63% respectivamente (del 53% y el 38% según el Estudio MH 2014).

64. A continuación, se presentan algunos ejemplos proporcionados por la CPA sobre la asignación de las costas realizada en algunos de sus casos (véase párr. 53 *supra*). Por ejemplo, en el caso Chemtura Corporation v. Canada, en que resultó vencedor el demandado, este recibió la orden de sufragar todas las costas del arbitraje y la mitad de sus gastos de asistencia letrada (que constituían el 73,7% del costo total). En el caso Dunkeld International Investment Ltd v. Belize, se ordenó distribuir entre ambas partes las costas del tribunal arbitral y los costos administrativos, sufragando cada una de ellas sus propios gastos de asistencia letrada. En el caso Almas v. Poland, se obligó al demandante a asumir los costos del tribunal arbitral y los gastos de administración, corriendo cada una de las partes con sus propios gastos. Ha habido otros casos en los que las partes han tenido que repartirse los gastos administrativos y del tribunal arbitral, asumiendo el demandante unas veces una determinada parte de los costos del

juez señaló que confiaba en que las partes pudieran llegar a un acuerdo sobre su reparto, ya que, a primera vista, parece que debía seguirse el criterio de que las costas corren por cuenta de la parte vencida.

demandado y quedando obligado otras veces a asumir la totalidad de las costas del proceso, incluidos los costos del demandado.

65. Como se ha indicado más arriba, los tribunales arbitrales han adoptado criterios muy diferentes a la hora de asignar los costos, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los diferentes factores que podrían haber influido en tales resoluciones, por ejemplo, la proporción de demandas que han prosperado, la actuación de las partes, la complejidad del caso y razonabilidad de los costos.

5. Análisis comparativo

66. Durante el debate, el Grupo de Trabajo observó que el costo y la duración de los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados debía examinarse realizando comparaciones con las entidades adecuadas. También se mencionó que esas entidades debían elegirse cuidadosamente al evaluar si el costo que se hubiera producido era realmente excesivo o la duración del proceso innecesariamente larga (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 43 y 62).

67. A continuación se presentan algunos datos básicos con ese propósito, no obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en consideración la diferencia que existe en la estructura y en las circunstancias de las controversias que se resuelven mediante esos mecanismos. Por ejemplo, las partes en los casos sustanciados ante la Corte Internacional de Justicia y la Organización Mundial del Comercio suelen limitarse a los Estados; el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio se basa en un conjunto de acuerdos concertados bajo los auspicios del Acuerdo de Marrakech; y los tribunales nacionales suelen caracterizarse por disponer de dos o tres instancias de apelación ante las cuales pueden recurrirse las resoluciones. En lo que respecta a los costos en particular, tanto la Corte Internacional de Justicia como el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio se han creado en un sistema en el que gran parte de los costos totales son absorbidos por el propio sistema mediante las contribuciones de Estados miembros al presupuesto de la organización. Lo mismo se puede decir de los tribunales nacionales, ya que los Estados son los responsables de financiar su funcionamiento. Teniendo esto en cuenta, el Grupo de Trabajo tal vez desee especificar también qué otras instituciones y tipo de información sería útil para sus deliberaciones sobre el tema (por ejemplo, casos de arbitraje comercial muy complejos).

La Corte Internacional de Justicia

68. Fundada en 1945, la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Su función consiste en resolver, de conformidad con el derecho internacional, las controversias jurídicas que le presentan los Estados y emitir opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas que le remiten los órganos autorizados de las Naciones Unidas y los organismos especializados.

69. Del examen de la información ofrecida en el sitio web de la Corte Internacional de Justicia surge que la duración media de una causa contenciosa es de dos años⁵⁰. Sin embargo, ciertas controversias han durado más tiempo. Por ejemplo, en la controversia entre Croacia y Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁵¹, así como en la controversia marítima

⁵⁰ La información está disponible en <http://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>. Una causa contenciosa es aquella que se ocupa de las controversias jurídicas entre Estados presentadas a la Corte por Estados Miembros de las Naciones Unidas y otras entidades firmantes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁵¹ Para una sinopsis de la causa, véase <http://www.icj-cij.org/en/case/118>.

entre el Perú y Chile, la Corte tardó seis años en dictar una sentencia sobre el fondo⁵². El caso más extremo, la causa relativa a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein duró casi diez años⁵³.

70. El presupuesto general de la Corte Internacional de Justicia para el bienio 2016-2017 ascendió a 45,8 millones de dólares y se sufraga con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas⁵⁴. Se destinan 14,2 millones a pagar los sueldos de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia (aproximadamente 523.253 dólares por magistrado), sus pensiones, prestaciones y otros gastos. En cuanto a la secretaría de la Corte, se destinaron 24,4 millones de dólares para que proporcionara apoyo jurídico, diplomático, lingüístico y técnico a la Corte. En algunos casos, la Asamblea General otorga un presupuesto complementario para causas concretas que necesitan recursos adicionales⁵⁵. No se dispone de datos concretos sobre el costo medio de las causas contenciosas presentadas ante la Corte Internacional de Justicia, pero se estima que un procedimiento consultivo podría oscilar entre 450.000 y 600.000 dólares⁵⁶.

71. No existen datos fidedignos de los costos que deben sufragar los Estados en los procedimientos de la Corte Internacional de Justicia, ya que no se emite pronunciamiento sobre las costas. Por lo general, ello se aplica a los casos sustanciados ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la OMC, así como en el arbitraje entre Estados. Además, los Estados revelan en muy contadas ocasiones el importe gastado en una causa. No obstante, la asistencia financiera proporcionada a través del Fondo Fiduciario del Secretario General⁵⁷ puede ofrecer alguna información. El 24 de mayo de 2004, se otorgó asistencia financiera por valor de 350.000 dólares de los Estados Unidos a Benin y el Níger, respectivamente, para sufragar los gastos relacionados con la presentación de su controversia fronteriza ante la Corte Internacional de Justicia⁵⁸. El 28 de enero de 2008, Djibouti recibió un anticipo inicial de 136.260 dólares para la incoación de las actuaciones en una causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)⁵⁹.

⁵² Para una sinopsis de la causa, véase <https://www.icj-cij.org/en/case/137>.

⁵³ Para una sinopsis de la causa, véase <http://www.icj-cij.org/en/case/87>.

⁵⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 4 (A/72/6, Secc. 7)*, pág. 2.

⁵⁵ *Ibid.* Suplemento núm. 4 (A/72/4), párrs. 23 a 26. Véase también la resolución 71/272 de la Asamblea General. Se destinó una cantidad adicional de 120.000 dólares para el nombramiento de peritos en una causa relativa a la delimitación marítima en el mar Caribe y el océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua).

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 27. Las opiniones consultivas son dictámenes no vinculantes sobre cuestiones de derecho internacional remitidas a la Corte por los órganos de las Naciones Unidas u organismos especializados.

⁵⁷ El objetivo declarado en la normativa por la se creó el Fondo Fiduciario del Secretario General en 1989 era el de promover el arreglo pacífico de controversias mediante la prestación de asistencia financiera a los Estados como incentivo para someter sus controversias a la Corte Internacional de Justicia. El Fondo funciona gracias a contribuciones voluntarias. La asistencia financiera se otorga a condición de que sea utilizada por el Estado receptor, para sufragar los gastos soportados para presentar una controversia ante la Corte y los costos de la ejecución del fallo. Se puede consultar información adicional en <http://www.un.org/law/trustfund/trustfund.htm>.

⁵⁸ Informe de la Corte Internacional de Justicia a la Asamblea General: el Fondo Fiduciario del Secretario General para Asistir a los Estados en el Arreglo de Controversias por conducto de la Corte Internacional de Justicia (A/59/372), párr. 5.

⁵⁹ Informe de la Corte Internacional de Justicia a la Asamblea General: el Fondo Fiduciario del Secretario General para Asistir a los Estados en el Arreglo de Controversias por conducto de la Corte Internacional de Justicia (A/63/229), párr. 4.

Organización Mundial del Comercio

72. La OMC dispone de un mecanismo para el arreglo de controversias destinado a resolver las diferencias surgidas en relación con sus acuerdos⁶⁰. La OMC marcó los siguientes objetivos de duración para cada etapa del proceso: 60 días para celebrar consultas, una conciliación o una mediación; 45 días para la formación del grupo especial y el nombramiento de sus miembros; seis meses para el informe definitivo del grupo; y tres meses para su distribución a los miembros de la OMC. Si no se apela el informe, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) debe adoptar el informe del grupo especial en el plazo de 60 días, lo que significa que la controversia se resolvería en aproximadamente un año. Si se apela el informe, el Órgano de Apelación debe elaborar el suyo en un plazo que no exceda de 60 a 90 días. El OSD debería adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días, quedando resuelta la controversia en, aproximadamente, un año y tres meses.

73. Estudios recientes indican que esos plazos rara vez se han cumplido. Por ejemplo, las estadísticas señalan que, en las solicitudes de consultas presentadas entre los años 2007 y 2011, la duración media hasta la adopción del informe calculada sobre un total de 40 informes del OSD (incluidos 27 informes de grupos especiales y 13 del Órgano de Apelación) fue de 28 meses. También indican que el 32% de las controversias se resuelven en menos de 2 años, mientras que el 50% necesitan de 2 a 3 años⁶¹. Un análisis más detallado revela que la duración media de las consultas (desde la solicitud hasta la formación del grupo especial) fue de 6,6 meses, el procedimiento ante el grupo especial de 15,1 meses y los procedimientos de apelación de 3,3 meses⁶².

74. Es difícil determinar a partir del presupuesto de la OMC la cantidad asignada para su mecanismo de solución de controversias, pero el presupuesto del Órgano de Apelación de la OMC para 2016 era de 7,5 millones de francos suizos aproximadamente. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el presupuesto del Órgano de Apelación se sufraga con las contribuciones hechas por los Miembros de la OMC, y las partes litigantes no sufragan otros gastos además de sus contribuciones ordinarias.

75. Aunque los bufetes privados participan en la preparación de los escritos que las partes presentan a los grupos especiales o al Órgano de Apelación, no existe información alguna sobre el costo de esas tareas de representación. Los Estados no suelen revelar cuánto se gastó en un caso concreto. Además, algunos Estados han internalizado el costo que supone participar en el mecanismo de solución de controversias de la OMC, lo que hace aún más difícil evaluar los gastos de las partes. El importe máximo de los honorarios que puede cobrar el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC ofrece una idea de los gastos pertinentes. Por ejemplo, el Centro de Asesoría Legal puede cobrar de 72.000 a 144.000 francos suizos por el procedimiento ante el grupo especial, y de 43.000 a 85.000 francos suizos por el procedimiento ante el Órgano de Apelación⁶³.

⁶⁰ Véase el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD, Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC).

⁶¹ Arie Reich, "The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis", *EUI Department of Law Research Paper Núm. 2017/1*, que puede consultarse en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2997094>.

⁶² Louise Johannesson y Petros C. Mavroidis, "The WTO Dispute Settlement System 1995–2015: A Data Set and its Descriptive Statistics", *IFN Working Paper Núm. 1148 (2017)*, que puede consultarse en <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp1148.pdf>.

⁶³ La información está disponible en <http://www.acwl.ch/fees/>.

E. Las explicaciones sobre el aumento de los costos y la duración de los procesos de SCIE y objetivos de política para la reforma

1. Los motivos que explican que los procesos sean prolongados y onerosos

76. Es posible que existan varias razones que expliquen por qué el costo de los procesos de SCIE ha pasado a ser tan alto y su duración tan prolongada, y por qué ambos han aumentado recientemente. Además, las explicaciones variarían en función de las circunstancias de cada caso.

77. En su 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló algunos elementos que podrían incidir en el nivel de los costos de los procesos de SCIE (A/CN.9/930/Rev.1, párrs. 45 a 47 y 65). La presente sección trata de resumir y clasificar los factores, que pueden haber contribuido al aumento del costo y la duración.

La controversia en sí misma

78. La primera categoría de explicaciones guarda relación con la propia controversia.

79. El hecho de que la mayoría de las demandas se basen en tratados de inversión y no en contratos puede ser una de las explicaciones, puesto que esas demandas entrañan cuestiones de derecho internacional. La complejidad de los casos y el carácter fragmentado de las disposiciones relativas a la protección de los inversionistas en distintos tratados de inversión podría proporcionar otra. En general, el carácter abierto de las cuestiones jurídicas que se plantean y la necesidad de estudiar numerosos laudos anteriores, así como otras fuentes jurídicas, puede explicar por qué las partes y los tribunales arbitrales necesitan más tiempo. La complejidad de los casos puede requerir la presentación de un amplio volumen de pruebas, lo que también podría requerir la traducción de esos materiales. La calidad de los registros fácticos también podría influir en la duración total del proceso.

80. Aparentemente, el costo global de los procesos de SCIE está estrechamente relacionado con el importe reclamado por los inversionistas. El Estudio MH 2017 muestra que el importe medio reclamado en los procesos de arbitraje sobre inversiones aumentó considerablemente hasta alcanzar los 2.370 millones de dólares (en comparación con los 491,7 millones del Estudio de 2014)⁶⁴. El valor de la mediana del importe reclamado fue de 196,4 millones de dólares, lo que supuso un aumento con respecto al Estudio de 2014, que había sido de 66,1 millones.

81. El Estudio MH 2017 indica, no obstante, que, a pesar del aumento de las cantidades reclamadas y de los gastos globales, la duración media de los procesos aumentó seis meses, pasando de 3,7 años a 4,3 años. Se indica, además, que el aumento de la mediana fue casi insignificante, de 3,6 años a 3,7 años. Esto puede significar que el importe reclamado por los inversionistas no influye necesariamente en la duración de los procesos.

La actividad de las partes y sus abogados

82. La segunda categoría de explicaciones guarda relación con la actuación de quienes son partes en la controversia o de sus representantes legales.

83. Por ejemplo, tanto los inversionistas demandantes como los Estados demandados emplean mucho tiempo en la preparación del caso y en la presentación de sus escritos. Los Estados, en su condición de demandados, suelen necesitar más tiempo para

⁶⁴ Si se excluyen las cifras del caso *Yukos*, el importe medio reclamado sería de 1.100 millones de dólares.

responder a las demandas de SCIE, dado que deben coordinar la labor de varias oficinas, contratar asesores jurídicos y especialistas para defenderse, así como recopilar las pruebas pertinentes. La voluntad de contratar la mejor representación posible y presentar la defensa más adecuada explica las demoras y el aumento de los costos, a pesar de que los Estados suelen llevar a cabo un proceso de licitación pública para reducir esos costos. Durante el 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo se subrayó que se debería dar a los Estados tiempo suficiente para responder a las reclamaciones (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 50). En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la preparación y la disposición de los Estados a la hora de responder a las demandas de SCIE.

84. La ausencia de un precedente vinculante y la consiguiente falta de previsibilidad podría situar a las partes y a sus asesores letrados ante la obligación de formular todos los argumentos posibles, con independencia de si esos argumentos habían sido aceptados o rechazados anteriormente por tribunales arbitrales (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 44). El hecho de que muchas cuestiones jurídicas sigan sin resolverse hace que las partes inviertan una gran cantidad de recursos en fundamentar su defensa mediante el estudio de numerosos laudos arbitrales anteriores⁶⁵.

85. Las partes también pueden tener la tentación de presentar al tribunal arbitral todas las reclamaciones posibles, debido a que: i) las decisiones serán tomadas por el tribunal designado para esa controversia específica; y ii) aun cuando las resoluciones emitidas por los tribunales arbitrales anteriores hubieran seguido una línea coherente, existe la posibilidad de que el tribunal asignado al caso de que se trate decida otra cosa. Además, el hecho de que el laudo definitivo no pueda ser recurrido supone una carga adicional para las partes, quienes se ven en la necesidad de exponer todos los hechos y las cuestiones de derecho. Por ejemplo, la UNCTAD señaló que los grandes bufetes de abogados, que dominan la esfera de los procesos de SCIE, tienden a movilizar a un equipo de abogados para cada caso que emplean técnicas para litigar que son muy costosas, como la investigación exhaustiva de cada uno de los candidatos a árbitro, un proceso oneroso y amplio destinado a localizar y aportar documentos y una prolongada argumentación sobre los más pequeños detalles del caso⁶⁶.

86. Las reclamaciones presentadas por empresas ficticias, las reclamaciones infundadas o basadas en hechos no demostrados y otras prácticas abusivas, así como las tácticas dilatorias de las partes (como la presentación de la reclamación en múltiples foros, que conduce a la celebración de procesos paralelos) también pueden dar como resultado el aumento del costo y la duración de los procesos de SCIE. El hecho de que el importe medio de las reclamaciones presentadas por los demandantes cuya reclamación prosperó fuera de 794 millones de dólares, frente a los 1.539 millones de dólares reclamados por los demandantes cuyas reclamaciones resultaron infructuosas indica que las demandas mal planteadas han elevado el costo de los procesos de SCIE. En ese contexto, es posible que los mecanismos existentes para desestimar demandas infundadas y atajar otras prácticas abusivas en una etapa temprana no sean satisfactorios ni eficientes.

Composición del tribunal arbitral y sustanciación de las actuaciones

87. La tercera categoría de explicaciones se refiere a la composición del tribunal arbitral y a la sustanciación de las actuaciones.

⁶⁵ UNCTAD, nota 1 *supra*.

⁶⁶ *Ibid.*

88. Las demoras en el nombramiento de los árbitros o la constitución del tribunal arbitral podrían influir negativamente en la duración de los procesos de SCIE⁶⁷. También cabe señalar que la obligación de proporcionar información puede, en algunos casos, dar lugar a demoras. El Grupo de Trabajo observó también que las partes necesitaban desembolsar sumas considerables en la designación de los tribunales arbitrales.

89. El hecho de que comúnmente sean los mismos árbitros los designados para actuar en varios casos también puede explicar las demoras. La falta de disponibilidad de los árbitros para dedicarse plenamente a un caso de SCIE (debido a múltiples nombramientos u otros compromisos como asesores legales o peritos) podría ser otro de los motivos.

90. Como señaló el Grupo de Trabajo, la forma en que se desarrollan los procesos constituye un elemento importante que contribuye a la duración y al costo total de los procesos de SCIE. Una dinámica del tribunal arbitral que dé lugar a prolongadas deliberaciones y, a veces, a opiniones divergentes, puede tener incidencia en el tiempo que se necesita para emitir el laudo. La ineficacia en la gestión de los casos, la falta de organización y las audiencias prolongadas podrían contribuir a una mayor duración y un aumento de los costos. La escasa utilización de instrumentos procesales, como los calendarios y plazos, y el desconocimiento de las tecnologías modernas pueden dar lugar a retrasos y costos innecesarios.

91. La aparente renuencia de los tribunales arbitrales a actuar con decisión en determinadas situaciones por temor a ser recusados o a que se anule el laudo, puede explicar también la ineficacia en la gestión de los casos por parte de dichos tribunales. Por ejemplo, las resoluciones en que se conceden múltiples prórrogas, la admisión de nuevas pruebas fuera de plazo, o la reprogramación de audiencias en el último momento pueden poner de relieve la existencia de un excesivo respeto por las garantías procesales o reflejar una actuación excesivamente prudente.

Motivos sistémicos

92. En el 34º período de sesiones, se señaló que el aumento del costo se relacionaba con cuestiones sistémicas y con la estructura del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados o la ausencia de un sistema de ese tipo. Se añadió que estas cuestiones habían redundado en una falta de uniformidad y, algo que era especialmente importante para los Estados demandados, en la imprevisibilidad del resultado ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párr. 46).

2. Los objetivos de la reforma

93. Cuando surge una controversia entre un inversionista y un Estado, el objetivo de las partes es resolver la controversia de una manera justa y eficaz. Teniendo en cuenta la información mencionada anteriormente, el Grupo de Trabajo tal vez desee llegar a un entendimiento común sobre el objetivo, desde el punto de vista de las políticas que se aplicarían, de las reformas que se llevarían a cabo en materia de SCIE en relación con el costo y la duración de dichos procesos, como la conveniencia y la forma de abordar los problemas encontrados. Por ejemplo, puede ofrecerse un mecanismo por el que las partes puedan resolver sus controversias de una forma razonable, justa y eficaz. También puede destacarse la necesidad de que el tribunal arbitral emita un laudo “correcto”, además de la calidad del laudo o los resultados y, en última instancia, la capacidad de ejecutarlo ([A/CN.9/930/Rev.1](#), párrs. 59 y 71). El Grupo de Trabajo tal vez desee

⁶⁷ En este sentido, el papel de la autoridad de nombramiento y designación tendría que ser examinado, lo que se analiza más detalladamente en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.152](#). También cabe señalar que las partes suelen considerar que esta etapa es demasiado breve.

confirmar que se debe proporcionar el tiempo suficiente a los Estados demandados y a los inversionistas demandantes para preparar sus argumentaciones, así como a los tribunales arbitrales para examinar cuidadosamente el caso y dictar el laudo.

94. En el Grupo de Trabajo se destacó que podía hacerse una distinción entre el tiempo y el costo que se consideraban excesivos e injustificados y los que podrían calificarse de necesarios y justificados. Sin embargo, también se mencionó que incluso los costos y los plazos justificados pueden suponer una pesada carga para los Estados en desarrollo y las pequeñas y medianas empresas.

95. En el 34º período de sesiones se señaló que el costo excesivo podía atribuirse, en parte, a prácticas abusivas, a la existencia de procesos paralelos, a la falta de procedimientos claros y a la ausencia de un mecanismo eficaz para desestimar demandas infundadas en una etapa temprana (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 46). En cuanto a la duración, se señaló que el nombramiento de los miembros del tribunal arbitral, la comunicación de información o presentación de documentos y el dictado del laudo, eran las etapas que más tiempo exigían, lo que daba como resultado largos procesos de SCIE (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 65).

96. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar las observaciones formuladas en el 34º período de sesiones en el sentido de que las inquietudes relativas al costo y la duración deben examinarse en conjunto; los distintos elementos se relacionaban de diferente manera, por lo que, una vez determinadas las inquietudes, era necesario considerarlas desde un punto de vista sistémico (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 59). En ese contexto, el Grupo de Trabajo podría considerar también si las posibles reformas deben o no ser atendidas en forma multilateral.

F. Intentos de abordar las cuestiones del costo y la duración: conveniencia de las reformas

Opiniones preliminares expresadas por los Estados

97. El Grupo de Trabajo, sin perjuicio de la labor que lleve a cabo en el futuro sobre el tema, ha señalado anteriormente algunas posibles soluciones para abordar las inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos. Además, se destacó la necesidad de examinar las cuestiones en el contexto más amplio de las innovaciones en los tratados de inversión y en los reglamentos de arbitraje. Al respecto, en la presente sección se ofrece un panorama general de las medidas que se podrían adoptar para mejorar la eficacia, en términos de costo y duración, de los procesos de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

98. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que esos intentos de mejora, que pueden considerarse una indicación de la conveniencia o la necesidad de llevar a cabo las reformas, no se dirigen necesariamente a los procesos de SCIE en particular, sino que se orientan de una forma más general a abordar las ineficiencias en el arbitraje internacional. Además, si bien el Grupo de Trabajo destacó la necesidad de distinguir entre costos y plazos justificados e injustificados, en las soluciones que se han sugerido no se ha establecido una distinción tan clara.

99. Los esfuerzos actuales para aumentar la eficiencia de los procesos han sido llevados a cabo por los Estados, al incorporar soluciones en los tratados de inversión, por las instituciones de arbitraje, al revisar los reglamentos⁶⁸ u otros materiales de

⁶⁸ Por ejemplo, el Singapore International Arbitration Centre (SIAC) estableció un conjunto diferente de reglas para abordar el desarrollo de los arbitrajes internacionales sobre inversiones. Véase SIAC, "SIAC Announces Official Release of the SIAC Investment Arbitration Rules"

orientación, y por los tribunales arbitrales, al gestionar los casos con las facultades discrecionales que se les han conferido. La CNUDMI también ha revisado su Reglamento de Arbitraje en 2010 para aumentar la eficiencia de los procesos arbitrales que se sustancian en virtud de dicho Reglamento y para incorporar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

100. En el 34º período de sesiones se mencionó que las partes litigantes también influían en la determinación de la duración total de un proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 49). Se señaló que las partes podían optar por utilizar formas de solución de controversias distintas del arbitraje (negociación, consultas, gestiones diplomáticas o mediación). Las partes litigantes también tenían la posibilidad de controlar tanto la duración como el costo del proceso arbitral, gestionando los casos eficientemente⁶⁹ y adoptando decisiones, por ejemplo, al seleccionar sus abogados y peritos, al ponderar su elección de árbitros e instituciones arbitrales para la administración del caso, al acordar un calendario procesal, al decidir dividir los procesos y al solicitar que se desestimara el caso en una etapa temprana, de ser posible (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 51).

Posibles medidas para hacer frente a las inquietudes sobre el costo y la duración

101. A continuación figura una lista no exhaustiva de las posibles medidas que podrían adoptarse para hacer frente a las inquietudes expresadas sobre el costo y la duración, así como para mejorar la eficiencia de los procesos de SCIE, que podría examinar el Grupo de Trabajo. En especial, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta los importantes esfuerzos de reforma que está llevando a cabo el CIADI para abordar las inquietudes que se han planteado relativas al costo y los plazos en sus procesos arbitrales (marcados a continuación con un *)⁷⁰:

- 1) *Carga excesiva sobre las partes a la hora de entablar y participar en procesos de SCIE*
- Promoción de políticas de prevención de controversias
 - Utilización de medios de solución de controversias distintos del arbitraje, tales como la mediación *, los centros de ombudsman
 - Elaboración de procedimientos acelerados y/o simplificados para reclamaciones de pequeña cuantía
 - Utilización de la financiación por terceros por parte de los demandantes y estudio de su empleo por parte de los Estados
 - Creación de centros de asesoramiento similares al Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC o fondos para apoyar a las partes (en especial, a los Estados en desarrollo y las pequeñas y medianas empresas) similares al Fondo Fiduciario creado en la Corte Internacional de Justicia.

(30 de diciembre de 2016), que puede consultarse en <http://www.siac.org.sg/69-siac-news/505-siac-announces-official-release-of-the-siac-investment-arbitration-rules>. El texto del Reglamento del SIAC sobre arbitraje de inversiones está disponible en <http://www.siac.org.sg/our-rules/62-our-rules/rules/504-siac-ia-rules-2017>.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, la Corte Penal Internacional, *Effective Management of Arbitration — A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, que puede consultarse en <https://iccwbo.org/publication/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/>.

⁷⁰ CIADI, nota 11 *supra*.

2) *Plazos más estrictos para disminuir la larga duración de los procesos*

- Introducción de determinados plazos y aplicación de calendarios más estrictos para las partes y el tribunal arbitral a efectos de racionalizar el proceso*
- Mejora en los medios de constitución del tribunal arbitral (por ejemplo, exigiendo al demandante que designe su árbitro en la primera notificación de su demanda)
- Establecimiento de un plazo máximo de 20 días para presentar una solicitud de recusación*
- Establecimiento de plazos máximos para la presentación de cuestiones preliminares o de competencia y para su pronta resolución por parte de los tribunales arbitrales
- Rechazo de las medidas adoptadas por las partes después de la expiración de un plazo, salvo que la parte en cuestión demuestre la existencia de circunstancias especiales que justifiquen el retraso. Las solicitudes de prórrogas en los plazos deben ser motivadas y solo podrán concederse si se presentan antes de la expiración del plazo*
- Los tribunales deben hacer todo lo posible para cumplir los plazos fijados para el dictado de órdenes, resoluciones y laudos, y asumir la nueva obligación de informar a las partes en caso de que no puedan hacerlo, indicando cuándo prevén que podrán cumplir el plazo establecido⁷¹*
- Los tribunales deben decidir con las partes en la primera sesión las cuestiones relativas a la presentación de documentos, y confeccionar una lista de las consideraciones pertinentes a la hora de resolver las controversias derivadas de la presentación de documentos*
- Los laudos deben dictarse en un plazo de 60 días desde la presentación del último escrito en el caso de una solicitud de desestimación por falta manifiesta de fundamento jurídico, en un plazo de 180 días desde la presentación del último escrito en el caso de una excepción preliminar, y en un plazo de 240 días desde la presentación del último escrito en todos los demás casos*.

3) *Medidas para la gestión de los costos*

- Fijación de un presupuesto al comienzo del caso
- Presentación de una tabla de honorarios, incluidos los de los árbitros⁷²
- Aprobación de un límite máximo para los gastos totales
- Ofrecimiento a las partes de más información en tiempo real sobre la situación del caso, incluido el presupuesto.

⁷¹ Informe Anual 2017 del CIADI, pág. 40. En el estudio de 2015 *Queen Mary University of London and White & Case International Arbitration* se informó de que la innovación procesal destinada a reducir el tiempo y el costo del arbitraje que recibió las respuestas más positivas, y las menos negativas, de los participantes fue el “requisito de que los tribunales se comprometan, y notifiquen a las partes, un calendario para las deliberaciones y el dictado de laudo definitivo”. Las personas entrevistadas en el estudio dijeron que “a menudo carecían de toda información acerca de cuándo se dictarían los laudos y desearían estar mejor informadas”.

⁷² La información pertinente puede consultarse en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>.

4) *Mejoras en la administración del proceso*

- Realización de consultas entre el tribunal arbitral y las partes sobre la organización del proceso, con inclusión de conferencias sobre la gestión del caso
- Utilización de calendarios procesales
- Requisito de presentación de escritos o memorias detallados
- Utilización del procedimiento de división de procesos, incluidas las disposiciones de las normas pertinentes
- Utilización de tecnologías modernas (por ejemplo, el uso de presentaciones multimedia y transcripciones electrónicas durante la audiencia, videoconferencias, almacenamiento de documentos en la nube, análisis de datos y examen de documentos asistido por computadora)⁷³
- Los tribunales arbitrales deben celebrar las consultas inmediatamente antes de las audiencias y las deliberaciones personales inmediatamente después de estas⁷⁴
- Capacitación de los árbitros en materia de gestión de casos⁷⁵.

5) *Reclamaciones infundadas o injustificadas*

- Disponibilidad de un mecanismo eficaz y rápido de desestimación en una etapa temprana⁷⁶.

⁷³ Véase *Queen Mary University of London and White & Case, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, págs. 31 a 33.

⁷⁴ CIADI, nota 71 *supra*.

⁷⁵ Por ejemplo, la Corte Penal Internacional y otras instituciones de arbitraje ofrecen capacitación a los árbitros en materia de gestión de casos.

⁷⁶ Por ejemplo, la Regla 41, párr. 5, del Reglamento de Arbitraje del CIADI proporciona un mecanismo para abordar en las etapas preliminares de arbitraje las reclamaciones que manifiestamente carecen de fundamento jurídico. Se habían presentado más de 20 solicitudes de desestimación, lo que había llevado a concluir que en los casos en que estas prosperaban se economizaban tiempo y dinero. En cambio, cuando la solicitud no prosperaba, era claro que se generaban costos y demoras adicionales (A/CN.9/930/Rev.1, párr. 58). Varias instituciones arbitrales han incluido disposiciones expresas sobre la “desestimación temprana” en sus últimos reglamentos. En agosto de 2016, el SIAC introdujo la Regla 26 en su Reglamento de Arbitraje de Inversiones para la desestimación temprana de reclamaciones y excepciones en que hubiera una ausencia manifiesta de fundamento jurídico o que se encontraran claramente fuera del ámbito de competencia del Tribunal. En enero de 2017, la Cámara de Comercio de Estocolmo introdujo en su Regla 39 un “procedimiento sumario” que el Tribunal puede adoptar (a petición de parte) en relación con las alegaciones de hechos o fundamentos jurídicos que sean “manifiestamente injustificables” o que “por cualquier otra causa, sean susceptibles de resolución mediante un procedimiento sumario”. En octubre de 2017, la Corte Penal Internacional publicó unas directrices destinadas a proporcionar una mayor claridad sobre el alcance del “rechazo inmediato de las reclamaciones o excepciones manifiestamente sin fundamento” en virtud del art. 22 del Reglamento de la Corte Penal Internacional de 2017. Algunos tratados de inversión también contienen un procedimiento similar.

6) *Normas relativas a la asignación de costas*

- Normas claras y definitivas sobre la asignación de las costas, pudiendo dictar los tribunales arbitrales órdenes provisionales de asignación de costas con objeto de mantener a las partes informadas sobre este aspecto* y que sean más proclives a reajustarlas
- Para asignar las costas, los tribunales deberían tener en cuenta factores concretos, como el resultado, la conducta de las partes, la complejidad de los asuntos tratados y la razonabilidad de los costos reclamados*, así como la utilización de la financiación por terceros.

7) *Normas relativas a la prestación de garantías para la recuperación de los gastos*

- Normas claras sobre las garantías del pago de las costas⁷⁷ con la posibilidad de suspender las actuaciones en caso de incumplimiento*.

8) *Racionalización de los procedimientos para la presentación de recursos posteriores al laudo*

- Racionalización de los procedimientos de interpretación, nuevo examen y anulación, así como plazos estrictos para el dictado de resoluciones sobre resoluciones complementarias, rectificación, interpretación, nuevo examen o anulación*.

⁷⁷ Por ejemplo, el art.22, párr. 1, del proyecto del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Viet Nam de enero de 2016 dispone que, “el Tribunal puede ordenar que el demandante deposite una garantía equivalente a la totalidad o a una parte de las costas, si existen motivos razonables para creer que el demandante corre el riesgo de no poder cumplir con una posible decisión sobre las costas dictada en su contra”. El art. 22, párr. 2, establece específicamente las consecuencias de un incumplimiento de la orden de la garantía de las costas, con la posibilidad de que el tribunal ordene la suspensión o la finalización de las actuaciones. Véase, en general, Christine Sim, “Security for Costs in Investor-State Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 33, Issue 1, págs. 427 a 495, que puede consultarse en <https://doi.org/10.1093/arbint/aix014>.

9) *Otras medidas*

- Autorizar la presentación de contrademandas o reconvencciones por parte de los Estados demandados⁷⁸
- Hacer frente al abuso de múltiples procesos paralelos⁷⁹
- Disposiciones sobre la acumulación de procesos⁸⁰.

⁷⁸ Es bastante común que, en los casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados, el Estado demandado incluya en su defensa contra las reclamaciones presentadas en virtud de un Tratado varias críticas a la actuación del inversionista. Sin embargo, si bien esas alegaciones ocupan un lugar destacado en la defensa del Estado, rara vez se plantean en una reconvencción por la que solicite medidas de satisfacción. La razón de ello puede radicar en la preferencia instintiva de los Estados por entablar ante sus propios tribunales cualquier reclamación en que se exija una vía de satisfacción. Pero también puede radicar en la percepción de que existen límites a la competencia que tienen los tribunales arbitrales internacionales para conocer de las reconvencciones del Estado. En los tratados de inversión más recientes se incluyen disposiciones que permiten la presentación de reconvencciones. En algunos reglamentos de arbitraje, como en la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre demandas subordinadas, también se preveía esa posibilidad. Si bien el permitir que los Estados demandados presenten reconvencciones puede resultar en una rápida solución de todas las controversias pertinentes, el hecho de que el tribunal arbitral tenga que considerar esas reconvencciones como parte del proceso también puede dar lugar a un aumento del costo y la duración. Véase Jean E. Kalicki, “Counterclaims by States in Investment Arbitration”, que puede consultarse en <https://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>. Véanse también dos recientes decisiones del CIADI sobre la cuestión de la competencia sobre las reconvencciones de los Estados: *Spyridon Roussalis v. Romania*, caso CIADI núm. ARB/06/1 (que puede consultarse en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/1>) y *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, caso CIADI núm. ARB/01/2 (que puede consultarse en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/2>).

⁷⁹ Las disposiciones de los tratados sobre la prohibición del abuso del proceso podrían proporcionar los mecanismos necesarios para permitir que los tribunales arbitrales desestimen las reclamaciones abusivas y, de esta forma, alentar a los inversionistas a pactar un único foro para la solución de sus controversias. Véase Hanno Wehland, “The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes”, *ICSID Review Vol. 31, Issue 3* (octubre de 2016).

⁸⁰ Las disposiciones sobre la acumulación de procesos también son cada vez más frecuentes en los tratados de inversión (véase A/CN.9/881, párrs. 32 a 34). La directriz que se proporciona a los tribunales arbitrales en algunos tratados de inversión es que el tribunal debe actuar en aras de la resolución equitativa y eficiente de las reclamaciones al considerar la posibilidad de una acumulación de procesos. La acumulación también puede llevarse a cabo de conformidad con las disposiciones del correspondiente reglamento de arbitraje institucional. Sin embargo, generalmente no es posible acumular procesos que hayan comenzado siguiendo diferentes reglamentos de arbitraje y/o que se sustancien ante diferentes instituciones de arbitraje.