



Asamblea General

Distr. limitada
11 de febrero de 2020
Español
Original: francés

**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)**
39º período de sesiones
Nueva York, 30 de marzo a 3 de abril de 2020

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Comunicación del Gobierno de Marruecos

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida el 11 de febrero de 2020 del Gobierno de Marruecos. En el anexo figura la traducción al español de dicha comunicación.



Anexo

Ante todo, la delegación de Marruecos desearía felicitar a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) por la labor colosal que ha llevado a cabo en relación con el proceso de reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) al poner a disposición de las delegaciones de los países que participan en la labor del Grupo de Trabajo III una documentación rica y variada sobre el tema de la reforma para que puedan comprender mejor las cuestiones clave y las dificultades que surgen al respecto.

En el marco de la reforma de su modelo de tratado bilateral de inversión (TBI), Marruecos ha diseñado un modelo innovador de tribunal arbitral de apelación que se inspira en las mejores prácticas internacionales en la materia.

A la espera de que se establezca una instancia de apelación en el plano multilateral, Marruecos desea proponer este modelo de tribunal arbitral de apelación a sus socios partidarios de celebrar un TBI en que se contemple un mecanismo de apelación de los laudos arbitrales dictados en el marco de la SCIE.

Además, el nuevo modelo de TBI propuesto por Marruecos prevé la posibilidad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales nacionales para que revisen o anulen los laudos dictados en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y obliga a la parte vencedora a suspender la ejecución del laudo hasta que la parte vencida haya tenido ocasión de entablar ese recurso, para lo cual dispone de un plazo de 90 días.

En la comunicación que remitió a la secretaría de la CNUDMI en marzo de 2019, Marruecos destacó la importancia de que se estableciera un mecanismo de apelación de los laudos arbitrales:

- i) que garantizara la credibilidad del sistema de SCIE evitando que se ejecutaran los laudos erróneos que pudieran afectar considerablemente a los fondos públicos;
- ii) que armonizara la jurisprudencia arbitral sobre las normas de los tratados de inversión relativas a la protección de las inversiones y, por tanto, que promoviera la creación de un derecho internacional de las inversiones más congruente que garantizaría la seguridad jurídica y dotaría de mayor legitimidad al arbitraje sobre inversiones;
- iii) que asegurara que los laudos arbitrales fuesen revisados, no por los órganos jurisdiccionales nacionales, sino exclusivamente por un tribunal arbitral neutral y competente, que resolvería la controversia de acuerdo con los procedimientos y las normas internacionalmente aprobados; y
- iv) que acercara posturas entre Estados en cuanto a su concepción de las disposiciones relativas a la protección de las inversiones al elaborar y negociar sus tratados de inversión.

La apelación en materia de inversiones es igualmente importante porque, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial, resulta muy difícil aceptar el riesgo de que se cometan errores en estos laudos, que abordan cuestiones que son de interés público, habida cuenta de su carácter definitivo.

Los primeros debates en torno a la creación de un mecanismo de apelación para las controversias en materia de inversiones se remontan a los años noventa, y en concreto a los debates celebrados en el marco de la negociación del proyecto de Acuerdo multilateral sobre las inversiones (AMI), pero la idea se abandonó en 1998.

A partir de la década siguiente, varios países decidieron incluir en sus TBI disposiciones relativas al mecanismo de apelación para las controversias en materia de inversiones. Sin embargo, no se ha establecido formalmente ningún mecanismo de apelación en el

marco de estos TBI, que se han limitado a contemplar la posibilidad de que se implante ese órgano.

En 2004 el CIADI estudió la posibilidad de crear y administrar un mecanismo internacional de apelación de los laudos dictados en el marco de arbitrajes entre inversionistas y Estados. Si bien la iniciativa del CIADI no se concretó, la experiencia que ha acumulado el Centro en este ámbito podría jugar un papel importante en la labor que actualmente lleva a cabo el Grupo de Trabajo III para establecer un mecanismo de apelación.

En este contexto, y con vistas a enriquecer el debate sobre esta cuestión, la delegación de Marruecos querría compartir con los participantes en la labor del Grupo de Trabajo III su propuesta de establecimiento de un mecanismo de apelación, que se expone a continuación.

1. Tribunal arbitral de apelación: un mecanismo único, institucional y permanente, afiliado a un órgano de las Naciones Unidas

La delegación de Marruecos opina que el tribunal arbitral de apelación debería ser una instancia multilateral única de carácter permanente, afiliada a un órgano de las Naciones Unidas (ya sea el CIADI o la Corte Internacional de Justicia).

El tribunal arbitral de apelación sería considerado una instancia superior cuyas resoluciones tendrían mayor valor jurisprudencial.

El órgano de las Naciones Unidas prestaría la asistencia necesaria al tribunal arbitral de apelación en el ejercicio de sus funciones.

La delegación de Marruecos no es partidaria de la constitución de un tribunal arbitral de apelación *ad hoc*, puesto que ello aumentaría la duración y el costo del arbitraje, especialmente por el nombramiento de los árbitros y su posible recusación por las partes en la controversia. Además, la adopción de un enfoque *ad hoc* fomentaría la proliferación de tribunales arbitrales de apelación, lo que probablemente promovería la fragmentación del sistema de SCIE y socavaría la congruencia y la uniformidad del derecho en materia de solución de controversias relativas a las inversiones.

2. Nombramiento de los árbitros: una representación equitativa de los países en desarrollo en el tribunal arbitral de apelación

Con el fin de garantizar la imparcialidad y la independencia de los miembros del tribunal arbitral de apelación frente a los Estados y las partes en la controversia, se propone que los miembros sean designados por el Secretario General o el Presidente del órgano de las Naciones Unidas al cual esté afiliado el tribunal para un mandato de seis años, renovable una vez. El tribunal estaría compuesto por entre cinco y siete árbitros o jueces.

Al establecerse los criterios de designación, además de tomarse en consideración el género, debería velarse por que hubiera una representación equilibrada de las diferentes regiones y de los principales sistemas jurídicos del mundo.

A fin de asegurar una representación equitativa de los países en desarrollo en el tribunal arbitral de apelación, se debería impartir la formación necesaria a los jueces originarios de esos países.

Los miembros del tribunal arbitral de apelación deberían tener un perfecto conocimiento del derecho internacional público y del derecho internacional de las inversiones, así como una excelente comprensión de las cuestiones públicas y de interés general, a fin de poder estar en condiciones de pronunciarse con fundamento con respecto a las medidas adoptadas por los Estados en defensa del interés general.

Los miembros del tribunal arbitral de apelación deberían reunir las competencias necesarias, cumplir los requisitos éticos que se establezcan y abstenerse de actuar en calidad de abogado, perito o testigo en casos de SCIE durante el ejercicio de sus funciones.

3. Financiación del presupuesto del tribunal arbitral de apelación: evitar que los Estados tengan que pagar dos veces

La delegación de Marruecos propone que la financiación del mecanismo de apelación corra por cuenta de sus usuarios, es decir, de las partes en las controversias (inversionistas y Estados), y no por cuenta de los Estados, a fin de evitar que estos últimos contribuyan dos veces al mecanismo de apelación, una como país miembro del mecanismo y otra en calidad de país parte en la controversia de que se trate.

Probablemente el hecho de tener que financiar el mecanismo de apelación disuadiría a los usuarios de acudir a él asiduamente.

4. Alcance de la apelación: hacia un sistema simétrico y equilibrado

Tanto el Estado como el inversionista tendrían derecho a apelar un laudo.

No podría formularse una apelación hasta que el laudo dictado por el tribunal arbitral fuera definitivo.

La solicitud de apelación debería presentarse ante la secretaría del tribunal arbitral que hubiera dictado el laudo original en un plazo de 90 días a contar desde la fecha de notificación del laudo.

Únicamente podría entablarse recurso de apelación por alguno de los motivos siguientes:

- a) errores en la aplicación o interpretación de la ley aplicable;
- b) errores graves en la apreciación de los hechos; y
- c) errores cometidos en la evaluación de los daños y perjuicios.

La apelación también podría fundamentarse en los motivos para solicitar la revisión y la anulación del laudo que se enuncian, respectivamente, en el artículo 51 y en el artículo 52, párrafo 1, a), b), c), d) y e), del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI).

Se podrían apelar: i) las decisiones dictadas en los casos de SCIE o ii) las cuestiones preliminares planteadas como objeciones por el demandado (demandas infundadas).

El tribunal arbitral de apelación podría examinar los laudos o las decisiones dictadas por los tribunales arbitrales constituidos en virtud de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales de inversión.

La delegación de Marruecos no es partidaria de que se puedan apelar las sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado anfitrión, incluidas las sentencias dictadas en el marco de controversias derivadas de contratos de inversión o de la aplicación del derecho interno. Las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales nacionales tienen autoridad de cosa juzgada y, por consiguiente, no admiten apelación, puesto que se han agotado todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico nacional, incluido el de apelación.

A fin de reducir la frecuencia con que las partes en las controversias podrían interponer recurso de apelación contra los laudos arbitrales, se debería implantar un procedimiento de examen previo de los laudos a semejanza del que aplica la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), como ya propuso Marruecos en su comunicación de marzo de 2019. Este procedimiento constituiría otro medio más para controlar la calidad del laudo.

También podrían preverse medidas que desincentivaran el recurso sistemático a la apelación como la obligación de prestar caución que garantizara el cobro del importe fijado en el laudo o de las costas del proceso.

Reglamento de apelación: por una mayor transparencia y eficiencia en cuanto a los costos y la duración

Los procedimientos deberían ser transparentes de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

El tribunal arbitral de apelación y las partes en la controversia deberían hacer cuanto estuviera en sus manos por conducir el procedimiento de apelación con celeridad y eficiencia, especialmente en cuanto a su costo y duración.

En el supuesto de que se formulara una apelación, el tribunal arbitral de apelación debería suspender los efectos de la decisión del tribunal arbitral a la espera de resolver el recurso.

El tribunal arbitral de apelación podría desestimar la apelación si constatará que es infundada. También podría desestimarla en un trámite acelerado si constatará que es manifiestamente infundada.

El órgano de las Naciones Unidas al que estuviera afiliado el tribunal arbitral permanente de apelación debería elaborar el reglamento y establecer el procedimiento de apelación, que deberían ser aprobados por los países que se hubieran adherido al acuerdo de creación de un mecanismo permanente de apelación en el ámbito de las inversiones.

La secretaría del tribunal arbitral de apelación ayudaría a las partes en la controversia a cumplir todos los trámites que pudieran ser necesarios en el marco del proceso de apelación.

Ley aplicable

La ley aplicable sería el derecho internacional y el derecho interno del Estado anfitrión.

El tribunal arbitral de apelación estaría vinculado por la interpretación del derecho interno que hicieran los órganos jurisdiccionales competentes del Estado anfitrión. En cambio, la interpretación del derecho interno que hiciera el tribunal arbitral de apelación no vincularía a los órganos jurisdiccionales del Estado anfitrión.

El tribunal arbitral de apelación brindaría a los Estados partes en el tratado de inversión la posibilidad de formular una interpretación conjunta de las disposiciones del tratado que se hicieran valer en el marco de la controversia. Esa interpretación sería vinculante para el tribunal arbitral de apelación en su laudo definitivo.

Decisión del tribunal arbitral de apelación: hacia la consagración del principio de no devolución

El tribunal arbitral de apelación dictaría una resolución definitiva que pondría fin a la controversia y sustituiría la decisión del tribunal arbitral, sin necesidad de devolverle a este último el caso para que volviera a examinarlo sobre la base de sus instrucciones.

Si se devolviera el caso al tribunal arbitral, probablemente se prolongaría el proceso en etapa de apelación y aumentarían los costos. Además, se correría el riesgo de que el tribunal arbitral rechazara las conclusiones del tribunal arbitral de apelación, lo que probablemente socavaría el objetivo perseguido con la creación de este último, especialmente si no tuviera autoridad sobre el órgano que hubiera dictado el laudo original.

El tribunal arbitral de apelación debería garantizar que los tribunales arbitrales constituidos en virtud de los diferentes tratados de inversión hicieran una interpretación homogénea de las disposiciones de dichos tratados.

Los tribunales arbitrales deberían poner a disposición del tribunal arbitral de apelación todos los documentos que este necesitara para dictar un laudo.

El tribunal arbitral de apelación debería dictar su laudo definitivo en un plazo razonable que no superara los 180 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de apelación.

Si el tribunal arbitral de apelación necesitara más tiempo para dictar su laudo definitivo, debería comunicar por escrito a las partes en la controversia los motivos del retraso y proponerles un plazo dentro del cual podría dictarlo. El procedimiento no debería durar en ningún caso más de 300 días.

El tribunal arbitral de apelación podría ratificar, modificar o revocar, total o parcialmente, las conclusiones expuestas en el laudo del tribunal arbitral y dictar un laudo definitivo y firme que tendría fuerza de cosa juzgada.

El tribunal arbitral de apelación debería motivar su decisión de ratificar, modificar o revocar las conclusiones a las que hubiera llegado el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral de apelación debería procurar que sus decisiones fueran adoptadas por consenso. Si no fuera posible llegar a un consenso, debería adoptar la decisión con el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

El laudo definitivo dictado por el tribunal arbitral de apelación sería de obligado cumplimiento para las partes en la controversia, que deberían comprometerse a ejecutarlo sin demora.

Ninguna de las partes en la controversia debería tener la posibilidad de solicitar el reexamen, la anulación o la revisión del laudo definitivo dictado por el tribunal arbitral de apelación ni incoar ningún otro procedimiento similar contra dicho laudo. El laudo definitivo del tribunal arbitral de apelación debería constituir un precedente y una referencia jurisprudencial que deberían invocar los tribunales arbitrales cuando examinaran cuestiones similares planteadas en el marco de los TBI. Se pretende así garantizar la congruencia de los laudos dictados por los tribunales arbitrales y alentar a los Estados a incluir normas de protección similares y congruentes en los TBI que celebren.

Ejecución del laudo

El laudo se ejecutará de conformidad con los tratados aplicables y las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), en particular su artículo V, y de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (2004), en particular sus artículos 18, 19 y 21, que contienen disposiciones sobre la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional.

El artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 prevé, en su párrafo 2, que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

El artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes enumera las clases de bienes del Estado que no pueden ser objeto de medidas coercitivas anteriores o posteriores al fallo, como el embargo y la ejecución.

Además, se podría contemplar un procedimiento de solución de controversias entre Estados en caso de que hubiera problemas para dar cumplimiento al laudo definitivo, como dificultades financieras que el Estado demandado pudiera tener para abonar con efecto inmediato los daños y perjuicios o controversias que pudieran surgir entre el Estado demandado y el inversionista durante el procedimiento de *exequatur* del laudo arbitral.