



Asamblea General

Distr. general
20 de abril de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

50º período de sesiones

Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Posible labor futura en materia de solución de controversias:

Reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Nota de la Secretaría

Índice

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| I. Introducción | 2 |
| II. Posible reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados | 4 |
| A. Fundamento de la reforma | 4 |
| B. Posibles opciones | 6 |
| 1. Adaptación del régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados | 6 |
| 2. Establecimiento de una corte internacional de inversiones | 9 |
| C. Aplicabilidad de la reforma | 16 |
| III. Observaciones finales | 17 |



I. Introducción

1. En su 48º período de sesiones, celebrado en 2015, la Comisión observó con reconocimiento los esfuerzos de cooperación y coordinación que realizaba la Secretaría con las organizaciones que trabajaban en el ámbito del arbitraje y la conciliación internacionales¹. También señaló que las normas de la CNUDMI en ese ámbito se caracterizaban por su flexibilidad y su aplicabilidad general a diversos tipos de arbitraje, desde el arbitraje puramente comercial hasta el arbitraje entre inversionistas y Estados. En consecuencia, la Comisión convino en que la Secretaría siguiera coordinando sus actividades con otras organizaciones en relación con los distintos tipos de arbitraje a los que resultaban aplicables las normas de la CNUDMI, y estuviera atenta a cualquier novedad, además de estudiar posibles esferas de cooperación y coordinación².

2. En lo que respecta al arbitraje entre inversionistas y Estados, la Comisión señaló que la situación imperante planteaba varios problemas y que algunas organizaciones habían formulado propuestas de reforma. En ese contexto, se informó, asimismo, a la Comisión de que la Secretaría estaba realizando un estudio para determinar si la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia” o “Convención de Mauricio”) podía ser un modelo útil para posibles reformas en el ámbito del arbitraje entre inversionistas y Estados, en colaboración con organizaciones interesadas, entre ellas el Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), centro de investigaciones conjuntas del Graduate Institute of International and Development Studies y la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra. En vista de ello, se pidió a la Secretaría que presentara a la Comisión, en un futuro período de sesiones, un informe sobre el tema con información actualizada³.

3. En atención a esa solicitud, en su 49º período de sesiones, en 2016, la Comisión tuvo ante sí una nota en la que se le proporcionaba información actualizada sobre el estudio realizado en el marco de un proyecto de investigación del CIDS y una breve sinopsis de las conclusiones extraídas (A/CN.9/890). La Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría y al CIDS por la investigación realizada.

4. En ese período de sesiones la Comisión escuchó una exposición verbal sobre el estudio de investigación del CIDS (en adelante llamado el “informe del CIDS”)⁴ que tuvo por objeto ofrecer un análisis preliminar de las cuestiones que sería necesario examinar si se emprendiera una reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados⁵ a nivel multilateral. Se indicó que en el informe del CIDS se analizaban a fondo dos opciones diferentes: i) un órgano internacional permanente de solución de controversias que ofreciera acceso directo a entidades

¹ Las ponencias presentadas en el 48º período de sesiones de la Comisión por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y la Secretaría de la Carta de la Energía figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/70/17)*, párrs. 269 a 274.

² *Ibid.*, párr. 268.

³ *Ibid.*

⁴ El informe del CIDS figura en la Internet en http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

⁵ En la presente nota, por “régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados” se entiende, en general, la práctica de recurrir a tribunales de arbitraje establecidos de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el CIADI u otras instituciones de arbitraje, con objeto de resolver controversias planteadas entre inversionistas y Estados. Si bien las normas sobre arbitraje en ese ámbito varían de un tratado sobre inversiones a otro, normalmente presentan los siguientes elementos: i) el inversionista demandante puede interponer una demanda directamente contra el Estado demandado; ii) la controversia es vista por un tribunal arbitral constituido especialmente con ese fin, y iii) las partes litigantes, a saber, el inversionista demandante y el Estado demandado, desempeñan un papel importante en la elección de los integrantes del tribunal arbitral.

privadas y públicas por igual para zanjar diferencias relacionadas con inversiones, y ii) un mecanismo de apelación de los laudos dictados en procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados. Se destacó que en la última parte del informe del CIDS se examinaban posibles medios para que los Estados incorporaran esas opciones a sus tratados actuales y futuros en materia de inversiones. La conclusión a que se llegó con respecto a los actuales tratados sobre inversiones fue que, si bien una convención inspirada en la Convención de Mauricio sobre la Transparencia, con algunas adaptaciones, no era el único modelo que podía tenerse en cuenta con ese fin, bien podría hacer extensivas efectivamente nuevas formas de solución de controversias a los tratados ya existentes.

5. Tras un debate, la Comisión pidió a la Secretaría que estudiara la mejor forma de llevar adelante el proyecto descrito en el documento A/CN.9/890, en caso de que se aprobara como tema de una labor futura en su siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta las opiniones de todos los Estados y demás interesados, así como la forma en que el proyecto podría interactuar con otras iniciativas emprendidas en esa esfera y el formato y los procesos que deberían utilizarse. Se pidió a la Secretaría que, en el marco de esa tarea, celebrara amplias consultas⁶.

6. En consecuencia, la Secretaría envió un cuestionario a los Estados y las organizaciones regionales de integración económica. Las respuestas al cuestionario se reproducen en el documento A/CN.9/918 y sus adiciones.

7. La Secretaría organizó una reunión conjuntamente con el CIDS para consultar a expertos de los Gobiernos y organizaciones intergubernamentales⁷. También se hacen planes para celebrar reuniones a efectos de recabar opiniones de los inversionistas⁸. Además, la Secretaría siguió de cerca o participó en conferencias en las que se examinó la cuestión⁹.

8. A fin de ayudar a la Comisión a proseguir el examen del tema, en la presente nota se ofrece información acerca del proceso de consulta emprendido por la Secretaría en relación con la posible reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados. La Comisión tal vez desee tener presente que también tendrá ante sí otro informe del CIDS relativo a la elección y el nombramiento de los miembros de los tribunales internacionales y la remisión de cada causa a los miembros.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17)*, párrs. 187 a 194.

⁷ La reunión fue auspiciada por el Gobierno de Suiza; el programa de trabajo y las ponencias formuladas figuran en la Internet en: <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/>.

⁸ Las reuniones, incluso con la OCDE y la Cámara de Comercio Internacional, se celebrarán, según lo previsto, con posterioridad a la fecha de presentación de esta nota.

⁹ Por ejemplo, la V Conferencia sobre Solución de Controversias por Vías Alternativas, celebrada en Seúl (República de Corea) los días 12 y 13 de octubre de 2016; el taller sobre un tribunal multilateral de inversiones titulado “Multilateral Investment Tribunal”, celebrado por el King’s College de Londres (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) el 21 de octubre de 2016; la mesa redonda sobre la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados titulada “Reforming Investor-State Dispute Settlement System: the Way Forward”, celebrada en Nueva York (Estados Unidos de América) el 24 de octubre de 2016; la conferencia sobre normas mundiales para un comercio reglamentado titulada “UNCITRAL’s 50 years, Global Standards for Rule-based Commerce”, celebrada en Nueva Delhi (India), con ocasión del cincuentenario de la CNUDMI, los días 28 y 29 de noviembre de 2016; la Reunión de Expertos de Alto Nivel de la Unión Europea y el Canadá, celebrada en Ginebra (Suiza) el 13 de diciembre de 2016; la conferencia sobre arbitraje titulada “Vienna Arbitration Days, ‘Repositioning Arbitration’”, celebrada en Viena (Austria) los días 24 y 25 de febrero de 2017, y la Conferencia de la CNUDMI y el Centro de Arbitraje de Liubliana celebrada en Liubliana (Eslovenia) el 4 de abril de 2017.

II. Posible reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados

A. Fundamento de la reforma

El régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados y críticas que se le han formulado

9. Durante el proceso de consulta se destacaron elementos fundamentales del actual régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados y su origen. En particular, se recordó que se había elaborado a fin de permitir que un nacional extranjero (ya fuera una persona a título individual o una empresa) pudiera interponer directamente una demanda contra un Estado soberano, lo que se apartaba en gran medida de los mecanismos tradicionales, basados fundamentalmente en la institución de la protección diplomática. Lo importante era que el régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados había dado lugar a una “despolitización” de las controversias sobre inversiones y había eliminado efectivamente el riesgo de que esos litigios se agravaran hasta convertirse en conflictos entre Estados¹⁰.

10. El régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados también fue creado en el contexto más amplio de la elaboración de tratados sobre inversiones, como medio de fomentar la confianza en la estabilidad del entorno inversionista. En los últimos decenios los Estados han venido celebrando cada vez más tratados en materia de inversiones y actualmente hay más de 3.000 en vigor. Paralelamente han ido aumentando los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Según la información reunida por la UNCTAD, actualmente hay 767 causas conocidas, y en 2016 se dieron a conocer 62 nuevas causas iniciadas sobre la base de tratados¹¹. Con el tiempo los Estados se han venido familiarizando con el régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados y se han organizado para atender mejor a las reclamaciones de los inversionistas. Así pues, el régimen vigente se ha utilizado y se sigue utilizando ampliamente para dirimir controversias entre los inversionistas y los Estados con neutralidad y flexibilidad.

11. Sin embargo, el régimen actual recientemente ha sido objeto de fuertes y crecientes críticas a nivel mundial. Las preocupaciones expresadas son diversas, pero en general se relacionan con el método empleado para nombrar a los árbitros y la manera en que eso repercute en su independencia e imparcialidad; la falta de uniformidad de un régimen basado en decisiones dictadas por tribunales constituidos para conocer de un litigio en particular (también denominados tribunales “ad hoc”) y la carencia de mecanismos correctivos (es decir, de mecanismos apropiados de control o de revisión); la duración y el costo de las actuaciones, y la falta de transparencia¹².

12. Durante el proceso de consulta se reiteró que las críticas expresadas en torno al régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados fundamentalmente reflejaban inquietudes con respecto a la rendición de cuentas de forma democrática y a la legitimidad del régimen en su conjunto. Si bien son los propios Estados quienes han establecido el mecanismo y, por lo tanto, el consentimiento de estos garantiza su legitimidad con arreglo al derecho internacional,

¹⁰ Véase también el informe del CIDS, párrs. 8 a 14, en http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

¹¹ La Comisión tal vez desee tomar nota de que la UNCTAD elaboró un instrumento informático que proporciona amplia información acerca de los tratados sobre inversiones, así como en lo relativo a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, instrumento este que figura en la Internet en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> y <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

¹² Véase también el informe del CIDS, párr. 22, en http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

eso tal vez no sea percibido necesariamente de ese modo por los Estados o sus grupos de interés¹³.

13. En ese contexto, se subrayó que el concepto que tuviera la opinión pública acerca de cualquier proceso de reforma era la clave del éxito, y que, si se emprendía un proyecto de reforma a nivel multilateral, debía haber una buena corriente de comunicación.

Reforma del régimen de solución de controversias, o reforma de las normas sustantivas de protección de las inversiones

14. Durante el proceso de consulta se observó que podría ser necesario aplicar un criterio inclusivo, es decir, encarar no solo la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sino también de las normas sustantivas de protección de las inversiones. Al respecto, se opinó, en cambio, que sería preferible adoptar un enfoque escalonado a fin de poder avanzar. Se consideró que sería más probable que tuviera éxito una reforma centrada únicamente en el régimen como primera etapa, ya que el análisis de las normas sustantivas muy probablemente entrañaría un proceso diferente y más complicado y suscitaría controversias en torno a las normas que deberían reformarse y a la manera de hacerlo.

15. Como lo observaron los analistas, cabe esperar que una reforma del régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular si se establece un órgano permanente de solución de controversias y/o un órgano de apelación, promueva más la uniformidad que el régimen actual de tribunales arbitrales ad hoc. Al respecto, en el informe del CIDS se hace hincapié en que, aun así, no se lograría una total uniformidad, ya que las normas sustantivas sobre inversiones seguirían emanando de diferentes tratados. No obstante, habría compatibilidad si se aplicara el mismo tratado o distintos tratados que tuviesen disposiciones idénticas o casi idénticas. Por otra parte, aunque se aplicaran disposiciones formuladas de manera diferente en los tratados sobre inversiones, cabría esperar que el afán de uniformidad del órgano permanente de solución de controversias o del órgano de apelación fuera mayor, como consecuencia natural de atributos como la tradición, la continuidad y la colegialidad, que son inherentes a los órganos permanentes y los diferencian de otros constituidos ex profeso con un fin concreto¹⁴.

Cuestiones que podrían examinarse

16. La Comisión tal vez desee tener presentes las siguientes cuestiones que podrían examinarse más a fondo con respecto al fundamento de una posible reforma del régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados:

- i) el objetivo de la reforma (por ejemplo, para atender a las preocupaciones expresadas acerca de la legitimidad, la falta de uniformidad en la adopción de decisiones, la carencia de un mecanismo de revisión, los métodos para nombrar a los árbitros, la independencia e imparcialidad de estos o la duración y el costo del procedimiento), y las características del régimen vigente que deberían conservarse (por ejemplo, la neutralidad, es decir, el distanciamiento de las instancias decisorias de la política y de los intereses empresariales, la ejecutabilidad de las decisiones y la posibilidad de gestionar el proceso y la viabilidad de este);
- ii) la posibilidad de emprender una reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados o bien conjuntamente con una reforma de las normas sustantivas sobre inversiones, o bien por separado;
- iii) la posibilidad de que la reforma consista en adaptar el régimen vigente (véanse los párrs. 17 a 28 *infra*) y de que los ajustes que se realicen sean viables

¹³ *Ibid.*, párrs. 15 a 23.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 73.

y suficientes para atender a las preocupaciones expresadas en torno a la legitimidad (véase el párr. 11 *supra*);

iv) en caso de que la opción preferida para emprender una reforma sea establecer un órgano internacional permanente de solución de controversias (véanse los párrs. 29 a 57 *infra*), la articulación entre el nuevo órgano y el régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

B. Posibles opciones

1. Adaptación del régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados

a) Características del régimen actual

17. Muchos participantes en el proceso de consulta observaron que actualmente existe un marco legal para dirimir las controversias sobre inversiones, a diferencia de lo que ocurría a mediados del decenio de 1960, cuando se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y el marco del arbitraje en materia de inversiones aún estaba en ciernes. Por consiguiente, se mencionó que cualquier reforma del régimen que se introdujese debía articularse con ese marco. El actual marco de solución de controversias entre inversionistas y Estados se caracteriza por el hecho de establecer tribunales arbitrales especialmente para dirimir una controversia de esa índole con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, del CIADI o de otras instituciones de arbitraje. Dentro de ese marco, las dos partes litigantes, es decir, el inversionista demandante y el Estado demandado, desempeñan una función importante en la elección del tribunal arbitral. Los laudos dictados por los tribunales arbitrales son irrevocables y vinculantes, y pueden ser impugnados con arreglo al procedimiento de anulación previsto en el Convenio del CIADI, en el caso de los laudos relacionados con este, y conforme a procedimientos encaminados a dejarlos sin efecto en la sede del arbitraje, si se trata de otros laudos. Los laudos del CIADI pueden ser ejecutados por medio de un sistema autónomo previsto en el Convenio, y los demás, con arreglo a los instrumentos de que se dispone, principalmente la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (la “Convención de Nueva York”). Tanto el Convenio del CIADI como la Convención de Nueva York han sido ratificados ampliamente¹⁵.

18. A raíz de las críticas formuladas al régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados (véase el párr. 11 *supra*), recientemente se han hecho algunos ajustes. El CIADI aprobó nuevas normas en materia de transparencia en 2006 y la CNUDMI hizo lo propio en 2013¹⁶. La Convención de Mauricio sobre la Transparencia, abierta a la firma en marzo de 2015, que entrará en vigor en octubre de 2017, tiene por objeto aplicar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento sobre la Transparencia”) a los tratados sobre inversiones celebrados antes de abril de 2014, es decir, antes de su fecha de entrada en vigor. El Reglamento sobre la Transparencia se ha incorporado a casi todos los tratados en materia de inversiones celebrados desde que entró en vigor¹⁷. Cabe suponer que las normas de

¹⁵ El Convenio del CIADI cuenta con 161 Estados partes y la Convención de Nueva York, con 157.

¹⁶ En 2013 la CNUDMI aprobó el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento sobre la Transparencia”), junto con un nuevo artículo 1, párrafo 4, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010). El Reglamento sobre la Transparencia, que entró en vigor el 1 de abril de 2014, comprende un conjunto de normas procesales que ofrecen la transparencia y accesibilidad al público del arbitraje entre inversionistas y Estados sobre la base de tratados.

¹⁷ La situación en que se encuentran la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre la Transparencia puede consultarse por Internet en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html y http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

transparencia servirán para entender mejor la interpretación dada por los tribunales arbitrales a las normas sobre inversiones y que, con el tiempo, redundarán en una mayor uniformidad de las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales.

19. Otros medios para atender a las críticas formuladas en torno al actual régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados son el posible establecimiento de un órgano independiente de apelación y posibles ajustes de los procedimientos relativos al nombramiento y los requisitos éticos de los árbitros.

b) Posibles ajustes

i) Cuestiones relativas al establecimiento de un órgano independiente de apelación

20. Una reforma que consistiera en crear un órgano de apelación significaría que el régimen actual conservaría la mayoría de sus elementos básicos y sería complementado con un mecanismo de apelación. Un órgano de apelación permanente, o al menos semipermanente, por oposición a los tribunales arbitrales *ad hoc*, podría servir para lograr uniformidad y compatibilidad entre los distintos tratados sobre inversiones. Por esa razón, se suele hablar de un mecanismo de apelación como posible respuesta en atención a los reclamos en pro de una mayor compatibilidad de las decisiones de los tribunales arbitrales en las controversias entre inversionistas y Estados, así como en aras de la corrección jurídica¹⁸.

21. Pese a que en la mayoría de los regímenes de arbitraje se hace hincapié en la irrevocabilidad de los laudos, por lo que está prohibido apelarlos, de todos modos hay ejemplos de regímenes de arbitraje institucional que han previsto la revisión de los laudos arbitrales en apelación¹⁹. Según se ha indicado en las respuestas al cuestionario enviado por la Secretaría a los Estados y las organizaciones regionales de integración económica, con arreglo a algunas leyes de arbitraje nacionales, las partes pueden convenir en llevar a cabo un proceso de arbitraje estructurado en dos niveles, sin que exista indicación alguna de que la presencia de una segunda instancia desvirtúe el proceso de arbitraje²⁰. Por lo tanto, esta clase de reforma no sería totalmente ajena al régimen vigente en la materia.

22. Durante el proceso de consulta se mencionó que no existían problemas para establecer un órgano de apelación que se encargara de revisar las decisiones de los tribunales *ad hoc*. En particular se mencionaron dos riesgos vinculados a la presencia

¹⁸ Véase el informe del CIDS, párrs. 189 y 283; asimismo, en el párr. 188 de ese informe se observa que cabe esperar que, aunque no exista un régimen multilateral de protección sustantiva de las inversiones, un único mecanismo multilateral de apelación “elaboraría un conjunto de principios generales con autoridad legal” que trascenderían del acuerdo internacional sobre inversiones en cuestión. La “visión” más amplia del mecanismo de apelación sobre ciertos problemas (por ejemplo, si la cláusula de la nación más favorecida se aplica a la solución de controversias, cuáles son los límites de las cláusulas del trato justo y equitativo o si una expropiación pasa a ser ilegal por la mera falta de pago de la indemnización, para mencionar solo algunos) muy probablemente impregnaría el régimen [de los tratados sobre inversiones] trascendiendo de las nociones propias de un tratado en particular; el informe del CIDS puede consultarse en http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, el Reglamento de Apelación de Laudos Arbitrales (Arbitration Appeal Rules) del Arbitrators’ and Mediators’ Institute of New Zealand (AMINZ) (2009); el Reglamento de Arbitraje Opcional en Segunda Instancia (Optional Appellate Arbitration Rules) de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (2013); el Procedimiento de Apelación Opcional de Laudos Arbitrales (Optional Arbitration Appeal Procedure) de JAMS (2003); el Procedimiento de Apelación de Laudos Arbitrales (Arbitration Appeal Procedure) del International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) (2015); el Reglamento de Arbitraje de la Corte Europea de Arbitraje (CEA) (2015), artículo 28; en el sector de los productos básicos, véase el Reglamento de Arbitraje núm. 125 de la Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), artículos 10 a 15; en cuestiones relacionadas con el deporte, puede interponerse un recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS) contra un laudo dictado por ese Tribunal actuando como tribunal de primera instancia, si la apelación está expresamente prevista en el reglamento de la federación u organismo deportivo de que se trate; véase el Código del TAS-CAS, R47(2).

²⁰ Véanse el documento A/CN.9/918 y sus adiciones.

de un mecanismo de apelación. En primer lugar, si se admitían las apelaciones, estas podrían pasar a ser la norma, ya que los Estados y los inversionistas que hubiesen perdido un litigio muy probablemente interpondrían un recurso de apelación, aunque más no fuera para rendir cuentas a nivel interno. En segundo lugar, los recursos de apelación podrían dar lugar a la duplicación del proceso arbitral mismo en cuanto a su duración, costo y complejidad, lo que podría obrar en detrimento de los Estados y los inversionistas de escasos recursos.

23. Otra cuestión que cabría examinar es la relación entre un posible órgano de apelación y el Convenio del CIADI, que excluye todo recurso de apelación o de otra índole que no esté previsto en sus propias disposiciones (artículo 53).

24. La Comisión tal vez desee examinar las siguientes cuestiones en relación con el establecimiento de un órgano de apelación:

- i) si se debería crear un solo órgano de apelación para conocer de los recursos contra los laudos, independientemente de las normas aplicables, y en qué medida eso sería viable, así como la manera de atribuir competencia a ese órgano;
 - ii) la composición del órgano de apelación: por ejemplo, la manera de nombrar a sus miembros, los procedimientos que deberían utilizarse para evitar conflictos de intereses y el papel de las partes litigantes, si lo tuvieran, en lo que respecta a elegir a sus miembros o a formular los procedimientos;
 - iii) los motivos para interponer un recurso de apelación: en particular, si deberían abarcar tanto los errores (claros/graves/manifiestos) de derecho como los cometidos al investigar o determinar los hechos, o si deberían limitarse a los primeros; la norma de revisión que debería adoptarse (es decir, si habría una norma de deferencia judicial o si se haría una revisión *de novo*); si existiría la facultad de remisión del órgano de apelación al tribunal arbitral y, de ser así, cómo se delinearía;
 - iv) si las decisiones del órgano de apelación serían vinculantes para las partes litigantes únicamente, o si un principio jurídico establecido en sus decisiones constituiría un precedente;
 - v) la relación del órgano de apelación con los mecanismos de anulación vigentes;
 - vi) las cuestiones especiales de ejecución relativas a la creación de un órgano de apelación para complementar el régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados, y
 - vii) si la sede del órgano de apelación diferiría de la del arbitraje en primera instancia; en caso afirmativo, los criterios que se utilizarían para determinar la elección de la sede.
- ii) *Cuestiones relacionadas con otros métodos para nombrar a los árbitros y con su código de conducta*

Nombramiento de los árbitros

25. De las consultas se desprende que una de las principales críticas con respecto al actual régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados guarda relación con el nombramiento de los árbitros por las partes, la falta de diversidad en ese sentido y la falta de transparencia de ese proceso. Otro ajuste que podría hacerse al régimen actual consistiría en establecer un nuevo mecanismo para nombrar a los árbitros que se asemejara más a un sistema de tribunales judiciales, en el que las partes litigantes no eligen a los jueces²¹.

²¹ En el régimen actual el proceso de nombramiento de árbitros está basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. En lo que respecta a nombrar a los árbitros para casos concretos de arbitraje, la norma es que los nombren las partes, en combinación con un mecanismo de nombramiento supletorio. Los informes muestran que, en el 75% de las causas vinculadas al

26. Existen varias opciones para establecer un nuevo procedimiento de nombramiento en el marco del régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Por ejemplo, dos elementos que podrían examinarse más a fondo son si las partes podrían convenir en recurrir a un grupo preestablecido de árbitros, con arreglo al artículo 37 del Convenio del CIADI y el Reglamento de su Mecanismo Complementario, y si el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y su procedimiento de designación y nombramiento de autoridades admitirían la adaptación del proceso de nombramiento.

27. Una duda planteada durante las consultas fue si un procedimiento por el cual las partes no tuvieran el derecho de nombrar a los árbitros podría seguirse calificando de arbitraje a efectos de la ejecución con arreglo a los instrumentos vigentes. Al respecto, en el informe del CIDS se subraya que el elemento más importante para calificar de arbitraje a un procedimiento es que se recurra a él en virtud de un acuerdo entre el Estado y el inversionista. Ese consentimiento suele comprender la aceptación del método de elección de los árbitros previsto en el instrumento aplicable²².

Código de conducta

28. En los tratados sobre inversiones celebrados recientemente se ha incorporado un código de conducta para los árbitros a fin de garantizar el respeto de altas normas éticas y profesionales. Cabe observar que en esos códigos se definen procedimientos para asegurar que se dé a conocer toda situación que pueda desembocar, real o presuntamente, en un conflicto de intereses. También se han previsto en ellos medidas concretas para determinar si puede surgir o ha surgido un conflicto de intereses. La Comisión tal vez desee tomar nota de que la preparación de un código de conducta también es uno de sus posibles temas de examen en el futuro (véase el documento A/CN.9/916).

2. Establecimiento de una corte internacional de inversiones

29. Una opción más radical para introducir una reforma consistiría en la creación de una corte internacional de inversiones, que sería un órgano permanente integrado por miembros permanentes (o semipermanentes) y encargado de resolver controversias en materia de inversiones. A partir de hechos pasados y recientes²³, esa opción también se

Reglamento del CIADI, los árbitros son nombrados por las partes, y que el mecanismo supletorio, por el cual hay una institución encargada de hacerlo, se utiliza principalmente para nombrar al presidente del tribunal. Según informó la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA), en los casos en que se aplica el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, algunas veces se utiliza una lista de nombres de posibles árbitros; véanse las ponencias presentadas durante las consultas en la reunión del CIDS y la CNUDMI celebrada los días 2 y 3 de marzo de 2017, que figuran en <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/>.

²² Véase el informe del CIDS, párrs. 81 a 99, en

http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

²³ En el decenio pasado hubo un intenso debate acerca de la creación de órganos permanentes en el régimen de los tratados sobre inversiones, así como repetidos llamamientos para la creación de esos órganos, tanto en forma de mecanismo de apelación como sustituyendo más radicalmente el régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados por un órgano permanente de solución de controversias: véanse, en general, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIA II*, UNCTAD (2014), pág. 192, y *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, de la serie de notas sobre cuestiones relativas a los acuerdos internacionales de inversión (International Investment Agreement Issues Note), UNCTAD (2013), núm. 2, pág. 8; véanse también, en general, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIAs II*, UNCTAD (2014), pág. 194, y *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, UNCTAD (2013), núm.2, pág. 9. Las más significativas de estas propuestas son los intentos realizados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) [véase *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, documento de debate de la Secretaría del CIADI (2004), pág. 5] y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), así como el lenguaje programático contenido en varios tratados sobre inversiones [véase, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea, de fecha

ha analizado durante el proceso de consulta. Consistiría en establecer un mecanismo de solución de controversias verdaderamente multilateral que daría lugar a la creación de una corte internacional de inversiones (también llamada “tribunal internacional de inversiones” u “órgano internacional de solución de controversias”). Esa corte se establecería, en general, mediante un instrumento jurídico fundacional, el estatuto, en el cual los Estados pasarían a ser parte.

30. La corte internacional de inversiones podría estar basada en un sistema de resolución estructurado en dos niveles, dotado o no de una instancia de apelación integrada. En ese contexto, la existencia de una instancia de apelación integrada no debe confundirse con el establecimiento de un órgano de apelación como el mencionado en los párrafos 20 a 24 *supra*, que conlleva la creación de un mecanismo de apelación de los laudos dictados en el marco del régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados. El establecimiento de una corte internacional de inversiones significaría apartarse del régimen actual. En resumen, ese órgano aportaría características fundamentales de los tribunales nacionales e internacionales al procedimiento de solución de controversias en materia de inversiones. Un proceso multilateral encaminado a establecer esa clase de tribunal tendría por objeto velar por la compatibilidad de los esfuerzos en pro de la reforma y abordaría el problema de la fragmentación del régimen imperante.

31. Durante el proceso de consulta se expresaron las siguientes opiniones en relación con el establecimiento de una corte internacional de inversiones:

i) Una corte internacional de inversiones debería a) conocer de las controversias que surgieran en relación con los tratados actuales y futuros en materia de inversiones; b) promover la transparencia; c) velar debidamente, al mismo tiempo, por la salvaguardia de los derechos de los inversionistas y del derecho de los Gobiernos de establecer reglamentaciones, y d) prever un mecanismo eficiente para resolver controversias; en ese contexto, se consideró más eficiente contar con un mecanismo integrado de apelación, habida cuenta de las cuestiones de orden público a que se suele hacer frente en esos casos, aun cuando eso pudiera prolongar las actuaciones;

ii) Una corte internacional de inversiones tal vez debería disponer de a) mecanismos para lograr la pronta desestimación de las demandas infundadas; b) la posibilidad de alentar a las partes a resolver su litigio recurriendo a la mediación, y c) un mecanismo para atender a las posibles reconveniones de los demandados; en ese contexto, se mencionó que la corte permitiría consolidar las causas y lograr que se gestionara mejor la relación entre los procedimientos tramitados a nivel interno y los recursos que pueden obtenerse por conducto de procesos internacionales, limitando las instancias de posibles procedimientos concurrentes²⁴.

32. Durante el proceso de consulta se examinaron los principales elementos de una posible corte internacional de inversiones. Estos abarcan cuestiones relativas a sus miembros, los mecanismos de revisión, la ejecución y el costo de su creación y funcionamiento.

a) Cuestiones relativas a los miembros de la corte

33. Las consultas abarcaron cuestiones relativas a la composición y la estructura de la corte internacional de inversiones con objeto de examinar más a fondo aspectos

1 enero de 2015 (anexo 8-E)] y las avanzadas innovaciones para la creación de órganos permanentes de inversiones en los recientes tratados pertinentes [véanse, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y el Canadá (AECG) (Capítulo 8, Sección F), o el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Viet Nam (Capítulo 8.II, artículo 3)]; en estos dos últimos instrumentos se contempla el establecimiento de un mecanismo multilateral permanente y se hace referencia a ese mecanismo.

²⁴ La Comisión tal vez desee tener presente que la cuestión de los procedimientos concurrentes en el arbitraje en materia de inversiones es uno de sus posibles temas de examen en el futuro (véase el documento A/CN.9/915).

como el nombramiento de sus miembros y los requisitos éticos y en materia de nacionalidad. A continuación debería hacerse una distinción entre la manera de elegir a esas personas como miembros de una corte internacional de inversiones y la manera de nombrarlos o asignarlos a un panel para decidir sobre determinado litigio.

34. Durante las consultas se subrayó que el proceso de selección debía ser transparente, riguroso y susceptible de supervisión por parte de todos los interesados a efectos de garantizar legitimidad y de granjearse la confianza de la opinión pública. En el proceso de elección y nombramiento deberían tenerse en cuenta la independencia e imparcialidad de los miembros de la corte, su nacionalidad y la posibilidad de que los inversionistas hicieran aportes al proceso o participaran en él (véase el párr. 36 *infra*). Otros aspectos que deben tenerse en cuenta en ese proceso son los conocimientos y la experiencia de los candidatos, así como también la distribución geográfica y el equilibrio de género. Un aspecto que se destacó durante las consultas fue que, a fin de garantizar su integridad, las personas elegidas y nombradas deberían abstenerse, en general, de realizar otras actividades relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados que pudieran suscitar conflictos de intereses.

35. Los criterios para determinar el número total de miembros de la corte internacional de inversiones serían el número de causas previstas²⁵ y la necesidad de asegurarse de que estén representados los diversos regímenes jurídicos y Estados partes. El costo y la infraestructura son también cuestiones destacadas que tendrán repercusiones prácticas en la viabilidad de una posible corte internacional de inversiones (véanse los párrs. 51 a 57 *infra*)²⁶.

36. Se preguntó si únicamente los Estados participarían en el proceso de elección, o si se consideraría la posibilidad de consultar a organizaciones mercantiles, es decir, organizaciones que representarían los intereses de los inversionistas, con objeto de evitar que se eligieran siempre, o casi siempre, personas que estuvieran “de parte del Estado”, en particular si el sistema iba a ser financiado por los Estados en su totalidad. Se subrayó que los Estados podían ser tanto receptores de inversiones como lugar de origen de los inversionistas, razón por la cual tendrían en cuenta ambas clases de intereses al elegir a los miembros de la corte.

37. Con respecto a remitir litigios a los miembros de la corte, se examinaron dos modelos diferentes. Uno de ellos comprendía la preparación de una lista de nombres de la cual las partes litigantes elegirían a las personas que constituirían el tribunal o panel. Con ese criterio se mantendrían algunos rasgos del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En el otro modelo las partes litigantes no intervendrían en absoluto en la constitución del panel que conocería de su litigio.

38. Al respecto, la Comisión tendrá ante sí un informe del CIDS al respecto en el que se darán ejemplos de órganos internacionales existentes en relación con el número de jueces que los componen²⁷, los diversos procesos de presentación de candidaturas y selección²⁸, la duración del mandato de los jueces (y la posibilidad de reelección)²⁹, el número de integrantes de un panel³⁰ y los métodos para remitir las causas.

²⁵ El CIADI proporcionó la siguiente información: actualmente hay unas 70 nuevas causas tramitadas por el CIADI por año, el 34% de ellas suspendidas antes de que se dicte un laudo, y la duración media de las actuaciones es de tres años.

²⁶ Los diversos elementos para tener en cuenta con respecto a la duración del mandato de los miembros se examinan en el informe del CIDS (véase el párr. 170), que figura en: http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

²⁷ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (47 jueces), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (28 jueces), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (21 jueces), la Corte Internacional de Justicia (15 jueces), el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (9 árbitros) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (7 miembros).

²⁸ Por ejemplo, la presentación de candidaturas por parte de los Estados contratantes (Tribunal Internacional del Derecho del Mar), o por otros grupos de interés (Corte Internacional de Justicia).

39. Tal vez la Comisión desee examinar las cuestiones siguientes con respecto a los miembros de una corte internacional:

- i) el proceso de elección (si deberían ser elegidos por los Estados o por medio de diferentes mecanismos que posiblemente abarcaran consultas con los inversionistas o la participación de estos) y el número de miembros y la posibilidad de llevar una lista de candidatos;
- ii) el número de integrantes de un panel o división y los métodos para nombrar a los de un panel o división en particular (si debería haber una lista de candidatos de la cual pudieran elegir las partes litigantes);
- iii) si debería haber restricciones respecto de la nacionalidad;
- iv) el mecanismo que podría preverse para aumentar el número de miembros de la corte.

b) Cuestiones relativas a los mecanismos de revisión

40. En las consultas también se trató la cuestión de los mecanismos de control de las decisiones de una posible corte internacional de inversiones, en particular en cuanto a los recursos de anulación y apelación y a las diversas opciones, entre ellas, las decisiones preliminares, las determinaciones adoptadas por el tribunal en pleno y los mecanismos de consulta. En general se consideró que un mecanismo de revisión debería tener por objeto conjugar la necesidad de proporcionar un mecanismo eficiente de solución de controversias con la de salvaguardar el correcto desenvolvimiento del proceso de adopción de decisiones.

41. Según algunas opiniones expresadas durante las consultas, el recurso de anulación es un mecanismo de control generalmente vinculado al arbitraje, aunque si se creara una corte internacional de inversiones con carácter de órgano permanente, un mecanismo de control semejante a la instancia de apelación podría ser más idóneo y podría contribuir en mayor medida a atender a las críticas expresadas con respecto al régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

42. En cuanto a incorporar un mecanismo de apelación, los aspectos que cabría considerar cuidadosamente serían si la revisión debería limitarse a las cuestiones de derecho o también debería comprender la determinación de los hechos, y cuál debería ser la norma de revisión. Una instancia de apelación podría tener diferentes propósitos, entre ellos, garantizar la idoneidad de las decisiones, la legitimidad del sistema y la compatibilidad de las decisiones. Mediante un mecanismo de apelación también podrían abordarse sistemáticamente varias cuestiones recurrentes en relación con los tratados.

43. Durante el proceso de consulta se mencionaron diversos medios para garantizar la idoneidad y compatibilidad de las decisiones, principalmente: i) las decisiones preliminares, ii) las determinaciones adoptadas por el tribunal en pleno y iii) los mecanismos de consulta³¹. El procedimiento de decisiones preliminares aborda la incompatibilidad *ex ante*, y no *ex post*, como es el caso de la apelación. No obstante,

²⁹ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (9 años, no renovable), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (6 años, renovable una vez), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (9 años, renovable), la Corte Internacional de Justicia (9 años, renovable una vez) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (4 años, renovable una vez).

³⁰ Por ejemplo, salas de 15 a 17 jueces en el tribunal internacional de Justicia; salas de 7 o 17 jueces en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; salas de 3, 5 o 15 jueces en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y salas de 3 árbitros o el tribunal completo de 9 árbitros en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, integrado por 7 miembros, actúa en grupos de 3, pero intercambia opiniones sobre las causas entre todos sus miembros y recibe firme apoyo institucional para la preparación de las decisiones (véase también el párr. 175 del informe del CIDS).

³¹ Véase también el informe del CIDS, párrs. 125 a 137, que figura en http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf.

se consideró que las decisiones preliminares serían útiles para garantizar compatibilidad, pero no lo suficiente como para garantizar la idoneidad de las decisiones. Se sugirió combinar las decisiones preliminares con otros mecanismos de revisión, como el recurso de apelación o de anulación. Otros mecanismos pueden ser la remisión de una causa en particular de una división al tribunal en pleno para llegar a la determinación definitiva. En el ordenamiento jurídico de varios países se han previsto mecanismos de esa índole para abordar la falta de uniformidad y la incompatibilidad de las leyes³².

44. La Comisión tal vez desee tener presente que el informe del CIDS contiene análisis de las opciones normales de control, recurso de anulación e instancia de apelación integrada (y de cuestiones pertinentes como la composición del tribunal de apelación, los motivos para interponer el recurso de apelación y las normas de revisión, el efecto de la decisión de la instancia de apelación y el carácter vinculante de esa decisión). También se examinan diversas alternativas en lugar de un régimen que prevea una instancia de apelación integrada³³.

45. Las cuestiones concretamente relacionadas con los recursos de anulación y de apelación y otros sistemas de control abarcan los siguientes aspectos:

- i) los objetivos principales y la utilidad de los mecanismos de control;
- ii) con respecto al recurso de anulación, si sería mejor establecer un régimen integrado autónomo y, de ser así, qué aspectos procesales deberían tenerse en cuenta, entre ellos, los motivos para solicitar la anulación;
- iii) con respecto a la instancia de apelación integrada, qué interacción habría entre un mecanismo de apelación y el recurso de anulación (en caso de preverse); cuándo y en qué condiciones podría interponerse un recurso de apelación; cuáles serían los motivos para interponerlo, en particular, si estos deberían abarcar tanto los errores (claros/graves/manifiestos) de derecho como los errores cometidos al investigar y/o determinar los hechos, o limitarse exclusivamente a los primeros; cuál sería la norma de revisión (es decir, si habría una norma de deferencia judicial o si se procedería a una revisión *de novo*, y qué decisiones podrían apelarse), y si existiría la facultad de remisión del órgano de apelación al tribunal arbitral y, de ser así, cómo se delinearía;
- iv) con respecto a las posibles alternativas, los mecanismos que cabría considerar; cuál de ellos podría cumplir mejor el propósito previsto; la relación de esos otros mecanismos con la anulación de los laudos, y la mejor manera de aplicarlos al nuevo régimen.

c) Cuestiones relativas a la ejecución

46. La ejecución de las decisiones de una corte internacional de inversiones es esencial para garantizar la eficacia del régimen. Se tuvieron en cuenta dos situaciones diferentes: la ejecución de una decisión de la corte en el territorio de los Estados que se hubieran adherido a su estatuto y la ejecución en Estados que no fuesen parte en este.

47. Con respecto a la ejecución de las decisiones de una posible corte internacional de inversiones en el territorio de un Estado que se haya adherido a su estatuto, hay dos posibles opciones. La primera de ellas sería prever un régimen especial de ejecución en el propio estatuto, por ejemplo, estableciendo la obligación de los Estados contratantes de reconocer el carácter vinculante de las decisiones de la corte internacional de inversiones y de ejecutar las obligaciones emanadas de ellas como si fueran sentencias firmes de sus propios tribunales. Una segunda opción sería disponer que las decisiones de la corte internacional de inversiones fuesen ejecutables en virtud de la Convención de Nueva York, con arreglo a la cual los Estados conservan cierto

³² *Ibid.*, párr. 132.

³³ *Ibid.*, párrs. 105 a 137.

control sobre la decisión invocando los motivos enunciados en el artículo V de la Convención para denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias³⁴.

48. Los Estados que no sean parte en el estatuto no estarían sometidos a ningún régimen allí previsto. Actualmente no existe ningún régimen uniforme para la ejecución de sentencias de los tribunales internacionales, y en la mayoría de los Estados no existe fundamento legal ni mecanismo judicial alguno para ejecutarlas³⁵. Por consiguiente, la ejecutabilidad de las decisiones de la corte internacional de inversiones dependería en gran medida de que esas decisiones se rigieran por la Convención de Nueva York³⁶.

49. En el informe del CIDS se examina a fondo la cuestión de la ejecución de las decisiones de una posible corte internacional de inversiones³⁷. Se intenta determinar si un órgano permanente de solución de controversias reuniría los requisitos necesarios para ser considerado un “órgano arbitral permanente” con arreglo a la Convención de Nueva York, ya sea en el “sentido ordinario” de su artículo I, párrafo 2, o según una “interpretación evolutiva” del término en la que se tuviese en cuenta el desarrollo del derecho internacional y del arbitraje desde 1958. Al analizar si el proceso sometido a una corte internacional de inversiones podría calificarse de “arbitraje”, se opinó que la base consensual de la competencia de la instancia decisoria constituiría un criterio esencial que se cumpliría con respecto al nuevo proceso de solución de controversias (véase el párr. 27 *supra*). Además, en general parece aceptarse que los laudos “deslocalizados”, en particular los dictados con arreglo al Convenio del CIADI, pueden ejecutarse conforme al régimen de la Convención de Nueva York cuando su reconocimiento o ejecución se soliciten en un Estado no contratante del Convenio.

50. Al respecto, las cuestiones que cabría someter a un examen preliminar son las siguientes:

- i) si el estatuto de una posible corte internacional de inversiones debería contener un régimen específico de ejecución;
- ii) la manera de ejecutar las decisiones de la corte internacional de inversiones en los Estados que no fueran parte en su estatuto, en particular, la función que desempeñarían los tribunales nacionales en lo que respecta a ejecutar las decisiones de la corte internacional;
- iii) si la corte internacional de inversiones no tuviese un régimen específico de ejecución, los requisitos necesarios para que sus decisiones fuesen ejecutables con arreglo a la Convención de Nueva York, y si una instancia de apelación integrada afectaría a la ejecutabilidad de las decisiones de la corte internacional de inversiones con arreglo a la Convención de Nueva York.

d) Cuestiones relativas a los costos

51. Durante el proceso de consulta se mencionaron algunas consideraciones básicas examinadas en el informe del CIDS en lo que respecta a la financiación de una corte internacional de inversiones o de un órgano independiente de apelación. Si bien serían las características de la corte y del órgano de apelación las que determinarían los recursos financieros necesarios, en los hechos mayormente serían los recursos financieros de que se dispusiera los que determinarían la forma y la estructura del órgano en cuestión.

52. En estos momentos no es posible proporcionar una cifra estimada debido a las posibles variaciones y a la incertidumbre acerca de la manera en que funcionaría el nuevo régimen³⁸. Algunas de las variaciones que podrían tener consecuencias para la

³⁴ Informe del CIDS, párr. 140.

³⁵ Véanse en el documento A/CN.9/915 y sus adiciones las respuestas a la pregunta 6.

³⁶ Informe del CIDS, párr. 143.

³⁷ *Ibid.*, párrs. 138 a 164.

³⁸ Durante el proceso de consulta se proporcionaron algunas cifras relacionadas con el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del

estructura del presupuesto del nuevo régimen son el objetivo básico de la reforma, el alcance y el fundamento jurídico de los litigios, las funciones esenciales del régimen, la decisión de que este sustituya los mecanismos existentes o coexista con ellos, el número de litigios que se espera tramitar, el idioma de trabajo y el hecho de prestar otros servicios de solución de controversias.

53. Durante el proceso de consulta se presentaron dos opciones en relación con el establecimiento de una corte internacional de inversiones. Una posibilidad sería que ese régimen se añadiese al régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados o que fuese auspiciado por una institución existente. Un enfoque de esa índole permitiría utilizar recursos existentes para la preparación y la etapa inicial del establecimiento y, de esa manera, reducir los gastos. Esto esencialmente exigiría la aprobación de otro mandato por parte de los grupos de interés del régimen o la institución existentes, lo que, de todos modos, a su vez exigiría más recursos financieros.

54. Otra posibilidad sería que la corte internacional de inversiones fuese establecida independientemente de cualquier mecanismo o institución existentes. En ese caso, podría concebirse que los Estados que se hubiesen adherido al estatuto de la corte se encargaran, en general, de financiarla (lo mismo rige para un órgano permanente de apelación). Cabe tener presentes varias cuestiones, entre ellas, la manera más acertada de distribuir la carga del presupuesto entre los Estados constituyentes, habida cuenta de que tal vez no todos los Estados se sumarían en las etapas iniciales del establecimiento del órgano y que el número de tratados sobre inversiones celebrados por los Estados, así como de demandas interpuestas contra ellos, difieren considerablemente.

55. Una alternativa sería cobrar una tarifa a los usuarios, entre ellos los inversionistas demandantes, lo que contribuiría a financiar el órgano en cuestión. La tarifa que se cobraría a los usuarios podría variar de un importe para cubrir los gastos mínimos de administración a un importe que permitiera sufragar una parte importante del presupuesto. Este último criterio se consideró potencialmente conveniente para disuadir a los inversionistas de interponer demandas infundadas. En ese contexto, también se mencionó que una de las críticas formuladas al régimen actual era que los miembros del tribunal eran elegidos y remunerados por las partes, y que, por lo tanto, la financiación de todo nuevo régimen debería organizarse de una manera que garantizara la independencia e imparcialidad de las instancias decisorias. Durante el proceso de consulta también se examinó si en el régimen de la corte internacional de inversiones se abordarían las costas procesales correspondientes a las partes litigantes, que constituyen un porcentaje considerable de los costos globales del actual régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En algunos tratados recientes en materia de inversiones figuran disposiciones al respecto³⁹.

56. En cuanto a la estructura presupuestaria del nuevo régimen, durante el proceso de consulta se determinaron tres aspectos amplios. El primero es la remuneración de los miembros de la corte, que dependerá de ciertas variables, como el número de

Comercio (OMC) a fin de comparar i) el número de jueces o miembros; ii) el presupuesto asignado para remunerar a los jueces o miembros; iii) el presupuesto y la estructura del personal (incluido el número de funcionarios) del Registro y la Secretaría; iv) el órgano rector (la Asamblea de los Estados Partes, en el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, o el Órgano de Solución de Diferencias) y la entidad que le presta servicios de secretaría; v) la ubicación de los locales y los arreglos pertinentes con el país anfitrión; vi) el número de Estados miembros que contribuyen al presupuesto y los Estados contribuyentes fundamentales. La comparación con el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el Órgano de Apelación de la OMC podría no ser muy pertinente, ya que esas instituciones únicamente se encargan de dirimir controversias entre Estados. Las ponencias sobre este tema figuran en la Internet en <http://www.cids.ch/events-2/past-events/634-2/>.

³⁹ Por ejemplo, el AECG y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Viet Nam disponen que sea la parte perdedora la que se haga cargo de las costas; en comparación, en el caso de los tribunales internacionales permanentes encargados de dirimir controversias entre Estados, el principio general es que cada parte sufrague sus propias costas.

personas de que se trate, su grado de dedicación (exclusiva, parcial o de guardia) y sus sueldos, prerrogativas e inmunidades, incluidos los beneficios fiscales y los aportes jubilatorios. El segundo es la financiación del registrador o la secretaría. Una vez más, el presupuesto variaría dependiendo del número de funcionarios, su grado de dedicación y su estructura de sueldos, así como de los servicios que se prestaran. El tercero son las instalaciones, que abarcarían los locales, los gastos de conservación, los servicios de seguridad, los servicios de información y comunicaciones y demás aspectos conexos.

57. En ese contexto, se mencionó la posibilidad de que el nuevo órgano tuviese oficinas regionales para que estuviera más al alcance de los usuarios. También se mencionó el establecimiento de un centro de asesoramiento con objeto de prestar apoyo a los países en desarrollo en lo que respecta a las controversias en materia de inversiones. El presupuesto de ese centro de asesoramiento, que serviría de gran ayuda a los países en desarrollo, podría formar parte del presupuesto global del nuevo régimen o existir por separado.

C. Aplicabilidad de la reforma

58. Un tercer elemento que se tomó en consideración durante el proceso de consulta fue la cuestión de la aplicabilidad de la reforma a las controversias que surgieran en relación con los tratados existentes en materia de inversiones. Las opciones de reforma que se tienen en cuenta en la presente sección son la creación de un órgano independiente de apelación (véanse los párrs. 20 a 24 *supra*) o la creación de una corte internacional de inversiones (véanse los párrs. 29 a 57 *supra*).

59. Las cuestiones en examen son determinar si podría considerarse la posibilidad de establecer un mecanismo multilateral, posiblemente inspirado en el modelo de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia, a efectos de hacer extensivas las nuevas opciones para la solución de controversias a aquellas que surgieran en relación con los tratados existentes en materia de inversiones y, en caso afirmativo, las cuestiones jurídicas que cabría considerar.

60. En diversos ámbitos del derecho internacional público existen precedentes en cuanto a modificar tratados bilaterales por medio de un instrumento multilateral. Por ejemplo, en el estudio de la OCDE titulado “Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales” (el “estudio de la OCDE”)⁴⁰ se observa que “se han dado una serie de situaciones en las que los Estados han adoptado convenios multilaterales para introducir reglas y normas internacionales comunes y, de esa forma, armonizar la red de convenios bilaterales como ha sucedido, por ejemplo, en materia de extradición”⁴¹.

61. El documento A/CN.9/890 y el informe del CIDS proporcionan información acerca de las cuestiones que cabe tener en cuenta si se adopta un enfoque similar al de la Convención de Mauricio para la aplicación de una reforma. En resumen, este enfoque aliviaría a los Estados de la carga que supone emprender los procedimientos de modificación potencialmente complejos y prolongados establecidos en sus numerosos tratados vigentes en materia de inversiones. En efecto, un mecanismo de aplicación de la reforma inspirado en el modelo de la Convención de Mauricio haría que las innovaciones fuesen directamente aplicables a los tratados existentes en materia de inversiones, en el caso de los Estados que desearan aceptar esas innovaciones.

62. Por otra parte, un mecanismo multilateral inspirado en la Convención de Mauricio podría permitir que la reforma se iniciara en calidad de proyecto multilateral

⁴⁰ *Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales, Acción 15-Informe final 2015*, OCDE (2015), Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, publicación de la OCDE.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 33, párr. 14.

al que pudieran sumarse otros Estados posteriormente, cuando lo considerasen apropiado. Eso también fortalecería las perspectivas de éxito de la reforma.

63. Una reforma procesal del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados podría dar lugar a una enmienda o modificación de las disposiciones pertinentes de los tratados vigentes en materia de inversiones, en particular si el propósito de la reforma fuera sustituir los mecanismos vigentes en la materia por un nuevo régimen. En ese caso, debería prestarse atención a las disposiciones sobre posibles enmiendas o modificaciones que se hubiesen previsto en los tratados sobre inversiones⁴².

64. Según el enfoque de la Convención de Mauricio, si se pusiera en práctica un proyecto de reforma de esa índole, la primera tarea consistiría en determinar las características de la reforma que se aplicaría. Eso sería fiel reflejo de lo que se hubiese decidido con respecto a la transparencia, si el contenido de las nuevas disposiciones en la materia se hubiese convenido primero en el Reglamento sobre la Transparencia. El siguiente paso lógico consistiría en determinar el mecanismo pertinente que permitiera hacer extensiva la reforma a los tratados existentes en materia de inversiones.

65. Además, si se aplica una reforma, podrían preverse mecanismos para introducir cierta flexibilidad en lo que atañe a los compromisos de los Estados. Al respecto, cabe señalar que la Convención de Mauricio admite un número limitado de reservas y que podría adoptarse un criterio análogo en relación con el proyecto de reforma.

66. Dentro de los límites convenidos, los Estados podrían restringir la aplicación de la reforma formulando reservas o declaraciones apropiadas de adhesión o de exclusión. Esas posibilidades servirían para atender a determinadas preocupaciones u objetivos concretos de los Estados.

III. Observaciones finales

67. La Comisión tal vez desee examinar la posibilidad de abocarse a analizar el tema de la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Al respecto, quizá desee tener presente que actualmente hay diversas iniciativas en curso en ese ámbito. El CIADI ha iniciado un proceso de consulta sobre una posible reforma de su reglamento⁴³. El Canadá y la Unión Europea, que han establecido un nuevo sistema de tribunales de inversiones en un reciente acuerdo económico y comercial general, sostuvieron consultas sobre una posible reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados⁴⁴. Entre las organizaciones que actúan en esa esfera y que participaron en el proceso de consulta llevado a cabo por la CNUDMI cabe mencionar, además del CIADI, a la CPA, la UNCTAD y la OCDE. La necesidad de introducir reformas ha sido reconocida en diversos foros especializados en la política de inversión (entre ellos, la UNCTAD, la OCDE y el Banco Mundial). Como se ha subrayado en algunos estudios, el mecanismo de solución de controversias internacionales en materia de inversiones desempeña una función importante para atraer inversionistas y para reforzar la confianza en el entorno de la inversión. En consecuencia, es esencial garantizar que el proceso de solución de esas controversias se desarrolle con eficacia y que quienes participen en esos litigios o se vean afectados por ellos tengan confianza en él.

68. Durante las consultas se destacó que las gestiones que se emprendieran para proceder a una reforma del régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados debían ser transparentes, debían realizarse a nivel multilateral a fin de evitar la fragmentación y debían ofrecer la posibilidad a entidades del sector privado de expresar sus opiniones. En general se opinó que el proceso de reforma

⁴² Véanse el documento A/CN.9/918 y sus adiciones, pregunta 5.

⁴³ Véase la información disponible en el sitio web del CIADI, en <https://icsid.worldbank.org/sp/>.

⁴⁴ Véase el cuestionario de la Unión Europea sobre opciones para una reforma multilateral del régimen de solución de controversias en materia de inversiones, publicado en Internet en http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233.

debía ser el resultado de un esfuerzo colectivo inclusivo que admitiera aportes de Estados de diferentes niveles de desarrollo económico y de distintas tradiciones jurídicas. También se destacó la importancia que revestía la gestión acertada de la corriente de comunicación en todo proceso de reforma que se llevara a cabo.

69. Durante el proceso de consulta se mencionaron ejemplos de tribunales internacionales establecidos con los auspicios de las Naciones Unidas, por ejemplo, la Corte Penal Internacional⁴⁵ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁴⁶.

⁴⁵ En ese contexto, puede resultar interesante observar los procesos que desembocaron en la creación de la Corte Penal Internacional. En 1994 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó un proyecto de estatuto de la corte penal internacional y recomendó que se convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiar el estatuto y preparar una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional. El mismo año la Asamblea General estableció un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas derivadas del proyecto de estatuto preparado por la CDI y, a la luz de ese examen, considerar los arreglos necesarios para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios (resolución 49/53 de la Asamblea General). En 1995 el Comité Especial recomendó que prosiguiera la labor, entre otras cosas con miras a reformular el texto del proyecto de estatuto preparado por la CDI. La Asamblea General estableció el Comité Preparatorio, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, o del Organismo Internacional de Energía Atómica, para seguir examinando las principales cuestiones sustantivas y administrativas suscitadas por el proyecto de estatuto preparado por la CDI (resolución 50/46 de la Asamblea General). El Comité Preparatorio trabajó hasta 1998. Ese mismo año se celebró la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. La Secretaría preparó el texto del proyecto de reglamento de la Conferencia y estableció fondos fiduciarios para sufragar la participación de los países menos adelantados y los países en desarrollo en la labor del Comité Preparatorio y en la Conferencia.

⁴⁶ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en cuyo anexo VI figuran los estatutos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, fue negociada entre 1973 y 1982 y abierta a la firma ese último año, y entró en vigor en 1994 (tras haber recibido 60 ratificaciones). Los jueces fueron elegidos en agosto de 1996 y la primera causa fue sometida al Tribunal en noviembre de 1997.