

**Asamblea General**

Distr. limitada
29 de noviembre de 2019
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)**
38º período de sesiones (continuación)
Viena, 20 a 24 de enero de 2020

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Mecanismo de apelación y tribunal multilateral****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Mecanismo de apelación y tribunal multilateral	3
A. Mecanismo de apelación	3
1. Propuestas formuladas en las comunicaciones	3
2. Cuestiones que habría que analizar	4
3. Opciones para establecer un mecanismo de apelación	9
B. Tribunal multilateral permanente de inversiones	14
1. Propuesta y preguntas formuladas en las comunicaciones	14
2. Cuestiones que habría que analizar	15
3. Vínculos con otras opciones de reforma.	18



I. Introducción

1. En sus períodos de sesiones 34° a 37°, el Grupo de Trabajo dedicó su labor a la posible reforma del sistema de SCIE sobre la base del mandato que le había conferido la Comisión en su 50° período de sesiones, celebrado en 2017¹. En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo determinó cuáles eran las inquietudes que se planteaban en relación con el sistema de SCIE, las analizó y consideró que sería conveniente reformarlo.
2. En su 38° período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre el calendario del proyecto (A/CN.9/1004, párrs. 16 a 27 y 104)².
3. Con respecto al período de sesiones en curso, el Grupo de Trabajo convino en dedicarlo al examen de los siguientes temas: i) mecanismo independiente de examen o apelación; ii) tribunal multilateral permanente de inversiones; y iii) selección y nombramiento de árbitros y decisores (A/CN.9/1004, párrs. 25 y 27).
4. En consecuencia, la presente nota tiene por objeto exponer las cuestiones fundamentales que se plantean en relación con el mecanismo de apelación y el tribunal multilateral permanente de inversiones. Las opciones de reforma en lo que respecta a la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales de SCIE, que deberían examinarse junto con esta nota, figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.169.
5. La presente nota se preparó utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema³ y no pretende expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que corresponde al Grupo de Trabajo analizar.

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/72/17), párrs. 263 y 264. Las deliberaciones y decisiones correspondientes a los períodos de sesiones 34° a 37° se detallan en los documentos A/CN.9/930/Rev.1 y su adición, A/CN.9/935, A/CN.9/964 y A/CN.9/970, respectivamente.

² Las deliberaciones y decisiones del 38° período de sesiones se reseñan en el documento A/CN.9/1004; en el documento A/CN.9/WG.III/WP.166 se describen a grandes rasgos las opciones de reforma.

³ La bibliografía consultada abarca las siguientes obras: “Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap”, de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, publicado como documento de investigación del Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS) (en adelante “el informe del CIDS”) y disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf; “Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community”, de D. Gaukrodger y otros, publicado en 2012 en el fascículo núm. 2012/3 de la serie *OECD Working Papers on International Investment* de la División de Inversiones de la OCDE; “The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward”, de K. Sauvant, publicado como documento sobre opciones de política (Policy Options Paper) de la Iniciativa E15 del Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible (ICTSD) y el Foro Económico Mundial en 2016; “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century”, de Jean E. Kalicki y Anna Joubin-Bret, publicado en el volumen 4 de la serie *Nijhoff International Investment Law Series; Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, editado por Karl Sauvant, Oxford University Press; *Appeal mechanism for ISDS Awards, Interaction with New York and ICSID Conventions, Conference on Mapping the Way Forward for the Reform of ISDS*, de Albert Jan van den Berg; “From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, and Standalone Appeal Mechanism: Multilateral Investment Appeals Mechanisms”, de Marc Bungenberg y August Reinisch, publicado en el *European Yearbook of International Economic Law*; véanse también las referencias bibliográficas publicadas por el Foro Académico, disponibles bajo “Additional Resources” en https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute, y en www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/.

II. Mecanismo de apelación y tribunal multilateral

A. Mecanismo de apelación

6. La posibilidad de establecer un mecanismo de apelación se sugirió en varias de las propuestas formuladas por los Gobiernos con miras a las deliberaciones que tendrían lugar durante la tercera etapa del mandato del Grupo de Trabajo (las “comunicaciones”)⁴. A continuación se exponen las principales cuestiones que habría que analizar en relación con el establecimiento de ese mecanismo, junto con las formas que podría adoptar esa opción de reforma.

1. Propuestas formuladas en las comunicaciones

7. En las comunicaciones en que se propone la creación de un mecanismo de apelación se destaca que las funciones principales de ese mecanismo consistirían en responder a las inquietudes señaladas en las dos primeras etapas del mandato del Grupo de Trabajo. En particular, se señala que el objetivo de esta opción de reforma es lograr que se dicten decisiones correctas desde el punto de vista procesal y sustantivo y se rectifiquen los errores que puedan haberse cometido en las decisiones de los tribunales de SCIE⁵. En tal sentido, cabe observar que en una de las comunicaciones se indica que un mecanismo de apelación permitiría revisar y corregir las decisiones de los tribunales de SCIE, ofreciendo de ese modo a las partes una resolución coherente y justa⁶. Se indica además que, en vista del aumento del número de casos de SCIE, un mecanismo de apelación contribuiría a aumentar la concordancia, la coherencia y la previsibilidad de las decisiones dictadas en el marco de la SCIE. El objetivo sería que, con el tiempo, los procesos de solución de controversias se caracterizaran por un mayor grado de responsabilidad por las decisiones dictadas, y que se pudiera elaborar un conjunto de principios generales e interpretaciones con respaldo legal a fin de aumentar la coherencia y la previsibilidad del régimen de inversiones⁷.

8. La creación de un mecanismo de apelación también se menciona en una comunicación como un medio de aumentar la legitimidad del sistema de SCIE y como un factor importante para promover la aplicación de las normas del estado de derecho en la solución de controversias entre inversionistas y Estados⁸. De ese modo, el régimen de SCIE se asemejaría más a los mecanismos jurisdiccionales que suelen prever la revisión judicial de las sentencias de primera instancia con el fin de rectificar errores judiciales y garantizar la uniformidad y la coherencia en la solución de los litigios.

9. También se destacan los efectos que tendría un mecanismo de apelación en el costo y la duración de los procesos⁹. Este aspecto, así como la medida en que una apelación

⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros (órgano de apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), comunicación del Gobierno de Marruecos (examen previo del laudo y del mecanismo permanente de apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón (mecanismo de revisión en segunda instancia basado en tratados específicos); [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador (mecanismos permanentes de revisión y apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China (mecanismo independiente de apelación); la opción de reforma también se analiza en los documentos [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), comunicación del Gobierno de Sudáfrica, y [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), comunicación del Gobierno de Bahrein.

⁵ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), comunicación del Gobierno de Marruecos; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

⁶ Véase [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador.

⁷ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), comunicación del Gobierno de Marruecos; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

⁸ [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

⁹ Véase [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador; véase también [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), comunicación del Gobierno de Bahrein, en la que se examina esta opción de reforma.

duplicaría el propio proceso de primera instancia, deberían tenerse en cuenta al diseñar un mecanismo de apelación.

2. Cuestiones que habría que analizar

a) Naturaleza y alcance de la apelación

10. Los motivos en que puede fundarse la apelación y los criterios de examen son dos cuestiones fundamentales que deben tenerse en cuenta al establecer un mecanismo de apelación.

i) Alcance del examen

11. Una cuestión que habría que analizar es: i) si un error en la interpretación de la ley o en su aplicación debería admitirse como motivo de apelación y, en caso afirmativo, si el examen que se realizara para determinar si se cometieron errores jurídicos debería limitarse a determinadas cuestiones de derecho; y ii) si un error en la determinación de los hechos también podría ser admisible como motivo de apelación.

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, si solo se permite apelar por cuestiones de derecho, el procedimiento de apelación sería relativamente más rápido y sencillo y se facilitaría la gestión de los casos pendientes¹⁰. En efecto, un examen de las cuestiones de hecho y de derecho llevaría más tiempo, puesto que las partes tendrían que volver a exponer sus pretensiones y argumentos. Sin embargo, a veces puede ser difícil diferenciar las cuestiones de derecho de las cuestiones de hecho, ya que podrían estar estrechamente interrelacionadas.

13. A modo de ejemplo, los recursos que pueden presentarse ante el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) tienen únicamente por objeto “las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este”¹¹. De manera similar, conforme al régimen del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), solo las cuestiones de derecho pueden ser objeto de un recurso de revisión¹². Los recursos de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limitan a las “cuestiones de derecho”¹³.

14. En cambio, en algunos tratados de inversión celebrados recientemente que prevén un mecanismo de apelación se establece que los motivos de apelación se extienden a las cuestiones de hecho (incluida la apreciación del derecho nacional pertinente) y a las causas previstas en el artículo 52, párrafo 1, apartados a) a e), del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴.

15. Los laudos dictados en el marco del CIADI son inapelables, pero se puede solicitar su anulación por determinadas causas¹⁵. A este respecto, en 2004 se propuso que se creara un mecanismo de apelación en el marco del CIADI (“2004 ICSID Appeals Facility proposal”, en adelante “propuesta de creación de un mecanismo de apelación en el CIADI, de 2004”), que habría permitido impugnar un laudo por errores de derecho,

¹⁰ Véase A/CN.9/WG.III/WP.175, comunicación del Gobierno del Ecuador, en la que se indica que el recurso debería limitarse a los errores en la aplicación del derecho.

¹¹ Art. 17, párr. 6, del anexo 2, titulado “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”, del Acuerdo de la OMC.

¹² Art. 17, párr. 2, del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

¹³ Art. 58 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴ Véanse, por ejemplo, el art. 3.19 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018); el art. 3.54 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019); y el art. 8.28 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (en vigor con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017).

¹⁵ Art. 52, párr. 1, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

errores de hecho y cualquiera de las cinco causas de anulación previstas en el artículo 52 del Convenio del CIADI¹⁶.

16. En varios tribunales y cortes internacionales en la esfera del derecho penal, los fallos son apelables por errores de hecho o de derecho¹⁷. Los errores o vicios de procedimiento se admiten también como motivo de apelación ante la Corte Penal Internacional y el Tribunal Especial para Sierra Leona¹⁸. El órgano de apelación del Tribunal de Arbitraje Deportivo tiene plenas potestades para examinar las cuestiones de hecho y de derecho¹⁹.

17. En otros órganos internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y varios tribunales regionales, los fallos son inapelables, pero se puede solicitar su revisión si se descubre un hecho nuevo²⁰. La revisión difiere de la apelación no solo porque los motivos en que puede fundarse un recurso de revisión son más limitados, sino porque el órgano que realiza la revisión es el mismo que dictó el fallo original. En cambio, cuando se presenta un recurso de apelación normalmente se supone que el órgano que cumple la función de apelación es un órgano diferente, que no está integrado por ninguno de los magistrados que intervinieron en la primera instancia.

18. En el plano nacional pueden distinguirse dos sistemas principales. En los países de tradición jurídica romanista, con frecuencia el órgano de apelación vuelve a examinar las cuestiones de hecho y de derecho. En los países del *common law*, por lo general el órgano de apelación se limita a examinar de nuevo las cuestiones de derecho, mostrando gran deferencia por las conclusiones a que se haya llegado sobre las cuestiones de hecho en la primera instancia. En ambos sistemas de derecho, la posibilidad de recurrir ante un tribunal supremo suele estar limitada a cuestiones de derecho y a errores manifiestos en la exposición de los fundamentos.

ii) Criterios de examen

19. Un aspecto que cabría analizar es si el mecanismo de apelación debería prever un nuevo examen de las cuestiones planteadas o si debería conceder cierto grado de deferencia a las conclusiones del órgano de primera instancia. Una formulación que limitara la posibilidad de apelar a la existencia de errores “claros”, “graves” o “manifiestos” en las conclusiones de hecho o de derecho, dependiendo de los motivos de apelación, restringiría el alcance del examen y definiría el “equilibrio de poderes” entre la primera y la segunda instancia. En una comunicación se sugirió que el cometido del mecanismo de apelación debería ser analizar si, además de errores de derecho, se habían cometido errores manifiestos en la apreciación de los hechos, pero que no debería realizar un nuevo examen de los hechos (véase el párr. 53 *infra*)²¹.

20. Cabe señalar, a modo de ejemplo, que el criterio de examen de las cuestiones jurídicas en los mecanismos internacionales de apelación no suele estar sometido a restricciones²². No obstante, cabe observar que, en la propuesta de creación de un

¹⁶ Documento de debate titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, preparado por la secretaría del CIADI (22 de octubre de 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, párr. 7.

¹⁷ Art. 81, párr. 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; art. 25, párr. 1, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia; art. 26, párr. 1, del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano; art. 20 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

¹⁸ Art. 81, párr. 1, del Estatuto de Roma, y art. 20 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

¹⁹ Art. 57 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje Deportivo.

²⁰ Arts. 59 a 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; art. 127 del Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; art. 80 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; art. 48, párr. 1, del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos; art. 26 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

²¹ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros.

²² Véanse, por ejemplo, el art. 17, párr. 6, del anexo 2, titulado “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”, del Acuerdo de

mecanismo de apelación en el CIADI, de 2004, se sugirió que se limitara el examen de las cuestiones jurídicas a los “errores de derecho claros”²³, y que, con frecuencia, los mecanismos de apelación en el ámbito del derecho penal limitan el examen de las cuestiones jurídicas a aquellas que “determinen la nulidad de la sentencia”²⁴.

21. El criterio de examen de las cuestiones de hecho suele limitarse, por ejemplo, a los “errores manifiestos”, como surge de varios tratados de inversión celebrados recientemente²⁵, o a “graves errores de hecho”, motivo de apelación que, como se sugirió en la propuesta de creación de un mecanismo de apelación del CIADI, de 2004, debe definirse con precisión para mostrar la debida deferencia por las conclusiones a que haya llegado el tribunal arbitral con respecto a los hechos²⁶. El examen de las cuestiones de hecho que pueden realizar los mecanismos de apelación de varios tribunales penales internacionales se limita a los errores de hecho que hayan “ocasionado una denegación de justicia”²⁷.

iii) Decisiones apelables

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el alcance de la apelación y plantearse, por ejemplo, si debería limitarse a las decisiones sobre cuestiones de fondo dictadas en primera instancia por tribunales de SCIE, o si debería aplicarse también a otras decisiones, como las relativas a impugnaciones y medidas provisionales.

23. Para no crear un régimen engorroso ni duplicar los ya existentes, y a fin de aprovechar al máximo la instancia de apelación, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si podría asignarse al mecanismo de apelación la función de examinar las decisiones y laudos dictados por diversos órganos, a saber, tribunales arbitrales, un tribunal multilateral permanente de inversiones, tribunales regionales de inversiones y tribunales comerciales internacionales. Además, cabría analizar si las sentencias de los órganos judiciales nacionales podrían someterse al mecanismo de apelación en los casos en que se hubieran vulnerado los derechos del demandante (por ejemplo, en los casos de denegación de justicia, que es un motivo de apelación claramente reconocido por el derecho internacional consuetudinario) (véase el párr. 48 *infra*).

b) Efecto de la apelación

i) Relación entre la primera y la segunda instancia

24. Convendría analizar con cuidado las cuestiones que atañen a la relación entre la primera instancia y el mecanismo de apelación. Una de esas cuestiones es si debería otorgarse al órgano de segunda instancia y, si así fuera, en qué medida, la facultad de devolver las actuaciones al órgano de primera instancia con instrucciones, o si el órgano de segunda instancia podría confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia y dictar una resolución definitiva sobre el asunto sin tener que remitir nuevamente las actuaciones al tribunal arbitral de primera instancia. La posibilidad de devolver las actuaciones al tribunal arbitral original puede analizarse a la luz de diversos

la OMC; el art.17, párr. 2, del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR; y el art. 58 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²³ Documento de debate titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, preparado por la secretaría del CIADI (22 de octubre de 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, párr. 7.

²⁴ Art. 20 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; art. 26, párr. 1 a), del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

²⁵ Art. 3.19 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018); art. 3.54 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019); art. 8.28 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (en vigor con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017).

²⁶ Documento de debate titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, preparado por la secretaría del CIADI (22 de octubre de 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, párr. 7.

²⁷ Art. 20 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; art. 26, párr. 1 b), del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

elementos, entre ellos las consecuencias que ello tendría para la duración total del proceso y la naturaleza (especial o permanente) de los tribunales de SCIE cuyas decisiones serían apelables.

25. Otra cuestión que cabe analizar es si un mecanismo de apelación permitiría no solo revisar una decisión de primera instancia sino también anularla, a fin de evitar dificultades en los procedimientos conexos.

26. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si la apelación debería suspender temporalmente la validez de la decisión de primera instancia y si también debería excluir la posibilidad de recurrir la decisión de primera instancia ante los órganos jurisdiccionales nacionales, por ejemplo en el proceso de reconocimiento y ejecución.

27. A modo de ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC puede “confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial”, pero no tiene la facultad de devolver las actuaciones. Los informes del Órgano de Apelación de la OMC son vinculantes para las partes en la diferencia después de que son adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias²⁸. De conformidad con el régimen del MERCOSUR, el mecanismo de revisión permanente puede confirmar, modificar o revocar las decisiones del tribunal arbitral *ad hoc*. El laudo del tribunal permanente de revisión es definitivo y prevalece sobre el laudo del tribunal arbitral *ad hoc*²⁹.

28. En cambio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede anular la resolución recurrida y resolver él mismo definitivamente el litigio, “cuando su estado así lo permita”, o bien devolver el asunto al Tribunal General³⁰.

29. Varios mecanismos de apelación que permiten recurrir por motivos relacionados con cuestiones de hecho prevén la posibilidad de devolver el asunto al tribunal arbitral original. De conformidad con un tratado de inversión celebrado recientemente, el tribunal arbitral de apelación puede modificar o revocar las conclusiones de derecho y devolver el asunto al tribunal arbitral original para que dicte un laudo modificado de acuerdo con las constataciones y conclusiones vinculantes del tribunal arbitral de apelación³¹. Según otro tratado de inversión, el tribunal arbitral de apelación tiene que devolver el asunto al tribunal arbitral de primera instancia solo en el caso de que los hechos constatados por ese tribunal no permitan al tribunal arbitral de apelación dictar una decisión definitiva³².

30. En la propuesta de creación de un mecanismo de apelación en el CIADI, de 2004, se sugirió que el tribunal de apelación pudiera ordenar la devolución de las actuaciones al tribunal arbitral original si anulaba el laudo, o si la modificación o revocación dispuestas por el tribunal de apelación daba lugar a un laudo que no zanjaba la controversia³³.

31. La sala de apelaciones de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Especial para Sierra Leona puede pedir pruebas de los errores de hecho para dirimir la cuestión, o puede devolver la cuestión de hecho a la sala de primera instancia original para que

²⁸ Véase el art. 17, párr. 13, del anexo 2, titulado “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”, del Acuerdo de la OMC; el Órgano de Solución de Diferencias puede decidir por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación (art. 17, párr. 14, del anexo 2, titulado “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”, del Acuerdo de la OMC).

²⁹ Art. 22 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

³⁰ Art. 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³¹ Art. 3.19 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018).

³² Art. 3.54 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019).

³³ Documento de debate titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, preparado por la secretaría del CIADI (22 de octubre de 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”.

esta la examine y le informe al respecto³⁴. El Tribunal de Arbitraje Deportivo puede dictar una nueva decisión en sustitución de la decisión impugnada o anular la decisión y devolver las actuaciones al órgano de primera instancia³⁵.

ii) *Efectos para las partes en la controversia y para las partes en el tratado de inversión*

32. Una cuestión que habría que analizar es si la decisión dictada por el órgano de apelación debería ser vinculante únicamente para las partes litigantes (y para el tribunal arbitral de primera instancia en caso de devolución) o si debería tener efectos más amplios, en particular si el mecanismo de apelación se estructura como un órgano permanente encargado de examinar cuestiones idénticas o similares planteadas en relación con tratados de inversión.

33. En cuanto a las partes en el tratado de inversión a que se refiera la controversia, una cuestión que habría que considerar es si esas partes deberían tener la oportunidad de ser oídas con respecto a la interpretación del tratado, o la facultad de rechazar las decisiones de un órgano de apelación formulando declaraciones conjuntas o interpretaciones conjuntas. Otra cuestión que cabría analizar es hasta qué punto el órgano de apelación estaría obligado a respetar las interpretaciones conjuntas de las partes en el tratado de inversión aplicable.

c) **Composición del órgano o tribunales de apelación del sistema de SCIE**

34. Habría que estudiar el método de selección y nombramiento de los miembros del órgano o tribunal de apelación. Esta cuestión está estrechamente ligada a la forma del mecanismo de apelación: el examen de las cuestiones variará en función de si el mecanismo de apelación se ciñe al modelo de arbitraje actual, en que las partes seleccionan y nombran a los árbitros; de si se establece un sistema de listas; o de si las salas del mecanismo de apelación están integradas por miembros permanentes. El Grupo de Trabajo quizás desee analizar las cuestiones planteadas al respecto en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.169](#).

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, de conformidad con los reglamentos institucionales de arbitraje comercial que prevén mecanismos de apelación internos, el derecho a nombrar un árbitro para que integre el órgano de apelación no se confiere a las partes sino a la institución³⁶, o bien se restringe mediante procedimientos de lista³⁷.

d) **Derecho procesal aplicable**

36. La determinación del derecho aplicable al procedimiento de apelación dependerá de la estructura que se dé al mecanismo de apelación. Las opciones varían desde la aplicación del derecho que se haya aplicado ante el tribunal arbitral de primera instancia, hasta un régimen legal diferente si la sede de la apelación no es la misma que la sede de primera instancia o es un mecanismo de apelación completamente desnacionalizado, que se rija únicamente por el derecho internacional³⁸.

³⁴ Art. 83, párr. 2, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y art. 21 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

³⁵ Véase el art. 57 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje Deportivo.

³⁶ Véase, por ejemplo, el art. 28, párr. 5, del Reglamento de Arbitraje de la Corte Europea de Arbitraje (CEA) ("La Corte nombrará a todos los miembros del Tribunal Arbitral de Apelación, que estará integrado por tres árbitros, sin que las partes intervengan en lo más mínimo en esos nombramientos [...]").

³⁷ Véase el Reglamento de Arbitraje Opcional en Segunda Instancia (Optional Appellate Arbitration Rules) de la American Arbitration Association (2013); el Procedimiento de Apelación Opcional de Laudos Arbitrales (Optional Arbitration Appeal Procedure) de JAMS (2003); y el Procedimiento de Apelación de Laudos Arbitrales (Arbitration Appeal Procedure) del International Institute for Conflict Prevention & Resolution (2015).

³⁸ Véase el informe del CIDS, párrs. 193 a 195.

e) Ejecución

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (“Convención de Nueva York”)

37. La respuesta a la pregunta de si las decisiones dictadas por un órgano de apelación podrían ejecutarse al amparo de la Convención de Nueva York dependerá en gran medida de la estructura del mecanismo de apelación (véanse los párrs. 39 a 48 *infra*). Si se estructura como un mecanismo de segunda instancia para el examen de los laudos arbitrales, lo más probable es que no se modifique la naturaleza de todo el proceso, puesto que ya existen ejemplos de regímenes de arbitraje, establecidos en reglamentos de arbitraje institucionales³⁹ o bien en leyes nacionales⁴⁰, que prevén el examen de los laudos arbitrales en una instancia de apelación interna. Si el órgano de apelación forma parte de un mecanismo que no reúna los requisitos necesarios para ser considerado de carácter arbitral, la Convención no sería aplicable. En general se acepta que la cuestión de si un documento constituye un laudo debe determinarse de conformidad con la ley en materia de arbitraje aplicable al laudo, que casi siempre es la ley del lugar del arbitraje. Si el mecanismo de apelación se rige por las disposiciones del tratado, habrá que tener en cuenta la interpretación del término “laudo arbitral” (o “sentencia arbitral”) tanto en la Convención de Nueva York como en el tratado para hacer esa determinación.

Convenio del CIADI

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cómo funcionaría un mecanismo de apelación en el contexto del Convenio del CIADI. En el artículo 53 del Convenio del CIADI se establece que los laudos dictados por el CIADI “no podrá[n] ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”. Dado que sería difícil modificar el Convenio en la práctica ya que, conforme al artículo 66, las enmiendas deben ser aceptadas por todos los Estados contratantes, se podría estudiar la posibilidad de que los Estados que quisieran establecer un mecanismo de apelación acordaran una modificación del Convenio del CIADI que surtiera efecto solo entre ellos. Esto se haría aplicando el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual las partes contratantes pueden modificar un tratado “únicamente en sus relaciones mutuas”⁴¹. En todo caso, para crear un mecanismo de apelación se requeriría una estrecha coordinación con el CIADI.

3. Opciones para establecer un mecanismo de apelación

39. Se pueden concebir varias opciones para establecer un mecanismo de apelación, como se expone a continuación.

³⁹ Véanse el Reglamento de Apelación de Laudos Arbitrales (Arbitration Appeal Rules) (2009) del Arbitrators’ and Mediators’ Institute of New Zealand (AMINZ); el Reglamento de Arbitraje Opcional en Segunda Instancia (Optional Appellate Arbitration Rules) de la American Arbitration Association (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 & Resolution (2015); el art. 28 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Europea de Arbitraje (CEA) (2015); en el sector de los productos básicos, véanse los arts. 10 a 15 del Reglamento de Arbitraje núm. 125 de la Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014) (que confieren a las partes el derecho a recurrir ante una “Sala de Apelaciones” interna dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se dicte un laudo de la GAFTA).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, pág. 38, párr. 45 (en la que se señala, en relación con el art. 34 de la Ley Modelo, que “nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos)”). Véase también la Ley de Arbitraje de los Países Bajos (de 1986, con las modificaciones aprobadas en 2015), art. 1061, apartados a) a l) (en que se prevén normas de aplicación voluntaria sobre la apelación de los laudos arbitrales).

⁴¹ Véase el informe del CIDS, párrs. 237 a 245.

a) Modelo de mecanismo de apelación que podrían aplicar las partes en el tratado, las partes litigantes o las instituciones

40. Se podría elaborar un mecanismo de apelación que sirviera como modelo: i) para que las partes en los tratados de inversión lo incluyeran en estos, ii) para que las partes litigantes lo utilizaran en casos concretos, o iii) para que las instituciones que administran casos de SCIE lo previeran como una opción en sus reglamentos. La elaboración de un modelo de mecanismo de apelación permitiría armonizar el proceso de apelación disponible en el ámbito de la SCIE, en la medida en que los usuarios no lo modificaran. No obstante, el mecanismo de apelación funcionaría de manera descentralizada. Si bien uno de los objetivos de ese mecanismo sería lograr que se dictaran decisiones correctas, sus efectos sobre la concordancia y la previsibilidad de las decisiones serían muy limitados.

i) Mecanismo de apelación basado en tratados específicos

41. En una comunicación se hizo referencia a un mecanismo de apelación basado en tratados específicos⁴².

42. La propuesta de creación de un mecanismo de apelación en el ámbito de la SCIE ha sido recogida en algunos tratados de inversión en términos programáticos, mientras que en otros tratados de inversión se ha previsto la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación en el futuro, ya sea en el plano multilateral⁴³ o bilateral⁴⁴. En algunos tratados se hace referencia tanto a un acuerdo multilateral por el que se establecería un mecanismo de apelación en el futuro, como a negociaciones sobre la creación de un sistema de apelación en el plano bilateral⁴⁵; en otros se menciona un acuerdo multilateral por el que se establecería un mecanismo de apelación en el futuro⁴⁶, y en otros se hace referencia a negociaciones para la creación de un sistema de apelación

⁴² A/CN.9/WG.III/WP.163, comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón.

⁴³ Véanse, por ejemplo, el art. 28, párr. 10, del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004 (que tiene su origen en la Ley de 2002 sobre la Trade Promotion Authority de los Estados Unidos de América, Código de los Estados Unidos (U.S.C.), título 19, art. 3802 b) 3) G) iv), en que se menciona un órgano de apelación cuyo objetivo sería lograr que las disposiciones sobre inversiones de los acuerdos comerciales se interpretaran de manera uniforme) y los arts. 28 y 34, anexo D, del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2012; véase también el art. 9.23, párr. 11, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT), que establece que si en el futuro se constituye un mecanismo de apelación, los laudos dictados al amparo de lo dispuesto en dicho tratado se registrarán por ese mecanismo.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el anexo D del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004.

⁴⁵ Tratado de Libre Comercio entre Singapur y los Estados Unidos de América de 6 de junio de 2003 (1 de enero de 2004), art. 15.19, párr. 10; Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos (1 de enero de 2004), art. 10.19, párr. 10, anexo 10-H; Tratado de Libre Comercio entre Marruecos y los Estados Unidos (1 de enero de 2006), art. 10.19, párr. 10, anexo 10-D; Tratado Bilateral de Inversión entre Uruguay y los Estados Unidos (31 de octubre de 2006), art. 28, párr. 10, anexo E; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos (1 de febrero de 2009), art. 10.20, párr. 10, anexo 10-D; Tratado de Libre Comercio entre Omán y los Estados Unidos (1 de enero de 2009), art. 10.19, párr. 9 b), anexo 10-D; Tratado de Libre Comercio entre Panamá y los Estados Unidos (31 de octubre de 2012), art. 10.20, párr. 10, anexo 10-D; Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos (2012), art. 10.20, párr. 10, anexo 10-D; Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y la República de Corea (12 de diciembre de 2014), art. 11.20, párr. 13, anexo 11-E; Tratado de Libre Comercio de Centroamérica entre Costa Rica, la República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador y los Estados Unidos (1 de enero de 2009), art. 10.20, párr. 10, anexo 10-F.

⁴⁶ Tratado de Libre Comercio entre Panamá y el Perú (1 de mayo de 2012), art. 12.21, párr. 9; Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y el Perú (1 de junio de 2013), art. 12.21, párr. 9; Tratado de Libre Comercio entre Nicaragua y Taiwán (1 de enero de 2008), art. 10.20, párr. 9; art. 9.23, párr. 11, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) entre Australia, Brunei, el Canadá, Chile, el Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, el Perú, Singapur y Viet Nam (30 de diciembre de 2018); véase también el art. 15 del Modelo de Acuerdo de Inversión de 2018 de los Países Bajos.

en el plano bilateral⁴⁷. En algunos tratados celebrados recientemente se han previsto mecanismos bilaterales de apelación de las decisiones dictadas por tribunales arbitrales, como parte de un mecanismo permanente⁴⁸.

ii) *Mecanismo de apelación ad hoc*

43. También podría elaborarse un mecanismo de apelación de carácter puramente *ad hoc*, con órganos de apelación que serían constituidos por las partes caso por caso, aplicando el mismo criterio que se utiliza para constituir el tribunal arbitral de primera instancia en el sistema actual de SCIE basado en el arbitraje internacional. Esos órganos de apelación podrían constituirse en el contexto de determinadas controversias y de un modo similar a la manera en que se hubiesen establecido los tribunales arbitrales *ad hoc* de primera instancia.

iii) *Mecanismo de apelación institucional*

44. Se podría elaborar un mecanismo de apelación para que fuera utilizado por las instituciones que administran casos de SCIE, en la medida en que el instrumento constitutivo de cada una de esas instituciones lo permita (véase el párr. 38 *supra*). El CIADI ya había definido las posibles características de un mecanismo de apelación en la propuesta de creación de un mecanismo de apelación en el CIADI, de 2004. En esa propuesta se indicó que sería preferible contar con un mecanismo de apelación único en el marco del CIADI, en lugar de múltiples mecanismos establecidos en diferentes tratados. Se sugirió que el nuevo mecanismo se diseñara de modo que fuera compatible con cualquier tipo de arbitraje sobre inversiones (con independencia de que se rigiera por el Convenio y el Reglamento del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI u otros reglamentos)⁴⁹.

b) Órgano multilateral permanente de apelación

45. La reforma puede consistir en establecer un órgano multilateral permanente de apelación, que podría o bien complementar el régimen de arbitraje actual, o bien constituir el órgano de segunda instancia de un tribunal multilateral de inversiones. Como se indicó anteriormente, algunos tratados de inversión ya mencionan un órgano de apelación que habrá de crearse en el plano multilateral (véase el párr. 42 *supra*).

⁴⁷ Tratado de Libre Comercio entre China y Australia (20 de diciembre de 2015), en cuyo art. 9.23 se establece que, dentro de los tres años siguientes a la fecha de entrada en vigor del Tratado, las Partes iniciarán negociaciones con miras a crear un mecanismo de apelación que permita revisar los laudos dictados de conformidad con el art. 9.22 en arbitrajes iniciados después del establecimiento de dicho mecanismo de apelación, y se dispone que dicho mecanismo de apelación entenderá únicamente en recursos fundados en cuestiones de derecho; Tratado de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea (1 de enero de 2015), anexo 8-E.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (en vigor con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017), cap. 8, secc. F; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019), cap. 3, secc. B; y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018).

⁴⁹ Véase el documento de debate titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, preparado por la secretaría del CIADI (2004); en dicho documento se sugiere asimismo que el órgano de apelación podría estar integrado por 15 personas elegidas por períodos escalonados de 6 años. Cada miembro procedería de un país diferente y todos ellos tendrían que ser personas de autoridad reconocida, con especialización demostrada en derecho, inversiones internacionales y tratados de inversión. En el reglamento podría establecerse el compromiso de las partes de no solicitar la ejecución de un laudo hasta que fuese examinado por el tribunal de apelación.

En la mayoría de las comunicaciones en que se propone el establecimiento de un mecanismo de apelación se hace referencia a un órgano multilateral permanente⁵⁰. En una comunicación se indica que podría ser más eficiente regular un mecanismo de apelación formulando normas multilaterales, que regularlo mediante acuerdos bilaterales de inversión⁵¹. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar las cuestiones relativas a la estructura y la financiación de un órgano permanente de apelación. Son similares a las relacionadas con el establecimiento de un tribunal multilateral permanente de inversiones que se examinan más adelante, en los párrafos 58 y 62 a 66.

i) *Como órgano de apelación independiente, que complemente el régimen de arbitraje actual*

46. Se podría establecer un órgano multilateral de apelación como complemento del régimen actual de SCIE, el cual mantendría la mayor parte de sus características esenciales.

ii) *Como órgano de segunda instancia de un tribunal multilateral de inversiones*

47. También podría establecerse un órgano multilateral de apelación como órgano de segunda instancia de un tribunal multilateral de inversiones, integrado por jueces profesionales permanentes y con el apoyo de una secretaría permanente.

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si cabría la posibilidad de encomendar a un órgano multilateral de apelación la tarea de examinar las decisiones de primera instancia de los tribunales arbitrales, las decisiones de primera instancia de un tribunal multilateral de inversiones, así como las decisiones de los tribunales regionales de inversiones, los tribunales comerciales internacionales y los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de denegación de justicia (véase el párr. 23 *supra*).

c) **Otros mecanismos**

49. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que, dado que normalmente los motivos de apelación abarcan las causas de anulación más restringidas, la sustanciación de un recurso de apelación tornaría superflua cualquier revisión ulterior, incluida la anulación⁵². La conservación del recurso de anulación crearía en los hechos un sistema de solución de controversias de tres instancias, lo que podría ser contrario a los objetivos de firmeza de las decisiones y eficiencia del sistema (incluida la eficacia en función de los costos).

50. El Grupo de Trabajo quizás desee también considerar alternativas a un mecanismo de apelación o formas de complementarlo, como el examen de las decisiones de los

⁵⁰ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros; [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), comunicación del Gobierno de Marruecos; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), comunicación del Gobierno del Ecuador; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

⁵¹ [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

⁵² La instancia de apelación generalmente se centra en determinar si se respetaron las garantías procesales y si la decisión recurrida es correcta en cuanto al fondo. En cambio, la instancia de anulación se centra más estrictamente en determinar si se respetaron las garantías procesales, independientemente de que se hayan cometido errores en la aplicación del derecho o en la determinación de los hechos. Los motivos de apelación suelen ser más amplios que las causas de anulación habituales (véase el informe del CIDS, párrs. 107 y 115).

tribunales de SCIE⁵³, el mecanismo de pronunciamiento preliminar⁵⁴ y el procedimiento de consulta previa⁵⁵.

⁵³ En una comunicación (véase [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), comunicación del Gobierno de Marruecos) se sugirió que se estableciera un procedimiento de examen previo de los laudos arbitrales, a semejanza del que aplicaba la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (véase el párr. 129 de la nota titulada “Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration”, de 1 de enero de 2019, publicada en <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>). El procedimiento establecido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI es el siguiente. Todos los proyectos de laudo están sujetos a un proceso de examen en tres etapas. En el art. 34 del Reglamento de Arbitraje de la CCI se establece que la Corte podrá ordenar modificaciones de forma en el proyecto de laudo y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, también podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Las observaciones de la Corte de la CCI pueden referirse tanto a aspectos de forma como a cuestiones de fondo. Se hacen modificaciones de fondo en los proyectos de laudo de los tribunales arbitrales si la Corte de la CCI detecta incoherencias en el razonamiento del tribunal arbitral, o señala que este no ha alegado fundamentos suficientes para justificar algunas de sus decisiones o no se ha pronunciado sobre determinadas pretensiones, aunque también puede dictar decisiones sobre cuestiones o reclamaciones no planteadas por las partes. Los tribunales arbitrales conservan el derecho de adoptar la decisión definitiva sobre cualquiera de las cuestiones de fondo. El tribunal arbitral puede dar una explicación a la Corte o la secretaría de la CCI por no haber respondido a una observación. Las partes no participan en los intercambios entre la Corte y el tribunal arbitral durante el proceso de examen; solo ven y reciben el laudo en su forma definitiva, cuando este ya ha sido aprobado por la Corte de la CCI, firmado por el tribunal arbitral y notificado por la secretaría de la CCI. La confidencialidad del proceso de examen protege la integridad del proceso de adopción de decisiones del tribunal arbitral, mantiene en reserva las deliberaciones del tribunal arbitral y evita que las partes se enteren del resultado de sus reclamaciones antes de que se dicte el laudo. Cuando se trata de arbitrajes en que interviene un Estado o un organismo público, o de asuntos en que uno o más árbitros han discrepado, los proyectos de laudo se examinan en una sesión plenaria mensual de la Corte de la CCI (y no en la reunión semanal de la comisión de tres miembros), y un miembro de la Corte de la CCI prepara un informe con recomendaciones sobre el proyecto de laudo, además del examen que realiza la secretaría de la Corte. En los casos planteados a raíz de un tratado, el proyecto de laudo es examinado por el Presidente y/o los Vicepresidentes de la Corte de la CCI y por los miembros de la Corte de la CCI que tengan experiencia en arbitrajes relacionados con tratados de inversión.

⁵⁴ El procedimiento de “pronunciamiento preliminar” puede describirse como aquel mediante el cual un tribunal judicial delega en otro órgano jurisdiccional la decisión sobre una cuestión concreta planteada en un proceso en trámite, normalmente con el fin de que se interprete una disposición legal. Por lo general, el proceso en curso ante el tribunal judicial que solicita el pronunciamiento preliminar se suspende hasta que el otro órgano jurisdiccional emite su dictamen, que suele ser vinculante para el tribunal que lo solicitó, el cual lo incorporará a la resolución que dicte sobre toda la controversia. Con el procedimiento de pronunciamiento preliminar se trata de resolver problemas de discordancia *ex ante*, en lugar de corregir posibles deficiencias *ex post*, como en el caso de los recursos de apelación. Es un medio de disipar los temores de falta de concordancia, ya que un pronunciamiento preliminar tendría repercusiones de facto que irían más allá del tratado específico en cuestión. Cuando a un tribunal arbitral se le planteara una cuestión jurídica importante, tendría que suspender las actuaciones y solicitar el pronunciamiento de un órgano permanente establecido a esos efectos. Una ventaja adicional de ese sistema es que sería compatible con el art. 53 del Convenio del CIADI, ya que no afecta al principio de inapelabilidad.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004, que prevé un procedimiento por el cual las partes litigantes pueden examinar el laudo y formular observaciones sobre él antes de que sea definitivo, a saber: “En cualquier arbitraje que se sustancie con arreglo a la presente sección, el tribunal arbitral, a solicitud de cualquiera de las partes litigantes y antes de dictar una decisión o laudo sobre la responsabilidad, transmitirá su propuesta de decisión o laudo a las partes litigantes y a la Parte no litigante. Dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que el tribunal arbitral haya transmitido su propuesta de decisión o laudo, las partes litigantes podrán presentar por escrito a dicho tribunal observaciones sobre cualquier aspecto de la decisión o laudo propuesto. El tribunal analizará las observaciones y emitirá su decisión o laudo dentro de los 45 días siguientes al vencimiento del plazo de 60 días establecido para la formulación de observaciones”.

B. Tribunal multilateral permanente de inversiones

1. Propuesta y preguntas formuladas en las comunicaciones

51. La propuesta de establecer un tribunal permanente de primera instancia y de apelación en materia de inversiones se formuló en una de las comunicaciones presentadas⁵⁶. Se basaba en la opinión de que las inquietudes señaladas por el Grupo de Trabajo estaban relacionadas entre sí y eran de carácter sistémico, y de que si se abordaba cada una de esas inquietudes por separado, algunas de ellas quedarían sin resolver⁵⁷.

a) Propuesta

i) *Dos instancias de resolución*

52. Según se indicaba en esa comunicación, un mecanismo permanente integrado por árbitros contratados a tiempo completo debería tener dos instancias de resolución. Constaría de un tribunal de primera instancia que conocería de las controversias. Analizaría los hechos, como lo hacen actualmente los tribunales arbitrales, para luego aplicar el derecho pertinente a los hechos que hubiera constatado. También se ocuparía de los casos que le devolviera el tribunal de apelación cuando este no pudiera resolverlos. Tendría su propio reglamento.

53. El tribunal de apelación conocería de los recursos interpuestos contra las decisiones del tribunal de primera instancia (véase el párr. 47 *supra*). En la comunicación se sugería que los motivos de apelación podrían ser errores de derecho (como defectos procesales graves) o errores manifiestos en la apreciación de los hechos. El tribunal de apelación no debería examinar los hechos de nuevo. Deberían preverse mecanismos para evitar que se abusara de la posibilidad de recurrir, entre ellos la posibilidad de exigir una caución⁵⁸.

54. Se deberían tomar medidas para que imperara un alto grado de transparencia en las actuaciones. Además, se debería permitir que participaran terceros en las controversias en materia de inversiones, por ejemplo, representantes de las comunidades afectadas por el litigio.

ii) *Árbitros*

55. Según se sugería en la comunicación, los árbitros del tribunal deberían estar contratados a tiempo completo. No tendrían ninguna actividad externa. El número de árbitros debería determinarse en función de las previsiones en cuanto al volumen de trabajo del órgano permanente. Percibirían sueldos similares a los de los miembros de otros tribunales internacionales. Para lograr que fueran independientes de los Gobiernos, se les otorgaría un mandato a largo plazo no prorrogable y se utilizaría un proceso de nombramiento transparente.

56. También se sugería que se establecieran requisitos de idoneidad similares a los exigidos para integrar otros tribunales internacionales. Deberían emplearse mecanismos para garantizar la diversidad, tanto geográfica como de género. En el proceso de nombramiento se debería verificar la independencia e imparcialidad de los árbitros, que estarían sujetos a requisitos éticos estrictos.

iii) *Ejecución*

57. En la comunicación se sugería que el instrumento internacional por el que se estableciera el tribunal multilateral de inversiones creara su propio régimen de ejecución, en el que no se prevería el examen de las decisiones por órganos nacionales. Se señalaba además que los laudos dictados en el marco de un futuro tribunal multilateral de inversiones también deberían poder ejecutarse de conformidad con la

⁵⁶ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

Convención de Nueva York, ya que esta permitía ejecutar laudos dictados por “órganos arbitrales permanentes” (véase el art. 1, párr. 2, de la Convención).

iv) *Financiación*

58. El mecanismo permanente se financiaría, en principio, con las contribuciones de las partes contratantes, que se ponderarían en función de su respectivo nivel de desarrollo, para que los países menos adelantados y los países en desarrollo soportaran una carga menor que los países desarrollados. El mecanismo de ponderación adoptado podría inspirarse o basarse en los métodos de ponderación aplicados en otras organizaciones internacionales. También debería considerarse la posibilidad de exigir que los usuarios del mecanismo permanente pagaran tasas.

v) *Aplicación de los tratados en vigor*

59. Según se indicaba en la comunicación, el mecanismo permanente se aplicaría a las controversias planteadas en relación con un tratado de inversión actual o futuro, siempre que se dieran los dos elementos siguientes: i) la adhesión al instrumento de creación del mecanismo permanente; y ii) una notificación específica (declaración de participación voluntaria) de que un determinado tratado, actual o futuro, estaría sujeto a la competencia del mecanismo permanente.

b) Observaciones y preguntas formuladas en las comunicaciones

60. En algunas comunicaciones se formularon observaciones y preguntas sobre esta opción de reforma. Las cuestiones planteadas se centraban en las consecuencias sistémicas y las dificultades prácticas que supondría el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones⁵⁹, en particular la compatibilidad de la opción de reforma con el régimen actual de SCIE (Convenio del CIADI, Convención de Nueva York y tratados de inversión); el período de transición durante el cual los Estados tendrían que seguir tramitando los procesos de SCIE de conformidad con su régimen actual y, al mismo tiempo, ocuparse de los procesos incoados en el marco del nuevo mecanismo permanente⁶⁰; la interacción con los órganos judiciales nacionales⁶¹, y las salvaguardias que habría que establecer con respecto a la composición del tribunal⁶².

61. En esas comunicaciones también se señaló que el proceso de creación de un tribunal multilateral de inversiones tendría que ser equitativo y neutral, y que el tribunal debería tener un reglamento detallado y transparente. También se indicó que el tribunal debería ser neutral, eficaz, jurídicamente previsible y coherente en la protección y aplicación de su sistema de solución de controversias. Además, debería establecerse el acceso público a fin de preservar la confianza y la independencia⁶³.

2. Cuestiones que habría que analizar

a) Estructura y financiación

62. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la opción de un mecanismo permanente que prevea un sistema de dos instancias, estructurado sobre la base de una “primera instancia”, seguida de una instancia de apelación o revisión por motivos limitados ante un órgano diferente. Como se subrayaba en las comunicaciones, habría

⁵⁹ [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), comunicación del Gobierno de Sudáfrica; [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), comunicación del Gobierno de la República de Corea; y [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), comunicación del Gobierno de Bahrein.

⁶⁰ [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), comunicación del Gobierno de la República de Corea.

⁶¹ [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), comunicación del Gobierno de Sudáfrica.

⁶² [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), comunicación del Gobierno de Sudáfrica; [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), comunicación del Gobierno de Bahrein.

⁶³ [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), comunicación del Gobierno de Sudáfrica.

que estudiar con cuidado la forma de obtener los recursos financieros necesarios para financiar un nuevo mecanismo multilateral y distribuir los gastos entre los Estados⁶⁴.

63. A ese respecto, cabría contemplar dos opciones en cuanto a la forma de establecer el mecanismo: una posibilidad sería diseñarlo como un aditamento del régimen actual de SCIE.

64. Otra posibilidad sería establecer el tribunal multilateral de inversiones de manera independiente de cualquier otro mecanismo o institución ya existente. En ese caso, podría concebirse que los Estados que se hubiesen adherido al estatuto del tribunal multilateral de inversiones fueran, en general, los encargados de financiarlo⁶⁵; además, se podría cobrar una tasa a los usuarios del sistema, incluidos los inversionistas demandantes, lo que contribuiría a financiar el sistema y podría servir para desalentar las demandas infundadas⁶⁶.

65. En cuanto a la estructura presupuestaria del sistema, cabría distinguir tres partidas amplias. La primera abarcaría la remuneración de los árbitros del tribunal, que dependería de algunas variables, como el número de árbitros, su régimen de contratación (a jornada completa, a jornada parcial o de guardia) y sus sueldos, prerrogativas e inmunidades, incluidos los beneficios fiscales y el régimen de pensiones. La segunda partida presupuestaria sería la financiación del secretario o la secretaria del tribunal. El presupuesto también variaría de acuerdo con el número de funcionarios, su régimen de contratación y la escala de sueldos, así como en función de los servicios que se prestaran. La tercera partida comprendería las instalaciones y servicios, que abarcarían los locales, los gastos de conservación, los servicios de seguridad, los servicios de información y comunicaciones y demás gastos de funcionamiento.

66. Otra cuestión relacionada con la estructura y la financiación sería la posibilidad de que el tribunal multilateral de inversiones tuviera oficinas regionales para facilitar el acceso a sus servicios.

b) Composición, selección y nombramiento

67. Cabe señalar que, en un mecanismo permanente, las partes litigantes no participarían en absoluto en el nombramiento de los integrantes de los órganos arbitrales y que el tribunal estaría compuesto por miembros permanentes designados por un período determinado por las partes contratantes que se hubieran adherido al estatuto del tribunal multilateral de inversiones por un período específico, a los que se asignarían las controversias “de manera aleatoria e impredecible”⁶⁷. En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.169](#) se aborda la cuestión de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales con arreglo a ese modelo y, en particular, la selección de los decisores que integrarían el tribunal multilateral de inversiones (incluidas las cuestiones de si los Estados desearían establecer órganos de “representación plena” o de “representación selectiva”, y la forma de garantizar la diversidad y la representación equilibrada), así como la asignación de los casos a los decisores.

⁶⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), comunicación del Gobierno de la República de Corea; [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), comunicación del Gobierno de Bahrein.

⁶⁵ Las cuestiones que habría que analizar son, entre otras, la mejor manera de distribuir la carga del presupuesto entre los Estados constituyentes, teniendo en cuenta que quizás no todos los Estados se sumen al proceso en las etapas iniciales y que el número de tratados de inversión celebrados por los Estados y la cantidad de demandas interpuestas contra ellos difieren; un elemento que debería tenerse en cuenta es la incidencia del nivel de desarrollo económico de los Estados en su contribución financiera.

⁶⁶ Véase el análisis comparativo de los presupuestos y las consecuencias financieras de un tribunal internacional que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), párrs. 66 a 75.

⁶⁷ En el art. 8.27.7 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea y en el art. 13, párr. 9, del Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Viet Nam se prevé un mecanismo similar.

c) Cuestiones de competencia

68. Para determinar las controversias que un mecanismo permanente tendría la facultad de dirimir, habría que analizar, en primer lugar, si la competencia del mecanismo permanente para entender en las controversias relacionadas con un determinado tratado de inversión se definiría en ese mismo tratado, en vista de la diversidad de criterios adoptados al respecto en los distintos tratados de inversión. Un estudio amplio de los tratados de inversión muestra que los tribunales de solución de controversias entre inversionistas y Estados pueden tener competencia: i) respecto de “todas” las controversias relacionadas con inversiones o de “cualquiera” de esas controversias; ii) únicamente en los casos de presunto incumplimiento de las disposiciones sustantivas del propio tratado⁶⁸; iii) en una pluralidad de situaciones, por ejemplo, si el origen de la controversia es una autorización de inversión, un tratado de inversión o un supuesto incumplimiento del tratado⁶⁹; o iv) respecto de controversias relacionadas con la cuantía de una expropiación⁷⁰. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si la competencia del mecanismo debería limitarse a la solución de controversias planteadas entre inversionistas y Estados en relación con un tratado de inversión, o si debería abarcar todas las formas de SCIE, independientemente del instrumento a que se refiera la controversia (un tratado de inversión, un contrato u otro instrumento).

d) Ejecución

69. La ejecución de las decisiones de un tribunal multilateral de inversiones es fundamental para garantizar la eficacia del sistema. Las cuestiones que cabría someter a un examen preliminar en relación con este tema son las siguientes:

i) ¿Debería establecerse un régimen de ejecución específico en el estatuto del tribunal multilateral de inversiones? Con respecto a la ejecución de las decisiones del tribunal multilateral de inversiones en el territorio de un Estado que se hubiera adherido a su estatuto, hay dos opciones posibles: la primera sería prever un régimen de ejecución especial en el propio estatuto, por ejemplo, estableciendo la obligación de los Estados contratantes de reconocer el carácter vinculante de las decisiones del tribunal multilateral de inversiones y de hacer cumplir las obligaciones que emanen de esas decisiones como si fueran sentencias definitivas de sus propios órganos judiciales; la segunda opción sería disponer que las decisiones del tribunal multilateral de inversiones puedan ejecutarse al amparo de la Convención de Nueva York, conforme a la cual los Estados conservan cierto grado de control sobre las decisiones, al poder invocar los motivos enunciados en el artículo V de la Convención para denegar el reconocimiento y la ejecución⁷¹;

ii) ¿Cómo podrían ejecutarse las decisiones del tribunal multilateral de inversiones en los Estados que no fuesen parte en su estatuto? En particular, ¿qué función desempeñarían los órganos judiciales nacionales en cuanto a ejecutar las decisiones del tribunal multilateral de inversiones? Los Estados que no se hubiesen adherido al estatuto no estarían obligados por ningún régimen de ejecución que se estableciera en él; actualmente no existe ningún régimen uniforme aplicable a la ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales, y en la mayoría de los Estados no existe fundamento legal ni mecanismo judicial alguno para ejecutarlas; por consiguiente, la posibilidad de ejecutar las decisiones de un tribunal multilateral de inversiones dependería en gran medida de que esas decisiones quedaran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York⁷²; y

⁶⁸ Véanse el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado sobre la Carta de la Energía.

⁶⁹ Tratados de inversión basados en los Modelos de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004 y 2012.

⁷⁰ Algunos tratados de inversión de primera generación.

⁷¹ Véase el informe del CIDS, párr. 140.

⁷² Véase el informe del CIDS, párr. 143.

iii) Si el tribunal multilateral de inversiones no tuviera un régimen de ejecución específico, ¿cuáles serían los requisitos necesarios para que sus decisiones pudieran ejecutarse al amparo de la Convención de Nueva York?⁷³

3. Vínculos con otras opciones de reforma

70. Un mecanismo permanente podría abarcar también: i) mecanismos para lograr la pronta desestimación de las demandas infundadas; ii) la posibilidad de alentar a las partes a resolver su controversia por la vía de la mediación; iii) un mecanismo que contemplara la posibilidad de que los demandados presentaran reconvencciones; iv) un mecanismo de acumulación de procesos y de gestión de la relación entre los procedimientos nacionales y las medidas que pueden obtenerse en procesos internacionales, con el fin de limitar los casos de procesos paralelos⁷⁴; v) normas sobre las costas procesales correspondientes a las partes litigantes, que constituyen un porcentaje considerable del costo total del actual régimen de SCIE; vi) normas sobre la admisibilidad de la financiación por terceros; y vii) sanciones en caso de incumplimiento de un código de conducta. También podría confiarse a un mecanismo permanente la solución de controversias entre Estados sobre la interpretación o la aplicación de un tratado de inversión, ya fuese como único recurso o como alternativa, además del arbitraje entre Estados⁷⁵. Un mecanismo permanente también podría constituir un foro para la presentación de demandas por denegación de justicia contra las resoluciones dictadas por órganos judiciales nacionales en virtud de tratados que exijan el agotamiento de los recursos internos.

⁷³ En el informe del CIDS se examina en detalle la cuestión de la ejecución. Se plantea el interrogante de si un órgano permanente de solución de controversias reuniría los requisitos necesarios para ser considerado un “órgano arbitral permanente” de acuerdo con la Convención de Nueva York, ya sea en el “sentido ordinario” de lo dispuesto en su art. I, párr. 2, o según una “interpretación evolutiva” del término en la que se tuviese en cuenta la evolución del derecho internacional y el arbitraje desde 1958 (véase el informe del CIDS, párrs. 138 a 164).

⁷⁴ Véase [A/CN.9/917](#), párr. 31.

⁷⁵ Véase el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (Declaración de Resolución de Reclamaciones (Claim Settlement Declaration), art. II, párrs. 1, 2 y 3), y el Tribunal Árabe de Inversiones (Acuerdo Unificado, arts. 25 a 36). Véase también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (arts. 33 y 34), competente tanto respecto de las denuncias formuladas por un Estado a título individual como de las controversias entre Estados.