



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE
INVERSIONISTA- ESTADO. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

SUSANA ORDUÑO GUERRA

ASESOR DE TESIS

DR. CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ



SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN ESTADO DE MÉXICO, 2022.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatoria.

*Especialmente a mis padres **Norma Susana y Rodrigo Salomón**; La principal fuente de inspiración en todos mis logros. Por darme la oportunidad de superarme. Gracias por su trabajo y cansancio para darme siempre lo mejor, ahora yo trabajaré sin descansar para darles lo mejor.*

***Mamá**, gracias por ser mi primera maestra, quien me enseñó a leer y escribir; gracias por darme la vida, por no dejar de cuidarme y protegerme hasta tus últimos días. No hay un segundo que no piense en ti. Te extraño inmensamente. Ahora me harás mucha falta todos los días de mi vida, pero sé que serás mi guía para superar todo, con tu inmensa sonrisa que siempre te caracterizó. Te prometo seguir cumpliendo todas mis metas, y tú serás por siempre, parte de mi inspiración.*

Te amaré hasta la eternidad. ♥

Papá**, gracias por no rendirte nunca, por ser protector y valiente ante cualquier situación, por tu interminable esfuerzo para brindarnos lo mejor, por tu paciencia y trabajo, por cuidar de mi sin importar la hora y el día, por aconsejarme y apoyarme totalmente para concluir con éxito esta meta. Gracias, por seguir siendo mi inspiración de fuerza día a día. Estoy muy orgullosa de ti, por seguirte superando. **Con todo mi amor.

Dedicatoria.

*A mis abuelos **Tere y Manolo**, quienes en vida y aun después de ella, me han enseñado el valor y significado de la familia, del esfuerzo y trabajo. Gracias por todas sus alegrías y amor e inspirarme siempre. Los extraño y amaré siempre. In memoriam.*

*A mi hermano **Rodrigo Manuel**, por hacerme reír en los días malos, ser mi aliado y cómplice en muchos momentos. Estaré presente en cada paso de tu vida y estaré para ti siempre.*

*A mis abuelos **Rodrigo y María Elena**, quienes son un ejemplo de fortaleza en mi vida. Gracias por su amor y darme los mejores padres. Por su cariño y cuidados en cada etapa de mi vida y por darme fortaleza en los momentos difíciles.*

*A mi novio **José Luis**, gracias por tu apoyo incondicional en los momentos de debilidad durante este proceso, por darme ánimos cuando más lo necesite, por tu amor, respeto y siempre cuidar de mí. Por llegar a mi vida para hacerla mejor. Gracias por darme fortaleza en el momento más difícil de mi vida, por creer en mí y seguirme motivando al éxito.
No imagino mi vida, sin ti a mi lado.*

Agradecimientos.

A Dios, por permitirme llegar con salud y fortaleza para concluir esta meta, por cuidarme y a mi familia. Gracias por dejarme lograrlo.

A mi Familia, por ser parte esencial de mi vida. Por llenarla de felicidad y fortaleza en los momentos más complicados, porque sé que siempre contaré con ustedes.

A Mariana, por encontrar en ella una amistad invaluable, por enseñarme el verdadero sentido de la amistad y apoyo, por aconsejarme e impulsarme durante este largo proceso, por siempre inspirarme a seguir mis metas y superarme. Por apoyarme y estar conmigo en los buenos y malos momentos. Gracias por ser mi confidente.

A mi Asesor, el Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, quien me inspiró a realizar este proyecto, y apasionarme por el derecho internacional. Deseo seguir su trayectoria profesional y lograr muchos éxitos, como usted. Gracias por su entera dedicación y profesionalismo, por su paciencia y comprensión en este largo proceso. Le estaré siempre agradecida, por creer en mí, por impulsarme, exigirme y motivarme para concluir este logro.

A la H. Universidad Nacional Autónoma de México, por darme la oportunidad de formar parte de la máxima casa de estudios, por ser el cobijo e inspiración de mi superación personal.

A la UNAM, pasión infinita y toda mi admiración personal y profesional.

A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, quien me dio la oportunidad de crecer y formarme como profesionista, para alentarme a la superación profesional todos los días.

A la Facultad de Derecho de Ciudad Universitaria, porque fue la cuna de mi amor y pasión por el derecho internacional, gracias por formarme como abogada en derecho internacional y darme las herramientas necesarias e inspiración para realizar este proyecto.

“The only limit to the height of your achievements, is the reach of your dreams and your willingness to work hard for them.”

“El único límite a la altura de tus logros, es el alcance de tus sueños y tu voluntad de trabajar duro por ellos.”

Michelle Obama.

ÍNDICE

GLOSARIO DE ABREVIACIONES.	1
INTRODUCCIÓN.	3
CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS.	6
1.1. ¿Qué es el Arbitraje Inversionista–Estado?	6
1.2. El Arbitraje en materia de Inversión.	7
1.3. La protección a las inversiones extranjeras en el marco de un Tratado Bilateral de Inversión.	9
1.3.1. Trato Nacional.	11
1.3.2. Trato de Nación más Favorecida.	14
1.3.3. Trato Mínimo o Trato conforme al derecho internacional.	19
1.3.4. Trato Justo y Equitativo.	25
1.3.5. Protección y seguridad plenas.	33
1.3.6. Expropiación y medidas equivalentes a expropiación.	36
CAPITULO II. DEBILIDADES Y CRITICAS AL ACTUAL MECANISMO ISDS, EN EL MARCO DE LA REFORMA CNUDMI-CIADI.	42
2.1. El inicio de la reforma al mecanismo ISDS.....	42
2.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI).....	46
2.3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	49
2.4. Principales críticas al régimen actual en el marco de las reglas CIADI y CNUDMI.....	53
2.4.1. El nombramiento de los árbitros, su independencia e imparcialidad.	54
2.4.2. El ejercicio de dos funciones “ <i>double hatting</i> ” o “ <i>role confusion</i> ”.....	58
2.4.3. Excesiva duración y costos en los procedimientos.....	62
2.4.4. Uniformidad, Coherencia y Previsibilidad en los laudos.	66
a) La interpretación de los Tribunales respecto de las disposiciones de los Tratados de Inversión.....	69
b) Correcciones limitadas y escasez de mecanismos para garantizar los laudos.	72
CAPITULO III. PROPUESTA DE REFORMA PARA FORTALECER LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL MECANISMO ISDS.	76
3.1. Propuesta para solucionar las debilidades del sistema ISDS por la Unión Europea y sus Estados miembros.....	76
3.1.1. Naturaleza en la designación de los árbitros.....	81
3.1.2. Costes significativos.	87
3.1.3. Transparencia, Corrección y Coherencia en los procedimientos y las decisiones arbitrales.....	89
3.1.3.1. Correcciones en los laudos.....	90

3.2. Posible estructura, integración y procedimiento del Tribunal Permanente de Arbitraje y el Órgano de Apelación.....	95
3.3. Cuestiones sin resolver respecto del Tribunal Permanente y el Órgano de Apelación.....	100
3.4. Comentarios destacados de los Estados respecto de la propuesta de la Unión Europea.....	102
3.4.1. Indonesia.....	102
3.4.2. República Dominicana.....	103
3.4.3. China.....	104
3.4.4. Marruecos.....	106
3.5. Proyecto de Enmienda de las Reglas de Arbitraje al amparo del Convenio CIADI en relación con la Institucionalización del Arbitraje.....	108
3.5.1. Transparencia.....	112
3.5.2. Nombramiento y recusación de árbitros.....	113
3.5.3. Código de conducta.....	116
CAPITULO IV. ANALISIS DE LA REFORMA.....	120
4.1. ¿La reforma al mecanismo deja temas sin resolver?.....	120
4.2. ¿Se requiere la Institucionalización del arbitraje?.....	124
CONCLUSIONES	129
FUENTES CONSULTADAS.	133

GLOSARIO DE ABREVIACIONES.

La Secretaria	La secretaria de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
La Comisión ó CLC	La Comisión de Libre Comercio.
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio.
AGSC	Acuerdo General Sobre Comercio.
APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
BIT	Bilateral Investment Treaties
CCI	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
CDI/ ILC	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
CIDS	Center for International Dispute Settlement.
CNB	Banco Nacional Checo.
CNMF	Cláusula de Nación más Favorecida.
CNUDMI o Comisión	La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
Convención de Mauricio	Convención de Mauricio sobre la Transparencia.
Convención de Nueva York	Convención sobre el reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras 1958.
CPA	Corte Permanente de Arbitraje.
CSOB	Ceskoslovenska Obchodní Banka a.s.
FTC	Free Trade Commission o Comisión de Libre Comercio.
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade.
IED	Inversión Extranjera Directa.

IPB	Investiční a Poštovní Banka a.s.
ISDS	Investment State Dispute Solution
MERCOSUR	Mercado Común del Sur.
MIC	Multilateral Investment Court.
NAFTA	
NMF	Cláusula de Nación más Favorecida.
OA	Órgano de Apelación.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
RD	República Dominicana.
SCIE	Solución de Controversias entre inversionistas y Estados.
TBI	Tratado Bilateral de Inversión.
TNMF	Trato de Nación más Favorecida.
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.
TPA	Tribunal Permanente de Arbitraje.
TPP	Tratado de Asociación Transpacífico
UE	Unión Europea
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of International Trade Law.
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
WP	Documento de Trabajo del CIADI.

INTRODUCCIÓN.

En la última década en la comunidad internacional, se ha repetido que la inversión extranjera es fundamental para impulsar la productividad, incrementar las exportaciones, facilitar la transferencia de tecnología y promover el desarrollo. Sin embargo, esto no se ve reflejado con el simple hecho de una inversión, pues una política coherente y bien establecida de apoyo a las exportaciones, es esencial para que los países internalicen sus beneficios.

Una política con esas características, se ve reflejada en el sistema jurídico del país, con el cual se resolverán los posibles conflictos que puedan surgir del incumplimiento de lo establecido en los tratados. Ya que, la protección a la inversión fortalece las relaciones económicas y comerciales entre los distintos países, así como la diversificación de mercados.

En el derecho Internacional, uno de los pasos más importantes para lograr este objetivo fue la celebración de Acuerdos Bilaterales y Multilaterales. Fue a través de estos, que los países se comprometieron recíprocamente a proteger a las inversiones realizadas por extranjeros dentro del territorio nacional, denominados Tratados Bilaterales de Inversión o BIT (*Bilateral Investment Treaties*, por sus siglas en inglés), así como los tratados con disposiciones en materia de Inversión (*Treaties with Investment Provisions-TIP* por sus siglas en inglés) es decir, los tratados de libre comercio que contienen capítulos de inversión, que han experimentado un crecimiento constante.

El primero de estos tratados fue el celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán¹ y hoy en día existen más de 3,000 tratados bilaterales de inversión². Estos tratados tienen por objeto garantizar la protección recíproca de inversiones y de inversionistas por incumplimientos derivados de normativas nacionales y acciones gubernamentales que ponga en riesgo y afecten derechos de inversión, como expropiaciones o nacionalizaciones, la libre transferencia de capital actos de discriminación como los de

¹ Louis Henkin, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter Y Hans Smit, *International Law, Cases and Materials*, West Publishing Co., Minn., Third edition, 1993, p.746.

² Investment Policy Hub. United Nations UNCTAD. *Mapping of All Content. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>* (consultado el 19 de octubre de 2020)

trato justo y equitativo, otorgándoles tanto a la inversión como al inversionista un “estándar mínimo internacional”.

Estos tratados contemplan métodos efectivos de solución de controversias respecto de posibles incumplimientos de estos derechos de inversión. El arbitraje es el mecanismo establecido en estos casos, pues estas situaciones en el pasado ocasionaban guerras (La primera intervención francesa de 1836, por ejemplo).

Por la vía del arbitraje, un inversionista y un Estado diferente, someten una controversia ante las reglas internacionales, en un procedimiento que permite que especialistas en la materia denominados árbitros, se encarguen de dilucidar una controversia, ya sea en lo individual o mediante la conformación del Tribunal Arbitral, misma que concluye con el laudo arbitral dando fin al procedimiento.

En las últimas décadas, ha habido un crecimiento considerable de casos, cuestión que llevó a que distintas Organizaciones Internacionales Administradoras de Arbitraje, como el CIADI o CNUDMI, tuvieran una carga excesiva de trabajo, provocando que las resoluciones se retrasaran más tiempo de lo habitual y muchos problemas surgieran durante las etapas del procedimiento. Algunas debilidades se identificaron en la interpretación, aplicación y redacción de la parte sustantiva del arbitraje, la falta de transparencia, independencia e imparcialidad en los procedimientos y las resoluciones, provocaron que los Estados parte de la CNUDMI y CIADI, así como inversionistas, Organizaciones no gubernamentales, árbitros, y litigantes de este proceso, consideraran que este arbitraje había erosionado su legitimidad, seguridad, imparcialidad, e independencia durante los procedimientos creando deficiencia de coherencia y uniformidad en las decisiones. Por lo que, ya no se estaban cumpliendo con las necesidades de los operadores en la economía global de esta época y la cantidad de controversias, provocó deficiencias en las resoluciones. Esta situación derivó en la solicitud de modernización de la normatividad procesal que rige al actual mecanismo y así poder lograr que el arbitraje siga siendo atractivo para la resolución de estos conflictos.

Algunos de los elementos que se han identificado en el proceso arbitral que carecen de eficiencia son; la transparencia del procedimiento, la simplificación de las reglas y reglamentos, la independencia e Imparcialidad de los árbitros, la falta de coherencia y

uniformidad de los árbitros en las decisiones arbitrales, los métodos de nombramiento y selección de los árbitros, los altos costos del procedimiento, la excesiva duración de los mismos, la posibilidad de desestimar en una etapa temprana, la falta del agotamiento de recursos como mediación y conciliación para evitar el arbitraje, la interpretación discordante de las normas y tratados internacionales, entre otros.

Las reformas propuestas estiman que favorecerán a un cambio jurídico en los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia internacional, por lo que deben tenerse presentes y estar pendientes de ellas. El presente trabajo analiza las debilidades del actual sistema jurídico señaladas por inversionistas, Estados, Organizaciones no gubernamentales, Instituciones Internacionales, árbitros, abogados y especialistas en materia de inversión. Para ello, se explicarán los trabajos de reforma del mecanismo ISDS de los Grupos de Trabajo de la CNUDMI y el Proyecto de reforma del CIADI, quienes trabajan en solucionar estas inquietudes.

Aunque, se han presentado muchas propuestas que tratan de dar solución a los criterios y debilidades, esta investigación analizará una de las más controversiales dada su naturaleza. Pues se ha planteado que intenta cambiar el actual sistema *ad hoc* que rige actualmente al mecanismo ISDS, con la creación de un Tribunal Permanente de Arbitraje y de un Órgano de Apelación que constituye una de las reformas de mayor alcance. Este trabajo analizará y dará cuenta de los factores positivos y negativos de la propuesta hasta esta etapa. Considerando que, no se ha podido determinar una conclusión y aprobación de ninguna propuesta, pues la CNUDMI dio a conocer en mayo de 2021, que la reforma tentativamente concluirá hasta el 2025 y el CIADI por su parte, ha manifestado que su proceso de reforma a las reglas y reglamentos de CIADI, estima concluir en el 2022.

No obstante, lo anterior, es de gran interés conocer los alcances propuestos de una reforma que pretende dejar atrás la naturaleza jurídica tradicional de estos arbitrajes, de ser tribunales *ad hoc*, para consolidar una de las apuestas largamente postergadas en relación con estos procedimientos, que busca formalizar su permanencia como tribunales internacionales.

CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS.

1.1. *¿Qué es el Arbitraje Inversionista–Estado?*

En este tipo de Arbitraje, una de las figuras elementales es el inversionista quien, al realizar una inversión, busca certeza y sabe que la inversión lleva implícita la posibilidad de conflicto, anticipa desconocer las costumbres y prácticas de negocios del país anfitrión, tales como los usos bancarios, laborales, de distribución de bienes y servicios, etc. Lo anterior lleva implícita la conducta del estado anfitrión, pues las decisiones que tome, pueden ser causa de controversias las cuales sin duda se desea sean solucionadas con el uso de mecanismos e instituciones confiables.³

Es por ello que, la Inversión Extranjera Directa (IED), comenzó a reconocer a los mecanismos alternativos de solución de controversias, destacándose la conciliación y el arbitraje internacional. Pues encontrar un poder judicial sólido, en los países no era fácil. Fue así, que los estados anfitriones apoyaron la celebración de convenios internacionales, relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la adopción de leyes en materia de arbitraje y conciliación, inclusive la inserción del arbitraje internacional como medio de solución para resolver el posible incumplimiento de las obligaciones de los Estados en el área de protección de las Inversiones.⁴

El Arbitraje Inversionista-Estado, mejor conocido como Arbitraje de Inversión o ISDS por sus siglas en inglés, es un procedimiento mediante el cual se resuelven disputas en materia de inversión derivadas del incumplimiento de un Tratado o Contrato. Este método de solución de controversias se lleva a cabo entre inversionistas extranjeros, contra el Estado anfitrión o entre Estados. A través de este mecanismo, surge la posibilidad de que un inversionista extranjero demande a un estado anfitrión; entendiendo como estado anfitrión, el país en el cual, se realiza la inversión. Los motivos de iniciar este proceso, se fundan en el posible incumplimiento de una de las normas de protección establecidas en un Tratado de Inversión.

³Gómez Palacio, I. (2006). *“Derecho de los Negocios Internacionales”*. Arbitraje Internacional, TLCAN, América Latina, CIADI. Ed. Porrúa. p.p. 215,216.

⁴ *ibidem*.

Este tipo de arbitraje es privado, y la presencia del Estado es significativa y fundamental. El proceso decisorio, la obtención de información, la posible inmunidad estatal, los problemas inherentes a la ejecución de un laudo contra un Estado, la responsabilidad social de éste y otros, hacen de este un procedimiento *sui generis*.⁵

Los inversionistas y el Estado anfitrión, tendrán acceso a árbitros independientes y calificados que se encargarán de resolver la disputa, a través de un laudo que será ejecutable en cualquier parte del mundo.

Como anteriormente se mencionó, el Arbitraje de Inversión se fue convirtiendo en un mecanismo eficiente para las partes, pues a través de éste, los inversionistas hacen valer sus derechos consagrados en un Tratado Bilateral de Inversión o en un Tratado de Libre Comercio con capítulo de inversión, pero siempre con la finalidad de proteger a las inversiones extranjeras.

Y en su momento, este se fue posicionado como uno de los métodos más eficaces y expeditos, pues las partes, han señalado que permite evitar conflictos que se presentaban ante los tribunales locales de los países; sin embargo esto ya no es así, pues este sistema que hace unos años era efectivo, ahora es cuestionado y criticado en cuanto a los costos del arbitraje, los largos procedimientos, la efectividad de los laudos, el entendimiento de los mismos, y la interpretación de los árbitros sobre los casos en concreto.

1.2. El Arbitraje en materia de Inversión.

En la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, entre las definiciones del artículo 2, inciso a), establece que debe entenderse por arbitraje: “*cualquier modalidad arbitral con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercerlo*”.⁶

De acuerdo con el derecho Internacional, existen dos tipos de arbitrajes; el Arbitraje *ad hoc* y el Arbitraje Institucional, los cuales tienen la misma finalidad; dilucidar una

⁵ *Ibidem*. p. 223.

⁶ Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

controversia. Sin embargo, lo que los diferencia principalmente es el procedimiento que se sigue en cada uno de ellos.

Aunque en el derecho internacional se clasifiquen 2 tipos de arbitraje, los arbitrajes ISDS surgen de la voluntad manifiesta de un TBI, TLC, un Contrato de Inversión, o de Leyes, etc. En la práctica el arbitraje *ad hoc* surge de la constitución del Tribunal Arbitral conforme lo previsto en las cláusulas de los TBI o del TLC aplicable. Y se denomina, “*ad hoc*”, en razón de que este tribunal desaparece con la solución de la controversia, es decir que no es permanente, además de que no lo soporta una institución administradora, sino que se rige por lo que las partes acuerden.

El arbitraje institucional, por el contrario, debe seguir las reglas de la institución arbitral señalada de conformidad con los TBI o TLC correspondientes. Además, la Institución tiene como facultad la administración, el cumplimiento de las etapas del procedimiento en los tiempos correspondientes y, por último, a falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal o la Institución pueden tomar la decisión según corresponda.

Este tipo de arbitraje tiene como característica que la elección de los árbitros se puede determinar a partir de una serie de criterios preestablecidos, como su pertenencia a un despacho de abogados especializados, la trayectoria profesional favorable para una determinada concepción de la justicia, y su adscripción preferente a un determinado modelo procesal, entre otros.⁷

Este arbitraje trae consigo que las partes deben apearse y someterse estrictamente a lo previsto en las reglas y reglamentos emitidos por la institución arbitral, la cual sin duda se encargará de que estas sean cumplidas en tiempo y forma.

Estas reglas procesales permiten que las partes eviten conflictos o errores, pues regulan diversos actos, los cuales podrían causar alguna controversia entre las partes como son; la designación y elección del tribunal arbitral o árbitro único, así como términos y lapsos de tiempo para la celebración de audiencias, presentaciones de los escritos de demanda, medidas provisionales, costas y lo más importante, el tiempo con que cuentan los árbitros para emitir el laudo.

⁷ Fernández Rozas, J.C., (2008), *Luces y Sombras del Arbitraje Institucional en los Litigios Transnacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.324

Mediante el arbitraje Institucional, la responsabilidad del proceso y los resultados recaen en la propia institución facilitando así el proceso, pues la institución será quien se encargue de dirimir inconvenientes y resolverlos, evitando así que el procedimiento se entorpezca, como puede ser la falta de designación de un árbitro o el pago de las costas. Es importante destacar que las Instituciones Arbitrales no actúan como tribunales arbitrales, sino como centros administradores de estos, y son simplemente facilitadores del proceso.

1.3. La protección a las inversiones extranjeras en el marco de un Tratado Bilateral de Inversión.

Desde mediados de 1980, la mayoría de los países en desarrollo se abrieron mucho más a la Inversión Extranjera Directa (en adelante IED) con miras a beneficiarse de las contribuciones al desarrollo que esa inversión, en particular, la IED puede aportar a los países receptores. En las décadas siguientes a la segunda guerra mundial, los Estados tenían a menudo una actitud hostil o desconfiada hacia las empresas transnacionales, sin embargo, con el tiempo comenzaron a dejar de ver a esas empresas como un problema, para considerarlas cada vez en mayor medida parte de la solución, al aportar no solo el capital que tanto necesitaban para estimular el crecimiento y desarrollo sino también la tecnología y los conocimientos especializados, acceso a los mercados exteriores y la creación de empleos.⁸

Como consecuencia de ello, los países en desarrollo comenzaron a tener la intención de querer vincular sus políticas de IED en acuerdos multilaterales y bilaterales de inversión, sometiendo en mayor medida algunos aspectos de la inversión, especialmente la protección y el tratamiento de la IED en tratados internacionales y, en consecuencia, se obtuvo un gran crecimiento de los Acuerdos Internacionales de Inversión.

Derivado de esto, y con el paso de los años, los TBI se volvieron cada vez más importantes y esenciales en la economía de los países, pues en las últimas dos décadas, ha ido en aumento el crecimiento de estos, así mismo de los Tratados de Libre Comercio,

⁸ UNCTAD (2009). El papel de los acuerdos Internacionales de Inversión en la atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo, Nueva York y Ginebra, p.21.

los cuales, en su mayoría, cuentan con un capítulo exclusivo de Inversión, y gracias a ellos se han podido realizar nuevos y grandes vínculos comerciales entre distintos países. Pero ¿Qué se debe de entender por Tratado Bilateral de Inversión?

Al respecto, el CIADI señala que los Tratados Bilaterales de Inversión o BIT por sus siglas en inglés, son *acuerdos relativos al trato por parte de un Estado de las inversiones realizadas por individuos o compañías provenientes de otro Estado. Los cuales, se negocian en forma bilateral, multilateral y sectorial, y puede tratarse de un tratado autónomo o formar parte de un tratado de libre comercio. La mayoría de estos instrumentos contienen disposiciones que permiten el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados con el auspicio del CIADI u otros mecanismos de resolución alternativa de controversias.*⁹

Una de las partes más relevantes y esenciales de estos tratados, son las cláusulas de protección a las inversiones extranjeras, las cuales se establecen basándose en los principios y estándares de trato internacional al comercio y a la inversión. Estos criterios de trato a la inversión extranjera tienen su origen en el derecho consuetudinario Internacional, y un desarrollo importante en el derecho convencional internacional.¹⁰ A través de ellas, se protege de tratos discriminatorios o menos favorecidos, a los inversionistas e inversiones, permitiendo así, el aumento de esta práctica, como protección y seguridad de las inversiones extranjeras.

Ante el gran crecimiento de estos tratados, en el derecho internacional se busca la mejor protección de las inversiones extranjeras y el constante crecimiento de los acuerdos. La importancia de que las inversiones extranjeras estén contenidas en un Tratado o Acuerdo, es fundamental para su buen funcionamiento.¹¹ Ya que por una parte, los Gobiernos quieren atraer mayor inversión para el fortalecimiento y crecimiento de las regiones, todo dentro de sus políticas gubernamentales y por otro lado, los inversionistas

⁹ Investment Treaty Series, CIADI. Disponible en: [Investment Treaty Series | CIADI \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/investor/treaties/) (consultado el 16 de agosto de 2020).

¹⁰ López-Ayllón, S., & Posadas Urtusuástegui, A. (2006). México y el derecho internacional de la inversión extranjera, Inversión y derecho internacional de la inversión extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México. Revista Jurídica UNAM, VI. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/155> (Consultado el 10 de septiembre de 2020).

¹¹ Reyes Díaz, C. H., & Cruz Barney, O. (2018). El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. La protección de Inversiones en el T-MEC. (primera ed.). UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5499/8.pdf> (Consultado el 05 de junio de 2020).

buscan seguridad y confianza en donde estos puedan obtener una gran oportunidad de crecimiento con base en sus intereses.

Los Tratados y Acuerdos de Inversión se caracterizan principalmente porque los Estados receptores de la inversión se comprometen a otorgar a los inversionistas extranjeros de otra parte, un trato adecuado a la inversión y a los inversionistas, con base en sus políticas públicas.

Lo que se pretende, es que los gobiernos otorguen a los inversionistas un trato justo, digno con beneficios iguales que los nacionales. Además, mediante estos acuerdos pactados, los gobiernos deben garantizar la protección de la inversión, así como de los inversionistas, siempre que cumplan con sus obligaciones dentro del marco jurídico del país receptor.

Para ello, en el Derecho Internacional de las Inversiones se tienen 3 estándares de trato conocidos comúnmente como derechos de inversión o protecciones sustantivas de las inversiones; *Trato Nacional*, *Trato de Nación más favorecida* y *Nivel Mínimo de Trato o Trato Conforme al Derecho Internacional*, los cuales se abordarán a continuación. Además, de los estándares de protección a las Inversiones y al inversionista; *Protección y Seguridad Plenas* y *Expropiación Directa y Medidas Equivalentes a expropiación*.

1.3.1. Trato Nacional.

El deber de extender un trato nacional a extranjeros es un elemento clave tanto del derecho comercial internacional como en los tratados de inversión; a tal grado que la UNCTAD lo ha calificado como posiblemente el estándar más importante de trato, contenido en los tratados de inversión.¹² Es importante hacer mención que este estándar de trato o derecho, no solo está fijado en los tratados de inversión, pues con el paso del tiempo fue incorporándose en distintos acuerdos y tratados en el plano del derecho internacional en materia comercial, por ejemplo; después de la Segunda Guerra Mundial,

¹² UNCTAD, National Treatment, 1999, p. 1. En sus palabras “The National treatment standard is perhaps the single most important standard of treatment enshrined in international investment agreements”.

el estándar de Trato Nacional fue incorporado en el GATT como un pilar del sistema comercial internacional.¹³

Este principio o cláusula consiste principalmente en que el Estado receptor de la Inversión se comprometa a brindar a las inversiones y a los inversionistas Extranjeros el mismo trato que brinda a un inversionista nacional, o uno en circunstancias similares, basándose principalmente en que las medidas, regulaciones y procesos ya existentes en un régimen nacional, deben aplicarse de la misma forma a los extranjeros en igualdad de circunstancias.

El objetivo principal de este principio es evitar tratos diferenciados o discriminatorios por la calidad de ser extranjero. Se entiende que este criterio está cumplido si el trato que se le da a un local es el mismo que se le otorga al extranjero, aun cuando éste repercuta en que, en ambos casos, se desincentive la inversión privada.

En el marco de la creación de un tratado o acuerdo, este trato cuenta con una cláusula modelo, pero es facultad de los estados, determinar la redacción del mismo, con base en sus necesidades e intereses y acordar cómo se dará este beneficio, es decir, algunos países otorgarán este trato a sectores específicos o actividades específicas, mientras que otros lo hacen más extenso.

Un ejemplo de la diversidad de redacción de esta cláusula, en uno de los más recientes Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por México, es el celebrado con Los Emiratos Árabes Unidos¹⁴, el cual en el artículo 3.1 señala:

Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de sus propios inversionistas en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones. (Énfasis añadido)

¹³ Gonzales de Cossío, F. (2009). Arbitraje de Inversión (1.a ed.). Porrúa. p. 120.

¹⁴ D.O.F. Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en la ciudad de Dubái, 19 de enero de 2016. [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/380564/DOF - EAU.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/380564/DOF_-_EAU.pdf) (Consultado el 19 de Noviembre de 2020)

Y, por otro lado, en el marco de la reciente negociación del Tratado de Asociación Transpacífico (TPP por sus siglas en inglés), refiere en el Capítulo IX de Inversión que:

Artículo 9.4: Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio. (Énfasis añadido)

Como se puede observar de los anteriores ejemplos, la redacción de esta cláusula a grandes rasgos es similar, dado que la redacción de la misma, tiene base en una cláusulas modelo, sin embargo, las partes durante la negociación del Tratado, tienen la facultad de hacer modificaciones y añadir lo que a su derecho convenga, por ejemplo, en cuanto a la forma de disposición de las inversiones extranjeras dentro de su territorio.

Así entonces, este trato, no permite a los extranjeros poder demandar en el plano internacional, un mejor trato que el otorgado a los nacionales o locales, pues estos no gozan de mayores beneficios que aquellos, simplemente que, con esta cláusula de Trato Nacional, se obliga al Estado receptor de tratar como iguales a los inversionistas locales y a los extranjeros.

En conclusión, el estándar de Trato Nacional otorgado a los inversionistas mediante un Acuerdo de Inversión o un Tratado de Libre Comercio; es de suma importancia para la protección de las inversiones, pues su finalidad es otorgar a los inversionistas extranjeros un trato igual al de un nacional en igualdad de circunstancias, independientemente del giro o actividad comercial a la que se dedique la empresa, el tipo de inversión, entre otras. Y en específico que el Estado anfitrión no imponga medidas diferenciadas en perjuicio del extranjero por su calidad, con los cuales pueda discriminar a la inversión o al inversionista extranjero.

1.3.2. *Trato de Nación más Favorecida.*

Anteriormente se analizó uno de los estándares más relevantes de trato a la inversión extranjera, sin embargo, también este estándar se ha posicionado como uno de los más importantes en el Derecho Internacional, pues la Cláusula de Nación más Favorecida, es uno de los principios más antiguos del derecho económico internacional,¹⁵ y junto con el derecho de Trato Nacional, se consideran la piedra angular del principio de *No Discriminación* y se otorga a través de la firma de Tratados Internacionales celebrados entre Estados soberanos.

La Corte Internacional de Justicia ha señalado que el propósito de la Cláusula de Nación Más Favorecida (en adelante CNMF) será: “*establecer y mantener en todo momento igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países involucrados*”¹⁶

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional (CDI o ILC por sus siglas en inglés), señaló que la Cláusula de Nación Más Favorecida, es una disposición en un tratado según la cual un Estado acuerda conferir a otra parte contratante un trato no menos favorable que aquel conferido a otra parte o tercer Estado.¹⁷

Por lo que, se debe entender por Trato de Nación Más Favorecida, *que cada Estado contratante debe tratar a los inversionistas de otro Estado contratante, y sus inversiones, en forma no menos favorable en comparación a como trata a los inversionistas de cualquier país tercero. Es decir, que la CNMF, tiene como principal objetivo evitar un trato discriminatorio entre inversionistas extranjeros y sus inversiones, de distintas nacionalidades, pues el fin último del principio de No Discriminación, es lograr que los*

¹⁵ Gonzales de Cossío, F. (2009). Arbitraje de Inversión (1.a ed.). Porrúa. p.171.

¹⁶ “to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned”, Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America), Judgment 27 de Agosto de 1952. cit. P.176 (192). Esta decisión es relevante ya que: “*fue una de las decisiones que habían impuesto importantes limitaciones en la aplicación del Tratamiento a la CNMF. Por ejemplo, en este caso sobre derechos de ciudadanos de los Estados Unidos de América en Marruecos.* Kenneth Juan Figueroa, Foro de Arbitraje en Materia de Inversión del IJUNAM “*La jurisprudencia sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida. Un intento de llegar a un marco analítico consistente*”. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/11.pdf>

¹⁷ United Nations, International Law Commission, Most-Favored-Nation Clause, cit., p. 3, párr. 3.

*inversionistas y su inversión extranjera, compitan en igualdad de circunstancias, con los nacionales.*¹⁸

Adicional a lo anterior, es importante señalar que, este principio surgió en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994), y tiene tal importancia que se encuentra previsto en el artículo 1° del GATT el cual, establece:

“Artículo 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier tipo impuestos a la importación o exportación o en relación con ella o impuestos a la transferencia internacional de pagos por importaciones o exportaciones, y con respecto al método de percepción de dichos derechos y cargas, y con respecto a todas las normas y formalidades en relación con la importación y la exportación, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por cualquier parte contratante a cualquier producto originario o destinado a cualquier otro país se concederá inmediata e incondicionalmente al producto similar originario o destinado a los territorios de todas las demás partes contratantes. O a ellos destinado.”¹⁹*

Como se puede observar, este principio únicamente se aplicaba al comercio, bienes y servicios dentro de las distintas disposiciones jurídicas que regulan al Comercio Internacional, como son; el Acuerdo General Sobre Comercio (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio (ADPIC), con el objetivo de que no existiera tal discriminación entre los países, es decir que, con la creación de este principio se redujeran obstáculos comerciales, para abrir más mercados, sin importar de qué país fueran, pues el objetivo era la igualdad.

Así entonces, con el paso del tiempo este principio fue evolucionando, con muchas variaciones y concepciones del mismo, los cuales se fueron adaptando conforme a las necesidades, la materia y la época; y aunque esta sea genérica, existen diferencias de aplicación, pues en ellas se especifica su ámbito de aplicación y excepciones.

¹⁸ García Corona I.G., (2013) Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Libro Electrónico, p.154. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/3334> (Consultado el 10 de octubre de 2020)

¹⁹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) 1994. Disponible en: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art1 (Consultado el 05 de septiembre de 2021).

La cláusula operará en principio de todas las materias contenidas dentro del ámbito de aplicación del tratado en cuestión, si este contiene una CNMF. Para el caso en concreto, el ámbito de aplicación se determinará a través de la formulación de la cláusula, y el beneficio específico dependerá del derecho garantizado al tercer Estado.²⁰

Por su parte, uno de los más importantes Acuerdos para México, es el actual T-MEC²¹, el cual recientemente entro en vigor el 1° de Julio del 2020, y en su capítulo XIV de Inversión, señala que:

Artículo 14.5: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el trato que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones. (Énfasis añadido)

Actualmente existen muchas disposiciones en materia internacional que contienen esta cláusula de NMF, tan es así que dicha cláusula se ha posicionado como una de las más importantes en los APPRI's y en los capítulos de Inversión de los TLC.

²⁰ García Corona I.G., (2013) Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos, IJUNAM. Libro Electrónico, p. 152.

²¹ DECRETO Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve. (Consultado el 29 de junio 2020) Disponible en: [T_MEC_290620.pdf \(dof.gob.mx\)](https://www.dof.gob.mx/T_MEC_290620.pdf)

Es importante mencionar que, gracias a la jurisprudencia arbitral, dicho principio se fue aplicando de forma extensa, pues este ha sido usado, para reclamar cuestiones de índole sustantiva, así como aspectos procesales.

Uno de los tantos casos que dan una interpretación a esta cláusula es *Maffezini v. España*,²² en la cual los reclamantes buscaban omitir el requisito contenido en el Tratado de España-Argentina consistente en que, antes de someter a Arbitraje una controversia, esta debía ser litigada en tribunales locales por 18 meses, cuestión que fue planteada ante un litigio, pues se buscaba el beneficio de la Cláusula de NMF por la cual Argentina tenía un tratado con Chile que no les pedía tal exigencia. España respondió ante esto que de conformidad con el principio “*ejusdem generis*”²³, dicha cláusula únicamente abarca la materia sustantiva del tratado, es decir la protección a la inversión y no cuestiones procesales. A lo que *el Tribunal rechazó dicho argumento y falló en favor del reclamante*.

Como ya se ha observado, la posible constitución de una violación a esta cláusula se juzgará y determinará en función de la redacción de la misma, pues dependerá de lo que acuerden las partes, es decir, se interpretará entorno a aquellas actividades y materias contempladas por los contratantes del TBI para dicha cláusula. Por otra parte, ha sido una cláusula controversial en cuanto a su interpretación para los Tribunales, pues al no existir un estándar modelo de redacción de esta cláusula cada Estado la adecua y redacta según sus necesidades y, en consecuencia, las controversias presentadas, requieren de la interpretación del Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso. Sin embargo, una cláusula jurisdiccional no debe interpretarse en ningún caso de manera que vaya más allá de la intención que los Estados que le quisieron dar.

En una amplia variedad de casos, los tribunales de arbitraje han sido llamados a interpretar la cláusula de la NMF de un TBI a fin de determinar si se extiende o no a la resolución de diferencias (una cláusula jurisdiccional), sin embargo, sus decisiones no han sido uniformes ni homogéneas en razón de que distintos tribunales abordaron

²² Caso CIADI, Emilio Agustín vs Maffezini v. Reino de España. Caso CIADI No. ARb/97/7, Laudo Jurisdiccional de fecha 25 de enero de 2000. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/On lineAwards/c163/dc564_sp.pdf (Consultado el 05 de septiembre de 2021)

²³ Que significa “de la misma naturaleza”.

tratados redactados de manera diferente y, algunas veces, incluso tratados redactados de manera semejante, lo que ha ocasionado que los Tribunales lleguen a conclusiones distintas, incluso contradictorias.

En cuanto al ámbito de la cláusula de Nación Más Favorecida contenida en un TBI y su alcance, las decisiones de los tribunales *ad hoc* han demostrado constituir un obstáculo al desarrollo de una jurisprudencia constante, pues según el sistema del CIADI no existe un mecanismo para promover certeza y previsibilidad. A pesar de esto, no significa que las decisiones de los tribunales como el CIADI u otros, no sean citadas por las partes ante el tribunal de arbitraje que conozca de un caso en específico.

Para ejemplo de lo anterior, la decisión del caso *Wintershall v. Argentina*²⁴, en el que, el Tribunal sostuvo que “*una disposición de un tratado básico menos favorable que la de un tratado con un tercero, no puede suponerse ni presumirse sino que debe probarse*”²⁵; Wintershall como parte demandante, intentó probar en una audiencia, que las disposiciones contenidas en el APPRI Argentina-USA artículo VII, eran más favorables que las contenidas en el tratado base en su artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. Así entonces, Argentina la demandada, sostuvo que no había sido probado por la demandante que el artículo VII del APPRI Argentina-USA fuera más favorable que el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. Lo anterior, suponiendo que la CNMF del artículo 3o. del APPRI de referencia, se aplicara a la disposición sobre solución de controversias contenida en el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. Argentina insistió en que acudir a un tribunal nacional para obtener medidas provisionales podría considerarse más eficaz que acudir en forma inmediata y directa al CIADI, especialmente debido a que las medidas provisionales previstas en el Convenio de Washington no son más que simples recomendaciones. Así entonces, Argentina sostuvo que, los recursos internos hubieran sido eficaces si se hubieran adoptado debidamente conforme al artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania. Por su parte, Wintershall afirmó *contrario sensu*, acerca de la existencia de diversos obstáculos que dificultan el logro de una reparación ante los tribunales argentinos.

²⁴ Caso CIADI *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Case No. ARB/04/14. Laudo de fecha 08 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf> (Consultado el 18 de abril de 2020)

²⁵ *Ibidem*. Laudo 08 de diciembre de 2008, párr. 61.

Así, el tribunal arbitral sin realizar un análisis más profundo del término “trato más favorable” decidió que “*este Tribunal sostiene pro tem²⁶ que, en esta etapa preliminar del procedimiento, esta petición adicional de la demandada es prematura, porque la petición requiere que cada una de las partes pruebe los fundamentos de hecho; la cuestión en realidad corresponde al fondo del caso*”.²⁷

Como podemos observar de lo anterior, ha sido difícil para los Tribunales Arbitrales generalizar y determinar el significado de la CNMF, pues los Tratados Bilaterales de Inversión se han redactado de manera distinta y esta cláusula será interpretada en razón de su formulación y las circunstancias del caso en concreto.

En conclusión, la cláusula de Trato de Nación más favorecida, tiene aún su aplicación en el derecho comercial atendiendo a bienes, servicios y propiedad intelectual, pero también en los Tratados de Libre Comercio y Tratados Bilaterales de Inversión, para ser de aplicación en materia de inversión extranjera. Sin embargo, por los antecedentes su aplicación dependerá del texto de la cláusula en cuestión, la intención de las partes, así como de la interpretación razonable dados los hechos que los árbitros le den a esta.

1.3.3. Trato Mínimo o Trato conforme al derecho internacional.

Como en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, la protección a la inversión exige a los países anfitriones que traten a los inversionistas y a la inversión de una forma tal que se cumplan los niveles internacionales mínimos. Esto significa que exista un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, la descripción de esta norma ha provocado incertidumbre, en cuanto a las diversas disposiciones textuales de los distintos tratados, cuestión que hoy en día plantea si el contenido del estándar mínimo se limita a la interpretación dada a principios del siglo XX o se refiere a un derecho consuetudinario en evolución influenciado por los TBI, las decisiones internacionales de inversión y la opinión de juristas. Pues hasta este momento, ningún tratado lo conceptualiza, teniendo que recurrir a otros medios para su interpretación.

²⁶ O mejor conocido como Principio pro persona, es decir que el juez o autoridad que tenga que elegir que norma aplicar a un determinado caso, deberá elegir la que más favorezca a la persona.

²⁷ *Ibidem*. Laudo, párr. 63.

Ejemplo de ello, es la definición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), misma que señala: “*El estándar mínimo internacional, es una norma de derecho internacional consuetudinario que rige el trato de los extranjeros, al establecer un conjunto mínimo de principios que los Estados, independientemente de su legislación y prácticas nacionales, deben respetar al tratar con ciudadanos extranjeros y su propiedad*”.²⁸

Como un antecedente, en 1926 surgieron decisiones de casos como *Neer*²⁹ y *Roberts*³⁰, los cuales se convirtieron en casos históricos para el estándar de Trato Mínimo Internacional. Pues han sido relevantes en cuanto al análisis que realizaron los Tribunales respecto de una interpretación y definición del estándar de trato mínimo o estándar de trato conforme al derecho internacional.

El primero de estos fue un caso resuelto por la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones. El caso versaba sobre Paul Neer, un ciudadano estadounidense que fue asesinado cuando regresaba de una mina. Su esposa presentó una denuncia argumentando que el gobierno mexicano había mostrado falta de diligencia en la investigación y procesamiento del asesinato. A lo que la Comisión señaló que, aunque las autoridades podrían haber actuado de manera más eficaz, no le correspondía a un tribunal internacional decidir si otro curso de procedimiento hubiera sido mejor. El Tribunal encontró que esto no violaba el estándar mínimo internacional sobre el trato a los extranjeros, y al respecto se pronunció estableciendo esta conocida declaración:

[...] *el trato de un extranjero para que constituya un incumplimiento internacional, debe equivaler a un atropello, mala fe, a una inobservancia deliberada del deber, o a una insuficiencia de acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que un hombre razonable e imparcial puede fácilmente reconocer su insuficiencia.*³¹ (Énfasis añadido)

²⁸ Sánchez Mussi, A. (2008), International Minimum Standard of Treatment, Libro digital. Disponible en: [ms https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf) p.6 (Consultado el 17 de julio de 2020)

²⁹ Caso L.F. Neer v. United Mexican States, 1926.

³⁰ Caso Harry Roberts v. United Mexican States, 1926.

³¹ Comisión General Estadounidense Mexicana de Reclamaciones: L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE.UU.) c. México, Decisión de Fecha 15 de octubre de 1926, párr. 4. Disponible en Reports of International Arbitral Awards, p. 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 60.

Lo anterior, ha sido objeto para usarse en diversas controversias como un precedente, pues generalmente se ha entendido como una descripción de lo que se refiere al trato mínimo internacional, aplicable a todo tipo de conductas estatales. No obstante, la anterior declaración fue realizada para un caso de denegación de justicia por el poder judicial, y solo sería aplicable en una situación similar.³²

Por otro lado el caso Roberts, refiere a un trato “*conforme a los estándares normales de civilización*”³³ dicho caso trata sobre un ciudadano estadounidense; Roberts, quien fue confinado durante diecinueve meses en una celda pequeña junto con otros treinta o cuarenta hombres, sin instalaciones sanitarias, sin muebles y sin oportunidades para hacer ejercicio. La Comisión declaró que la igualdad, aunque relevante para determinar el fondo por maltrato a un extranjero, no es la prueba definitiva de la idoneidad de los actos de las autoridades a la luz del derecho internacional. Más bien, la prueba es si los extranjeros son tratados de acuerdo con los estándares ordinarios de la civilización. La Comisión concluyó que el trato a Roberts fue tal que justificaba una indemnización por motivo de encarcelamiento cruel e inhumano.³⁴

Como se puede observar de lo anterior, desde principios del siglo XX, dicho estándar ha sido complejo en cuanto a su interpretación y aplicación, ya que los TBI y los TLC no son claros al explicar ampliamente lo que debe entenderse por el trato mínimo, y la cláusula ha sido redactada añadiendo trato justo y equitativo seguido de protección y seguridad plenas, como si se tratara de un mismo principio.

Ante esta situación los gobiernos tenían una preocupación, pues algunos tribunales se encontraban interpretando estas disposiciones de forma muy abierta y variada y de una manera que no era la que se pretendía brindar a los inversionistas y a las inversiones. Sin embargo, la interpretación de las disposiciones de protección a las inversiones extranjeras, no depende únicamente de la opinión de los árbitros, ya que el anterior

³² López Escarcena, S., Laudo en caso CIADI No. Arb/07/23, Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala. Laudo 29 de junio de 2012. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1479.pdf> (Consultado el 18 de junio de 2020)

³³ Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones: Harry Roberts (EE.UU.) c. México, Decisión de fecha 2 de noviembre de 1926, párr. 15. Disponible en *Reports of International Arbitral Awards*, 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 77. Ver Paulsson y Petrochilos, op. cit., pp. 245-247 y 253-257. *Roberts* se relaciona al maltrato en prisión de un nacional de EE.UU. en México, p. 246.

³⁴ Sánchez Mussi, A., *International Minimum Standard of Treatment*. (Consultado el 26 de enero del 2021). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1479.pdf>

TLCAN otorgaba bajo la sección B a la Comisión de Libre Comercio esta facultad de interpretación.

Y fue así como en 2001 la Comisión de Libre Comercio del anterior NAFTA, órgano compuesto por representantes de las tres partes del Tratado, quienes tenían a su cargo la administración del mismo, y estaba facultada para adoptar declaraciones vinculantes relativas a este tratado, emitió una Nota interpretativa vinculante el 21 de julio de 2001, en la cual declaró que:

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

*3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).³⁵ (**Énfasis añadido**)*

A la luz de esta interpretación, los tribunales arbitrales han buscado develar el contenido del estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario. Pues, como se mencionó anteriormente, en el caso *Neer* se consideraba que un Estado caía por debajo del estándar mínimo si su trato a los extranjeros equivalía a un ultraje, a la mala fe, a la negligencia deliberada del deber, o a una insuficiencia de la acción gubernamental, muy por debajo de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia.³⁶

Sin embargo, esto deja como experiencia que cada caso se resuelve conforme a los hechos del caso en concreto, y la aplicación concreta de una interpretación del

³⁵ Free Trade Commission, Interpretative Note. Disponible en: [North American Free Trade Agreement \(international.gc.ca\)](https://www.nafta-sec.org/en/nafta-sec/nafta-sec-interpretative-note) (Consultado el 5 de enero del 2021.)

³⁶ Sánchez Mussi, A., International Minimum Standard of Treatment. (Consultado el 21 de enero del 2021). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1479.pdf>.

estándar no puede realizarse, ya que cada caso es distinto. No obstante, el uso de estas determinaciones funge como precedente de interpretación y, por lo tanto, es relevante para el laudo.

Decisiones más recientes han influido en muchas de las definiciones e interpretaciones de los estándares de trato a la inversión, como es el caso *Metalclad v. México*. Está se desarrolla en el marco del anterior capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Fue la primera controversia de este tipo que perdió México y resolvió que: México infringía los requisitos relativos al nivel mínimo de trato, debido a que había incumplido la obligación de transparencia estipulada no sólo en el Capítulo XI sino en otras partes del TLCAN. Había contravenido la ley mexicana por no haber notificado a la empresa Metalclad de una reunión celebrada en el pueblo en relación con su licencia después de años de arduas negociaciones a todos los niveles de gobierno.

En resumen, estableció que México no logró proporcionar un marco transparente ni previsible para la planificación y la inversión empresarial, y que demostró una falta de orden en los trámites y de disposición oportuna con relación a un inversionista.³⁷

Otro de ellos fue el caso de *Saluka Investments BV (Países Bajos) v. República Checa*. Investiční a Poštovní Banka a.s. (IPB) fue el primero de cuatro grandes bancos comerciales checos que se privatizaron después de que la República Checa iniciara un programa de privatización en los noventa. Investicíní enfrentó problemas de deudas incobrables y necesitaba una inyección de capital.

En 1999, el Banco Nacional Checo (CNB) inspeccionó IPB y concluyó que tenía serias deficiencias financieras. En 2000, el gobierno sometió a IPB a una administración forzosa con el fin de su consiguiente venta a Československá obchodní banka a.s. (CSOB).

Debido a las diferencias que tuvo la República Checa bajo el "Programa de Revitalización" (asistió a los bancos más grandes con la excepción de IPB), Saluka

³⁷ Véanse párrafos 75 a 100 de la decisión sobre el caso Metalclad. "Metalclad Corporation v. United Mexican States", Laudo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso No. ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, reimpresso en ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, primavera de 2001 Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1473/Metalclad_Laudo_esp.pdf (Consultado el 16 de octubre de 2020).

consideró que la República Checa no proporcionó el estándar justo y equitativo contenido en el Artículo 3.1 del tratado. Después, el tribunal tuvo que decidir si, como argumentan los demandantes, el estándar es un estándar de tratado específico y autónomo y debe interpretarse de manera amplia como en *Pope y Talbot, Inc. v. el Gobierno de Canadá* o, como afirman los Demandados. El estándar establecido en el Artículo 3.1 se ajusta en efecto al “estándar mínimo” que forma parte del derecho internacional consuetudinario.³⁸

El tribunal sostuvo que:

“... Parece que la diferencia entre el estándar del Tratado (referido al trato justo y equitativo) establecido en el Artículo 3.1. y el estándar mínimo habitual, cuando se aplica a los hechos específicos de un caso, puede ser más aparente que real ... ”

Sumado a esto, el tribunal destaca la existencia de un estándar mínimo internacional de protección, independientemente de la política del Estado a las inversiones, y una mayor protección otorgada a las inversiones en tratados bilaterales:

*“... El estándar mínimo consuetudinario es en todo caso **vinculante para un Estado** y proporciona una **garantía mínima a los inversores extranjeros, incluso cuando el Estado sigue una política que en principio se opone a la inversión extranjera**; en ese contexto, el estándar mínimo de “trato justo y equitativo” puede, de hecho, **no proporcionar más que el “mínimo” de protección...** ”Los tratados bilaterales de inversión, sin embargo, están diseñados para promover la inversión extranjera directa entre las Partes Contratantes; en este contexto, **la protección de los inversores mediante el estándar de “trato justo y equitativo” tiene por objeto ser una garantía que proporcione un incentivo positivo para los inversores extranjeros. En consecuencia, para violar el estándar, puede ser suficiente que la conducta de los Estados muestre un grado relativamente menor de inadecuación**”³⁹ (Énfasis añadido)*

En conclusión, el estándar de trato mínimo o nivel mínimo conforme al derecho internacional, se ha convertido en una incertidumbre para los que ejercen este sistema, pues es parte esencial en la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión. Y la protección de la inversión en cualquier parte del mundo debe ser tratada con un estándar

³⁸ Case Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic. Disponible en: <https://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf> párrafo 289. (Consultado el 17 de enero del 2021).

³⁹ Case Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic. Disponible en: <https://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf> Párrafo 293. (Consultado el 17 de enero de 2021).

mínimo de derechos otorgados y ventajas para el crecimiento del mismo en el país receptor. Sin embargo, aunque a la fecha no se ha emitido una definición general de su significado, los precedentes y la interpretación de los tratados internacionales a esta cláusula ayudan para que, de acuerdo al caso, se pueda proteger dicho derecho.

1.3.4. Trato Justo y Equitativo.

El estándar de trato justo y equitativo, al igual que el estándar de nivel mínimo de trato o el estándar de trato conforme al derecho internacional, se encuentran presentes en la mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión.⁴⁰

La cláusula de Trato mínimo o trato conforme al derecho internacional que se explicó en el punto 1.3.3. anterior, es de suma importancia para entender al trato justo y equitativo, pues en la práctica y la teoría, se han relacionado entre sí, existiendo controversia sobre si el estándar de trato justo y equitativo puede interpretarse como independiente o debe interpretarse en conjunto con el estándar de Nivel Mínimo de Trato. Ya que, en diversos casos, se ha expuesto la violación de estos estándares de trato a la inversión extranjera dada su redacción en los Tratados Bilaterales de Inversión, así como en los capítulos de inversión de los TLC, logrando con esto diversas interpretaciones.

Un ejemplo fueron los primeros casos del TLCAN, (respecto del Artículo 1105) en los cuales existía una divergente interpretación de los estándares de Trato Mínimo y de Trato Justo y Equitativo (TJE), pues una de las redacciones que más se distinguía y que prevalece es la equiparación de estos dos estándares, cuestión que impide una interpretación genérica en los casos.

Existen diversos casos que tratan la ambigua interpretación de este estándar, sin embargo una de las más relevantes y controvertidas interpretaciones, fue durante el caso

⁴⁰ De los 2575 acuerdos internacionales de inversiones relevados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2441 acuerdos (o sea, 94,9%) tienen previsto el estándar de trato justo y equitativo. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. IIA Mapping Project. Disponible en: [Mapping of IIA Content | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (Consultado el 10 de febrero del 2021).

*Mondev International LTD. v United States of América.*⁴¹ En este caso, el inversionista, era un desarrollador inmobiliario canadiense el cual, presentó a través de su filial local una demanda contra la Ciudad de Boston y la autoridad de Remodelación de Boston por incumplimiento de contrato, en la apelación el Tribunal de Massachusetts sostuvo que la autoridad de remodelación era inmune de la demanda, bajo la ley de inmunidad estatal.

Por lo cual, *Mondev* presentó la demanda *alegando reclamación por la infracción de los artículos 1102 (1), 1105 (1) y 1110 del TLCAN*. En este caso, el Tribunal no aceptó la demanda, en razón de que los Tribunales de Massachusetts habían aplicado correctamente su ley interna. Sin embargo, *durante el procedimiento de jurisdicción, el tribunal determina que solo tiene jurisdicción sobre la infracción del artículo 1105 (1).*⁴²

Existía un extenso debate sobre la interpretación de TJE, ya que existía la interpretación del derecho consuetudinario y lo que prevalece en las reglas de derecho internacional, además de algunos precedentes que no tenían uniformidad. Por lo cual, *los Estados Unidos consideraron necesario solicitar una interpretación de esta disposición, fundamentada en el artículo 2001 del antes TLCAN a la Free Trade Comission.*

La Comisión de Libre Comercio o FTC *Free Trade Comission* por sus siglas en inglés, hizo una primera interpretación al artículo 1131 del NAFTA, mediante la cual señaló:

El artículo 1131 del TLCAN establece que:

1. Un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con este Acuerdo y las normas aplicables del derecho internacional.

*2. La interpretación por parte de la Comisión de una disposición de este Acuerdo será vinculante para el Tribunal establecido de conformidad con esta Sección.*⁴³ (Énfasis añadido)

⁴¹ Case *Mondev International Ltd. V. United States of America*, Case No. ARB(AF)/99/2, *Award*. 11 October 2002. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/99/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/99/2) (Consultado el 07 de julio de 2020)

⁴² ICSID Reports_Volumen 6, *International Convention on the Settlement of Investment Disputes Reports* 2014, pág. 215, párr. 93.

⁴³ Article 1131 of NAFTA provides that: 1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law. 2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

Posterior a esta aclaración se dispone a realizar la reconocida y controvertida “interpretación” y “aclaración” del artículo 1105, con la finalidad de dar claridad y reafirmar algunas de estas disposiciones, siempre con la intención que las partes quisieron darle al momento de celebrar el acuerdo.

La nota interpretativa al artículo 1105(1) del antes TLCAN,⁴⁴ (misma que puede observarse previamente en el punto 1.3.3 de este trabajo) “intentó” dar una aclaración y congruencia al estándar de trato mínimo junto con el trato justo y equitativo, pongo entre comillas la palabra “intentó”, ya que *esta interpretación deja más dudas que aclaraciones y claridad al concepto mismo*, como lo indican *Reyes & Cruz*⁴⁵ pues, la misma podría haber sido más explícita a la correcta interpretación del estándar de trato mínimo, y del trato justo y equitativo.

Esta interpretación, fue presentada durante el procedimiento del caso Mondev, en el cual los Estados Unidos, posterior al cierre de los alegatos escritos, la hace presente ante el Tribunal de arbitraje, mencionando que en la misma se interpretaba respecto del origen y significado de los términos “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” que figuran en él, así como el alcance del estándar mínimo de trato bajo las leyes de derecho internacional.⁴⁶

Sin embargo, a la fecha existe divergencia de opinión entre inversionistas e internacionalistas, sobre este punto. Se podría decir que, la nota no es aclarativa sino modificatoria, pues al menos en palabras de Mondev International Ltd., durante la controversia sostuvo que *la Demandada consideró apropiado cambiar el significado de una disposición del TLCAN en medio del caso en el que esa disposición juega un papel importante y cuestionó si podría hacerlo de buena fe. Y que la decisión de la FTC era*

⁴⁴ UNCTAD, (2012) Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p. 47. “As discussed in section II.E, in the wake of controversy over another early decision, in *Pope & Talbot v. Canada*, the NAFTA Free Trade Commission issued its 2001 Interpretative Note, whereby it clarified that fair and equitable treatment did not “require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens”.

⁴⁵ Reyes Díaz Carlos H., Cruz Barney, O. (2018) El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, núm. 1, p. 52. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5499/3.pdf> (Consultado el 05 de septiembre de 2020).

⁴⁶ ICSID Reports_Volumen 6, International Convention on the Settlement of Investment Disputes Reports 2014, p. 215, parr. 94.

"más una cuestión de enmienda" al texto del TLCAN que una interpretación del mismo,⁴⁷ pues no expresa cuál es el contenido de Trato Mínimo, solo lo que no abarca, y todo esto únicamente dentro del marco del TLCAN, por lo cual no resuelve esta incertidumbre en otros Tratados.

Adicional a lo anterior, este caso interpretó el estándar de trato mínimo de una manera evolutiva, en el cual el Tribunal sostuvo que la norma de Trato justo y equitativo del TLCAN, incluía el precedente *Neer*⁴⁸, pero que este evolucionó con el tiempo. En dicho caso, el Tribunal establece que "*Un estado puede tratar a la inversión extranjera de manera injusta e inequitativa, sin actuar necesariamente de mala fe*"⁴⁹ y como estas interpretaciones, muchas otras fueron las que trataron de seguir la aclaración hecha por la Comisión de Libre Comercio.

Es esencial mencionar que, de dicha nota aclarativa se dio pie a muchas interpretaciones en la resolución de conflictos, así como diversas críticas respecto del trato justo. Ya que, como se puede observar, la Comisión hace expresamente clara una diferencia entre cada uno de los estándares de trato a la Inversión, pues señala que el TJE y Protección y Seguridad Plenas, no deben considerarse adicionales al Trato Mínimo, o como textualmente lo expresa; "*si ha existido violación de un estándar independiente, no significa que haya violación de Trato Mínimo Internacional Consuetudinario*".⁵⁰ Entendiendo que, el TJE podrá tener independencia propia.

Adicional a lo anterior, en el nuevo texto del T-MEC, el capítulo 14 de Inversión, artículo 14.6 (2), incluyó la interpretación de la Comisión de Libre Comercio de 2001, otorgándole ahora un carácter de derecho convencional, como se puede observar:

Free Trade Commission. (abril 2001)	T-MEC (Julio 2020)
--	---------------------------

⁴⁷ ICSID Reports_Volumen 6, International Convention on the Settlement of Investment Disputes Reports 2014, p. 218, párr. 103.

⁴⁸ Case USA (L.F. Neer) v. United Mexican States, decision of the General Claims Commission, United States – México, 15 October 1926.

⁴⁹ Case Mondev International Ltd v United States, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award, 11 October 2002. Párr. 116. "A State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith". Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/99/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/99/2)

⁵⁰ Free Trade Commission, Interpretative Note, [North American Free Trade Agreement \(international.gc.ca\)](#) (Consultado el 07 de octubre del 2020).

<p>Artículo 1105 del anterior TLCAN.</p>	<p>Artículo 14.6: Nivel Mínimo de Trato. T-MEC</p>
<p>B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional</p> <p>1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.</p> <p>2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.</p> <p>3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no</p>	<p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional a, o superior al exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de proporcionar: (a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) "protección y seguridad plenas" exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no</p>

<p>establece que se haya violado el artículo 1105(1).⁵¹ (Énfasis añadido)</p>	<p>constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.⁵² (Énfasis añadido)</p>
--	---

Sin duda, la adopción de esta nota interpretativa por la *Free Trade Commission* en los nuevos textos del T-MEC, lo posicionan como relevante y de suma importancia, pues al integrarse en este Tratado de Libre Comercio, traerá consigo interpretaciones y precedentes interesantes en las controversias que se resolverán bajo el marco de este Tratado.

Por otra parte, la doctrina no ha dejado este tema sin interpretación, por ejemplo, para *Tempone* el trato justo y equitativo es:

“un principio absoluto destinado fundamentalmente a proteger a la inversión mediante normas básicas universales y cuyo contenido específico depende de un juicio de valor que se emite caso a caso, siempre guiado por los principios de razonabilidad y equidad por las propias partes o por un tercero encargado de dirimir un conflicto entre estas.”⁵³

El autor define a este estándar sin relacionarlo con el trato mínimo, dando un concepto que permite a quien lo lea, interpretar que el trato justo y equitativo debe proteger a la inversión dependiendo las circunstancias del caso, pues no todas las inversiones tratan sobre la misma materia, ni territorio. Sin embargo, remite dos puntos importantes a destacar; la razonabilidad y la equidad. Puntos que deberá tener presentes el tercero encargado de dirimir la controversia, para saber si existe o no, un trato justo y equitativo para la inversión.

Así mismo, de acuerdo con *Sornarajah*, existen por lo menos dos visiones predominantes sobre el contenido de este estándar: 1) *como estándar que nada agrega a la noción de trato mínimo internacional, oriundo de la costumbre internacional*; y 2)

⁵¹ Artículo 1105, Capítulo XI, TLCAN 1993, Disponible en: [TLCAN.PDF_\(economia-snci.gob.mx\)](https://www.tlcancan.com.mx/Documentos/TLCAN.PDF_(economia-snci.gob.mx)) (Consultado el 26 de enero 2022)

⁵² Artículo 14.6 Nivel Mínimo de Trato, Capítulo XIV, T-MEC de fecha 29 de junio de 2020, Disponible en: [14ESPInversion.pdf \(www.gob.mx\)](https://www.gob.mx/documentos/14ESPInversion.pdf) (Consultado el 26 de enero 2022)

⁵³ *Tempone R.*, (2003). *Protección de Inversiones Extranjeras*. pp. 55-56.

como estándar que extrapola el objetivo del estándar de trato mínimo del derecho internacional permitiendo que los tribunales arbitrales creen nuevos estándares dentro de la noción más amplia de trato justo y equitativo.⁵⁴

Como se afirmó arriba, la versatilidad de redacción que se le ha dado a este estándar en los TBI y los TLC, ha influido en la interpretación conferida por los tribunales arbitrales. A su vez, muchos casos han ido aceptando y reconociendo la naturaleza dinámica del estándar internacional, expresándolo mediante algunas interpretaciones, como es el caso *Waste Management v. México*,⁵⁵ en el cual se estableció que, el nivel mínimo de TJE es quebrantado por una conducta perjudicial para el inversionista extranjero, atribuible al Estado y que se caracteriza por ser: “Arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica, o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia neutral en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”.⁵⁶

Esta definición derivada de precedentes que componen la llamada jurisprudencia arbitral, aunque es más precisa en dar a conocer bajo qué situaciones y circunstancias se entendería que existe una violación de dicho estándar, la misma hace énfasis en que debe existir un trato mínimo, en el trato justo y equitativo.

Para todo este análisis, debe considerarse la redacción que se plantea en los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio, ya que dicho principio ha sufrido modificaciones y adecuaciones. Otro de ellos es el caso *S.D. Myers Inc. v. Canadá*, en la cual el Tribunal determinó que la violación de este estándar *ocurre cuando se demuestra que un inversor fue tratado de manera tan injusta o arbitraria que este trato alcanzó un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional*.⁵⁷

⁵⁴ Sornarajah, M. The international law on foreign investment. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 349.

⁵⁵ Case *Waste Management, Inc. v. México*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo de fecha 30 de abril de 2004. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf (Consultado el 19 de agosto de 2020).

⁵⁶ Case *Waste Management v. México*, Laudo de fecha 30 de abril de 2004, paragraph 98. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf (Consultado el 19 de agosto de 2020).

⁵⁷ *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 nov. 2000, § 263: “when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that

Por otro lado, el análisis de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), determina que *no hay uniformidad respecto del método de interpretación de los tribunales arbitrales del estándar de trato justo y equitativo*. En parte, la multiplicidad de metodologías interpretativas se debe a las particularidades de la redacción de la cláusula del estándar de trato justo y equitativo en los diferentes acuerdos internacionales de inversiones, así como a la aplicación aislada de esos acuerdos por los diferentes tribunales arbitrales *ad hoc*. Más allá de la redacción eventualmente existente, estos tribunales presentaron algunas dificultades para establecer la relación entre el trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional.⁵⁸

Así mismo, el caso *Tecmed v. México*, da una interpretación más significativa para el inversor extranjero, pues de acuerdo con el Tribunal, el Estado receptor debe garantizar un trato que “*no afecte las expectativas básicas que fueron tenidas en consideración por el inversor extranjero para realizar la inversión*”.⁵⁹ Este posicionamiento dio un margen extenso de interpretación de esta cláusula, ya que se podrían incluir simples cambios de políticas gubernamentales que provoquen pérdidas financieras al inversor en el objetivo del estándar de trato, lo cual concedía al Tribunal el poder de revelar cualquier política gubernamental que pudiera tener algún impacto sobre el inversor.

Por el contrario, se dieron casos en los cuales los Tribunales adoptaron un concepto de interpretación más restrictiva, como es el caso *Thunderbird Gaming v. México*, pues el cierre de diversos establecimientos de la empresa inversora por el gobierno Mexicano, derivado de la prohibición de los juegos de azar, ocasionó que el inversor entrara en conflicto con un documento anterior de las autoridades Mexicanas competentes, que informaba que las máquinas presentadas por la empresa estaban prohibidas por las leyes entonces vigentes. De acuerdo con el reclamo del inversor, el tribunal arbitral entendió que el documento de la autoridad gubernamental no había creado una

is unacceptable from the international perspective”. Disponible en: https://www.uncitral.org/res/transparency-registry/registry/data/can/s_d_myers_inc_html/myers-18.pdf (Consultado el 16 de marzo de 2020).

⁵⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p.p. 58-59.

⁵⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, laudo 29 May 2003, § 154: “does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment” Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1603/Tecmed_laudo_20080604.pdf (Consultado el 16 de November de 2020).

expectativa legítima y razonable en el inversor, y que los actos del gobierno mexicano no habían sido arbitrarios o injustos al punto de violar el estándar mínimo internacional.

El tribunal estableció algunos criterios para caracterizar una violación de la expectativa legítima: (a) la creación de “expectativas razonables y justificadas del inversor” por el Estado receptor;⁶⁰ (b) la confianza del inversor en la conducta del Estado receptor; (c) la imposibilidad de dicho Estado de atender las expectativas creadas y (d) la provocación de algún daño al inversor. Además, es pertinente mencionar, el razonamiento del tribunal cuya conclusión fue que la violación a la expectativa legítima sólo se convierte en violación al estándar de trato justo y equitativo cuando la conducta del Estado receptor está caracterizada por “*manifiesta denegación de justicia o arbitrariedad palmaria*”.⁶¹

Como se puede observar, el estándar de TJE, ha sido controversial derivado de la redacción que los países han acordado en los tratados, la interpretación de los árbitros en los laudos, y aquellos juristas que se han manifestado respecto de esta.

En conclusión, se entiende que el TJE, puede interpretarse según las circunstancias del caso, pero gracias a muchas interpretaciones y aclaraciones se ha hecho más posible determinar su independencia y las situaciones en las cuales se puede considerar que ha existido violación de este trato a la inversión. No obstante, la interpretación de esta cláusula, estará sujeta al Árbitro o Tribunal Arbitral de una determinada controversia.

1.3.5. Protección y seguridad plenas.

El estándar de protección y seguridad plenas, es uno de los principios considerados básicos para la protección de las inversiones extranjeras, ya que, el alcance tradicional de este estándar es garantizar o asegurar la protección física de bienes y personas.⁶² Se

⁶⁰ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006, § 147: “reasonable and justifiable expectations on the part of the investor”.

⁶¹ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006, § 194. (Consultado el 19 de noviembre de 2020)

⁶² Bishop, Doak Et. AII. Foreign Investment Disputes. Case, Materials and Comentary. Ed. Kluwer Law International. p. 1008.

realiza a través de una obligación general, que requiere que el Estado se conduzca con la debida diligencia en la protección de las inversiones extranjeras.

Se ha definido por la doctrina como el estándar que *“impone una obligación al Estado de adoptar razonablemente todas las medidas para proteger la seguridad física, de los bienes y activos de amenazas o ataques dirigidos particularmente sobre extranjeros inversionistas”*.⁶³

Es importante señalar que, este estándar en algunos tratados se une con el nivel mínimo de trato, así como con el trato justo y equitativo, como protección para el inversionista. Tal es el caso del ya mencionado T-MEC, el cual contempla en su capítulo XIV de Inversión, al artículo 14.6 el cual a la letra refiere: *Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o superior al exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. 2 b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.*

Especificando que, se impone en la redacción del trato un punto particular, ya que aunado a que determina un nivel mínimo no mayor al exigido, fija un concepto muy interesante; *la violencia física*, la misma que debe cuidarse a través de la asistencia policial correspondiente.⁶⁴

Así entonces, podemos decir que esta obligación está correlacionada con la obligación que tiene el sistema legal de brindar protección al inversionista para poder *“prevenir y perseguir acciones que amenacen o impidan la seguridad física de la inversión”*.⁶⁵ Se trata de una garantía otorgada por los Estados hacia el inversionista extranjero y su inversión, con la finalidad de que, las políticas gubernamentales no afecten ni se construyan con la intención de afectar a intereses externos, pues lo que se busca es mayor crecimiento de la inversión. La obligación asumida por el Estado es una

⁶³ G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, Recueil des Cours, Tome 269, 1997, p.347.

⁶⁴ Carrano Tarrillo, I. C. T. (2010, 27 abril). ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales? IUS ET VERITAS, 40. p. 235. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12151> (Consultado el 18 de julio de 2020).

⁶⁵ Guiditta Cordero, Moss. “Chapter 7 Full Protection and Security”. Standards of Treatment. Op. Cit., p. 131.

obligación general que requiere que ésta se conduzca con la “debida diligencia en la protección de las inversiones extranjeras, directa y estricta”.⁶⁶

Al comprender esto, debemos señalar que la existencia de la garantía sugiere que el Estado anfitrión está bajo la obligación de tomar medidas para proteger las inversiones contra situaciones adversas, las cuales pueden provenir tanto del Estado como de sus Órganos o terceros. El objetivo principal y primordial es la necesidad de proteger al inversionista contra cualquier tipo de violencia física, incluyendo la invasión de las instalaciones que forman parte de la inversión.⁶⁷

Sin embargo, esto no quiere decir que la protección de la inversión deba ser totalmente física, y no pueda ir más allá. En el caso *Azurix v. Argentina*, se da una discusión sobre el alcance de este estándar, en el cual el Tribunal señaló:

“No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro (...). Sin embargo, el tratamiento brindado al nacional en el territorio del Estado anfitrión no puede suponer una excusa para la violación de la garantía otorgada especialmente al inversionista extranjero” cuando los términos ‘protección y seguridad’ vienen calificados por ‘plenas’ sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física.”⁶⁸

Actualmente existe un paradigma a esta ideología, pues se dice que abarca más que solo la protección física, de acuerdo con *Dolzer y Schreuer*.⁶⁹ Ya que ésta garantiza cualquier violación de los derechos del inversionista.

Ésta ideología, surgió gracias a la jurisprudencia arbitral pues derivado de un consenso, los casos arrojan que este estándar no provee protección absoluta en contra de situaciones que afecten la integridad física o jurídica del inversionista.⁷⁰ Y, por otro lado, se encuentra la postura en la cual el Estado anfitrión de la inversión no está estrictamente obligado para prevenir daños físicos o lesiones de derechos. Y que más bien, este deber es para ejercer debida diligencia razonable, dependiendo las

⁶⁶ R. Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995

⁶⁷ Gonzales de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de Inversión* (1.a ed.). Porrúa, p. 183.

⁶⁸ Case *Azurix vs. Argentina*. Case No. CIADI No. ARB/01/12. Laudo de fecha 2006. parágrafo 408. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0064.pdf> (Consultado el 25 de agosto de 2020).

⁶⁹ R. Dolzer. *Principales of International Investment Law*. (2011).

⁷⁰ Para más detalles ver, por ejemplo: *v. ELSI*; *APPL v. Sri Lanka*; *Tecmed v. México*; *Noble Ventures v. Rumania*.

circunstancias. Aunque el verdadero alcance y qué situaciones están cubiertas dependerá del texto de la cláusula en el Tratado y su aplicación al caso en particular.

Lo anterior es así, ya que gracias a la interpretación de los Árbitros, en los múltiples casos resueltos de controversias de inversión, sobre la violación a este estándar u otros, se han observado distintas aseveraciones sobre este estándar, pues se ha dicho que no es una “*obligación absoluta que garantiza que no se sufrirá daños, en el sentido de que cualquier daño genera automáticamente la responsabilidad del Estado*”.⁷¹ Y tampoco, debe tomarse como una garantía en la cual “*la propiedad no vaya a ser nunca y en ninguna circunstancia ocupada o que no vaya a ser perturbada*”.⁷²

Se hace referencia a este punto ya que, el Estado al momento de suscribir un TBI, no acepta una responsabilidad absoluta directa y objetiva por todos los perjuicios o daños a los inversionistas, pues el inversionista, tiene que probar que ha existido una cantidad de daños en su inversión y que estos son atribuibles al Estado o sus agentes para fincarles responsabilidad, al no actuar con la debida diligencia y violar un estándar de protección.

Podemos concluir que el estándar, podría entenderse como una obligación de hacer y no hacer. De hacer porque, por un lado, el Estado debe tomar las medidas razonables para garantizar la seguridad y protección al inversionista e inversión frente al acto de terceros; y de no hacer, ya que, el Estado, a través de sus agentes y órganos, no deben perturbar o impedir el crecimiento de la inversión extranjera y disfrutar de los beneficios que los demás inversionistas gozan.

1.3.6. Expropiación y medidas equivalentes a expropiación.

La expropiación es un estándar de protección a la inversión, más que de trato, pues en sus objetivos principales se encuentra evitar que un Estado pueda tomar la propiedad privada, más que por una necesidad justificada de acuerdo con la legislación.

En la mayoría de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y TLC, se contempla una figura más de protección a las inversiones

⁷¹ Case Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December. Parr. 84.

⁷² Case Elsi, Corte Internacional de Justicia. Aparece en (C.I.J., Recueil, 1989, § 108, p.65)

extranjeras; la expropiación y medidas equivalentes a expropiación. La primera de estas, se conoce como una figura que establece que, el Estado puede expropiar bienes de particulares, sean estos nacionales o extranjeros. Sin embargo, esta debe cumplir con los siguientes requisitos para que pueda considerarse legal:

1. Causa de utilidad pública.
2. Sobre bases no discriminatorias.
3. Sea realizada conforme al principio de legalidad y debido proceso.
4. Mediante pago de la indemnización respectiva.

Por lo que hace a la indemnización, se establece que está deberá ser pagada en su totalidad y sin demoras, incluir intereses a una tasa comercial razonable, que sea equivalente al valor justo del mercado, y debe ser libremente transferible. En estos acuerdos, se señala que, para determinar el valor catastral de la inversión expropiada se tomara en cuenta entre otros criterios el valor catastral de los inmuebles, y ser libremente transferible.

Por otro lado, la Legislación Mexicana, específicamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 27°, párrafo segundo, señala que:

“la expropiación únicamente podrá hacerse por causas de utilidad pública y mediante indemnización.”

Así mismo, esta figura se encuentra regulada en la Ley de Expropiación, la cual tiene por objeto establecer las causas de utilidad pública y regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones.⁷³ Y estas se aplicaran sin perjuicio de lo dispuesto por los Tratados Internacionales en los que México es parte y los Acuerdos Arbitrales que se celebren.

En el derecho internacional se contempla esta figura como parte de la protección de las Inversiones extranjeras. Para ejemplificar lo anterior, tenemos a uno de los más

⁷³ Ley de expropiación (2012), artículo 1°. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/35.pdf> (Consultado el 3 de Noviembre del 2020)

recientes APPRI's celebrados por México con el Gobierno de Kuwait (2016), en la cual, prevé en el artículo sexto, la figura de *Expropiación*, que a la letra establece: "*ninguna parte contratante podrá expropiar o nacionalizar una inversión directa o indirectamente, a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización, salvo que sea por causa de utilidad pública, de una manera no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, de acuerdo con el debido proceso legal*"⁷⁴.

De dicho texto, es importante recalcar la Indemnización, la cual funge como un elemento sustancial y legítimo de este acto, para lo cual, las leyes contemplan que se debe cumplir con ciertos requisitos:

a) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. El valor justo de mercado no reflejará cambio alguno en el valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida públicamente con antelación.;

Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor de los activos, incluido el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado

(b) ser pagada sin demora;

(c) incluir intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha efectiva de pago, y

(d) ser completamente liquidable y libremente transferible. (Énfasis añadido)

Así mismo, vemos como el ejemplo anteriormente citado señala que la expropiación se divide en dos: directa e indirecta. La segunda de estas, es uno de los temas más importante y relevante a destacar para el Arbitraje de Inversión, pues estas también son conocidas como "medidas equivalentes a expropiación" o expropiaciones de *facto*.

Este concepto surge en razón de que algunos casos y doctrinas lo han denominado como *takings*⁷⁵, término que ha sido difícil de traducir al español. El término deriva de la

⁷⁴ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Estado de Kuwait para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones. Artículo 6°. Consultado el 11 de enero del 2021) Disponible en: [Kuwait - México BIT \(2013\) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#)

⁷⁵ Los cuales se señalarán posteriormente.

Constitución de Estados Unidos de América, que en su quinta enmienda establece: “...nor shall private property be taken for public use without just compensation”. Dicho concepto se ha dividido en dos especies; 1) takings posesorios, y 2) takings regulatorios. Los primeros se refieren a cualquier tipo de confiscación u ocupación física de la propiedad, y los segundos involucran casos en los que la regulación hace económicamente inviable la utilización de activos.⁷⁶

El concepto de medidas equivalentes a expropiación no es muy claro en la actualidad en cuanto los elementos que debe contener o los requisitos, sin embargo, los precedentes arbitrales han ido señalando algunos de ellos. Por ejemplo, la pérdida de control, es decir la pérdida de la propiedad de la inversión. Este punto se ha identificado de diversas maneras, pues en razón de los hechos, los Tribunales determinarán si existe o no una expropiación, y más importante si la misma es legítima. Uno de los casos que ha manifestado una explicación sobre la expropiación indirecta, es el caso *Lauder vs. The Czech Republic*⁷⁷ en el cual las describe de la siguiente forma:

*Una expropiación Indirecta o Nacionalización es una medida que no involucra una transferencia (taking) flagrante de propiedad, sino que efectivamente neutraliza el goce de los activos. Es generalmente aceptado que una gran variedad de medidas son susceptibles a dar lugar a una expropiación indirecta y cada caso es por ello decidido con base en circunstancias particulares.*⁷⁸

De igual manera, otro caso en el que se puede conocer la interpretación de las medidas equivalentes a expropiación, es el caso *Middle East Cement v. Egypt*⁷⁹ en el cual se reclamó la revocación de una *Free Zone License*, mediante la prohibición de importación de cemento. El Tribunal consideró que esto mermó los derechos de uso y goce de la inversión, no obstante que la propiedad formal se mantenía a favor del inversionista explicando que:

⁷⁶ González de Cossío, F. (2010), Medidas Equivalentes a Expropiación. IIJUNAM. p.3 Disponible en: [EXPROPIACIÓN Y MEDIDAS EQUIVALENTES.pdf](#)

⁷⁷ Caso Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic, Laudo del 3 de septiembre de 2001. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (Consultado el 05 de septiembre de 2021).

⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 200.

⁷⁹ Case Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs Arab Republic of Egypt, Laudo 12 de Abril del 2002. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf> (Consultado el 18 de agosto de 2021).

Cuando un Estado toma medidas cuyo efecto es privar al inversionista del uso y beneficio de su inversión no obstante que él pueda retener la propiedad nominal del derecho correspondiente las medidas son frecuentemente conocidas como expropiaciones creeping o <<indirectas>>, o, como sucede en el tratado de inversión medidas <<cuyo efecto es equivalente a expropiación>>. De hecho, el inversionista es privado mediante dichas medidas de parte del valor de su inversión. Éste es el caso aquí, por lo que, en opinión del Tribunal, dicha medida constituye una expropiación dentro del significado del artículo 4° del Tratado de Inversión y, por ende, el demandado está obligado a pagar una indemnización por ello.⁸⁰

Mientras tanto, el caso *Tecmed vs. México*⁸¹, en el cual el acto reclamado fue la revocación de una licencia de operación, se sostenía que esto constituía una medida equivalente a una expropiación, para lo cual el Tribunal señaló que:

114. Generalmente se entiende que la expresión <<...equivalente a expropiación...>> o tantamount to expropriation que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada <<expropiación indirecta>> o creeping, así como a la expropiación de facto aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición calara o unívoca, se reconoce generalmente que se traduce a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación.⁸²

De lo anterior, se observan algunos casos en los que las determinaciones de árbitros le han otorgado una definición e interpretación al término *takings*. Sin embargo, es complejo, pues como se dijo anteriormente, en el idioma español no existe una palabra igual. El caso *Tokios Tokeles vs. Ukraine*⁸³, refirió que dicho término es muy claro en el derecho internacional, como los señala la Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Lesiones a los Extranjeros, señalando que:

Las obligaciones de Estados con respecto a <<activos>> y <<la utilización de activos>>, están bien establecidas en el derecho internacional. Por ejemplo, la Draft Convention on the

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 107.

⁸¹ Case Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. The United Mexican States, Laudo del 29 de mayo del 2003.

⁸² *Ibidem*, párrafo 114. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/00/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/00/2) (Consultado el 16 de noviembre de 2020).

⁸³ Case Tokyo Tokelés vs. Ukraine, Case No. ARB/02/18. Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril del 2004. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf> (Consultado el 18 de julio de 2021).

International Responsibility of States for Injuries to Aliens define los <<takings de propiedad>>, incluyendo no solo las transferencias de propiedad, sino cualquier interferencia no razonable con el uso, goce o disposición de bienes que justifique y las interferencias que impidan que el propietario use, goce o disponga de bienes dentro de un plazo razonable con posterioridad al comienzo de dicha transferencia. Más aún, el Tribunal de Reclamaciones de Irán. Estados Unidos determinó que <<una privación o taking de bienes puede ocurrir bajo derecho internacional mediante la interferencia por un Estado con el uso de dichos bienes o con el goce de sus beneficios>>⁸⁴

Estas determinaciones han dado pie a entender que un Estado anfitrión de la inversión podría realizar medidas expropiatorias de formas distintas a un decreto formal de expropiación, y con esto se podría estar involucrando la privación de la propiedad privada de las inversiones o algún acto equiparable, como la pérdida de control de la inversión o que la misma dejara de generar ganancias. Podría entenderse de esto que es complejo identificar las características de la expropiación indirecta. Pero de acuerdo con *Ian Brownlie*, un elemento decisivo de la expropiación es la merma de control o valor económico de una inversión extranjera, sin que sea necesaria la existencia de una apropiación física de activos.⁸⁵

En conclusión, si bien la expropiación es un acto mediante el cual el Estado tiene la oportunidad de obtener la propiedad privada de un inversionista, y que éste puede ejercer esa medida de distintas formas; debe tenerse en cuenta una expropiación legítima de una ilegítima de acuerdo con los requisitos que se prevean en las legislaciones.

Y, por otro lado, se debe tomar en cuenta el término de medidas equivalentes a expropiación, ya que ha generado muchas inconsistencias en el marco del derecho internacional al no establecerse una definición genérica de sus diferencias con la expropiación, por lo que es importante, considerarse como independiente. Es de suma importancia que esto se pueda generalizar, ya que, auxiliaría a los jueces y árbitros internacionales, a analizar los actos impuestos por los Gobiernos y sus políticas económicas y gubernamentales, permitiendo así legitimidad en los procedimientos.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 92.

⁸⁵ Brownlie, Ian, *Principales of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, 1998, p. 534.

CAPITULO II. DEBILIDADES Y CRITICAS AL ACTUAL MECANISMO ISDS, EN EL MARCO DE LA REFORMA CNUDMI-CIADI.

2.1. El inicio de la reforma al mecanismo ISDS.

En el Derecho Internacional actualmente se contemplan 3,238 Tratados, de los cuales 2,576 Tratados se encuentran en vigor.⁸⁶ De los cuales 2,247 son BIT's y 329 son Tratados con disposiciones de Inversión vigentes (TIP's),⁸⁷ en los cuales, si bien no son idénticos, contemplan similitudes. Estos Tratados garantizan la protección a las Inversiones Extranjeras a través de las normas de protección a las inversiones y la protección de esas medidas a través de un mecanismo procesal de solución de controversias, derivado de la violación a estas normas de protección.

Este mecanismo de protección en general ha sido beneficioso y ha contribuido positivamente para promover el Estado de Derecho a nivel internacional, al buen funcionamiento del mercado mundial y al mercado de las corrientes de inversiones extranjeras, así como al crecimiento económico y al desarrollo humano de los países importadores y exportadores del capital.⁸⁸

No obstante, con el paso del tiempo los casos han ido en aumento. De acuerdo con un estudio reciente de la UNCTAD, en 2020 se dieron a conocer 1,104 causas de este tipo de procedimientos, a partir del 31 de julio del 2020 con lo cual se rompió record de casos en un año.⁸⁹ Y al menos entre 2019 y 2020 se dieron a conocer 127 nuevas causas iniciadas sobre la base de tratados, de las cuales 81 fueron registradas bajo las reglas y administración del CIADI, 28 bajo reglas CNUDMI, 3 bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 1 no ad hoc, 4 bajo las reglas CIADI o CNUDMI, pero sin

⁸⁶ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator. Disponible en: [Mexico | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (Actualizado y Consultado al 27 de enero de 2022)

⁸⁷ UNCTAD, Disponible en: [navegador de solución de diferencias en materia de inversiones | Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD](#) (Consultado el 02 de Noviembre del 2021).

⁸⁸ CNUDMI, (2016), Doc. A/CN.9/890. Solución de controversias comerciales: presentación de un documento de investigación sobre la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado como posible modelo para la introducción de nuevas reformas en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados., párr. 15.

⁸⁹ UNCTAD, febrero de 2021. [UNCTAD releases data on over 1,000 investor-state arbitration cases | UNCTAD](#)

administración y 9 sin datos registrados.⁹⁰ Al mismo tiempo, la celebración de Tratados también ha ido en aumento, y aunque el régimen actual se haya mantenido organizado para atender mejor estas reclamaciones, el mismo ya recibe fuertes críticas que están causando problemas e inconformidades.

La primera Institución en realizar un análisis de esta situación fue la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la cual en 2015 señalaba que existía un buen funcionamiento y desarrollo del régimen de Solución de Controversias entre inversionistas y Estados (en adelante ISDS por sus siglas en inglés) en específico de su normativa, pues estas reglas se han reconocido y caracterizado por su flexibilidad, su aplicabilidad general a diversos tipos de arbitraje, tanto comerciales como entre inversionistas y Estados.

Sin embargo, derivado del creciente aumento de casos ISDS se observó que este presentaba varios problemas y que algunas organizaciones habían formulado propuestas de reforma. En ese momento, la Secretaría se encontraba analizando si la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en estos Arbitrajes ISDS, 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 ISDS, por lo cual, la CNDUMI solicitó un informe y análisis para determinar si esto era viable y cómo podría ayudar con los problemas que se tenían.

El informe fue realizado por el Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS por sus siglas en Inglés), a cargo de una reconocida árbitro, *Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestàdentro*,⁹¹ en el cual se indicaron los aspectos problemáticos que están afectando a este mecanismo, así como algunas posibles soluciones. Dentro de las propuestas, se destacan la creación de un Órgano Internacional Permanente de Solución de Controversias que ofreciera acceso directo a entidades privadas y públicas por igual para zanjar diferencias relacionadas con

⁹⁰ Reglas arbitrales e institución administradora [| de Investment Dispute Settlement Navigator Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD](#), (Consultado el 17 de junio de 2021).

⁹¹ Kaufmann-Kohler, G. y Potestàdentro, M. (2016), 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? CIDS- GENEVA CENTER FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT. http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf (Consultado el 15 de enero de 2021).

inversiones y/o un mecanismo de apelación de los laudos dictados en procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados, pues con esto se plantea que da solución a todas o en su mayoría de las debilidades actuales. Sin embargo, no todos los interesados⁹² y Estados han llegado a esta conclusión, por lo cual, se vuelve un tema destacable entre todas las reformas, ya que por un lado propone cubrir la mayoría de las deficiencias del actual sistema, y por otro destaca por ser un posible cambio radical al sistema actual, por lo que más adelante se analizará a detalle.

En este informe, se planteó con respecto a las críticas que no solo se hacen al sistema, sino también al régimen de Tratados de Inversión, los cuales ven una problemática principalmente en los árbitros y en menor medida en las instancias arbitrales que llevan este tipo de controversias entre inversionistas y Estados. Por otro lado, se hace del conocimiento público aquellas inconformidades con el proceso arbitral, sus conclusiones y sus características estructurales.

Se han expuesto muchas críticas al sistema de solución de controversias actual (*ad hoc*), pero se destacan; la simplificación de las reglas, la falta de coherencia de los laudos dictados, la duración y el costo de las actuaciones, la falta de mecanismo de control adecuados, falta de transparencia y legitimidad del proceso.⁹³

⁹² Debido a que esta reforma y enmienda, se hizo del conocimiento al público en general, se recabo propuestas de Organizaciones intergubernamentales como El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organizaciones Intergubernamentales: Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Secretaria de la Comunidad de la Energía; Organizaciones no gubernamentales invitadas: Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional (AAAI), Asociación de Derecho Internacional (ILA), Asociación Jurídica de Asia y el Pacífico (LAWASIA), Asociación para la Promoción del Arbitraje en África (APAA), Asociación Rusa de Arbitraje, Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center (BAC/BIAC), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Arbitraje Internacional de Viena, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro para el Derecho Internacional del Medio Ambiente (CIEL), Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, Consejo Asesor de la CIM, Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes, Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, Corte de Arbitraje de Madrid, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Instituto de Derecho Internacional (ILI), Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA) y Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL).

⁹³ Kaufmann-Kohler, G. y Potestàdentro, M. (2016), 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? CIDS- GENEVA CENTER FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT. http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf (Consultado el 15 de enero de 2021), párr. 18 y 19.

Por lo tanto, se pretende que el objetivo de esta reforma sea atender las preocupaciones expresadas por las partes, mismas que se dieron a conocer en el informe de referencia (*Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà dentro*) y en los procesos de consulta celebrados por distintos organismos internacionales con competencia y conocimiento del arbitraje ISDS.

Así mismo, el CIADI es otro de los Institutos que se encuentra en proceso de enmienda y que hace un análisis a este sistema, destacando sus debilidades. Inició con esta reforma en octubre de 2016, con una invitación a los Estados miembros del Convenio CIADI, para conocer su opinión respecto del actual sistema y a su vez, conocer las sugerencias que, en su consideración, fueran necesario mejorar. En 2017 esta invitación fue extendida hacia el público en general, y fue así como en 2018 el Secretariado del CIADI emitió su primer documento de Propuestas de Enmiendas a las Reglas y Reglamentos con el fin de conocer las debilidades más destacables y poder modernizar sus reglas para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados.

La preparación de estas enmiendas para consecutivamente su aprobación por el consejo administrativo, se realiza en consulta con todos los Estados miembros del CIADI, que hasta este momento registran 163; 155 son Estados contratantes y 8 signatarios.⁹⁴

Es importante mencionar que estas modernizaciones en el CIADI comprenden: una reforma a las Reglas de Arbitraje, de Conciliación, la Iniciación de Procedimientos de Arbitraje y de Conciliación en el marco del Convenio, así como al Reglamento Administrativo y Financiero aplicable al Arbitraje y Conciliación en el marco del Convenio, al Reglamento del Mecanismo Complementario de las Reglas de Arbitraje, y a un nuevo conjunto de reglas de mediación al amparo del Mecanismo Complementario, así como a las Reglas Administrativas y Financieras para todos los Procedimientos en el marco del Mecanismo Complementario.⁹⁵ Pero para efectos del presente trabajo se enfocara en analizar las enmiendas a las Reglas de Arbitraje, pues son las que rigen al procedimiento en la materia.

⁹⁴ CIADI, [Base de datos de Estados Miembros del CIADI | CIADI \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/es/mediacion/CIADI) (Consultado el 07 de marzo del 2021.)

⁹⁵ CIADI, Propuesta de Enmienda a las Reglas del CIADI-Sinopsis, agosto 2, 2018, p. 34. [Synopsis Spanish.pdf \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/es/mediacion/CIADI) (Consultado el 17 de marzo de 2021).

El CIADI ha destacado que algunas de las debilidades que tiene su normativa es reformar las siguientes áreas:

- 1) *Redacción y lenguaje mejorados: utilizar un lenguaje simple, moderno e inclusivo en términos de género y que sean reorganizadas de manera más accesible para el usuario.*
- 2) *Reducción en tiempo y costos: Que los escritos sean presentados por medios electrónicos a menos que sean motivos especiales, con lo cual se podrían hacer procesos más veloces, respetuosos del medio ambiente y económicos, aunado a nuevos plazos para acelerar el procedimiento.*
- 3) *Oportunidad de los Laudos: Se proponen nuevos plazos para la emisión de los Laudos.*
- 4) *Procedimientos expeditos: utilizar nuevas reglas redactadas para procedimientos expeditos, es decir que sean abreviados.⁹⁶*

Teniendo en cuenta estas críticas y tras revisar las propuestas, el CIADI presentó su Proyecto de Reforma al Reglamento de Arbitraje, basándose principalmente en: a) disminuir tiempos y costos, y b) aumentar la publicidad de los procedimientos. Con lo cual se intenta crear un reglamento moderno que contemple procedimientos expeditos, transparentes y eficientes en términos de costos.

Así mismo, también estas dos Instituciones se han propuesto, unir esfuerzos para trabajar en conjunto en algunos proyectos que sean necesarios, con el fin de mejorar, cambiar y modernizar, pues son quienes se encargan en su mayoría de dirimir controversias, regular y modernizar en materia de inversión internacional, mismos que más adelante se detallaran.

2.2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI)

Fue establecida por la Asamblea General en 1966 mediante la resolución 2205 (XXI) en fecha 17 de diciembre de 1966, y su creación fue principalmente porque la Comisión consideraba que existían muchas disparidades en el derecho mercantil internacional,

⁹⁶ Para más detalle de estas propuestas de enmienda: CIADI, Resumen Preliminar sobre las propuestas de enmienda de las Reglas del CIADI. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/volume-1/Synopsis_Spanish.pdf (Consultado el 16 de junio de 2021).

debido a que las controversias suscitadas entre leyes nacionales que regían al comercio creaban obstáculos, por lo que, con la creación de este órgano se podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de obstáculos jurídicos que entorpecían al comercio internacional.

Considerado el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (o UNCITRAL por sus siglas en inglés), es un Órgano jurídico subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicado a la legislación Mercantil y actualmente funge como el principal órgano en materia internacional mercantil, bajo el cual se llevan a cabo minuciosas consultas y negociaciones en el marco de sus normas.

Su objetivo principal es regir el comercio internacional, modernizar y armonizar al sistema que rige al derecho mercantil, así como coordinarse con algunas otras instituciones jurídicas que regulen el comercio, para así facilitar los procedimientos mediante las disposiciones jurídicas que elabora.

Está integrada por 60 Estados miembros que son elegidos por la Asamblea de las Naciones Unidas y estos son elegidos por un periodo de 6 años, esto con el objetivo de que cada uno de los Estados represente a diversas naciones, culturas y diversidades para contemplar los distintos sistemas jurídicos que existen.

De acuerdo con el documento por el cual se constituye este Órgano Internacional, la CNUDMI tiene en su mandato:

“...

c) La preparación o el fomento de la aprobación de nuevos convenios y convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y de una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, colaborando, en su caso, con las organizaciones que actúen en esta esfera;

d) El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de los convenios y las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional;

e) La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, en el ámbito del derecho mercantil internacional;

g) El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional; y ...”

Como se dijo previamente, su objetivo principal es eliminar los obstáculos al comercio internacional y regular este sistema mediante la utilización de normativa, la cual es aplicable a áreas como: prácticas contractuales internacionales, transporte, el régimen de insolvencia, comercio electrónico, pagos internacionales, operaciones garantizadas, contratación pública, compraventa de mercancías y, solución de controversias.⁹⁷ Respecto de este último, la CNUDMI desarrolló algunos instrumentos jurídicos importantes para conflictos entre Inversionistas y Estados; estos son: El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980).

Al respecto, la Comisión asigna esta tarea de modernización y creación de normativas a través de los 60 Estados que son parte de la CNUDMI, la cual otorga la labor sustantiva de un tema de acuerdo al programa de trabajo de la CNUDMI, quienes confieren este encargo de análisis e informe a la Comisión, los cuales se reunirán dos o tres veces al año según se solicite y presentan este informe a la Comisión sobre la marcha de su labor, pues como se sabe estos representan a las distintas Naciones, culturas y sistemas jurídicos, estos se reúnen una o dos veces al año según se necesite para analizar y revisar los proyectos en curso. La labor de estos grupos de trabajo se encuentra activa y se trabaja en siete Grupos que representan un área en la cual se está debatiendo la necesidad o no de una modernización. Estos grupos de Trabajo son:

- Grupo de Trabajo I: Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas.
- Grupo de Trabajo II: Arbitraje y Conciliación / Arreglo de Controversias.
- Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados.

⁹⁷ CNUDMI, 2013, Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El cual puede consultarse en la página oficial de la CNUDMI en el siguiente link: [Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#)

- Grupo de Trabajo IV: Comercio Electrónico.
- Grupo de Trabajo V: Régimen de Insolvencia.
- Grupo de Trabajo VI: La venta judicial de buques.

Sin embargo, el presente trabajo únicamente se centrará en analizar y destacar los avances que se han realizado en el Grupo de Trabajo III, pues en él se desarrolla el proceso de reforma al Sistema de Solución de Controversias entre inversionistas y Estados.

2.3. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Esta Institución jurídica Internacional de carácter público en el ámbito de inversiones, fue creado mediante un tratado internacional: El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, el cual a la fecha de la presente tiene 155 Estados contratantes y 8 signatarios.⁹⁸ La creación del CIADI, fue elaborada por los Directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (El Banco Mundial), pues tenían en mente fomentar las inversiones de países industrializados a países en desarrollo o poco desarrollados, pues si bien la inversión normalmente era aceptada en los países poco desarrollados, el proceso que conlleva esa inversión puede resultar difícil, ya que un mal empleo conlleva a un inminentemente conflicto, tanto para el país receptor de la inversión como para el inversionista, y en algunas otras para el Estado de donde es nacional el inversionista.

La creación de un Institución como el CIADI, era necesario, pues el Banco Mundial necesitaba de un mecanismo que pudiera administrar este sistema de una manera equilibrada y justa para las partes, pues no solo involucra pérdidas económicas para las partes sino relaciones comerciales entre los países parte de la controversia. Por lo que, después de un tiempo de reuniones de representantes de los Estados miembros del Convenio CIADI y algunos representantes del Banco, el Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

⁹⁸ CIADI, Database of ICSID Member States, (Consultado el 26 de abril del 2021), para más detalles en la página del CIADI: [Database of ICSID Member States | ICSID \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/icsid)

El CIADI está compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado y su sede central es la oficina del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento pero esta sede puede trasladarse a otra parte si así lo dispone el Consejo,⁹⁹ y mantiene una lista de conciliadores y de árbitros.

Como se indicó anteriormente, el objetivo del CIADI era fomentar las inversiones extranjeras de manera tal que brindara protección y seguridad jurídica a las partes en controversia, por lo que un foro neutral podría ayudar. Así también con el fin de ampliar el marco de las actividades del CIADI, el 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo del Centro autorizó al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos que estuvieran fuera del alcance del Convenio CIADI.

Fue así que se emitieron las Reglas del Mecanismo Complementario, por medio de las cuales el Secretariado puede administrar los siguientes tipos de procedimientos: a) procedimientos de conciliación y de arbitraje en materia de inversiones entre un Estado y un inversionista, cuando el Estado parte en el procedimiento, o bien el Estado del cual es nacional el inversionista, no es un Estado contratante del convenio; b) aquellos procedimientos de conciliación y de arbitraje para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión y en donde al menos una de las partes es un Estado contratante o un inversionista de un Estado contratante, siempre y cuando no se trate de una transacción comercial ordinaria;¹⁰⁰ y c) procedimientos de comprobación de hechos.¹⁰¹

El CIADI es una institución global que administra procedimientos de conciliación, así como de arbitraje con la amplia mayoría de casos conocidos relativos a inversiones internacionales. En el último ejercicio fiscal correspondiente al año 2021, se rompió record de casos concluidos, pues se registraron 70 nuevos casos,¹⁰² 53 procedimientos concluidos y 332¹⁰³ casos administrados, con lo cual se posiciona como la segunda vez

⁹⁹ Artículo 2 del Convenio CIADI.

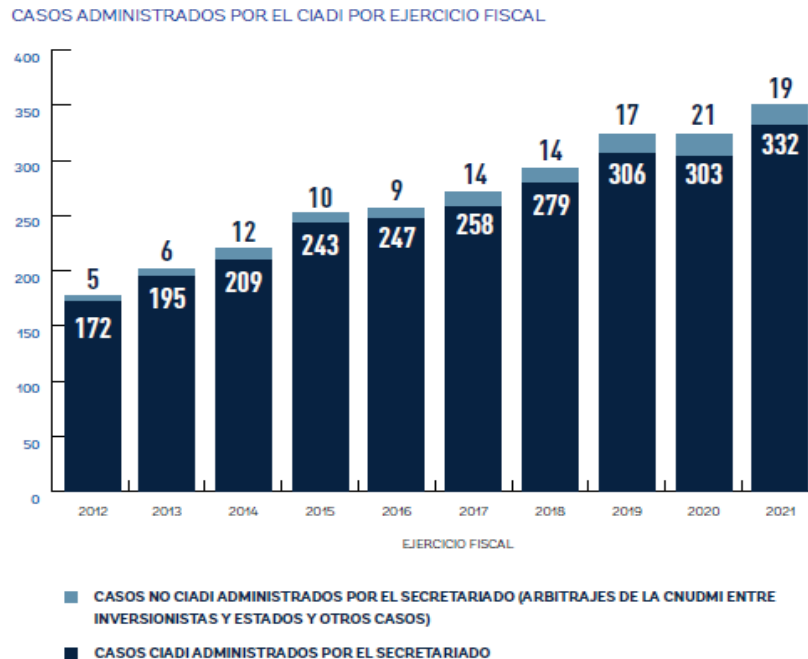
¹⁰⁰ Artículos 2o.(a) y 4o. (2) del Reglamento del Mecanismo Complementario, publicado en www.worldbank.org/icsid rubro ICSID publications.

¹⁰¹ Álvarez Ávila Gabriela, (2002) La característica del arbitraje CIADI, Anuario de Derecho Internacional, RIJUNAM Volumen II. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32>

¹⁰² Reglas arbitrales e institución administradora [de Investment Dispute Settlement Navigator Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD](#)

¹⁰³ Informe Anual del CIADI correspondiente al 2021. p. 22 Disponible en: [Informe Anual del CIADI | CIADI \(worldbank.org\)](#) (Consultado y actualizado al 27 de enero de 2022).

que el CIADI registra la cantidad más alta de casos administrados en un solo ejercicio fiscal. Y es así como el CIADI, se posiciona como la institución que más casos ha administra en un solo ejercicio fiscal, pues de estos casos 67 de los casos nuevos, fueron iniciados bajo el Convenio del CIADI, 2 casos que invocan al Reglamento del Mecanismo complementario y 1 caso, de conciliación en virtud del Convenio CIADI.



Fuente: Informe Anual CIADI 2021, p. 22 Disponible en: Informe Anual del CIADI | CIADI (worldbank.org).

Adicional a lo anterior, el CIADI administro 19 casos regidos por reglas distintas a las del CIADI, de estas 14 aplicaron las reglas de arbitraje de la CNUDMI, brindando servicios de administración integrales. Por otro lado, como ya se mencionó el CIADI es conocido por ser una de las instituciones internacionales más importantes en la administración de los procedimientos de arbitraje y conciliación ISDS, sin embargo también realiza varias publicaciones y actividades de asesoría, publicando una revista semestral especializada en el derecho de las inversiones, intitulada *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, así como un boletín, *News from ICSID*, que tiene por objeto informar de las actividades del centro y publicar breves artículos sobre temas de

interés. También cuenta con una colección de leyes sobre inversión; *Investment Laws of the World* y una colección de tratados de inversión; *Investment Treaties*, que se actualizan periódicamente.¹⁰⁴

Sin embargo, una de las funciones y actividades más destacadas en el CIADI durante los últimos años, es el procedimiento de enmienda que está llevando a cabo a las reglas procesales del Centro, el cual se basa en Documentos de Trabajo mediante los cuales se exponen las críticas al sistema que causan inquietudes en el ámbito internacional. Este documento se encuentra aún en proceso, pero con grandes avances y en los siguientes subtemas, se desarrollarán en específico estas críticas.

La finalidad de este proyecto de enmienda es modernizar y simplificar las reglas procesales actuales del CIADI, así también lo que busca el Centro es disminuir los tiempos, costos y el impacto ambiental de las controversias que se llevan año con año ante el mismo. A grandes rasgos, este procedimiento de enmienda a las reglas, trae consigo la discusión de los Estados miembros del Convenio y de partes interesadas como son: la financiación de terceros, la transparencia y la garantía por costos.

El proyecto de enmienda, de acuerdo con el último comunicado del CIADI, se podría encontrar en su etapa final, pues en junio de 2021, la Secretaría presentó su 5º documento de trabajo, el cual contiene una versión más limpia y actualizada de los primeros 4 documentos de trabajo.

Con el cual, se tiene el objetivo de que posterior a su publicación, se puedan presentar algunos últimos comentarios, y que este proyecto de enmienda pueda concluir a finales de este año, para que sea adoptado a principios de 2022, y puedan incorporarse estas nuevas modificaciones a las reglas, con el fin de que las partes las puedan poner en práctica de inmediato.

¹⁰⁴ Álvarez Ávila Gabriela, 2002. Las características del arbitraje CIADI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volumen II, pág. 209. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32>

2.4. Principales críticas al régimen actual en el marco de las reglas CIADI y CNUDMI.

Desde la creación del primer TBI¹⁰⁵ son muchos los cambios que se han experimentado en el Derecho internacional de las Inversiones, las disposiciones de inversión en los Tratados de Libre Comercio y la normativa en los TBI se han ido modernizando y adecuando, con un fin único; la protección de las inversiones extranjeras y de los inversionistas.

A partir de la década de los 60's, en el marco de la regulación de la Inversión Extranjera, esta época se caracterizó por la aparición del arbitraje internacional, siendo este identificado como un mecanismo de resolución de litigios en materia de inversiones y a su vez, el reconocimiento del arbitraje internacional, fue cada vez mayor por parte del derecho de los Tratados y la capacidad que ahora tenían los inversores de hacer cumplir los Tratados y sus obligaciones frente a los Estados de acogida.

Y aunque hoy existen quienes están a favor y proponen emplear significativamente en mayor medida el mecanismo ISDS, también han surgido quienes lo han criticado y comentan que no es un mecanismo idóneo para brindar solución a las controversias. Y aún más, con el creciente aumento de los casos, las extensas interpretaciones y antecedentes arbitrales que se ha creado, entre otras.

Como previamente se mencionó, la CNUDMI y el CIADI, se encuentran en un proceso de reforma del actual sistema ISDS, y en ambos se han realizado diversas propuestas para solucionar las debilidades, pero antes de explicar cuáles son las propuestas, es esencial conocer las críticas y debilidades que se han señalado al sistema, tanto en el CIADI como en la CNUDMI. Aunque son muchas las críticas que han expuesto los Estados partes del CIADI y CNUDMI, partes interesadas; como algunas organizaciones intergubernamentales interesados, especialistas de la materia de arbitraje, derecho internacional, e inversionistas, investigadores, etc. a continuación, se desarrollaran las más destacadas.

¹⁰⁵ Tratado Bilateral de Inversión Alemania-Pakistán, de fecha 25 de noviembre de 1959. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download> (Consultado el 17 de junio de 2021).

2.4.1. El nombramiento de los árbitros, su independencia e imparcialidad.

En la primera línea de críticas se encuentra la relacionada con los árbitros, pues son parte esencial del procedimiento, ya que en los árbitros recae la responsabilidad de la interpretación del Tratado, contrato o ley, bajo el cual se solicita el arbitraje y la aplicación de las mismas. Así entonces, es fundamental analizar la estructura actual de la constitución del Tribunal Arbitral, para conocer las partes del procedimiento que, hoy en día tiene diversas críticas.

Durante el procedimiento de arbitraje ISDS existen varias etapas; se inicia con la solicitud del arbitraje y concluye con la ejecución del laudo. En la segunda etapa del procedimiento será el momento en que, las partes ejerzan su facultad y plena libertad de realizar su elección y nombramiento de los árbitros, además deberán designar por consentimiento mutuo, el número de árbitros que compondrá el Tribunal arbitral, así como el método de nombramiento de éstos.

Durante esta primera etapa, las partes deben hacer referencia al Contrato, Ley o Tratado bajo el cual están solicitando el arbitraje, en él se verá reflejado, la existencia de un consentimiento previo a la solicitud del arbitraje, y a la selección y/o el método de nombramiento de los árbitros.

Es importante señalar en este punto, que el consentimiento de las partes debe estar claro, previo y durante la solicitud del arbitraje, pues en este tipo de arbitrajes entre un Estado y un particular, no siempre el consentimiento se expresa de forma clara en los tratados internacionales, debido a que en estos tratados existe una oferta abierta de consentimiento del Estado receptor a un Órgano Administrador de Arbitraje (CIADI, CNUDMI, etc.), pero para el perfeccionamiento del consentimiento se requiere de la posterior “aceptación” del inversionista.

El consentimiento de las partes es de suma importancia en cualquier arbitraje, ya que de él depende la completa eficacia de una institución,¹⁰⁶ por lo que se suele afirmar que “el consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Antoine Goetz y otros vs. Burundi, op. cit., párr. 16.

¹⁰⁷ Banco Mundial, Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [en línea] párr. 23. Disponible en: [International Centre for Settlement of Investment Disputes \(worldbank.org\)](http://www.worldbank.org/icsid) / Yaritza

Todo esto radica en virtud del artículo 25(1) de la Convención de Washington el cual establece que: “*El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*”.¹⁰⁸ Entendiendo así que este consentimiento debe existir al momento de solicitar el arbitraje y debe estar por escrito que este retiro unilateral aplica al demandado, no al demandante quien siempre puede desistirse de la demanda.

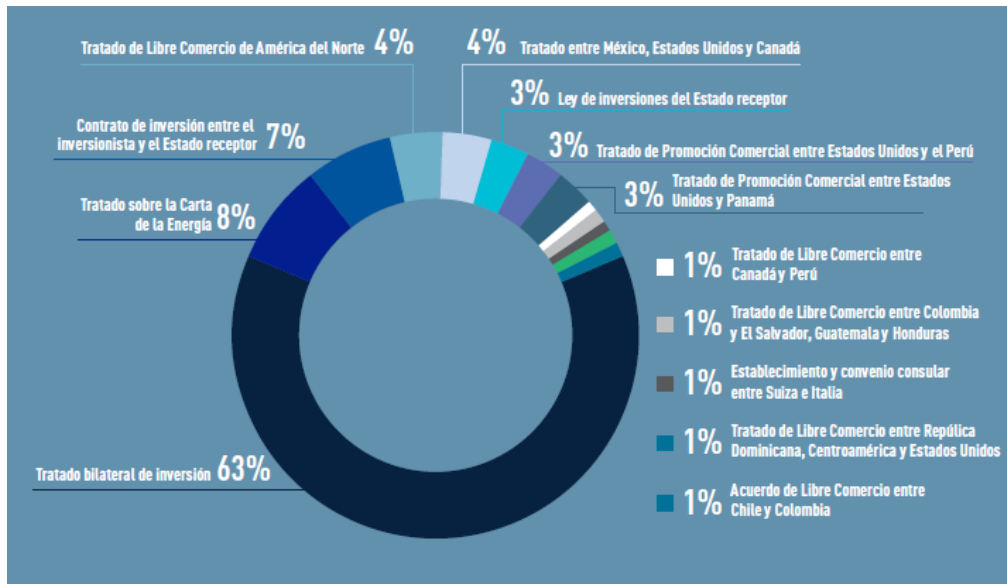
Es por ello que debe ser claro, que el consentimiento de someter mediante arbitraje una controversia entre un Inversionista y un Estado, se puede pactar de la siguiente manera:

- Contractual: El consentimiento se establece en una cláusula de un contrato.
- Convencional: El consentimiento se plasma en un *compromis* de arbitraje.
- Legislativa: El consentimiento se plasma en dos instrumentos; en una ley interna de un Estado y en una aceptación por escrito del inversionista.
- Arbitration without privity: El consentimiento del Estado se encuentra en un instrumento internacional de protección de inversiones (TBI o TLC) y el consentimiento del inversionista se infiere al someter una controversia a arbitraje de inversión.

Así entonces, se reafirma que los arbitrajes ISDS surgen de la voluntad manifiesta de un Tratado, Ley, Contrato en el cual se expresa la voluntad de las partes para someter una controversia mediante arbitraje. Sin embargo, los instrumentos invocados en la mayoría de los casos registrados se han presentado bajo Tratados Bilaterales de Inversión, como lo muestra el CIADI en su informe del ejercicio fiscal 2021.

Pérez Pacheco, CONSENTIMIENTO ESTATAL AL ARBITRAJE DEL CIADI, 2013, Lecciones y Ensayos, Nro. 91, Disponible en: [consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf \(uba.ar\)](#) (Consultado el 23 de junio de 2021)

¹⁰⁸ Convención de Washington 1998. Disponible en: [SICE: Temas: Solución de controversias: Convención de Washington \(oas.org\)](#) (Consultado 27 de junio 2021).



Informe anual 2021 CIADI, p. 24. Disponible en: [Informe Anual del CIADI | CIADI \(worldbank.org\)](https://www.ciadi.org/publicaciones/informe-anual-del-ciadi)

Adicional a lo anterior, en el documento donde se haya fijado el consentimiento también deberá estar íntegro en un acuerdo para designar árbitros y el número de estos, pero en caso de que las partes no hayan designado previamente el número de árbitros, o el método de nombramiento sea claro, el órgano administrador del procedimiento invitará a las partes a hacer su elección cuando se proceda al registro del arbitraje. Y en esta etapa las partes tendrán un plazo para hacer del conocimiento a la autoridad nominadora del procedimiento su determinación respecto del número de árbitros.

Parte importante de este procedimiento es que el Tribunal arbitral deberá estar conformado por un número impar, es decir 3 o 5 árbitros o por el contrario será un árbitro único.¹⁰⁹ Además, dentro de este acuerdo las partes también cuentan con libertad de elección y recusación respecto del nombramiento de los árbitros. Sin embargo, si las partes no se pudieren poner de acuerdo, el CIADI establece en su normativa, que la autoridad nominadora a instancia de parte conformará al Tribunal y nombrará al que ejercerá las funciones del presidente de conformidad con el artículo 37 2 (b) del Convenio CIADI.¹¹⁰

¹⁰⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Regla 1 del Reglamento de Arbitraje en virtud del Convenio CIADI. Regla 37 (2) (a).

¹¹⁰ Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 2, p. 3. (Consultado el 16 de enero de 2021)

Posteriormente, se realiza la notificación a los árbitros para que emitan su aceptación del cargo, para que de inmediato se conforme el Tribunal Arbitral. En este punto del procedimiento, el órgano administrador les solicitará a los árbitros que emitan cualquier impedimento o controversia por la cual no puedan desempeñar imparcialmente su cargo en el caso, y/o en su caso, hacer una declaración señalando que no se cuenta con ninguno. Emitida la aceptación de todos los árbitros nombrados, y sus correspondientes declaraciones, el Secretario ordenará la notificación a las partes de que se ha constituido el Tribunal. Pero de igual manera las partes tiene la facultad de solicitar la recusación de un árbitro o de todos, en caso de que se tenga una causa conocida por la cual no pueda desempeñar imparcialmente su cargo.

El actual método, ha sido especialmente criticado en las sesiones de los Grupos de Trabajo para la reforma, el primero de estos es el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la cual ha realizado desde 2017 un análisis de las distintas críticas que se han generado al Arbitraje ISDS.

En primer lugar, se distinguen las críticas a la selección de los árbitros, pues se hacen por parte de los Estados y público en general, y las mismas surgen a raíz de los muchos casos que se han presentado a la fecha, mismos que repercuten en el sistema y, en consecuencia, está dejando de ser un sistema eficiente y suficiente para las partes. De acuerdo con la CNUDMI algunos de ellos son: *“La falta de definición precisa de los requisitos éticos pertinentes y del alcance en la práctica, los conflictos de intereses, el ejercicio de dos funciones conocido como “double hatting” o la predisposición doctrinal de los árbitros, en razón de que los árbitros también pueden desempeñarse como asesores en diferentes procesos”*.¹¹¹

Por otro lado, respecto del proceso de nombramiento, se critica los efectos de la función de los árbitros, la necesidad de que exista una mayor transparencia en el proceso cuando intervenga una autoridad nominadora, el método de remuneración de los árbitros (ya que, se considera que esto es un elemento fundamental para la independencia) las atribuciones y obligaciones que tienen durante el procedimiento y, por último, la

¹¹¹ Comisión de las Naciones Unidas, Documento del grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. A/CN.9/WG.III/WP.151, párr. 6 (i). Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151> (Consultado el 17 de febrero de 2021).

repercusión de la financiación por terceros en la independencia e imparcialidad de los árbitros. Sin embargo, no todos los elementos de esta debilidad, se han analizado aun con detalle en las sesiones del Grupos.

2.4.2. El ejercicio de dos funciones “double hatting” o “role confusion”.

Respecto de lo anterior, una de las críticas más reiteradas es la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros, pues estos son elementos clave de todo sistema de administración de justicia, ya que están hechos para asegurar un juicio imparcial y garantizar el respeto de las debidas garantías procesales. Así entonces, la *independencia* suele referirse a la ausencia de una relación comercial, financiera o personal entre un árbitro y una de las partes en el arbitraje. Y por *imparcialidad*, debe entenderse la inexistencia de todo sesgo o predisposición del árbitro o decisor respecto de una de las partes.¹¹²

Por lo anterior, es esencial que exista independencia e imparcialidad tanto en el árbitro como en la institución administradora, pues a menudo en la práctica los árbitros suelen tener otras ocupaciones y actividades, las cuales pueden dar pie a que se establezcan vínculos y generan riesgos de la existencia de objetividad e imparcialidad, pues suelen realizar actividades profesionales en otros procedimientos como asesores, abogados de parte, socios de empresas, etc. Y por su parte, las instituciones deben garantizar esta independencia también, es decir, que la institución administradora no intervenga en la resolución de la controversia. Es por ello que existen normas dentro de estas instituciones, las cuales a través de los reglamentos se limitan a las mismas instituciones, por ejemplo el CIADI y la CNUDMI, así como otros órganos pertinentes¹¹³ que se centran en:

¹¹² *Ibidem*, párr. 11.

¹¹³ Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), artículos 11 a 13; el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en vigor desde el 1 de enero de 2017, artículo 18; el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en vigor desde el 1 de marzo de 2017, artículo 11, y el Reglamento de Arbitraje del Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, en vigor desde el 1 de marzo de 2011, artículo 11.

- i) *Establecer el principio de que los árbitros deben ser independientes e imparciales;*
- ii) *Fijar normas para evitar la dependencia y la parcialidad al obligar a los árbitros a comunicar información sobre determinadas cuestiones que puedan suscitar dudas acerca de su independencia o imparcialidad y;*
- iii) *Definir los procedimientos para que las partes recusen a los árbitros por falta real o aparente de independencia o imparcialidad.* ¹¹⁴

Como se puede observar, las actuales reglas de arbitraje establecen y mantienen muy claro que los árbitros deben de tener imparcialidad e independencia, a través de múltiples actos y en su defecto las partes pueden solicitar a instancia de parte, la recusación. Ya que la finalidad de un arbitraje se centra en la decisión de los árbitros respecto de la controversia, y estos tienen la obligación de pronunciarse sin interferencias externas ni sesgos. Sin duda, este es un tema que sigue preocupando a muchos, tal es así que se posiciona como una de las primordiales críticas al Arbitraje ISDS, en la etapa de la constitución del Tribunal.

Así mismo, se ha observado que los árbitros realizan algunas otras actividades profesionales ajenas a la controversia, pero dentro del mismo periodo, lo cual ha sido motivo de fuertes críticas y ha creado una intensa polémica, ya que su diversidad de actividades profesionales (asesor letrado y/o perito en los diferentes procesos) puede generar conflicto de intereses. Pues este acto denominado en la práctica como ejercicio de dos funciones o “*double hatting*”, genera preocupaciones, ya que en los litigios se referían con frecuencia a la interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos idénticos o similares.

Por otro lado, se tienen argumentos en los cuales esta práctica debe ser permitida, en razón de que un abogado que quisiera dedicarse en forma exclusiva a la función de árbitro no podría dejar de ejercer como asesor letrado por razones económicas, pues no hay garantías de que alguien vaya a ser nombrado árbitro y el ejercicio de la profesión

¹¹⁴ Comisión de las Naciones Unidas. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI Documento A/CN.9/WG.III/WP.151, párrafo 16. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.9/WG.II/WP.151> (Consultado el 17 de junio de 2021).

de abogado puede contribuir a que los futuros árbitros adquieran la experiencia y la reputación necesarias para ser designados árbitros posteriormente.¹¹⁵

En los grupos de Trabajo, específicamente en su 35° periodo de sesiones de la CNUDMI, se analiza hasta qué grado esto está permitido por los tratados actuales o los reglamentos, en general la legislación nacional no prohíbe el ejercicio de dos funciones, ni las Reglas del CIADI ni las Reglas CNUDMI; sin embargo, muy pocas normas éticas dicen claramente si está permitido o no esta actividad, pero existen interpretaciones en algunos códigos con los que se podría dilucidar si está permitido o limitado.¹¹⁶

Ejemplo de lo anterior, es el artículo 18 del Código de Arbitraje del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS), el cual establece que: *“Las personas que figuran en la lista de árbitros podrán integrar los grupos especiales constituidos por cualquiera de las salas del Tribunal”*. En el momento de su nombramiento, los árbitros y mediadores del CAS firman una declaración en la que se comprometen a ejercer sus funciones de manera personal, con plena objetividad e independencia y de conformidad con las disposiciones del Código. Los árbitros y mediadores del CAS no pueden actuar como asesores letrados de una parte ante el Tribunal.

Por otro lado, tribunales permanentes como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el Artículo 16 del Estatuto, prohíbe que los miembros de la Corte asuman o ejerzan determinadas funciones¹¹⁷, así mismo el Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que:

“los magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia”¹¹⁸ y que “los magistrados que tengan que desempeñar sus

¹¹⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento de Trabajo CNUDMI: A/CN.9/935, de fecha 14 de mayo de 2018. párr. 81. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/935>

¹¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.151. De fecha 30 de agosto de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151> (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

¹¹⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 16, párr. 1, 26 de junio de 1945, 59 Stat. 1055 (dispone que “[ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional. 2. En caso de duda, la Corte decidirá.”).

¹¹⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 17, párr. 2. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>

cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional.”

Este requisito debería de aplicarse de igual manera en arbitrajes ad hoc para garantizar el ejercicio pleno de la actividad arbitral, pero en estos arbitrajes los árbitros no se dedican de tiempo completo a esta labor, lo que hace imposible exigirles dedicación exclusiva.

Pero al parecer, no existe ningún estudio público equiparable sobre el ámbito y el alcance de la “puerta giratoria” (nombramientos sucesivos como árbitro y asesor letrado) u otras formas de predisposición doctrinal.¹¹⁹

Respecto de lo anterior, en el mismo periodo de sesiones de la CNUDMI, los Estados han expresado algunos enfoques respecto de las críticas, ya que otro punto de igual relevancia para las partes, es independencia e imparcialidad de los árbitros, considerando importantes los códigos de conducta y otros requisitos éticos para los árbitros. Por lo cual, se solicitó al CIADI y la CNUDMI que unieran esfuerzos para realizar un código de conducta que ayudara a regular esta situación. La intención de realizar este proyecto, es a consecuencia de solucionar la mayoría de las críticas, a este sistema, pues la creación de un código de conducta para los árbitros, otorgaría seguridad jurídica, integridad y eficiencia. Sin duda un proyecto que tiene bastante fuerza e impacto por parte de los estados respecto de la solución a las actividades y nombramiento de los árbitros. El cual referiré y explicaré más a detalle en el siguiente capítulo pues resulta ser parte de una propuesta de reforma.

No obstante, esta no es la única propuesta o sugerencia. Existen otras que van relacionadas a establecer algunos requisitos a los árbitros, regular de mejor manera la selección de las listas que se manejan, y requisitos de representación apropiada durante los procedimientos. Sin duda, el análisis del mecanismo de solución de controversias actual ha contribuido a que las nuevas modificaciones, garanticen la independencia e imparcialidad, considerando tener en cuenta las características de otros sistemas.

¹¹⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.151, de fecha 30 de agosto de 2018. P.34. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151>

En conclusión, se ha destacado en muchos de los documentos de los Grupos de Trabajo en la reforma al sistema, la preocupación y necesidad de los Estados de regular las conductas y delimitar aquellas actividades y actos para que las conductas de los árbitros e instituciones nominadoras en los procedimientos tengan independencia e imparcialidad, pues en un sistema jurídico internacional de solución de controversias como lo es el mecanismo ISDS, las partes han exigido seguridad jurídica y económica.

2.4.3. Excesiva duración y costos en los procedimientos.

Mucho se ha expresado respecto de este tema, pues los costos en un procedimiento de arbitraje ISDS son considerablemente altos. Actualmente se ha observado un aumento excesivo de estos, y generan limitantes para las partes. Lo anterior se ha relacionado con la duración del procedimiento, pues las partes buscan en este mecanismo celeridad de solución a la controversia. Por lo que, al durar mucho tiempo el procedimiento tiene un alto impacto y gran relevancia económica para las partes (costas adicionales), ya que, resulta en pagar los honorarios de los árbitros, la cuota de la institución arbitral, honorarios de abogados y otros gastos añadidos por todo el tiempo que se encuentre activo el procedimiento hasta la expedición de un laudo o de una resolución que de fin al procedimiento.

En primer lugar, es importante señalar que las controversias entre inversionistas y Estados no solo es un tema de pérdidas económicas para las partes, sino también de relaciones comerciales entre inversionistas y los Estados receptores de la inversión y, por lo tanto, la pérdida de inversiones extranjeras. Es por ello que se debe intentar prevenir estas controversias, mediante la adopción de medidas para no llegar a una disputa, pero al no ser esto totalmente eficaz, los mecanismos de solución de controversias deben integrarse para otorgar a los inversionistas un medio idóneo y eficaz que permita una solución pacífica entre las partes.

Las críticas que se han expresado respecto a las costas en los procedimientos ISDS, se deben diferenciar en dos partes; la primera está relacionada con el aumento de las indemnizaciones concedidas por los tribunales arbitrales, y la segunda al gasto

económico que sufren las partes durante el procedimiento arbitral derivado del tiempo que tarda el tribunal en resolver.

Respecto de la primera, se ha observado que ha ido en aumento a lo largo de todos estos años, llegando a alcanzar indemnizaciones concedidas a los demandantes en un promedio de \$110,9 millones de dólares, en comparación con la media y la mediana de las concedidas antes de 2013, las cuales fueron de \$76,3 millones de dólares y \$10,7 millones de dólares respectivamente,¹²⁰ lo que evidentemente significa un aumento excesivo y preocupante ya que estas cantidades tienen consecuencias importantes para los Estados que no cuentan con los recursos financieros o que estos son limitados.

Pero para efectos del presente trabajo, las críticas realizadas a los costos durante el procedimiento son de mayor importancia, es decir, las cargas financieras procesales. Esta es una inminente preocupación para el inversionista y para el Estado. Pues se ha comentado que, el hecho de que las cargas financieras sean tan altas, no solo afecta a los Estados, sino también a las pequeñas y medianas empresas que quisieran acceder al sistema de solución de controversias, pues muchas veces se encuentran limitados económicamente y por lo tanto tendrían que disuadir de su utilización, limitándolos así a la protección de la inversión que le ofrecen los Tratados de Inversión.

Los costos en un procedimiento, por lo general, abarcan los siguientes aspectos:

- a) Honorarios del tribunal Arbitral;
- b) Gastos del Tribunal Arbitral;
- c) Costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal arbitral;
- d) Gastos incurridos por los testigos;
- e) Gastos de representación y asistencia legal;
- f) Gastos y honorarios de la autoridad designadora del Tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje.¹²¹

¹²⁰ UNCTAD, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 36º período de sesiones, agosto de 2018, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153, párr. 5. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.153> (Consultado el 18 de agosto de 2020).

¹²¹ González de Cossío F., Distribución de Costos en el arbitraje, Universidad Iberoamericana, 2010, p. 167 libro electrónico. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr13.pdf> (Consultado el 11 de diciembre de 2020).

La práctica actual del ISDS ha puesto en tela de juicio la idea frecuentemente citada de que el arbitraje constituye un método rápido y económico para resolver controversias entre inversionistas y Estados.¹²² Pues los costos medios de cada parte superan los 8 millones de dólares, y en cuanto a la duración del procedimiento, en promedio va de los tres a los 4 años.¹²³

Órganos Internacionales de Solución de Controversias ISDS (CIADI, UNCTAD y UNCITRAL) realizan un análisis anual de la mayoría de casos, con lo cual les permite conocer el estatus de su procedimiento y, por lo tanto, realizar o solicitar modificaciones a la mismas en caso de ser necesario.

En algunos estudios se ha revelado los costos promedio de los Tribunales arbitrales entre los procedimientos llevados a cabo por el CIADI y CNUDMI, los cuales muestran que han aumentado exponencialmente desde 2013, pues hasta antes del año 2020, los costos promedio fueron de USD 769,000 y USD 853,000 para casos CIADI y CNUDMI, respectivamente. Actualmente en el CIADI ahora son USD 1.04 millones mientras que los costos del tribunal de la CNUDMI están en USD 1.38 millones.¹²⁴

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) informó que la mayor parte de los gastos incluye los honorarios y el importe desembolsado por cada parte para sufragar el asesoramiento letrado y los expertos conceptos que conforme a la media ocupan el 82% de los costos totales.¹²⁵ De acuerdo con los datos revelados por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), los casos en materia

¹²² UNCTAD, IIA Issues Note – Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap (junio de 2013), p. 4, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf

¹²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/930/Rev.1, de fecha 19 de noviembre de 2017. párr. 36. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Rev.1> (Consultado el 19 de mayo de 2020).

¹²⁴ Jeffery Commission, “How long is too long to wait for an award”, Global Arbitration Review (18 de febrero de 2016). El estudio se basa en el análisis de 138 arbitrajes del CIADI sustanciados entre los años 2011 y 2015., nota 22 supra. En el Estudio se señala que en 27 de los 40 casos del CIADI, los gastos del tribunal arbitral fueron de 1 millón de dólares de los Estados Unidos o una cantidad inferior. Disponible en: https://www.vannin.com/press/pdfs/18-2-16_How_long_is_too_long_to_wait_for_an_award.pdf (Consultado el 16 de agosto de 2020).

¹²⁵ David Gaukrodger y Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing (2012), p. 17 Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en> (Consultado el 8 de Julio de 2020).

de inversiones de mayor envergadura, los honorarios de los abogados y los peritos pueden llegar a representar hasta aproximadamente el 90% del costo total.¹²⁶

Así mismo, dentro de la información existente y consolidada por esta institución, señala que llegó a la conclusión que en 2012 los costos de asesoramiento jurídico y del proceso arbitral en los últimos casos de ISDS ascendían a una media de aproximadamente \$8 millones de dólares, pudiendo superar los \$30 millones de dólares por caso.¹²⁷

Toda esta información se ha expresado dentro de los primeros exámenes y revisiones que realizó el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, en los cuales se ha expresado preocupación por los altos costos, ya que las controversias están llevándose más tiempo de lo habitual, y por lo tanto son más costosos los procesos. Desde 2010, el CIADI ha publicado datos específicos sobre la duración media de los arbitrajes, la cual suele extenderse entre 3 y 4 años.¹²⁸

Planteándose así en las discusiones que los costos están relacionados con la inquietud de la duración del procedimiento, ya que se ha establecido que, aunque el arbitraje ISDS se ha reconocido internacionalmente por su celeridad, algunas etapas en el procedimiento consumen mucho tiempo a las partes. Como se sabe, el procedimiento arbitral tiene distintas etapas, y de acuerdo con los informes de los Grupos de Trabajo estas son las que más tiempo consumen:

¹²⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del grupo de Trabajo III de la CNUDMI A/CN.9/WG.III/WP.153, de fecha 31 de agosto de 2018, párr. 19. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.153> (Consultado el 11 de abril de 2020). Además, la UNCTAD calculó en 2010 que los honorarios de los abogados representaban el 60% de los costos totales.

¹²⁷ OCDE, La Secretaría de la OCDE examinó 143 laudos arbitrales de controversias entre inversionistas y Estados disponibles públicamente en agosto de 2011, encontrando que 28 de ellos proporcionaban información acerca de los costos del tribunal arbitral y de las partes; 81 laudos proporcionaban alguna información sobre los costos; mientras que 62 no proporcionaban ninguna información.

¹²⁸ Comisión, Jeffery. (2016). The Duration and Cost of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations. VANNIN CAPITAL. Disponible en: <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf> (Consultado el 11 de junio de 2020).

- a) El nombramiento o la formación del Tribunal arbitral;
- b) La divulgación de información, documentos o de medios de prueba;
- c) La emisión del laudo, y
- d) La ejecución del laudo. ¹²⁹

Si bien esta información sobre los costos, y la duración del procedimiento puede ir relacionada, existen muy pocos datos estadísticos consolidados para determinar esta situación, ejemplo de ello es el CIADI, el cual realiza reportes anuales sobre los casos que se presentan bajo este Instituto, y arroja en su información disponible, datos que evitan que se pueda determinar una media correcta de los costos específicos en los últimos años o al menos en el último año, por distintos motivos, por ejemplo que los datos de costos en los casos no siempre estén públicos y aunque se puede obtener información de las costas, no siempre esta información es consolidada, así mismo, derivado de que muchas veces se ven temas de orden público, estos casos no se publican o son limitados en su información, por mencionar algunas de las más relevantes.

Por lo tanto, se concluye que, del análisis obtenido en las distintas instituciones y órganos internacionales en el ámbito de inversiones, el aumento tan excesivo en los costos es una preocupante destacable dentro de la reforma al mecanismo ISDS, por lo que, tanto CIADI como CNUDMI, deberán encontrar una solución eficiente y pronta a este problema dentro de las propuestas ya realizadas por los involucrados en las reformas. Hasta la fecha del presente, y derivado de que no existe una decisión uniforme sobre una propuesta con base en las sesiones celebradas por la CNUDMI, la discusión por los altos costos en los procedimientos continua en proceso de estudio.

2.4.4. Uniformidad, Coherencia y Previsibilidad en los laudos.

El laudo es una de las últimas fases del procedimiento arbitral y es el fin de la controversia. Para ser más específicos: *Un laudo final es el que dispone de todos los puntos legales controvertidos sometidos al tribunal arbitral, y cualquier otra decisión del*

¹²⁹ CNUDMI, Documento de trabajo A/CN.9/WG.III/WP.153, de fecha 31 de agosto de 2018, del grupo de Trabajo III de la CNUDMI, párr. 27. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.153>

*tribunal que determine en forma definitiva cualquier cuestión sustancial de su competencia o procesal, siempre y cuando en el último caso, el tribunal arbitral califique su decisión como laudo.*¹³⁰

Es una decisión que cuenta con muchas características, las más relevantes son que se considera definitivo, obligatorio, puede ser reconocido y ejecutarse en cualquier Estado. Lo que más destaca a este tipo de resolución es que, es una resolución con recursos limitados para su apelación, ya que solo permite la anulación del laudo parcial o total y aclaraciones.

Los laudos deben cumplir con determinados requisitos formales, de conformidad con el artículo 48 del Convenio CIADI y la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje, bajo el Convenio CIADI, los cuales a la letra señalan que:

Artículo 48

- (1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.*
- (2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.*
- (3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.*
- (4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.*
- (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.*

Regla 47 El Laudo

- (1) El laudo será escrito y contendrá:*
 - (a) la identificación precisa de cada parte;*
 - (b) una declaración de que el Tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución;*

¹³⁰ González de Cossío, F., Arbitraje, primera edic., México, 2001, p. 271.

(c) los nombres de los miembros del Tribunal, y la identificación de la persona que designó a cada uno;

(d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes;

(e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal;

(f) un resumen del procedimiento;

(g) un resumen de los hechos, a juicio del Tribunal;

(h) las pretensiones de las partes;

(i) la decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y

(j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.

(2) El laudo será firmado por los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor, y deberá indicarse la fecha de cada firma.

(3) Cualquier miembro del Tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disensión.

De lo anterior, se puede observar que el laudo es en términos simples una resolución que pone fin a la controversia entre el inversionista y el Estado, mediante la cual se da a conocer la decisión de los árbitros o árbitro único, con la finalidad de que esta se ejecute inmediatamente, si no se interpone por una de las partes alguno de los recursos limitados (aclaración, revisión o anulación) según las reglas y reglamentos bajo las cuales se haya realizado este procedimiento.

Pero ¿Qué debilidades ha presentado el actual procedimiento en la emisión de los laudos? Se destaca examinar la uniformidad, la coherencia y la previsibilidad, así como las correcciones. Ya que, la falta de estos en el sistema actual podría afectar negativamente a la fiabilidad, la eficacia y la previsibilidad del mecanismo ISDS, así como su credibilidad. Por lo que, a continuación, se hará un análisis de estas debilidades en torno a los laudos, conociendo de qué forma se está intentado dar solución de acuerdo con el Grupo de Trabajo III y El Proyecto de Enmienda de las reglas y reglamentos, que realiza CNUDMI y CIADI respectivamente.

a) *La interpretación de los Tribunales respecto de las disposiciones de los Tratados de inversión.*

Se identificó que existen tratados con disposiciones similares que se habían interpretado de forma diferente, afectando exponencialmente la uniformidad y la previsibilidad, al interpretar una norma de derecho internacional o un tratado de inversión estándar que sean similares de distintas formas, sin motivos fundados. Entre los ejemplos que se destacan figuran resoluciones bajo el marco del anterior TLCAN, como es el caso *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada* (laudo parcial de fecha 13 de noviembre de 2000) y el caso *Pope & Talbot Inc. v Government of Canadá* (laudo sobre el fondo de la fase 2, de abril del 2001).

Por otro lado, en las decisiones de los tribunales arbitrales con respecto a la interpretación de Tratados Bilaterales de Inversión, también ha presentado este problema, pues se ha llegado a conclusiones diversas sobre controversias relativas a la misma medida, partes relacionadas y disposiciones de Tratados o normas aplicables similares.

Algunos ejemplos emblemáticos de lo anterior, son casos como *Lauder v. Czech Republic*, relativo a la aplicación del TBI celebrado entre Los Estados Unidos de América y la República Checa, en relación con *CME Republic BV v Czech Republic*,¹³¹ relativo al tratado entre los Países Bajos y República Checa, en los cuales se referían a la misma medida y al mismo daño, y en parte al mismo demandante desde el punto de vista económico (Sr. Lauder, pues en uno interpuso la demanda en su nombre y en otra en calidad de accionista) pero al final los dos resultaron opuestos. La denegación de prácticamente todas las pretensiones en un caso y de una indemnización en el otro.¹³²

Sin duda, las interpretaciones divergentes de las disposiciones en los Tratados, son en su gran mayoría, la razón de que hoy en día, se ponga en tela de juicio, la uniformidad y la previsibilidad de las decisiones arbitrales. Para ejemplificar lo anterior la CNUDMI

¹³¹ Caso CME and Lauder (CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, arbitraje ad hoc, laudo parcial de 13 de septiembre de 2001, laudo definitivo de 14 de marzo de 2003 y Lauder v. Czech Republic, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, arbitraje ad hoc, 3 de septiembre de 2001).

¹³² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo de la CNUDMI: A/CN.9/WG.III/WP.150, de fecha 28 de agosto de 2018, párr. 12. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.150> (Consultado el 22 de agosto de 2020).

realizó un análisis de los casos presentados en los últimos 15 años bajo este mecanismo, en el cual se destaca que algunas de las disposiciones o normas sustantivas de protección a la inversión extranjera, han sufrido estas vagas interpretaciones:

- i) Trato justo y equitativo, en la cual sigue habiendo falta de uniformidad en la determinación del contenido y las obligaciones, pues es una norma que se ha interpretado en un sentido muy amplio ¹³³ y;
- ii) Cláusula Paraguas.

En este análisis se hace énfasis en que, si bien las interpretaciones de los árbitros respecto de los Tratados o disposiciones de protección a las inversiones extranjeras no preocupaba en gran medida, estos actúan en razón de los hechos que las partes expresen durante el procedimiento. Sin embargo, estas deliberaciones divergentes son preocupantes cuando no existe una razón justificada de que en dos o más casos se interprete una disposición de un Tratado de Inversión o el Tratado mismo, de diferente forma.

La preocupación se encuentra reflejada en lo que los Estados han dado a conocer en sus informes a la Secretaría de la CNUDMI o CIADI, pues son ellos mismos quienes resaltan este conjunto de críticas y debilidades en el sistema actual. Ejemplo de esto es Indonesia, la cual en 2018 presentó un informe al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, dando su opinión respecto de la reforma, así como sus propuestas, y al respecto manifestó que:

“13. Los laudos dictados por los tribunales arbitrales de inversión son a veces discordantes o incluso contradictorios, y no existe un mecanismo en vigencia adecuado para remediar o limitar esa falta de uniformidad. La falta de uniformidad de los laudos arbitrales podría

¹³³ Resoluciones en que se interpreta el trato justo y equitativo en un sentido amplio ver, por ejemplo, Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto de 2000; Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. los Estados Unidos Mexicanos, CIADI, Caso núm. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003; para resoluciones en que se interpreta el trato justo y equitativo de forma más restrictiva, véanse, por ejemplo, Waste Management Inc. v. United Mexican States (“Number 2”), CIADI, Caso núm. ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004; Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, CNUDMI, laudo parcial, 17 de marzo de 2006; Invesmart v. Czech Republic, CNUDMI, laudo, 26 de junio de 2009.

afectar negativamente a la fiabilidad, eficacia y previsibilidad del sistema de arbitraje en materia de inversiones y, a largo plazo, su credibilidad.¹³⁴ (Énfasis añadido)

Lo anterior resulta ser un comentario destacable entre los informes y resúmenes que han realizado las secretarías a los Estados, pues se piensa que el sistema de solución de controversias principalmente se encuentra en tela de juicio derivado de estas interpretaciones tan variables por los árbitros, pues como se ha explicado anteriormente, si bien estos dependen de los hechos de cada caso en concreto, las disposiciones de los Tratados no están siendo interpretadas adecuadamente, es decir no se está realizando la interpretación con la intención que los Estados le quisieron dar, esto es siempre con el fin de proteger a la inversión extranjera.

Al respecto, se ha destacado que, si bien estas interpretaciones deben ser únicas a cada caso de acuerdo con los hechos en concreto, como lo dispone el artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *“los Tratados deben interpretarse conforme al sentido corriente que hubiera de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. Con lo cual nos refuerza la idea de que, si bien las circunstancias pueden ser distintas, la normativa en los tratados tiene un objetivo y un sentido, el cual debe ser atribuido y aplicado en las controversias.

En conclusión, la falta de justificación en estas decisiones afecta a las partes, ya que repercute en la credibilidad del sistema de SCIE, además de que se crea falta de uniformidad y claridad en la jurisprudencia arbitral internacional sobre inversiones, haciendo más difícil que: a) los Estados entiendan cómo deben actuar para cumplir sus obligaciones jurídicas, b) Generan dificultades a la hora de considerar nueva reglamentación, y c) Pueden contribuir a un congelamiento de la elaboración de

¹³⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.156 de fecha 09 de noviembre de 2018, párrafo 13. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (Consultado el 11 de abril de 2020).

reglamentación.¹³⁵ Por lo que resulta necesario, combatir estas inquietudes de manera expedita, para devolverle al sistema su coherencia y credibilidad.

b) Correcciones limitadas y escasez de mecanismos para garantizar los laudos.

La motivación es parte esencial en cualquier determinación jurídica, y en especial para los laudos, ya que de esta manera el inversionista y el Estado conocen la justificación que realizaron los árbitros para relacionar el punto A y el punto B, y así poder conocer la decisión que los árbitros, tomaron en consideración de todos los hechos del caso. Sin embargo, la falta de motivación y de errores en un laudo arbitral, ha sido la pauta para que hoy en día se destaque la necesidad de implementar una solución posterior a la emisión del laudo.

Actualmente el sistema ISDS es un mecanismo que cuenta con recursos limitados posteriores a la emisión del laudo, los cuales de conformidad con las reglas de CNUDMI, solo permiten la solicitud de interpretación del laudo, la rectificación y la solicitud o emisión de un laudo adicional.¹³⁶ Y por otro lado en las Reglas de Arbitraje del CIADI, disponen que las partes solo pueden interponer una decisión suplementaria y reglamentación, anulación, revisión y aclaración.¹³⁷

Y aunque se prevé la anulación del laudo, con arreglo al sistema del CIADI, solo está disponible para corregir una serie muy limitada de errores, pues de conformidad con el artículo 52 del CIADI, solo prevé la anulación en circunstancias limitadas.¹³⁸ Así mismo, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, limita los motivos por los que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de un laudo.

¹³⁵ Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de Trabajo III: Documento A/CN.9/935, de fecha 14 de mayo de 2018. Párr. 36. Disponible en: [A/CN.9/935 - S - A/CN.9/935 -Desktop \(undocs.org\)](https://undocs.org/A/CN.9/935 - S - A/CN.9/935 -Desktop) (Consultado el 17 de mayo de 2020).

¹³⁶ Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013), Artículos 37, 38 y 39. Disponible en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

¹³⁷ Reglas de arbitraje del Convenio CIADI, Capítulo VII, Regla 51, 52 y 54.

¹³⁸ Véase el artículo 52, apartado 1, del Convenio del CIADI («Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante una solicitud por escrito dirigida al Secretario General por uno o varios de los motivos siguientes: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental; o e) que el laudo no hubiere expuesto los motivos en los que se basa»).

Así entonces, es lógico que puedan existir laudos que sean jurídicamente incorrectos, no obstante, algunos casos han manifestado que el sistema no permite que se corrijan. Por ejemplo, en *CMS v. Argentina*, el Comité de Anulación señaló:

«Durante el examen del laudo, el Comité ha identificado una serie de errores y defectos. El laudo contenía errores manifiestos de Derecho. Tenía lagunas y omisiones, como señaló y subrayó el Comité. No obstante, el Comité es consciente de que ejerce su competencia jurisdiccional en virtud de un mandato restringido y limitado conferido por el artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una opción cuando existen condiciones específicas. Como se ha señalado ya (véase el apartado 136), en estas circunstancias, el Comité no puede limitarse a sustituir su propia apreciación de la ley y de los hechos por los del Tribunal»¹³⁹ (Énfasis añadido)

A consecuencia de ello, los Estados han externado sus opiniones sobre la falta de un sistema de apelación de estas decisiones, ya que no solo se trata de la existencia de un sistema que permita a las partes contar con más recursos, sino que a falta de estos, se observa que las decisiones incorrectas de los árbitros no pueden ser revocadas, lo que significa que los mecanismos de examen existentes no pueden asegurar que las decisiones sean correctas desde el punto de vista jurídico y por lo tanto, la falta de uniformidad en los laudos, podría derivarse de una corrección.

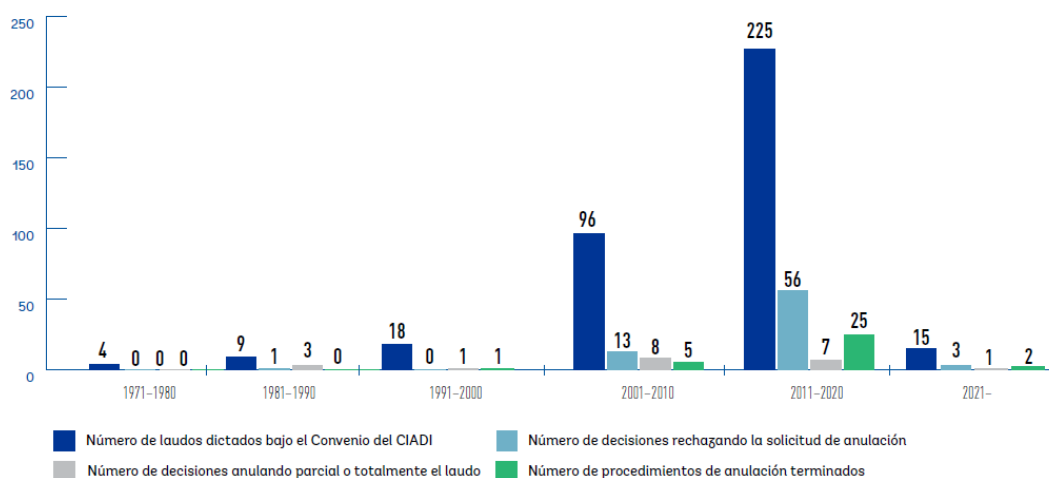
Se ha contemplado que las correcciones de los laudos, mediante un mecanismo de apelación afectaría una de las características más destacables de este sistema, su carácter definitivo, aunado a que interponer el recurso de apelación traería consigo un aumento en el costo y duración del procedimiento, una de las críticas más destacables que se le hace a hoy en día al sistema.

Así mismo, el CIADI registró en el último ejercicio fiscal correspondiente al 2021 que de acuerdo con la posibilidad que tienen las partes, en ese ejercicio se registraron 23

¹³⁹ Caso CMS Gas Transmission Company v. República Argentina (causa del CIADI n.º ARB/01/8), Decisión de anulación, apdo. 158. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0188.pdf> (Consultado el 11 de mayo de 2021).

solicitudes de recursos posteriores al laudo realizadas en virtud del Convenio CIADI, de las cuales 2 fueron solicitudes de revisión del laudo, 1 rectificación de una decisión de anulación, 1 solicitud para que un comité ad hoc suplementara su decisión sobre anulación.¹⁴⁰ Sin embargo lo que más impacta es que la mayoría de las solicitudes atienden a procedimientos de anulación, con 19 solicitudes al menos en este ejercicio fiscal. reflejando con esto en gran medida la inconformidad de las partes con los laudos debido a las decisiones tan uniformes que se han emitido en los últimos años.

LAUDOS DICTADOS Y RESULTADOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ANULACIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO DEL CIADI POR DÉCADA



Fuente: Informe anual CIADI 2021.

Por lo que, la necesidad de los reclamantes o demandantes, de contar con más herramientas de protección y defensa ante los Tribunales Arbitrales, a causa de errores en los laudos, falta de uniformidad, motivación y un sistema sin precedentes, van de la mano con una buena interpretación a las disposiciones de protección a las inversiones extranjeras. Pues los Estados han determinado la posibilidad de adoptar sistemas jurídicos más eficientes, ya que no se tiene una solución aprobada a las interpretaciones de los tribunales respecto de las disposiciones de los TBI y los TLC.

¹⁴⁰ Informe anual CIADI, correspondiente al ejercicio fiscal 2021, p. 31. Disponible en: [El CIADI publica su Informe Anual 2021 | CIADI \(worldbank.org\)](https://www.ciadi.org/publicaciones/El-CIADI-publica-su-Informe-Anual-2021) (Consultado el 28 de enero de 2022)

Es por esto, que se ha propuesto en los grupos de trabajo de estas reformas, dar soluciones que garanticen un sistema jurídico completo, solucionando esta debilidad a través de la creación de un Órgano de Solución de diferencias como en la Organización Mundial del Comercio y los Tribunales Permanentes de la Unión Europea.

Concluyendo así que, de la información proporcionada, se puede observar que el uso de estos recursos posteriores al laudo es necesario para el sistema actual, pues de los comentarios y críticas, se refleja la falta de interpretación uniforme y un sistema de precedente que deriva en el uso de esos recursos.

Pues, la inconformidad de los inversionistas y Estados ha ido en aumento exponencialmente, y el sistema actual no cuenta con los suficientes recursos o los medios apropiados con los cuales se garantice que dichas interpretaciones, sean coherentes y uniformes. Añadiendo que, los recursos actuales no son suficientes, pues los límites que existen en ellos, no permiten la debida protección de la inversión extranjera y por ende de los inversionistas.

CAPITULO III. PROPUESTA DE REFORMA PARA FORTALECER LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL MECANISMO ISDS.

3.1. Propuesta para solucionar las debilidades del sistema ISDS por la Unión Europea y sus Estados Miembros.

En este capítulo se analizarán y expondrán las perspectivas generales de esta propuesta, aunque aún no se sabe si la propuesta de la Unión Europea tendrá eco en la comunidad internacional, por lo que debe tomarse como algo no definitivo.

El grupo de los 77 y China en el 36º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo celebrado en Viena en 2018, señaló que:

*“... El grupo de los 77 y China reiteran que la efectividad y la legitimidad de este proceso dependen de la participación amplia y activa tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados en cuanto a exponer sus experiencias y opiniones sobre la dirección y el contenido de cualquier reforma”*¹⁴¹

En el Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre inversionistas y Estados, determinó que para realizar la reforma ISDS, se conformaría de tres etapas; **i)** determinar y examinar las inquietudes que existían en relación con la solución de controversias entre inversionistas y Estados, **ii)** Evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen expresado y **iii)** si se llegaba a la conclusión de que era deseable realizar una reforma, elaborar las soluciones que cabría recomendar a la comisión.¹⁴²

¹⁴¹ Declaración del Grupo de los 77 y China realizada por Ecuador en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados), 36º periodo de sesiones, del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018. Véase también A/CN.9/964 – Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones (ejemplar anticipado), 6 de noviembre de 2018, apdo. 16. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/964> (Consultado el 8 de agosto de 2021).

¹⁴² Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/71/17), párr. 264. / A/CN.9/930/Rev.1, párr. 19. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/930/Rev.1> (Consultado el 19 de agosto de 2021).

Como se observó en el capítulo segundo, en la primera etapa del Grupo de Trabajo se identifican y consideran las debilidades e inquietudes más relevantes en el sistema ISDS que dieron a conocer los estados miembros y Estados Observadores, Organizaciones Internacionales y No Gubernamentales Observadoras,¹⁴³ dando como resultado debates y opiniones de expertos que dieron a la CNUDMI la necesidad de evaluar en conjunto las inquietudes para determinar si es necesaria la reforma o no.

Derivado de este análisis, se determinó en su 53^{er} periodo de sesiones mediante el Documento A/CN.9/1004, que sí era conveniente esta reforma, por lo que, se dieron a la tarea de comenzar a trabajar en soluciones reformar el sistema de solución de controversias bajo un calendario de proyecto que, en continuidad del 38° periodo de sesiones, se reservaría para analizar la propuesta de crear un mecanismo de examen independiente o de apelación y un tribunal multilateral permanente de inversiones.

Así entonces la Unión Europea sugiere dar inicio a esta tercera etapa de la reforma al sistema ISDS, con cuatro pasos muy sencillos:

1.- Los gobiernos determinarán y propondrán sus opciones de reforma preferidas, las cuales deberán responder a las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo y por las cuales se consideró conveniente la reforma;

¹⁴³ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organizaciones Intergubernamentales: Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Secretaría de la Comunidad de la Energía; Organizaciones no gubernamentales invitadas: Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional (AAAI), Asociación de Derecho Internacional (ILA), Asociación Jurídica de Asia y el Pacífico (LAWASIA), Asociación para la Promoción del Arbitraje en África (APAA), Asociación Rusa de Arbitraje, Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center (BAC/BIAC), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Arbitraje Internacional de Viena, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro para el Derecho Internacional del Medio Ambiente (CIEL), Centro para la Solución de Controversias Internacionales (CIDS), Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, Consejo Asesor de la CIM, Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes, Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, Corte de Arbitraje de Madrid, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Instituto de Derecho Internacional (ILI), Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA) y Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL).

2.- Determinar en cuál de las opciones de reforma planteadas se deberá trabajar, por lo que se considera que existirá un debate conceptual sobre las opciones, sin embargo, se deberá determinar en torno a esto la decisión.

3.- El debate y la toma de decisiones con las prioridades es decir la posibilidad de utilizar múltiples vías, la coordinación con otras organizaciones internacionales.

4.- En vista del enfoque adoptado en los pasos 2 y 3, desarrollar soluciones concretas y propuestas textuales que podrían ser adoptadas y refrendadas por la CNUDMI.¹⁴⁴

Por lo que, al cumplirse con las etapas 1 y 2, la Secretaria de la CNUDMI se dispuso a iniciar la tercera etapa de la reforma, con motivo de dar a conocer más a detalle las inquietudes se destacaron; *la independencia e imparcialidad de los árbitros derivados de su nombramiento, la excesiva duración y costos en los procedimientos y la uniformidad, coherencia y previsibilidad en los laudos*, los cuales se han analizado por la Secretaria de la CNUDMI en conjunto con los Estados y Órganos Internacionales, para determinar distintas soluciones que permitan devolver la seguridad y garantía al sistema jurídico actual.

Fue así como en fecha 12 de diciembre de 2017, la Unión Europea y sus Estados Miembros dieron a conocer a través de la Secretaria de la CNUDMI en el Grupo de Trabajo III, su primer análisis basado en la nota emitida previamente por la Secretaria de la CNUDMI *“Posible reforma de la solución de litigios entre inversores y Estados”*¹⁴⁵ de fecha 18 de septiembre de 2017, la cual enumera una serie de problemas que presenta el actual sistema ISDS.

En dicho análisis, la Unión Europea da observaciones del régimen actual, y considera que el régimen de inversión cuenta con características y atributos clave que son relevantes para analizar y mejorar el sistema actual, al mismo tiempo que se analizan

¹⁴⁴ 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) 37° período de sesiones, Documento A/CN.9/WG.III/WP.159, párr. 3 a 7. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159> (Consultado el 20 de mayo de 2021).

¹⁴⁵ 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) 34° período de sesiones, Documento A/CN.9/WG.III/WP.142. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.142> (Consultado el 9 de diciembre de 2020).

y evalúan los problemas que presenta. Los atributos del sistema actual que destaca la UE, son:

- a) *Las obligaciones establecidas en los Tratados de Inversión están destinadas a proteger a los inversores frente a determinados comportamientos estatales,*
- b) *El inversor inicia la causa contra el Estado,*
- c) *El inversor se introduce en el país de acogida y en su ordenamiento económico jurídico,*
- d) *Los tratados darán lugar a numerosos litigios durante un periodo de tiempo que pueda ser prolongado,*
- e) *Establecen normas del alto nivel destinadas a aplicarse en varios supuestos diferentes, y*
- f) *Una función de previsibilidad/coherencia la formulación de las normas de protección de las inversiones y conscientes de la función recurrente examinan los precedentes para conocer y comprender como se están interpretando o deberían de interpretarse esas obligaciones.*

La Unión Europea considera que las controversias que se desarrollan en un régimen con estas características tienden a menudo a la creación de Órganos Permanentes con árbitros de tiempo completo, ya que en su opinión *los órganos permanentes ofrecen previsibilidad, coherencia y gestionan el surgimiento de múltiples controversias ya que pueden elaborar y perfeccionar la comprensión de un conjunto particular de normas a lo largo del tiempo y garantizar su aplicación efectiva y coherente.*¹⁴⁶

Como parte de esta segunda etapa correspondiente para considerar si la reforma es deseable o no a la luz de las inquietudes expresadas, la Unión Europea pronunció las mismas inquietudes que provocan irregularidades en el actual sistema. En consecuencia, estos han decidido contribuir ampliamente en el estudio de esta reforma. Derivado del análisis y estudio realizado con anterioridad. Proponen la creación de un Mecanismo Permanente para dar solución a la mayoría de las críticas expuestas en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, pues consideran que es conveniente optar por esta reforma ya que daría solución a:

- 1) *Inquietudes relacionadas con la falta de Uniformidad, Coherencia, Previsibilidad y Corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales.*
- 2) *Inquietudes relacionadas con los árbitros y decisores.*
- 3) *Inquietudes relacionadas con el costo y la duración en los procesos de SCIE.*

¹⁴⁶ 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) 37º período de sesiones, Propuestas de la Unión Europea, 2019. p. 18, párr. 7. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> (Consultado el 7 de abril de 2021).

Se propone esta reforma en razón de que, las inquietudes mencionadas están relacionadas entre sí y de acuerdo con la Unión Europea, son de carácter sistémico, pues como señala, al dar solución a una quedan otras sin resolver. Ejemplo de lo anterior es que: *las inquietudes relacionadas con el costo y la duración de los procesos están relacionadas con las inquietudes ocasionadas por la falta de previsibilidad, así mismo los costos se incrementan cuando la interpretación del derecho no es estable, porque puede que los distintos tribunales ad hoc adopten siempre interpretaciones divergentes y esta a su vez está vinculada a la inquietud y a la falta de previsibilidad, que a su vez está vinculada a los métodos de nombramiento.*¹⁴⁷

En respuesta, se necesita que la solución sea del mismo tipo, es decir que resuelva todas las inquietudes, por lo que:

- a) Es deseable que las controversias se decidan por un acuerdo amistoso, lo que se podría obtener a través de la conciliación y la mediación, con lo que se obtendría un valor añadido con apoyo de las instituciones creando listas de conciliadores y mediadores, esforzándose a que las controversias puedan realizarse por esta vía.
- b) Un nivel de primera instancia en el cual se vería la causa, se investigaría el caso como lo hacen los tribunales arbitrales en la actualidad y posterior la aplicación de la legislación aplicable. Trataría los casos que fueran devueltos por el Tribunal de Apelación, cuando este no pudiera resolverlos.
- c) Un nivel de segunda instancia denominado Tribunal de Apelación el cual vería los recursos procedentes del Tribunal, en esta instancia se resolverían (errores de derecho como defectos procesales graves, o errores manifiestos en la apreciación de los hechos.
- d) Árbitros de tiempo completo.
- e) Requisitos éticos para los árbitros.

Sin embargo, la propuesta realizada cuenta con muchos aspectos que se deben evaluar antes de determinar si es la mejor opción de reforma, pues existen puntos positivos y

¹⁴⁷*Ibidem.* párr. 10.

puntos negativos, que llevarán a tomar una decisión a la Secretaria de la CNUDMI, pero enfocada a mejorar el actual sistema.

Por lo que a continuación, se desarrolla y analizan algunas observaciones realizadas hasta este periodo en el marco del Grupo de Trabajo III en relación con cada una de las inquietudes presentadas, y la oferta de crear un mecanismo permanente y un Órgano de apelación que solucione por completo las inquietudes.

3.1.1. Naturaleza en la designación de los árbitros.

Las sugerencias para reformar los procesos de selección y nombramiento de los miembros de tribunales ISDS figuran en las propuestas presentadas por los gobiernos. A partir del documento A/CN.9/WG.III/WP.169, el Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar de las características relativas a las cualificaciones y los requisitos de los miembros de tribunales ISDS, de los diversos modelos de selección y nombramiento en el marco de los mecanismos *ad hoc* y permanentes (A/CN.9/1004/Add.1, párrafos. 95 a 133).

En el régimen actual de ISDS, las controversias son dirimidas por un tribunal constituido con carácter *ad hoc* para cada una de las controversias, en el cual las partes litigantes desempeñan una función importante en la selección de los miembros del tribunal permitiendo a las partes litigantes llegar a un acuerdo sobre el método de selección de los árbitros y acordar directamente quiénes serán dichos árbitros.

Sin embargo, la designación de los árbitros en el sistema *ad hoc* actual se ha convertido en una inquietud relevante y sumamente necesaria de regular, debido a que de acuerdo con las críticas se contemplan requisitos muy escuetos para ser parte de los tribunales arbitrales, entre ellos están:

- 1) El árbitro no podrá tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado,¹⁴⁸*

¹⁴⁸ Artículo 39 del Convenio y Regla 1 (3) de las Reglas de Arbitraje CIADI, que a la letra señalan: La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca

- 2) *Gozar de amplia consideración moral,*
- 3) *Tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas,*
- 4) *Inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.*¹⁴⁹

Por otro lado, el mismo CIADI también expresa que las partes tienen plena libertad de elección de los árbitros de acuerdo a sus necesidades. Por lo que, propone que los mismos deben cubrir ciertos requisitos dada la naturaleza y complejidad del caso, enlistando algunos factores importantes:

- Conocimiento de las leyes pertinentes;
- Ausencia de conflicto de intereses;
- Experiencia en calidad de árbitro;
- Dominio de idiomas;
- Disponibilidad para ser arbitro;
- Oportunidad, y
- Cohesión del Tribunal.¹⁵⁰

Con lo anterior los Estados han determinado que, el sistema vigente de Solución de Controversias en Materia de Inversión, no contiene suficientes requisitos de ética, de tiempo o de experiencia para ser árbitro, por lo tanto, las partes consideran que se deben contemplar mayores requisitos de ética y de alcance a la práctica con mayor precisión, pues al ser parte de un tribunal arbitral en materia de inversión, se debe tener ciertas capacidades que a su vez, se verá reflejado en la existencia de coherencia y neutralidad en los procedimientos y en los laudos.

el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

¹⁴⁹ Artículo 14(1) y 40(2) del Convenio CIADI. Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

¹⁵⁰ Selección y nombramiento de los miembros del Tribunal –Arbitraje en virtud del convenio CIADI. Disponible en: [Selección y nombramiento de los Miembros del Tribunal - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI | CIADI \(worldbank.org\)](https://www.ciadi.org/es/seleccion-y-nombramiento-de-los-miembros-del-tribunal-arbitraje-en-virtud-del-convenio-del-ciadi) (Consultado el 22 de julio 2021.)

El objetivo de encontrar una solución a estas inquietudes desencadenó diversas opciones de reforma que aún se encuentran en estudio. Una de ellas consiste en crear un Código de Conducta, con el objetivo de complementar a alguna de las demás opciones de reforma, para resolver la independencia e imparcialidad de los árbitros que se ha criticado, como se analizará más adelante.

Del mismo modo, la Unión Europea expresó, que el proceso de nombramiento de los miembros del Tribunal debía ser consistente y transparente, para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros en los procesos, y que este nombramiento podría estar basado en ideas de otros órganos jurisdiccionales internacionales o regionales, basándose en algunos ejemplos, para lo cual se propuso: *la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.¹⁵¹

En cuanto a la designación de los árbitros, se ha considerado dentro de las tantas opciones que estos sean de nombramientos de oficio (altos magistrados o recientemente jubilados de tribunales supremos nacionales o internacionales) y/o estos podrían ser propuestos por las partes contratantes o solicitar directamente el nombramiento.

Por otro lado, esta propuesta incluye que las partes contratantes designen árbitros objetivos, es decir, que no se perciba que son favorables a inversionistas o Estados, porque se espera de ellos que interioricen no solo sus intereses defensivos, como posibles demandados en controversias en materia de inversiones, sino también sus intereses ofensivos, es decir, la necesidad de garantizar un nivel de protección adecuado para sus inversionistas. En consecuencia, adoptarán una perspectiva a largo plazo.¹⁵²

¹⁵¹ Por ejemplo: el artículo 36, apartado 8, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ofrece un ejemplo del tipo de normas que se pueden establecer para los árbitros que formen parte de un órgano permanente, en el cual la Asamblea de los Estados Partes que elige a la Corte, tendrá en cuenta que exista una representación geográfica, equitativa y de que haya una representación justa de mujeres y hombres.

¹⁵² Documento Presentado por la Unión Europea y sus Estados Miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 18 de enero de 2018 véase en la siguiente liga: [Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones \(europa.eu\)](https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/) Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting To a Treaty Party Framework of Analysis*, *EJIL: Talk!*, 28 de abril de 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/>, y Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, 2010, 104 (4), pp. 179, 180, 182-195.

Se encuentra contemplado que se designarán árbitros al azar para las distintas divisiones con el fin de garantizar que las partes en la controversia no puedan saber de antemano quien verá su caso.¹⁵³ La implementación de un mecanismo permanente ofrecerá al sistema la posibilidad de obtener coherencia y previsibilidad en los laudos, pues los árbitros trabajarán a tiempo completo y estarán limitados en realizar dos funciones al mismo tiempo, que pueda perjudicar la atención especializada a la controversia, pues los árbitros se centrarán en los procedimientos que estén a su cargo.

De esta manera, la Unión Europea asume la posibilidad de que una interpretación jurídica será más previsible, uniforme y coherente, por lo tanto, la toma de decisiones será más eficiente, rentable y posiblemente reduzca el tiempo que demoran los árbitros en los procedimientos, debido a que existiría una jurisprudencia arbitral.

En relación a la competencia que deben tener los miembros del Tribunal Arbitral se ha señalado que estos deben poseer conocimientos de derecho internacional público, de comercio internacional y de derecho de las inversiones, conocimiento de las políticas en que se basaban las inversiones, cuestiones relacionadas con el desarrollo sostenible, conocimiento del funcionamiento de los gobiernos y adicionalmente se podría exigir que estos tuvieran conocimientos específicos sobre el caso en concreto. Sin duda son requisitos que favorecerían en las decisiones, pues se trataría de un panel con vasta experiencia y conocimiento, sin embargo, se planteó en las diversas sesiones que al exigir demasiadas cualificaciones o, si los requisitos son demasiado estrictos, el reservorio de personas calificadas podría ser reducido, lo que provocaría un desmedro en el objetivo de lograr diversidad.¹⁵⁴

El tema de la diversidad en el tribunal se ha convertido en uno de los más importantes y destacables para mejorar el nombramiento de los árbitros, ya que si bien el fin último es obtener un sistema equitativo y justo para las partes, los miembros que

¹⁵³ Esta idea se apoya en el párrafo 2 de la Regla 6 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación del órgano de apelación de la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm. (Consultado el 7 de mayo de 2020).

¹⁵⁴ 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) Viena, 20 a 24 de enero de 2020, 28 de enero de 2020, Documento de Trabajo A/CN.9/1004/Add.1, párrafo 98. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004/Add.1>. (Consultado el 06 de marzo de 2020).

integren el tribunal son cuestión clave para lograrlo, por lo tanto se ha señalado que en materia de diversidad se busca que exista una diversidad geográfica, lingüística y de género, así como también una representación equitativa de los distintos sistemas jurídicos y culturales, pues con ello se obtienen diferentes perspectivas, especialmente de diferentes culturas y niveles de desarrollo socioeconómicos. Por otro lado, la edad en los miembros también debería ser diversa, pues con ello se permitiría que jóvenes profesionales se iniciaran en el sistema ISDS y por consiguiente se abriría el reservorio de posibles candidatos.

De acuerdo con las examinaciones en los grupos de trabajo de la CNUDMI, es posible lograr este objetivo empleando varios medios, en relación con el establecimiento de un mecanismo permanente de solución de controversias, los estatutos vigentes de varios tribunales internacionales hacen referencia a la “representación” o la “distribución geográfica equitativa”, una representación equilibrada entre países desarrollados y en desarrollo.¹⁵⁵

Aunque en el Convenio del CIADI no se menciona ese criterio entre aquellos que el presidente debe tener en cuenta al seleccionar a los miembros de las listas de conciliadores y árbitros, durante los trabajos preparatorios del Convenio se consideró en general deseable que el presidente, al ejercer su potestad de designar a los miembros de las listas, garantizará que en estas hubiera una representación equitativa de personas calificadas procedentes de países inversionistas y receptores.

Si bien es cierto que la Unión Europea ha propuesto esta reforma total en el sistema con la esperanza de que dé solución eficazmente y en su totalidad a esta inquietud y muchas otras, también es cierto que el establecimiento de un tribunal permanente aún genera muchas preguntas sobre su organización, por ejemplo: Si todos los representantes de los Estados miembros estarían representados en este órgano, y que tal vez sería necesario que el número de decisores cambiara con el tiempo en razón de del número de estados participantes y en relación con el número de casos, que es cada vez mayor.

¹⁵⁵ Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 8 a); véase también el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, art. 17, párr. 3, tercera oración.

En cuanto a la designación de los candidatos se cuestiona si estos serán nombrados por los Estados participantes o existirá un órgano independiente y permanente o se postularán por cuenta propia los interesados.

Adicionalmente se cuestiona en los grupos de trabajo, si en el proceso de selección incluiría una etapa de examen, durante la cual un comité de examen o un grupo asesor analizaría a los candidatos para determinar si cumplen los requisitos que se hubieran establecido (cualificaciones profesionales, conocimientos especializados o idioma) ¹⁵⁶ o en su caso quién se encargaría de realizar esta revisión, ya que se busca que los árbitros gocen de un perfil completo que contribuya a emitir resoluciones coercibles.

Es por ello que se ha expresado que en un mecanismo permanente las partes litigantes tendrían poca o ninguna influencia en la selección y el nombramiento de los decisores. Esta característica obedecería al hecho de que el órgano permanente existiría con anterioridad a la controversia (a diferencia de lo que ocurre en el sistema actual ISDS basado en el arbitraje, en el que cada tribunal se constituye especialmente para resolver una controversia determinada).

Lo anterior, es un tema que causa muchas inquietudes sobre todo a los inversionistas, ya que, en el actual sistema los inversionistas en conjunto con los Estados tienen la facultad y plena libertad de seleccionar a los árbitros sin que alguna institución les imponga un cierto número o una lista específica de aquellos que están permitidos. Sin dejar a un lado el hecho de que el sistema perdería legitimidad y prácticamente los inversionistas y los Estados tendrían una nula participación durante esta selección, ya que al generarse la controversia el tribunal ya estaría constituido.

En conclusión, reformar el nombramiento y selección de los árbitros en el proceso del sistema ISDS, aún está en proceso de estudio, en razón de, que se continúan considerando diversas opciones de reforma, adicionales a la creación de un tribunal permanente de inversiones. Pues de acuerdo con la última sesión de la CNUDMI, se tienen muchas dudas que resolver para poder tomar la decisión precisa que sea tan eficiente para devolverle al sistema la seguridad de esta etapa del procedimiento y que

¹⁵⁶ 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) Viena, 20 a 24 de enero de 2020, Documento de Trabajo A/CN.9/1004/Add.1, párr. 120. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004/Add.1> (Consultado el 27 de agosto de 2020).

los inversionistas y Estados, tengan plena confianza en los árbitros que compondrá el tribunal. Así mismo, asegurarse de que son candidatos muy preparados que garantizarán independencia e imparcialidad durante el procedimiento y el laudo final.

3.1.2. Costes significativos.

En la actualidad, es una realidad preocupante que los altos costes en el procedimiento son de las inquietudes básicas y reiteradas en los debates de la reforma al sistema, pues tanto el CIADI como CNUDMI refieren que gran parte del procedimiento de arbitraje suele aumentar significativamente sus costes debido a la duración tan amplia del proceso y el tiempo que se demoran los árbitros de las partes en llegar a una solución.

Tal es así que, la Unión Europea y sus Estados miembros han señalado que: *“Con un mecanismo permanente, se reducirán los costes y la duración de los procedimientos de varias maneras, y ello contribuiría a garantizar el acceso efectivo de las pequeñas y medianas empresas a dicho mecanismo”*.¹⁵⁷

Se ha observado que, una de las primeras etapas que consume mucho tiempo y costes a las partes, es la designación de los árbitros, pues de acuerdo con el CIADI se estima que se tarda entre 6 y 8 meses el nombramiento y designación de los árbitros¹⁵⁸ aunado a que, de acuerdo con esta institución experta en controversias en materia de inversión, emitió informes que confirman que esta etapa generan muchos costes para los abogados ya que toman en cuenta todos los intereses de sus clientes en la selección de los árbitros.¹⁵⁹

Esta y otras cuestiones son las mismas que se han repetido durante las convenciones de la CNUDMI por lo que, tras realizar un análisis exhaustivo de las demandas e inquietudes generadas en este tema, la Unión Europea y sus Estados

¹⁵⁷ Documento Presentado por la Unión Europea y sus Estados Miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 18 de enero de 2018, párr. 51. véase en la siguiente liga: [Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/press-communications/infographic/infographic-creating-permanent-mechanism-international-investment-disputes) (Consultado el 02 de febrero de 2020)

¹⁵⁸ «Duración media desde el registro hasta la constitución del Tribunal: entre 6 y 8 meses», véase Gonzalo Flores (Vicesecretario General del CIADI), *Duration of ICSID proceedings*, Presentation, Inter-sessional Regional Meeting on ISDS Reform, Incheon, Corea, 10 de septiembre de 2018.

¹⁵⁹ Véase A/CN.9/930/Rev.1 - Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34o período de sesiones - Parte I (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), 19 de diciembre de 2017, apdo. 65. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

miembros, realizan la propuesta de mejorar y evitar estos conflictos con la creación de un mecanismo permanente de solución de diferencias. Pues estima que al tener este sistema se reduciría o eliminaría las recusaciones, ya que en el sistema actual de “*ad hoc*”, los procedimientos quedan en suspenso mientras se resuelven las recusaciones, y en el mecanismo permanente se eliminarían totalmente o en gran parte las recusaciones y la frecuencia de las mismas.

Así mismo, la previsibilidad repercutiría en los costes y la duración del proceso pues una vez que se ha establecido una interpretación concreta de una norma no se realizarían nuevos litigios, en el sentido que, el sistema *ad hoc* repercute en la creación de más casos, ya que no existe ninguna garantía de que un tribunal *ad hoc* se atenga a lo interpretado por otro, por muy bien razonada que esa resolución sea.¹⁶⁰ Pues si se elimina la falta de previsibilidad, se reducirán los costes y la duración de los procedimientos.

Sin embargo, no todas las comunicaciones son en beneficio de la creación del Tribunal Permanente y el Órgano de Apelación, como una de las mejores opciones para las inquietudes relacionadas con los costes, ya que al existir una segunda instancia estos aumentarían considerablemente al existir un periodo más prolongado de la disputa, sin considerar las etapas que se determinen en la apelación.

Por otro lado, se considera que un mecanismo de apelación conduciría a la reducción del costo y la duración de los procesos ISDS a largo plazo, dado que aumentaría la certeza y la previsibilidad y los decisores que intervinieran en el primer nivel se volverían más disciplinados y rigurosos.¹⁶¹

No obstante, estas diversas comunicaciones, son consecuencia de la poca información que aún se tiene respecto de la constitución del Tribunal Permanente y del Órgano de Apelación, en relación con las mejoras de los costos, pues aún se encuentra en proceso de estudio y probablemente conforme avance estas estructuras internas sean más claras, dando a conocer la proyección y beneficios para mejorar los altos costes de

¹⁶⁰ Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 18 de enero de 2019, párr. 55. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157682.pdf (Consultado el 11 de septiembre de 2020).

¹⁶¹ 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), Viena, 20 a 24 de enero de 2020, Documento de Trabajo A/CN.9/1004/Add.1 28 de enero del 2020. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004/Add.1> (Consultado el 17 de marzo de 2021).

los procedimientos actuales. Si disminuyen o eliminan distintas etapas en las cuales ya se ha determinado que se demoran más de lo normal.

3.1.3. Transparencia, Corrección y Coherencia en los procedimientos y las decisiones arbitrales.

Es de suma importancia precisar que la información presentada en este trabajo es consecuencia de un proceso de estudio y debate en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, el cual es preliminar, por lo tanto, las observaciones pueden parecer contradictorias ya que no se ha confirmado la estructura y constitución de la mayoría de las reformas y en particular del Tribunal Permanente y del Órgano de Apelación.

Como se ha mencionado anteriormente, las inquietudes expresadas del sistema *ad hoc* en relación con la resolución de las controversias en materia de inversión, son diversas. No obstante, la Unión Europea decidió realizar un estudio que precise las más destacables, conforme su opinión:

i) Inquietudes relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que entienden en la SCIE:

- inquietudes relacionadas con las interpretaciones discordantes e injustificadas de las disposiciones de los tratados de inversión y otros principios pertinentes del derecho internacional realizadas por tribunales que intervenían en la SCIE;

- inquietudes relacionadas con la falta de un marco aplicable a los procesos múltiples incoados al amparo de tratados, leyes, instrumentos y acuerdos de inversión que previeran el acceso a mecanismos de SCIE; e

- inquietudes relacionadas con el hecho de que muchos de los tratados existentes no preveían mecanismos, o solo preveían mecanismos limitados, para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones.

Al respecto, la UE expuso que se propone dar mayor solución a cada una de las anteriores inquietudes, con la creación del Tribunal Permanente de arbitraje y especialmente la creación de un Órgano de Apelación. En el cual, el primero de estos aportaría al sistema una primera instancia que tendrá árbitros a tiempo completo quienes

a su vez crearán un antecedente de interpretación de las normas y por lo tanto se disminuirían las resoluciones discordantes. Y respecto de la segunda, la posibilidad de apelar dichas decisiones ante una segunda instancia, lo cual promete uniformidad, coherencia y previsibilidad en las resoluciones, así como corrección de los laudos.

Sin embargo, esta propuesta se encuentra en proceso de desarrollo. Aunque la CNUDMI ha decidido estudiar más a detalle la misma y desarrollarla, ya que, de corroborar que cumple con las necesidades actuales del sistema, sería una muy eficiente.

Por su parte los Estados han expresado esta consideración derivado del estudio hasta este momento. La cual se ha realizado a través de comunicaciones por los Estados parte de la CNUDMI, expresando que: *“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 SCIE”*.¹⁶² Así mismo, se ha comentado que *el 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 justa*.¹⁶³

El objetivo de establecer este mecanismo permanente y un órgano de apelación es que con el tiempo los procesos ISDS se caracterizarán por un mayor grado de responsabilidad en razón de las decisiones dictadas, y con ello que se podrían elaborar un conjunto de principios generales e interpretaciones con respaldo legal a fin de aumentar la coherencia y la previsibilidad del régimen de inversiones.¹⁶⁴

3.1.3.1. Correcciones en los laudos.

La solicitud de corrección de las decisiones en el sistema *ad hoc* es un problema más que se suma para garantizar coherencia y previsibilidad. La relevancia de esta

¹⁶² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.161, comunicación del Gobierno de Marruecos; Documento A/CN.9/WG.III/WP.175, comunicación del Gobierno del Ecuador; Documento A/CN.9/WG.III/WP.177, comunicación del Gobierno de China. Disponibles en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state (Consultados el 22 de febrero de 2021).

¹⁶³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.175, comunicación del Gobierno del Ecuador. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.175> (Consultado el 11 de agosto de 2021).

¹⁶⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo III: A/CN.9/WG.III/WP.161, comunicación del Gobierno de Marruecos; Documento A/CN.9/WG.III/WP.175, comunicación del Gobierno del Ecuador; Documento A/CN.9/WG.III/WP.177, comunicación del Gobierno de China. Disponibles en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state (Consultado el 25 de abril de 2021).

cuestión radica de nuevo en la función recurrente de los posibles litigios y en el nivel relativo de determinación.¹⁶⁵ En distintas regulaciones del sistema *ad hoc*, en efecto contempla la corrección de las decisiones, como un remedio procesal destinado a rectificar error, ambigüedad y omisiones en el laudo posterior a su emisión. De acuerdo con la Ley Modelo de la CNUDMI, establece en el artículo 33 inciso a) los casos en que se podrá solicitar estas correcciones: “...*cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar...*”, así también el Tribunal está facultado para realizar estas correcciones por iniciativa propia. De igual forma, se contempla que cualquiera de las partes podrá solicitar al Tribunal que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo.

Del mismo modo, el Convenio del CIADI que regula el arbitraje en materia de Inversión, contempla este remedio procesal en su artículo 51 en el cual precisa que “*la revisión del laudo, debe estar fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.*”

De esta manera podemos observar que, en el sistema actual, se encuentra regulado la corrección en un lado, aunque de forma muy simple, es decir que solo las cuestiones de forma serán corregidas. En razón de que, este proceso no contempla mayores instrumentos de apelación, con el cual las partes tengan oportunidad de volver a escuchar determinadas cuestiones procesales o sustanciales, o en su defecto intentar cambiar las interpretaciones y razonamientos de los árbitros pues como se ha expresado en los mismos instrumentos jurídicos, es un mecanismo que permite a los solicitantes o al Tribunal mismo realizar correcciones de errores específicos que puedan alterar el significado de un razonamiento o determinación.

¹⁶⁵ Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 18 de enero de 2019, Párr. 30. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

Adicionalmente, se debe destacar que el sistema actual contempla un mecanismo único de impugnación, que permite que se anulen los laudos, el cual se realiza a través de una petición al tribunal arbitral y esta deberá probar:

- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o*
- ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;*
- iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o*
- iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;¹⁶⁶*

Pues como previamente se ha mencionado, aun con esta regulación los laudos pueden ser jurídicamente incorrectos, pero el sistema no permite que se corrijan en todos los casos, pues la anulación solo está disponible para corregir una serie muy limitada de errores, como lo establece el artículo 52 del CIADI que solo prevé la anulación en circunstancias limitadas.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Artículo 52 Convenio CIADI. Consultado el 20 de marzo de 2021, Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹⁶⁷ Véase el artículo 52, apartado 1, del Convenio del CIADI («Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante una solicitud por escrito dirigida al Secretario General por uno o varios de los motivos siguientes: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental; o e) que el laudo no hubiere expuesto los motivos en los que se basa»).

Es por esto que, la propuesta del Órgano de Apelación resalta de entre muchas de las reformas propuestas, pues sería una instancia que regularía las limitaciones que prevé el sistema actual, propiciando a crear más mecanismo de defensa para confirmar los laudos emitidos. Sin embargo, el establecimiento de este Órgano, sería un cambio radical en el sistema, pues de acuerdo con los comentarios de los Estados, con esto se permitiría a largo plazo que las decisiones arbitrales obtengan mayor coherencia, previsibilidad y a futuro un sistema que de soluciones prontas y expeditas.

Sin duda, es un cambio que aún genera mucho debate entre los Estados parte, y los inversionistas, entre otras entidades no gubernamentales que han participado, pues existen dudas sobre su estructura y composición. Por lo que, se ha expuesto en los Grupos de Trabajo un listado de factores que deben considerarse:

- Si un error en la interpretación de la ley o en su aplicación deberían admitirse como motivo de apelación,
- Si un error en la determinación de los hechos también podría ser admisible como motivo de apelación.
- 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.

La finalidad consiste en crear un procedimiento de apelación que se caracterice por ser rápido, sencillo y facilite la gestión de los casos pendientes, por ejemplo, de manera similar, conforme al régimen del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), solo las cuestiones de derecho pueden ser objeto de un recurso de revisión. Los recursos de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limitan a las “*cuestiones de derecho*”,¹⁶⁸ a diferencia de otros tratados de inversión celebrados recientemente que prevén un mecanismo de apelación, en el cual 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) al e), del

¹⁶⁸ Art. 58 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016E/PRO/03&from=ES> (Consultado el 04 de septiembre de 2021).

Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).¹⁶⁹

Entre las muchas dudas, se ha expresado inquietud en cuanto a los efectos de la apelación, expresando si debe considerarse: i) debería otorgarse al órgano de segunda instancia la facultad de devolver las actuaciones al órgano de primera instancia con instrucciones, o ii) sí 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 instancia¹⁷⁰, iii) si la apelación debería suspender temporalmente la validez de la decisión de primera instancia y iv) si también debería excluir la posibilidad de recurrir la decisión de primera instancia ante los órganos jurisdiccionales nacionales.¹⁷¹

Por ejemplo, la propuesta para crear un mecanismo de apelación en el CIADI del 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 controversia.¹⁷²

Un mecanismo de apelación en el contexto del artículo 53 del Convenio del CIADI establece que los laudos dictados por el CIADI “*no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio*”. Derivado 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.

¹⁶⁹ 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).

¹⁷⁰ 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), 29 de noviembre de 2019, Documento A/CN.9/WG.III/WP.185, párrafo 24. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.185> (Consultado el 11 de junio de 2021).

¹⁷¹ *Ibidem*, párrafo 26

¹⁷² 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”.

En todo caso, para crear un mecanismo de apelación se requeriría una estrecha coordinación con el CIADI.¹⁷³

Aunque el establecimiento de un Órgano de Apelación sea una de las reformas más atractivas dada su naturaleza, existen muchas inquietudes que resolver aún, pues el sistema *ad hoc* actual, debe modernizarse prevaleciendo las consideraciones y opiniones de quienes van a intervenir a futuro en ella. No obstante, es claro que la CNUDMI no ha expresado por completo su aprobación para implementar un sistema de esta magnitud, pero es considerable pensar que, la adopción de un órgano de apelación podría implicar solucionar las debilidades actuales, devolviendo uniformidad y coherencia o que al modificar este sistema *ad hoc* tan arraigado, pueda ser complejo y perjudicial.

3.2. Posible estructura, integración y procedimiento del Tribunal Permanente de Arbitraje y el Órgano de Apelación.

La Corte Multilateral de Inversiones (MIC - por sus siglas en inglés Multilateral Investment Court) o el Tribunal Permanente de Arbitraje, como ya se ha repetido, continua en proceso de estudio y debate, sin embargo, dentro de las comunicaciones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, se ha establecido una serie de características principales de este proyecto, que se destacan en comparación con el sistema *ad hoc*.

De acuerdo con el trabajo de la CNUDMI, el MIC se integrará de dos niveles, el nivel de primera instancia corresponderá al Tribunal Permanente de Inversiones, en el cual se someterán y desarrollarán las controversias dando por primera vez conocimiento a los jueces de la controversia, entre otros actos. La segunda instancia corresponde al Órgano de Apelación, en el cual se podrá impugnar los laudos que a consideración del inversionista o el Estado solicitará revisión, anulación, una corrección de hecho o más allá de cuestiones de derecho.

¹⁷³ 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) 29 de noviembre de 2019, A/CN.9/WP.III.185, párr. 38. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.185> (Consultado el 25 de julio de 2021).

El proyecto está pensando para cambiar totalmente el mecanismo actual, pues en cuanto la integración de este sistema en la normativa de protección a las inversiones extranjeras, se realizará a través de las negociaciones de los nuevos tratados celebrados en materia de inversión, o en su caso modernizar los constituidos y vigentes, siendo esta una disposición para los Estados interesados. Aunque muchos Estados participantes de la reforma, se encuentran interesados de acuerdo con las comunicaciones hechas a la Secretaría de la CNUDMI, se recalca el hecho de estar de acuerdo en tener un tribunal permanente que pueda brindar una mayor certeza jurídica, ya que en algunas ocasiones los tribunales bilaterales no actúan bajo un esquema absoluto de legalidad, poniendo en duda tópicos relativos a transparencia, coherencia e impredecibilidad de las decisiones, etc.¹⁷⁴

En cuanto a su estructura, se ha señalado que podría estar integrado por un Órgano de representación selectiva, el cual se refiere a que, no todos los Estados contratantes estarían representados en el reservorio de decisores, ya que de esta manera es más fácil y económico. Los miembros de este Tribunal serán árbitros, a tiempo completo y se exigirá que estos cumplan con un alto grado de capacidad y conocimiento, apegados a estrictos principios éticos (implementados estos bajo un código de conducta; el cual incluye principios y disposiciones detalladas en relación con la independencia, imparcialidad y el deber de conducir procedimientos con integridad, justicia, eficiencia y cortesía).¹⁷⁵

En cuanto al procedimiento de designación de los miembros del Tribunal, se tendrá en cuenta un equilibrio geográfico, representación equitativa de género, además de una eficiente y clara gestión del mismo, sin dejar a un lado la posibilidad de que abogados con poca experiencia tengan parte en los procesos para dar oportunidad a más profesionistas y así tener diversidad de edades en los tribunales.

¹⁷⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III: Posible Reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estado (SCIE): uniformidad y asuntos conexos. 36° período de sesiones, 29 de octubre- 2 de noviembre de 2018, Viena. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.150> (Consultado el 15 de agosto de 2021).

¹⁷⁵ Para más detalles véase: Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones. Segunda Versión. 19 de abril de 2021. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/draft_code_of_conduct_v2_es.pdf (Consultado el 7 de julio de 2021).

Además, se ha considerado que estos podrían ser nombrados por los Estados a través de un proceso que sea objetivo y claro, ya que las listas preseleccionadas de los árbitros que se han propuesto, irían en contra de la esencia del arbitraje, por lo que se ha sugerido mejorar el sistema actual en vez de reformarlo.

Es esencial que el procedimiento sea transparente y ético para evitar toda sospecha de favoritismo y corrupción.¹⁷⁶ Por lo que, podrían necesitarse distintos mecanismos de selección de decisores, dependiendo si las controversias surgían de un tratado, contrato o leyes de derecho interno. El tiempo que durarán en su encargo sería por un periodo de entre 6 y 9 años, aunque se deberá tener en cuenta el tiempo que tarda un proceso en concluirse, el cual no será renovable, pues su finalidad es evitar cargos prolongados.

Con el establecimiento de jueces a tiempo completo y por un periodo determinado, se pretende evitar mayores decisiones incoherentes e impredecibles, resultando de ello, que los procesos y las decisiones sean expeditas.¹⁷⁷ Y por lo que hace a la designación de los casos, se ha determinado que estos serán de forma aleatoria, con lo cual se evitaría la imparcialidad de los jueces.

Dentro de las obligaciones de los miembros del Tribunal se establecerá que sean a tiempo completo, para evitar la dualidad de funciones o mejor conocido como el “*double hatting*”, a través de una remuneración permanente y bajo la obligación y cumplimiento de los principios y disposiciones del Código de Conducta, con lo cual se pueda garantizar la imparcialidad y la independencia en los jueces.

Se observó que los mecanismos existentes para resolver las controversias arbitrales eran demasiado limitados y que el objetivo de crear un mecanismo de apelación

¹⁷⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento del Grupo de Trabajo A/CN.9/1050, de fecha 17 de marzo de 2021, párr. 18. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1050> (Consultado el 7 de julio de 2021).

¹⁷⁷ Torgal, Lino y Saavedra, Claudia (2019), El proyecto del tribunal multilateral de inversiones: ¿supondrá la ‘judicialización’ del arbitraje?, Garrigues Comunica Newsletter News. Disponible en: [El proyecto del tribunal multilateral de inversiones: ¿supondrá la ‘judicialización’ del arbitraje? | Garri](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-proyecto-del-tribunal-multilateral-de-inversiones-supondra-la-judicializacion-delgues)
https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-proyecto-del-tribunal-multilateral-de-inversiones-supondra-la-judicializacion-delgues

sería aumentar la corrección, la concordancia, la previsibilidad y la coherencia de las decisiones que se dictaran en el marco del sistema de SCIE y, por consiguiente, aumentar la legitimidad de ese sistema.¹⁷⁸

En lo que respecta a la estructura del Órgano de Apelación o la segunda instancia, esta tendría competencia para revisar las decisiones del Tribunal de primera instancia basándose en errores de derecho, o de errores manifiestos en la apreciación de los hechos o en su caso, fallos procesales graves.¹⁷⁹ Es una de las más importantes aportaciones de este sistema, además de llamativas, pues en el actual sistema ISDS las acciones que se pueden ejercer para esclarecer y corregir las decisiones, son limitadas.

En lo relacionado al procedimiento, las controversias serán designadas de manera aleatoria con lo cual se resolverá una de las críticas renuentes en los debates del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, consistente en que, la creación de tribunales especiales para cada caso detonaba en imparcialidad en los procesos y en la emisión de las decisiones, existían incoherencias y contradicciones, situación que prevalecerá siempre que existan sistemas no centralizados.

Uno de los tantos beneficios que traería consigo la constitución de este sistema, es la aceleración de los procesos, siendo menos costoso para las partes, dado que es una de las partes más criticadas en el actual sistema, en razón de que, los largos procesos generan costes adicionales. El establecimiento de un sistema permanente de solución de controversias promovería la adopción de procedimientos acelerados para demandas de menor cuantía y casos con menor complejidad.

Por último, el MIC hará público en internet todos los detalles de sus labores, incluidas las decisiones; audiencias públicas, y permitirá la presentación de alegaciones

¹⁷⁸ 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): Mecanismo de Apelación; Observaciones Generales. A/CN.9/1004/Add.1, de fecha 28 de enero de 2020, párr. 18. Disponible en: <https://undocs.org/A/CN.9/1004/ADD.1> (Consultado el 22 de junio de 2021).

¹⁷⁹ 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): Mecanismo de apelación y Tribunal. 38° período de sesiones, 20 a 24 de enero de 2020, Viena (continuación). <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.185> (Consultado el 4 de julio de 2021).

por terceros. Este cambio sería de gran relevancia, en el entendido de que actualmente CIADI y CNUDMI, entre otras instituciones administradoras de controversias en materia de Inversión, hacen públicas muy pocas de sus decisiones o aspectos fundamentales del caso, con lo cual se generaría mayor transparencia en los procesos. También se ha implementado la adopción de reglamentos sobre transparencia, como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”).¹⁸⁰

Adicional al establecimiento del MIC, se ha propuesto que se establecerá en complementación, la promoción de métodos alternativos de solución como son la conciliación y la mediación, con la finalidad de prevenir que los casos lleguen a ser una controversia, tratando de llegar a un acuerdo entre las partes sin la intención de aplicar rigurosamente las normas de protección de inversiones mediante el proceso arbitral, siempre con la finalidad de que las partes obtengan un beneficio de dicha negociación, con lo cual se disminuirían en gran cantidad los casos que se llegan ante tribunales anualmente.

Derivado de que la labor del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI no ha concluido su análisis, y por lo tanto la aprobación del MIC no está confirmada, la estructura y organización mencionada anteriormente, podría verse modificada y estas características ser obsoletas como elementos sustanciales de la reforma para la creación del Tribunal Permanente o en su caso del Órgano de Apelación. Sin embargo, son los criterios más recientes desde el inicio de la reforma hasta su 40° periodo de sesiones celebrado del 8 al 12 de febrero de 2021, en Viena y del 4 a 5 de mayo 2021, Viena (Continuación).

¹⁸⁰ Instrumento por el que las partes en los Tratados de Inversiones aprobados antes del primero de abril de 2014 expresan su consentimiento a la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Entró en vigor el 1° de abril de 2014 y constituye un conjunto de normas procesales que garantiza el acceso público a la información relativa a los arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de los Tratados de Inversiones. Y su número de contratantes partes de Convenio son 9. Para más detalles sobre la Convención de Mauricio sobre la Transparencia véase: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/rules-on-transparency-s.pdf> (Fecha de consulta 02 de septiembre de 2021).

3.3. Cuestiones sin resolver respecto del Tribunal Permanente y el Órgano de Apelación.

Los debates siguen en proceso, dado que la CNUDMI aún no concluye de manera definitiva esta reforma, pues ha contemplado tentativamente extenderse hasta el 2025, como lo afirma en su 40° sesión celebrada en mayo de 2021. Durante esta, se ha estudiado con más precisión la propuesta de establecer un MIC. Pero, conforme avanza este estudio, existen muchas dudas sobre su composición y estructura.

En cuanto al procedimiento de selección de los miembros del Tribunal, se ha expresado que dado que los Estados son quienes llevarían a cabo el proceso de selección de los miembros del Tribunal las partes litigantes tendrían poca o ninguna influencia en el nombramiento de los decisores, lo que haría que este mecanismo permanente se asemejará a los tribunales y cortes internacionales existentes, y al disminuir la participación de estos sobre la legitimidad en el sistema.¹⁸¹

En cuanto al Órgano de Apelación, se ha puesto en duda algunas de las posibles determinaciones en cuanto a los procedimientos, pues se ha expresado que la asignación de los casos sería de forma aleatoria para procurar la imparcialidad y equidad en las decisiones, sin embargo hay dudas, pues se sugiere que quien tenga más conocimiento respecto del tema debería ser al que se le asignara la controversia, ya que, existe la inquietud que, dado que podría existir un reservorio reducido de decisores, la consecuencia podría ser que el órgano permanente no contara con los conocimientos especializados ni la capacidad necesaria, pues al ser un nivel de segunda instancia los decisores deben contar con la experiencia y conocimientos necesarios para resolver las controversias, con lo cual se sugiere que estos sean expertos.

También se ha mencionado que sería necesario trabajar sobre las características del mecanismo de apelación, por ejemplo, la mayor exigencia del criterio de examen, las garantías de pago de las costas y la desestimación temprana de apelaciones

¹⁸¹ 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): Documento de Trabajo A/CN.9/1050, Párrafo 17. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1050> (Consultado el 6 de julio de 2021).

manifiestamente infundadas según el modelo de la Regla 41, párrafo 5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, con la finalidad de tener un volumen de trabajo manejable. Sin embargo existe preocupación y dudas sobre si serían eficaces las garantías de pago de las costas para limitar el volumen de trabajo y las herramientas desarrolladas para intentar evitar la interposición de reclamaciones infundadas que podrían no resultar útiles en esta instancia.¹⁸²

Y en cuanto a los efectos de las decisiones, que integrará un mecanismo de apelación, se ha expresado que; las decisiones dictas por el órgano de apelación no deberían tener un valor de precedente pues contrario a lo que se ha expresado, esto pudiera agravar la falta de coherencia o concordancia actual. Las consecuencias del establecimiento de un mecanismo de apelación, un aumento en la complejidad del sistema de SCIE, haciéndolo menos eficiente, aumentando el costo y la duración en los procesos. Pues si lo que se deseaba era lograr un nivel deseado de coherencia y previsibilidad se podrían causar menos problemas, al realizar una redacción clara de las disposiciones de los tratados, utilización de herramientas de interpretación de tratados y mecanismos de examen de los laudos arbitrales.¹⁸³

La reforma debe analizar y resolver cada una de las inquietudes que vayan surgiendo, ya que, de ser esta seleccionada, deberá contar un sistema que brinde seguridad y garantía jurídica durante y posterior al procedimiento, pues es un cambio que modificaría por completo la composición del sistema SCIE actual, por lo tanto, se debe continuar esperando que CNUDMI y CIADI, realicen los análisis correspondientes de cada una de las inquietudes y la mejor solución.

¹⁸² *Ibidem*, párr. 59.

¹⁸³ 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): Mecanismo de Apelación; Observaciones Generales. A/CN.9/1050, 17 de marzo de 2021, párrafo 61. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1050> (Consultado el 25 de abril de 2021).

3.4. Comentarios destacados de los Estados respecto de la propuesta de la Unión Europea.

Desde el inicio de la modernización del ISDS, para la CNUDMI ha sido muy importante conocer y considerar cada una de las opiniones de los Estados parte, pues ha permitido que inversionistas y Organizaciones no Gubernamentales participen en esta reforma, pues de esas propuestas surgirá la solución a las inquietudes y defectos del actual sistema con el único objetivo de crear un sistema que continúe brindando seguridad jurídica, credibilidad y efectividad. Por lo que, muchos Estados hicieron del conocimiento a la CNUDMI su opinión positiva y/o negativa respecto de la posible institucionalización del arbitraje de inversión.

3.4.1. Indonesia.

El primero que da una opinión respecto de la institucionalizar el arbitraje derivado de las preocupaciones e inquietudes de los Estados, fue Indonesia. Quien en su comunicado da a conocer sus opiniones sobre algunos aspectos sobre el sistema actual y que a su consideración son los que se necesitan reformar: *Los laudos dictados por los tribunales arbitrales de inversión son a veces discordantes o incluso contradictorios, y no existe un mecanismo en vigencia adecuado para remediar o limitar esa falta de uniformidad. La falta de uniformidad de los laudos arbitrales podría afectar negativamente a la fiabilidad, eficacia y previsibilidad del sistema de arbitraje en materia de inversiones y, a largo plazo, su credibilidad.*¹⁸⁴

Derivado de su propio análisis y críticas que presenta el sistema actual, en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros, considera que es el cambio de funciones que desempeñan las personas que ejercen de árbitro, asesor letrado y perito en diferentes casos lo que provoca las inquietudes a este sector, pues para este Estado, el ejercicio de dos funciones es lo que afecta directamente al sistema. En sus palabras; *varios árbitros han desempeñado funciones gubernamentales, oficiales u oficiosas, en la*

¹⁸⁴ 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. Observaciones del Gobierno de Indonesia. 09 de noviembre de 2018. Párrafo 13. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (Consultado el 07 de agosto de 2021).

*negociación de los mismos tipos de All respecto de los cuales han actuado posteriormente como decisores o litigantes en el sector privado.*¹⁸⁵ Por lo que para Indonesia, sería necesario resolver esta debilidad, para solucionar en su conjunto las demás, misma que de acuerdo con la Unión Europea, podría solucionarse mediante la creación de un Órgano de Apelación. Sin embargo, no expresa mayor detalle sobre su posición frente a las demás propuestas.

3.4.2. República Dominicana.

Otro Estado que también anuncia a la Comisión su opinión respecto de la reforma es la República Dominicana, quien en 2019 dio a conocer su comunicado a la CNUDMI, sobre su opinión en algunos temas, entre las destacadas se refiere al panel sobre árbitros y tomadores de decisiones, pues refiere que se puso en duda la idoneidad del actual mecanismo de nombramiento por las partes en el contexto de la SCIE porque en la práctica la mayoría de las críticas al régimen de la SCIE se centraba en ese mecanismo y en la remuneración de los árbitros por las partes.¹⁸⁶

Y la aplicación actual del nombramiento de ésta, causa problemas concretos, que podrían resolverse definiendo requisitos y normas éticas claros o mediante un nuevo sistema de nombramiento. Esto se relaciona con una reiteración de árbitros elegidos entre un reducido número de personas, pues existe poca diversidad y una práctica de nombrar reiteradamente a los mismos árbitros.¹⁸⁷

República Dominicana expresa en el mismo sentido que la UE que: los problemas del sistema de SCIE actuales, son sistemáticos es decir que están interrelacionados entre sí, y que se debe encontrar una solución general a los problemas ya que uno afecta directamente al otro. A modo de ejemplo República Dominicana, expresa: “*se señaló que la falta de previsibilidad de las decisiones adoptadas por los tribunales de SCIE repercutía*

¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 14.

¹⁸⁶ 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. Presentado por el Gobierno de la República Dominicana. 27 de febrero de 2019. A/CN.9/WG.III/WP.160 Párr. 28. Disponible en; <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.160> (Consultado el 8 de agosto de 2021).

¹⁸⁷ *Ibidem*, Documento de la CNUDMI A/CN.9/WG.III/WP.160, párr. 29.

directamente en el costo y la duración de los procesos de SCIE porque las cuestiones recurrentes se examinaban y argumentaban de nuevo en cada caso, esto debido a la falta de un marco coherente y previsible, unido a la inexistencia de un mecanismo de apelación, lo cual contribuiría a la falta de coherencia del sistema. Así mismo, los mecanismos para nombrar árbitros podrían crear una impresión de parcialidad y contribuir a que los árbitros se dividieran en favorables a los Estados o favorables a los inversionistas, lo que a su vez repercutía en la frecuencia de su recusación. El procedimiento de recusación, a su vez, incidía directamente en el costo y la duración del proceso.”¹⁸⁸

3.4.3. China.

De acuerdo con la Comunicación realizada en 2019 por China a la Comisión de la CNUDMI, esta apoya que se estudie la propuesta de crear un mecanismo de apelación permanente para resolver los principales problemas del actual régimen de SCIE. Una vez aclaradas las cuestiones institucionales, de procedimiento y de personal que sean pertinentes, la adopción de ese mecanismo, basado en los tratados internacionales, sería un factor importante para promover el estado de derecho en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, lo que ayudaría a mejorar los mecanismos de corrección de errores, reforzaría las expectativas jurídicas respecto de la solución de controversias relativas a las inversiones y establecería limitaciones a la conducta de los jueces.

Asimismo, fomentaría una mayor estandarización y clarificación de los procedimientos, lo cual reduciría el ejercicio abusivo de los derechos que hacen las partes en las controversias.¹⁸⁹

Y aunque, ya se han empezado a regular los mecanismos de apelación existentes y China ha introducido disposiciones por las que se permitirá acudir a otros mecanismos de apelación que puedan establecerse, la regulación de los mecanismos de apelación y

¹⁸⁸ *Ibidem*, párr. 46.

¹⁸⁹ 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 Comunicación del Gobierno de China. A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 de julio de 2019. p.4. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177s.pdf> (Consultado el 12 de agosto de 2021).

las normas multilaterales no solo son más eficientes que los acuerdos bilaterales de inversión, sino que también pueden minimizar los costos institucionales. La experiencia del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio muestra que su mecanismo de apelación es relativamente eficiente y tiene unos costos de funcionamiento moderados.¹⁹⁰

La OMC cuenta con un funcionamiento muy efectivo de Solución de Diferencias, sin embargo en la actualidad su sistema de solución de controversias se encuentra en una crisis muy fuerte y preocupante para muchos países, dentro de estos para México, esto debido a que desde el 2017 el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, no ha podido acordar el lanzamiento de los procesos de selección debido al bloqueo de los Estados Unidos de América para la designación de los miembros y que se ocupen los puestos vacantes en el Órgano de Apelación (OA) de inmediato.

Cuestión que genera incertidumbre al respecto, pues debido a la necesidad de contar con siete miembros en el Órgano de Apelación (OA) para dirimir las controversias (3 en cada caso), ha quedado inactivo y las resoluciones que se impugnen en un futuro ante el OA se quedarían sin resolver. Afectando a la primera etapa del procedimiento y por lo tanto a la ejecución de este, para las partes. Aunque hace poco 46 miembros de la OMC pusieron en vigor un mecanismo para garantizar la solución de controversias, y se debe analizar su eficacia derivada de la alta demanda de resoluciones que se están presentando ante este órgano. Por lo que es preocupante esta situación para todos los países en general, pues probablemente se deba esperar hasta que exista un escenario político internacional más propicio o un relanzamiento de su estructura.¹⁹¹

El motivo original por el que se crearon los mecanismos de arbitraje sobre inversiones internacionales fue la protección de las mismas, aspecto que como tal no puede ignorarse. El derecho que tiene las partes para nominar árbitros en la primera instancia del arbitraje sobre inversiones es un arreglo institucional de amplia aceptación,

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Arredondo Ricardo, Godio Leopoldo M.A. (marzo de 2019), La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 7, N° 13. pág. 175. Disponible en: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v7n13/2304-7887-rstpr-7-13-163.pdf> (Consultado el 02 de Septiembre de 2021).

un elemento importante que ayuda a aumentar la confianza de las partes en las controversias, especialmente la de los inversionistas, y que debería mantenerse en cualquier proceso de reforma.¹⁹² China considera que debería explorarse activamente el establecimiento de un mecanismo de conciliación en materia de inversiones más eficaz.

3.4.4. Marruecos.

En 2019 el Gobierno de Marruecos también fue uno de los países que expuso sus opiniones a la reforma. Este ha sido uno de los países que elogia la iniciativa de la reforma, y como se puede observar en su primer informe:¹⁹³ *“La idea de crear un Mecanismo de Apelación permanente es una opción viable para este País”* pues opina, derivado de la implementación del Mecanismo de Apelación que se puede garantizar la coherencia en la interpretación de las disposiciones de los TBI. En especial la relativas a las cuestiones de fondo de estos tratados con vistas a evitar divergencias en las conclusiones sobre los mismos hechos, los cuales emitirían lo distintos tribunales arbitrales, con lo que se conseguiría a su vez una jurisprudencia homogénea que propicie a la seguridad jurídica.

Además, la creación de un mecanismo de apelación permanente que pudiera asimilarse a un tribunal superior permitiría, entre otras cosas:

- Garantizar la coherencia en la interpretación de las disposiciones de los TBI, en especial las relativas a cuestiones de fondo de estos tratados, con vistas a evitar divergencias en las conclusiones que sobre los mismos hechos emitan los distintos tribunales arbitrales, con lo que se conseguiría a su vez una jurisprudencia homogénea propicia a la seguridad jurídica;
- Ofrecer a los Estados e inversionistas una mayor predictibilidad sobre la aplicación de las disposiciones de los TBI, lo cual reforzaría también la legitimidad del arbitraje de inversiones; y

¹⁹² *Ibidem.* p. 5.

¹⁹³ 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) Comunicación Presentada por el Gobierno de Marruecos, 04 de marzo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.161> (Consultado el 18 de agosto de 2021).

- Rectificar los errores cometidos por algunos tribunales arbitrales en laudos que podrían incidir considerablemente en los fondos públicos, especialmente si se tiene en cuenta que el arbitraje de inversiones trata a menudo cuestiones de interés público.

Con respecto a la diversidad en los árbitros o decisores, Marruecos propone que en el proceso de selección de los decisores se tenga en cuenta la dimensión geográfica y se adopte una perspectiva de género.¹⁹⁴

Posteriormente, tanto fue su aprobación por la implementación del Órgano de Apelación que en su segundo informe dio a conocer, que en el marco de la reforma del SCIE, ha diseñado un modelo innovador de un Tribunal Arbitral de Apelación inspirado en las mejores prácticas internacionales en la materia, derivado de esta modernización y reforma del mecanismo. El cual prevé la posibilidad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales nacionales para que revisen o anulen los laudos dictados en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y obliga a la parte vencedora a suspender la ejecución del laudo hasta que la parte vencida haya tenido la oportunidad de entablar ese recurso, para lo cual se tienen 90 días.¹⁹⁵

Sin embargo, respecto de la constitución de un tribunal arbitral de apelación *ad hoc* Marruecos ha expresado que no es partidaria puesto que ello aumentaría la duración y el costo del arbitraje, especialmente por el nombramiento de los árbitros y su posible recusación por las partes en la controversia. Además, la adopción de un enfoque *ad hoc* fomentaría la proliferación de tribunales arbitrales de apelación, lo que probablemente promovería la fragmentación del sistema de SCIE y socavaría la congruencia y la

¹⁹⁴ 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. Comunicación Presentada por el Gobierno de Marruecos, 04 de marzo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.161> (Consultado el 16 de julio de 2021), párr. 34 y p. 9.

¹⁹⁵ 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 Documento A/CN.9/WG.III/WP.195, 11 de febrero de 2020, p. 2. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.195> (Consultado el 19 de julio de 2021).

uniformidad del derecho en materia de solución de controversias relativas a las inversiones. Por otro lado, opina que respecto de la creación del tribunal arbitral de apelación debería ser una instancia multilateral única de carácter permanente, afiliada a un Órgano de las Naciones Unidas (como la Corte Internacional de Justicia).¹⁹⁶

Por último, ha propuesto y opinado que, en relación con la preocupación de reducir los procedimientos de apelación, y la frecuencia con que las partes en las controversias podrían interponer recurso de apelación contra los laudos arbitrales, se debería implantar un procedimiento de examen previo de los laudos a semejanza del que aplica la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

3.5. Proyecto de Enmienda de las Reglas de Arbitraje al amparo del Convenio CIADI en relación con la Institucionalización del Arbitraje.

En agosto de 2018, el CIADI publicó una serie de propuestas de cambio con el fin de modernizar sus reglas para la resolución de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados.¹⁹⁷

Dichas enmiendas, tratan de ofrecer a los inversionistas extranjeros y a los Estados receptores de las inversiones, un mecanismo efectivo de solución de diferencias, y que este pueda solucionarse mediante distintos medios, como son: el arbitraje, la mediación, conciliación y la comprobación de hechos.¹⁹⁸

El objetivo principal de la reforma del CIADI es modernizar y simplificar las Reglas para hacerlas más accesibles a los usuarios, algunos ejemplos que se destacan son: el utilizar un lenguaje inclusivo, eliminando las incongruencias entre los idiomas oficiales del CIADI (español, francés e inglés), estructurando los diferentes conjuntos de reglas y reorganizando algunas disposiciones. También tiene por objeto actualizar las reglas para reflejar las mejores prácticas, reducir el costo y la duración de los procesos y garantizar

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹⁹⁷ Para más detalles consultar: Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI, Volumen 1, Secretariado del CIADI, agosto 2, 2018. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/volume-1/Synopsis_Spanish.pdf (Consultado el 16 de julio de 2021).

¹⁹⁸ Resumen Preliminar sobre las Propuestas de Enmiendas de las Reglas del CIADI.

el equilibrio procesal entre las partes en una controversia, aumentar su transparencia, mejorar el mecanismo de nombramiento y recusación de los árbitros y establecer el requisito de comunicar información sobre la financiación por terceros, para evitar posibles conflictos de intereses. En cuanto a los árbitros, su objetivo se basa en simplificar el procedimiento de designación propuesto, se ampliaría la declaración de los árbitros y se racionalizaría y aclararía el procedimiento de recusación.

En el CIADI se encuentran distintas Reglas y Reglamentos y cada una cumple una función específica, por lo que todas están en proceso de modernización. Para el caso del Arbitraje entre inversionistas y Estados, el CIADI contempla cuatro normativas que lo rigen; el Convenio CIADI, que es el ordenamiento principal que contiene la normativa sustantiva para las distintas reglas, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), Las Reglas de Arbitraje y Conciliación al amparo del Convenio CIADI (Reglas de Arbitraje) y las Reglas de Arbitraje y Conciliación al amparo del Mecanismo Complementario del CIADI.

La tercera de estas, contempla las reglas procesales aplicables al arbitraje y conciliación, las cuales son utilizadas para los Estados que han ratificado el Convenio CIADI y los nacionales de otro Estado Contratante. La cuarta de estas son las reglas del mecanismo complementario para el arbitraje y conciliación, que en muchos casos pueden ser las mismas que aquellas del Convenio CIADI, aunque estas presentan requisitos jurisdiccionales diferentes. Pueden ser utilizadas entre un Estado contratante del CIADI o un Nacional de dicho Estado y un Estado no contratante y un nacional de un Estado no contratante, en pocas palabras solo es necesario que una de las partes, ya sea el demandado o demandante haya ratificado el Convenio CIADI.

En cuanto a la modernización que realiza el CIADI, esta no es la primera vez que las realiza, ya que se encuentra en la cuarta vez que realiza estas modificaciones. Y se considera que es una de las revisiones más completas hasta la fecha.

Al igual que en la CNUDMI, esta Institución ha hecho su labor de estudio e investigación sobre los temas más inquietantes para las partes, con base en esas

inquietudes, para realizar su modernización y cambios a las actuales reglas. Se distribuyen hasta la fecha en 5 Documentos de Trabajo, el más reciente publicado el 15 de junio de 2021, el cual contiene una versión más limpia y actualizada de los cambios a las reglas en los tres distintos idiomas aprobados (español, inglés y francés). Del cual se desprenden las propuestas de modernización derivado de las consultas y anteriores documentos de trabajo.

El proceso de reforma ha sido un camino largo, pues en cada uno de los documentos se han realizado amplias reuniones consultivas con Estados, abogados, árbitros, representantes del sector privado y grupos de interés, así como una invitación abierta a todo aquel que esté interesado en presentar comentarios.

El último Documento de Trabajo, número #5 da la última versión de las propuestas basada en comentarios recibidos en junio de 2021, los cuales responden a las inquietudes expresadas desde 2017 hasta junio de 2021, y a los exámenes anuales que realiza el CIADI, considerando ser estas:

- ❖ Nombramiento de Árbitros.
- ❖ Código de Conducta para los Árbitros.
- ❖ Recusación de los árbitros.
- ❖ Financiación por parte de terceros.
- ❖ Acumulación de Procedimientos.
- ❖ Laudos y Opiniones Disidentes.
- ❖ Garantía de Costas.
- ❖ Asignación de Costas.
- ❖ Publicación de las Decisiones y las órdenes.
- ❖ Etc.

Se debe recordar que el fin último del CIADI consiste en modernizar su normativa para dar una respuesta pronta, oportuna y en tiempo para mejorar el sistema, siempre con el objetivo primordial de atender las necesidades de los usuarios (partes) y con las limitantes del mismo.

Como se puede observar de lo anterior, las inquietudes expresadas ante el CIADI no difieren mucho de las manifestadas ante la Comisión de la CNUDMI, pues a grandes rasgos, se ha expresado mayor inquietud en áreas tales como el nombramiento de los árbitros, lo relacionado con sus decisiones y su composición, las costas procesales así como las garantías y costas emitidas en el laudo, la transparencia del procedimiento y en cuanto a las decisiones y laudos su transparencia y las decisiones incoherentes.

Así entonces, estas son inquietudes que obligaron a Estados como la Unión Europea, China e Indonesia a concordar con la implementación de un Tribunal Permanente y la constitución de un Órgano de Apelación. No obstante, para el CIADI esta no es nueva, ya que en su reforma del mecanismo en 2004 estudió la posibilidad de crear y administrar un mecanismo internacional de apelación de los laudos dictados en el marco de arbitrajes entre inversionistas y Estados. Si bien la iniciativa del CIADI no se concretó, la experiencia que ha acumulado el Centro en este ámbito podría jugar un papel importante en la labor que actualmente lleva a cabo el Grupo de Trabajo III para establecer un mecanismo de apelación.¹⁹⁹

La labor actual del CIADI, se encuentra en aprobación de estas modernizaciones, pues ha expresado en este último documento de trabajo #5 que espera que los Estados Miembros apoyen el texto del documento de trabajo 5 y estén preparados ahora para pasar a la etapa de votación, aunque aún se hace la invitación a comentarios, pues su objetivo es que a finales de 2021 estén sean adoptadas y posteriormente entren en vigor en 2022.²⁰⁰

¹⁹⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 39º período de sesiones, A/CN.9/WG.III/WP.195, 11 de febrero de 2020. p.3. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.9/WG.III/WP.195> (Consultado el 09 de agosto de 2021).

²⁰⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, Tomo 3, junio 2021, Documento de Trabajo #5. p.2. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP%205-Volume%203-SPA-FINAL.pdf> (Consultado el 17 de agosto de 2021).

3.5.1. *Transparencia.*

El objetivo principal de los Estados y del CIADI, es crear un sistema que dé transparencia a las partes en cualquier momento del proceso. Esto es de suma importancia en la modernización de las Reglas, en vista de las inquietudes de las partes. En el grupo de reforma del CIADI, se han mencionado muchas inquietudes en relación con la transparencia. Sin embargo, destaca la obligación de divulgar la financiación por terceros, siendo esta una reclamación del sistema actual, pues como se puede observar a continuación en las reglas de arbitraje del CIADI, no se contemplaba esta obligación. Por lo que, el CIADI ha acordado de acuerdo con su último *Proyecto de Enmienda de las Reglas y Reglamentos del CIAD #5*, que: “*las partes deben revelar el nombre y la dirección de cualquier no parte de la que recibieron fondos directa o indirectamente, los cuales deberán ser anunciados a los posibles árbitros, esto con la finalidad de evitar conflictos de intereses involuntarios.*”²⁰¹

Regla 14	Regla 14
Reuniones del Tribunal	Notificación de Financiamiento por Terceros.
<p>(1) El Presidente del Tribunal dirigirá sus audiencias y presidirá sus deliberaciones.</p> <p>(2) Salvo que las partes convengan otra cosa, se requerirá en las reuniones la presencia de la mayoría de los miembros del Tribunal.</p> <p>(3) El Presidente del Tribunal fijará el día y hora de las reuniones.</p>	<p>(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento (“financiamiento por terceros”).</p> <p>(2) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo (1) al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.</p> <p>(3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro</p>

²⁰¹ Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules, June 15, 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Backgrounder_WP_5.pdf (Consultado el 19 de julio de 2021).

	propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b). ²⁰²
--	---

La propuesta para mejorar la transparencia es una inquietud que se ha establecido y trabajando desde el Documento de trabajo #1 (WP #1) del CIADI, con la intención de hacer públicas las decisiones, órdenes y laudos. Aunque se sabe que esto no puede ser posible si no se tiene el consentimiento de ambas partes, de acuerdo con lo que el Convenio CIADI establece. Sin embargo, dado que en este momento no se está modernizando esa disposición, en el último documento de propuestas de enmienda número 5, se propone por primera vez, contemplar la idea de que *una parte ha dado su consentimiento a menos que se oponga por escrito dentro de los 60 días y en caso de hacerlo, el CIADI solo podría hacer público extractos legales de manera confidencial.*²⁰³

Asimismo, y siguiendo la intención de mejorar el sistema para que cada vez sea más transparente para las partes, el CIADI propone que las audiencias sean abiertas, a menos que las partes se opongan. Todo esto con la finalidad de que exista mayor transparencia y equidad en los procedimientos, sin dejar a un lado los derechos de las partes.

El documento de trabajo 5, hecho público en junio de 2021, otorga a las partes la resolución de sus intenciones mediante estas modernizaciones y nuevos cambios en sus reglas, siendo un documento más completo en cuanto a la intención de resolver la transparencia en los procedimientos de arbitraje, otorgando así mayor seguridad jurídica para las partes y las no partes.

3.5.2. Nombramiento y recusación de árbitros.

Por lo que se refiere al nombramiento de los árbitros y su recusación, el CIADI ha hecho una excelente labor al modernizar estas reglas, pues el nombramiento de estos o

²⁰² Propuesta de Enmiendas a las Reglas CIADI, 2021. Número 5. p.36. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP%205-Volume%203-SPA-FINAL.pdf> (Consultado el 6 de agosto de 2021).

²⁰³ Regla 62 (2) (3), Reglas de Arbitraje del CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP%205-Volume%203-SPA-FINAL.pdf>

su constitución, se ha podido esclarece gracias a la nueva redacción que propone el centro. El cual, a la letra dice:

Regla 15

Método de Constitución del Tribunal.

(1) El número de árbitros y el método de su nombramiento deben determinarse antes de que el Secretario General pueda actuar respecto de cualquier nombramiento propuesto, por una parte.

(2) Las partes procurarán acordar un número impar de árbitros y el método de su nombramiento. Si las partes no informan al Secretario General de un acuerdo dentro de los 45 días siguientes a la fecha de registro, el Tribunal será constituido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio.

Mientras que la regla 2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI vigentes, resultan ser más confusas para las partes, expresando que:

Regla 2

Método de constitución del Tribunal a falta de acuerdo previo

(1) Si al momento del registro de la solicitud de arbitraje, las partes no hubieren acordado el número de árbitros ni el método de su nombramiento, observarán, a menos que convengan en otra cosa, el siguiente procedimiento:

(a) el solicitante, a más tardar 10 días después del registro de la solicitud, propondrá a la otra parte el nombramiento de un árbitro único o de un número cierto impar de árbitros y especificará el método que propone para su nombramiento;

(b) a más tardar 20 días después del recibo de las propuestas hechas por el solicitante, la otra parte:

(i) aceptará tales propuestas; o

(ii) hará otras propuestas con respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento;
y

(c) a más tardar 20 días después del recibo de la respuesta que contenga tales propuestas, el solicitante notificará a la otra parte si acepta o rechaza tales propuestas.

(2) Las comunicaciones previstas en el párrafo (1) se harán, o se confirmarán, prontamente, por escrito y se transmitirán ya sea a través del Secretario General o directamente entre las partes con una copia al Secretario General. Las partes notificarán con prontitud al Secretario General acerca del contenido de cualquier acuerdo alcanzado.

(3) En cualquier momento después de 60 días del registro de la solicitud si no se llegare a un acuerdo acerca de otro procedimiento, cualquiera de las partes podrá informar al Secretario General que ella escoge la fórmula prevista en el Artículo 37(2)(b) del Convenio. El Secretario General informará sin demora a la otra parte que el Tribunal ha de constituirse de conformidad con lo dispuesto en ese Artículo.

Sin embargo, la última versión de esta Propuesta de Enmienda de las Reglas de Arbitraje del CIADI, contiene más que solo una modificación en su redacción haciéndolas más fáciles para las partes, pues se propone en cuanto a la recusación de los árbitros o arbitro único, la opción a las partes para que puedan acordar no suspender el procedimiento en su totalidad o en parte mientras la recusación este pendiente, lo que les permitirá minimizar la demora causada por dicha solicitud.

Regla 22

Propuesta de Recusación de Árbitro.

(2) El procedimiento se suspenderá desde la presentación de la propuesta hasta que se emita la decisión sobre la propuesta, salvo que las partes acuerden continuar con el procedimiento.

En ese sentido, la propuesta trata de cubrir las inquietudes de las partes, pues en cuanto al arbitraje, un tema que destaca mucho tanto en CIADI como en CNUDMI, es la independencia e imparcialidad de los árbitros, pues actualmente se expresan distintos motivos por los cuales los árbitros no pueden emitir decisiones que sean imparciales e independientes, pues una vez aceptado el encargo es importante que estos no estén influenciados para realizar su determinación. Por lo que en esta propuesta también se propone una declaración reforzada de independencia e imparcialidad para los árbitros, lo cual se establecerá el procedimiento de las reglas 22 y 23 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.²⁰⁴

²⁰⁴ Regla 22 Propuesta de Recusación de Árbitros (1) Una parte podrá presentar una propuesta de recusación de uno o más árbitros (“propuesta”) de conformidad con el siguiente procedimiento: (a) la propuesta deberá presentarse después de la constitución del Tribunal y dentro de los 21 días siguientes a lo que suceda de último, sea: (i) la constitución del Tribunal; o (ii) la fecha en la que la parte que propone la recusación tuvo conocimiento o debería haber adquirido conocimiento de los hechos en los que se funda la propuesta; (b) la propuesta incluirá las causales en que se funda, una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos, y cualquier documento de respaldo; (c) la otra parte deberá presentar su respuesta y cualquier documento de respaldo dentro de los 21 días siguientes a la recepción de la propuesta; (d) el árbitro a quien se refiera la propuesta podrá presentar una explicación que esté limitada a información de hecho relevante para la propuesta. La explicación se presentará dentro de los cinco días siguientes a lo que suceda primero, sea la recepción de la respuesta o el vencimiento del plazo al que se refiere el párrafo (1)(c); y (e) cada parte podrá presentar un escrito final acerca de la propuesta dentro de los siete días siguientes a lo que suceda primero, la

3.5.3. Código de conducta.

Una de las reformas más interesantes en este proyecto para el CIADI, es la alianza que realizó junto con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), este proyecto se ha trabajado en el contexto del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y el Proyecto de Enmienda a los reglamentos y reglas del CIADI. El objetivo de este proyecto, es que debe ser obligatorio para los miembros del tribunal y por lo tanto contener normas concretas en vez de lineamientos generales.

La presente propuesta se desarrolla simultáneamente con el análisis de las posibles reformas que aún se encuentran en discusión, pues la CNUDMI decidió comenzar una labor preparatoria sobre los distintos temas debatidos incluido el Código de Conducta y los posibles mecanismos multilaterales de naturaleza permanente. Se propone que en este código, se encuentren diferenciadas las obligaciones del sistema *ad hoc*, del sistema permanente con el objetivo de que este código de conducta no solo este dirigido a árbitros, sino también a jueces y otros tipos de decisores con énfasis en que este código pueda ser aplicable para cualquier decisor en materia de SCIE, y/o cualquier otro juez de un mecanismo bilateral, incluyendo así esta opción, en el entendido que se está analizando el Mecanismo Permanente de Solución de Controversias, y/o el Órgano de Apelación.

El Código se realiza a partir de un examen comparado de las normas que figuran en los códigos de conducta de los TBI y reglas de arbitraje aplicables, así como de otros códigos de órganos jurisdiccionales internacionales y por supuesto en los análisis

recepción de la explicación o el vencimiento del plazo al que se refiere el párrafo (1)(d). (2) El procedimiento se suspenderá desde la presentación de la propuesta hasta que se emita la decisión sobre la propuesta, salvo que las partes acuerden continuar con el procedimiento. **Regla 23** Decisión sobre la Propuesta de Recusación (1) La decisión sobre una propuesta de recusación será adoptada por los árbitros que no son objeto de la propuesta o por el Presidente del Consejo Administrativo de conformidad con el Artículo 58 del Convenio. (2) A los efectos del Artículo 58 del Convenio: (a) si los árbitros que no son objeto de una propuesta de recusación no pueden decidir la propuesta por cualquier motivo, notificarán al Secretario General y se considerará que hay un empate de votos entre ellos; (b) si se presenta una propuesta de recusación posterior mientras la decisión sobre una propuesta anterior se encuentra pendiente, el Presidente del Consejo Administrativo decidirá ambas propuestas como si se tratara de una propuesta de recusación de la mayoría del Tribunal. (3) Los árbitros que no son objeto de la propuesta y el Presidente del Consejo Administrativo, harán lo posible por decidir cualquier propuesta de recusación dentro de los 30 días siguientes a lo que suceda de último, sea el vencimiento del plazo al que se refiere la Regla 22(1)(e) o la notificación prevista en la Regla 23(2)(a).

realizados en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, que figuran en los documentos A/CN.9/WG.III/WP.167 y A/CN.9/WG.III/WP.151.

Hasta el momento se han presentado dos versiones, el primero de estos publicado en mayo de 2020, el cual comprendió en el primer borrador, y la segunda versión publicada recientemente en abril de 2021 dando a conocer una versión modificada con los comentarios realizados por los Estados miembros, dichas modificaciones principalmente se basaron en la reorganización de algunos artículos, y simplificación del texto.

Se dio a conocer públicamente su segunda versión, consecuencia de un amplio debate y comentarios del código original, en fecha 19 de abril del 2021,²⁰⁵ el proyecto incluye principios aplicables y disposiciones detalladas en relación con cuestiones como la independencia e imparcialidad y el deber de conducir procedimientos con integridad, justicia, eficiencia y cortesía con lo cual se promete ser una de las soluciones que resuelva las inquietudes manifestadas en relación de los árbitros y su independencia e imparcialidad durante los procesos.

Es un proyecto que se realiza con base en las inquietudes destacadas en ambos grupos; la forma del nombramiento de los árbitros, la selección de constitución del tribunal arbitral, la falta de imparcialidad e independencia de los mismos. Pues en este proyecto se propone construir un mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados con principios distintos al mecanismo actual *ad hoc*.

En cuanto a su estructura, se conforma de 11 artículos y un anexo, entre los cuales se pueden observar la regulación de: Aplicación del Código, independencia e imparcialidad, límite al desempeño de varias funciones, deber de diligencia,

²⁰⁵ Para mayor detalle, ver: Proyecto de Código de Conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones. Segunda Versión. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/draft_code_of_conduct_v2_es.pdf (Consultado el 10 de julio de 2021).

comunicaciones con una parte, confidencialidad, honorarios y gastos, obligaciones en materia de información, y cumplimiento del Código de Conducta.²⁰⁶

El CIADI y CNUDMI advierten que este no es un documento final de reforma y de inmediata aplicación al actual sistema, pues aún está en proceso de construcción y adaptación de acuerdo a las necesidades que el sistema actual y la reforma en proceso de este, en el marco de los Grupos de Trabajo y el Proyecto de Enmienda. Por lo tanto, la segunda versión se encuentra en proceso de recibir comentarios a los nuevos cambios. Adicional a lo anterior, estas dos instituciones han comunicado que trabajan en un documento para explicar los métodos de aplicación de este código de conducta, el cual será independiente.

El código de conducta, sugiere dar solución a muchas de las inquietudes señaladas por los Estados Parte, particulares y órganos no gubernamentales que participaron en estos proyectos, al obligar a los árbitros a adoptar medidas razonables para evitar sesgos o a algún conflicto de intereses, adicionalmente se obliga a los árbitros un límite en el desempeño de sus funciones, aunque sugiere que, si las partes aceptan el *double hatting* de los árbitros, será aceptado.

Es debatible la propuesta para limitar las actividades de los árbitros, o mejor conocido como el doble mandato, en este código, aunque responde a muchas de las inquietudes en las cuales se justificaba que, al hacer esto los árbitros no tenían el mismo desempeño en los procedimientos, incluso que esto ocasionaba imparcialidad en las decisiones. Y así mismo, los juristas que han desempeñado cargos como árbitros, consideran esta obligación injusta, pues se reclamó que esto no era posible debido a que las controversias tomaban mucho tiempo en resolverse, por lo tanto, podrían estar inactivos mucho tiempo sin recibir honorarios.

En conclusión, el Código de Conducta es una de las propuestas con mayor avance en la reforma, la cual propone tanto a la estructura de la CNUDMI como del CIADI que

²⁰⁶ Proyecto de Código de Conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones. Segunda Versión. CIADI-CNUDMI, abril 2021. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/draft_code_of_conduct_v2_es.pdf (Consultado el 7 de agosto de 2021).

los miembros más importantes de este SCIE, tendrán un grado de exigencia y obligaciones por escrito, adicionales a las mencionadas por los tratados, para garantizar la eficacia de las controversias. Sin embargo, no es una propuesta que hasta este momento se encuentre completamente aprobada, pues se encuentra en su segunda versión y aún se está trabajando en documentos adicionales al mismo para garantizar su cumplimiento, por lo que al igual que con la propuesta del MIC o cualquier otra, se deberá esperar un poco más.

CAPITULO IV. ANALISIS DE LA REFORMA.

3.2. *¿La reforma al mecanismo deja temas sin resolver?*

La labor de la reforma tiene como fin último cubrir y resolver las necesidades que han surgido durante las sesiones de los Grupos de Trabajo, desde 2017 hasta la fecha, pues la intención en este momento de Organizaciones como CNUDMI, CIADI y UNCTAD es modernizar y reformar la estructura interna actual del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado, con base en las críticas dadas a conocer, mejorando la protección a las inversiones extranjeras, así como proteger a los inversionistas.

Entre las iniciativas que existen para mejorar el sistema, se encuentra una que se destaca por tener en cuenta la modernización total del sistema; el proceso que lleva el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, el cual, se centra en reformar el procedimiento del arbitraje y no en la parte sustantiva. Por lo que las propuestas que se analizan son aquellas que cumplen con esta indicación. De acuerdo con la labor realizada hasta el 37° periodo de sesiones de la CNUDMI, su intención ha sido analizar las propuestas para que posteriormente se examinen, elaboren y desarrollen múltiples posibles soluciones.

Hasta este momento la CNUDMI en su 40° periodo de sesiones, informó que se estima que el proyecto concluya en el 2025, por lo que se encuentra en la mitad del proceso de estudio y muchas de las propuestas no se han podido analizar y desarrollar en su totalidad. Derivado de las inquietudes presentadas el proceso de estudio y debate aún es considerado preliminar, habiendo aún muchos detalles que determinar con base en los comentarios formulados.

Sin embargo, la CNUDMI ha ido enfocando el estudio y debate de la posible solución a las necesidades, hacia la construcción de la institucionalización del arbitraje permanente a través del Tribunal permanente de arbitraje y la creación de un Órgano de apelación, sin dejar de tomar en cuenta algunas otras propuestas tales como; la promoción de mediación y conciliación para evitar la solicitud de arbitraje directa, crear

un mecanismo de desestimación temprana, crear un centro de asesoramiento, y establecer de un código de conducta para los árbitros.

Por lo tanto, en razón de comentarios de los Estados parte de la CNUDMI, organizaciones no gubernamentales y particulares hasta el momento de la 40ª sesión de la CNUDMI y del Proyecto de enmienda de las reglas y reglamentos - Documento de Trabajo número #5 del CIADI, la reforma al sistema ISDS está en la cúspide y requiere tiempo para considerar y valorar cada una de las debilidades expuestas. Así entonces, es debatible cuestionar si se dejan temas sin resolver considerando lo anterior, pues a la luz del desarrollo de este proceso han resultado más detalles qué profundizar, pero se ha pretendido considerar la mayoría de las propuestas con base en las debilidades.

Por lo anterior, es necesario entender que, en este momento, no se puede considerar que haya temas sin resolver, debido al tiempo de la reforma y a las necesidades que se han abordado. No obstante, CNUDMI realiza en conjunto este trabajo con avances de los Programas de Modernización de otras organizaciones internacionales como el CIADI o la UNCTAD, con la finalidad de abordar todas las inquietudes detectadas en el sistema durante el proceso.

Enfocada la reforma hacía la creación de un Tribunal permanente de arbitraje y un Órgano de apelación, se identifican inquietudes en tres de las críticas más destacables durante los grupos de trabajo respecto de; **i)** El nombramiento y designación de los árbitros; **ii)** La imparcialidad, coherencia y uniformidad, y **iii)** Los altos costos de los procedimientos.

En cuanto al primero de estos, se han planteado muchas propuestas para resolver dichas críticas, una de ellas es considerar el nombramiento de los árbitros bajo un sistema de mecanismo permanente. No obstante, en su última sesión de la CNUDMI se sugiere que no sea así, ya que la influencia que tenían las partes en esta decisión logra un punto de flexibilidad y preserva la autonomía de estos, por lo que es preferible

mantener el sistema actual pero mejorando el método.²⁰⁷ Aún no es muy clara la decisión del Grupo de Trabajo, ya que se han contemplado muchas opciones. Dentro de ellas, se ha expuesto la aprobación de elegir a los árbitros mediante este mecanismo, que facilita la decisión y contribuye a la disminución de tiempo en esa etapa del proceso. Lo anterior, posiblemente se basa en la elección de estos árbitros a través una lista pre establecida y autorizada por las organizaciones internacionales administradoras del arbitraje; sin embargo, también dicha propuesta ha provocado comentarios en contra, por ejemplo, se ha mencionado que al realizarlo *iría en contra de la esencia del arbitraje a menos que esta fuera voluntaria o las listas se utilizaran solo como orientación*.²⁰⁸

De acuerdo con la última sesión celebrada por el grupo de Trabajo de la CNUDMI en las fechas del 28 de junio al 16 de julio de 2021 en Viena, la selección y nombramiento de los árbitros es un tema que deja dudas sobre el método final de selección, pues se considera que este tema debe permanecer sin una decisión significativa, ya que aún no se ha decidido si es deseable o no un sistema constituido por un tribunal permanente, con jueces a tiempo completo o uno *ad hoc*, o en su defecto un sistema híbrido.

Por lo que se refiere al segundo de estos; (la imparcialidad, uniformidad y coherencia en los laudos). Se ha propuesto solucionarlo a través de un órgano permanente. Sin embargo, aún existen algunas dudas sobre su estructura interna y su organigrama.

Por ejemplo, cuál sería el tipo de representación (representación selectiva o plena), si deben o no existir jueces *ad hoc* para aquellos casos en el que el Estado demandado no estuviera representado permanentemente, el número de jueces o árbitros que compondría el Tribunal, la forma de presentación de candidatos en su caso, la asignación de los casos, la forma en que se va a garantizar la independencia de los árbitros o decisores, los procesos de selección para los órganos de apelación en su caso, la diversidad de estos decisores y el tiempo que estarían en su cargo.

²⁰⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III CNUDMI: A/CN.9/1050, p. 5, Párr. 17. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1050> (Consultado el 08 de septiembre de 2021).

²⁰⁸ *Ibidem*, párr. 17.

Como se puede observar, la reforma continúa dejando dudas e inquietudes para el propio grupo de trabajo, pero se ha propuesto encontrar una solución a esas inquietudes ya que el establecer un tribunal permanente de arbitraje aún no se ha aprobado. A pesar de ello se continúan estudiando y resolviendo los temas pendientes siempre encaminado a las necesidades de los Estados.

Por lo que se refiere al establecimiento de un órgano de apelación, continúa sin resolverse su necesidad e impacto en el arbitraje. Lo anterior, en razón de su funcionamiento, pues todavía se contemplan dudas sobre este mecanismo que traería consigo grandes cambios al sistema actual.

Aunque es claro que aún no concluye el debate en el Grupos de Trabajo III CNUDMI, existen algunos temas que no se han expresado con mayor precisión respecto de los demás, por ejemplo; motivos del procedimiento de impugnación ante el órgano, es decir si estos se concentraran tanto en errores de hecho como de derecho o solo uno de ellos. En qué momentos se podría presentar una apelación y si existen casos excepcionales. Ya que durante el procedimiento de arbitraje existen distintas etapas y decisiones que podrían ser o no sujeto de apelación. Por ejemplo: una decisión jurisdiccional, recusaciones de los árbitros, y por último la apelación de un laudo definitivo (cuestiones de fondo o de interpretación o de forma).

Para concluir, respecto del tercero; iii) Los altos costos en los procedimientos, es un tema que sigue impreciso, pues aun cuando se ha expresado los altos costos que un arbitraje trae consigo, la falta de decisión sobre una propuesta en específico deja este tema sin resolver, ya que mucho de los costes del procedimiento se gasta considerando el tiempo que se demoran en el nombramiento de los árbitros y el método, y por otro lado los largos tiempos del procedimiento que este demore en resolverse.

Por lo que, de ante mano se ha expresado que la propuesta a establecer un órgano de apelación no contribuye a solucionar esta situación, ya que al existir una segunda instancia el proceso se prolongaría y generaría más costos añadidos. No obstante, se ha expresado que, con el establecimiento de un Tribunal Permanente, evitaría prologar

más tiempo de lo necesario en la etapa de designación y nombramiento de los árbitros, pues como se ha señalado anteriormente, el CIADI ha determinado que esta es una de las etapas que mayores costos generan.

En conclusión, se debe interpretar que si bien en esta etapa de la reforma, en las distintas Organizaciones Internacionales las reformas al mecanismo ISDS aún son preliminares, la necesidad de que exista claridad en cuanto a las determinaciones de la reforma, la aceptación de los miembros, deberá ser escalonada, es decir que se revelaran conforme se desarrolle y profundice cada uno de los temas para estructurar por completo la propuesta final que será adoptada.

Aunque debe tomarse en consideración, que tanto CNUDMI como CIADI, han abordado de manera oportuna y precisa cada una de las inquietudes, tomando en consideración la necesidad de profundizar en dichas debilidades, con base en los comentarios de los Estados y Órganos no gubernamentales, entre otros participantes del proceso de reforma, ya que se busca un sistema que garantice y brinde seguridad jurídica y confianza plena sin dejar de ser ese sistema de solución de controversias internacional en materia de arbitraje que lo ha caracterizado por su eficacia en los procesos de esta índole.

3.3. ¿Se requiere la Institucionalización del arbitraje?

El arbitraje de Inversión, es un mecanismo que ha permitido a muchos inversionistas y Estados, resolver diversas disputas en materia de inversión de forma extrajudicial, accediendo al mecanismo a través de los distintos Tratados de Inversión y Tratados de Libre Comercio que se han celebrado. Ha tenido la capacidad de demostrar que debe ser considerado el mejor mecanismo de solución de controversias en materia internacional y que no debería ser un mecanismo alternativo, como actualmente se dice.

Lamentablemente como se ha indicado, los procesos llevados bajo el actual mecanismo ISDS, han dejado de ser funcionales como antes, determinado así que

existe una necesidad irrefutable de reformar y modernizar las reglas, reglamentos y procesos vigentes que rigen a este sistema.

A la luz del proceso realizado hasta el presente año 2021, en relación con la 40ª sesión del Grupo de trabajo III de CNUDMI, se ha tratado de abordar todas las críticas del sistema, sin embargo, debido al tiempo que tiene la reforma en este proceso, no todas las propuestas se han podido estudiar y resolver a detalle. Y aquellas que ya se encuentran en proceso de debate, requieren de más tiempo de estudio.

No obstante, en esta etapa del proceso es destacable mencionar que algunos juristas ya han dado su opinión respecto del avance que se ha presentado. Tal es el caso de *R.P. Paulsson*, quien opina que: *en la reforma es claro que se han establecido dos vías de solución a estas debilidades, el remplazo total o parcial del sistema y el segundo son las reformas incrementales en el sistema.*²⁰⁹

Con base en lo anterior, la CNUDMI ha determinado estudiar y analizar *“lo que inicialmente parecían delegaciones ancladas en posiciones rígidas, pues ahora se asemeja en un ejercicio de ingeniería común en busca de soluciones. De acuerdo a que se ha profundizado más sobre el MIC”*²¹⁰

Por lo que, se podría interpretar que la CNUDMI está guiando el estudio y análisis, con base en la modernización del sistema actual, por uno institucional permanente, aunque esto no esté definido. Sin embargo, es menester señalar que es necesaria una reforma para que permita mejorar la firmeza en la aplicación de normas sustantivas y devolverle la confianza, independencia, imparcialidad, y transparencia al mecanismo ISDS.

²⁰⁹ R.P. Paulsson Marike, Revista Kluwer Arbitration Blog, marzo 26, 2020. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Reformas en el ámbito de las Controversias entre Inversores y Estados - Propuestas de la CNUDMI para un Mecanismo de Apelación y su impacto en la duración y el costo. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/26/uncitral-working-group-iii-reforms-in-the-realm-of-investor-state-disputes-uncitral-proposals-for-an-appellate-mechanism-and-its-impact-on-duration-and-cost/> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

²¹⁰ Nica Andreea, Uncitral Working Group III: One Step Closer to a Multilateral Investment Court?. (marzo 24, 2020). Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/24/uncitral-working-group-iii-one-step-closer-to-a-multilateral-investment-court/> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

Por lo tanto, la necesidad de institucionalizar al arbitraje de forma permanente, se entiende necesaria a la luz de determinadas debilidades. Por ejemplo; en la disminución del tiempo en los procedimientos, destacándose que, al instaurar un mecanismo de forma permanente, las etapas del proceso tendrían un tiempo limitados, no se profundizaría en el nombramiento de los árbitros, y las decisiones de los árbitros o jueces a tiempo completo tendrían mayor prontitud. Así mismo, los costos del procedimiento reducirían, ya que el proceso podría ser más expedito; etapa del proceso que ha sido cuestionada monótonamente.

En el mismo sentido, la adopción del sistema de apelación permitiría a las partes, contar con una segunda instancia a través del cual, se regularían las distintas ambigüedades presentadas en las decisiones, se generaría una jurisprudencia arbitral que permita tener precedentes de interpretaciones a los principios de protección a las inversiones extranjeras y al comercio. Y lo más importante, mejoraría la legitimidad y transparencia de las decisiones arbitrales.

Por otro lado, existe quienes no consideran necesario institucionalizar de forma permanente el arbitraje, ya que, en se estaría frente un esquema similar con el que se conducen los Tribunales nacionales en nuestro país, y esto no garantiza que las necesidades que se presentan en el sistema de arbitraje actual, respondan acertadamente a esa modalidad de permanencia.

Por ejemplo; la institucionalización permanente, consiste en crear jueces a tiempo completo, limitando a los árbitros o jueces que se desempeñan en cada uno de los casos, a solo dedicarse a una determinada actividad, eliminando el *double hatting* o realizar labores en más de un caso a la vez. Sin embargo, los estados y árbitros manifestaron que no existe estabilidad económica para ellos durante todo el procedimiento, pues el tiempo que tarda resolver una controversia, suele durar mucho tiempo que estarían inactivos y no hay una estabilidad económica. Aunado a que la esencia y naturaleza de este tipo de controversias recae en construir un tribunal, derivado de la controversia y que desaparece con la solución de la misma.

Por otro lado, se ha expresado que, en la institucionalización del arbitraje, la designación de los jueces a tiempo completo, podría convertirse en un dilema político, ya que la selección de los candidatos desencadena una ola de controversias para intentar que esta pueda ser transparente. Y la creación de listas previas, contribuye a que puedan existir preferencias, además de un número limitado de árbitros, para la gran demanda de casos que existen.

Algunos argumentos se han puesto sobre la mesa, de que pasaría si la CNUDMI determinará institucionalizar el arbitraje de forma permanente, en el entendido de si las decisiones que emita, pueda referirse a ellas como laudos <<extranjeros>>. Lo anterior, en razón de lo que establece la Convención de Nueva York de 1958.²¹¹ Sin embargo, se ha respondido a esta incertidumbre que, se ha constatado que las decisiones “no-nacionales” (es decir, dictadas por foros institucionales que carecen de una *lex arbitri* nacional) satisfacen este requisito en virtud del Artículo 1 (1) de la Convención de Nueva York. Como sugirió la Secretaria de la CNUDMI en noviembre de 2020²¹².

Por lo tanto, un nuevo órgano institucional también puede satisfacer el requisito arbitral del artículo 1 párrafo (2) de la Convención de Nueva York que cubre expresamente los laudos dictados por “Órganos arbitrales permanentes”²¹³

Se distingue esta interpretación basada en lo analizado y debatido en el marco de las secretarías ante CIADI y UNCITRAL hasta este periodo. Ya que se destaca la posibilidad de que muchos de los países comiencen a modernizar el mecanismo de solución de controversias desde la celebración de los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio, (como lo hizo la Unión Europea) modernizando las

²¹¹ Mc Garry, Brian, Murashko Elena, (march 21, 2021) Viena and Geneva: Defining Arbitration in the reform of Economic Institutions. Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: [Vienna and Geneva: Defining Arbitration in the Reform of Economic Institutions - Kluwer Arbitration Blo](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/17/vienna-and-geneva-defining-arbitration-in-the-reform-of-economic-institutions/g) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/17/vienna-and-geneva-defining-arbitration-in-the-reform-of-economic-institutions/g> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

²¹² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento A/CN.9/WG.III/WP.202 de fecha 12 de noviembre de 2020, pág. 12. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/42/PDF/V2006542.pdf?OpenElement> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

²¹³ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de fecha 1958, Artículo 1, párrafos 1 y 2. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

disposiciones para solucionar las controversias en materia de inversión o en materia comercial, de acuerdo a sus necesidades e intereses. Ello provoca que se necesite un sistema híbrido, en el cual no se desaparezca la esencia total del actual sistema ad hoc, pero se adopten algunas características de la Institucionalización del ISDS.

Se concluye que existe una necesidad de mejorar el sistema actual que rige al ISDS, en el entendido de que, las diversas inquietudes exponen circunstancias que pueden afectar la estabilidad procesal que se ha proporcionado desde su creación y aplicación en el derecho de inversiones. Pues es un sistema creado para brindar legitimidad, imparcialidad y seguridad.

Por lo que es precipitado considerar que, a la luz de estas debilidades y críticas, que el sistema actual requiera de un cambio radical, no obstante, fortaleciendo la institucionalidad del arbitraje y la creación de un Órgano permitiría garantizar esas características, a través de un medio de impugnación eficiente. Sin mencionar que, las interpretaciones a las protecciones sustantivas de inversión y a sus inversionistas, serían más uniformes y coherentes con la jurisprudencia arbitral. Pese a esta consideración, la determinación de si existe una necesidad o no de institucionalizar el arbitraje, se determinará conforme el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI avance en su análisis y debate el cual, de acuerdo con su último informe y programa provisional de mayo de 2021, concluirá en el año 2025.

CONCLUSIONES.

Primera: La inversión extranjera directa es fundamental derivado del gran impulso que otorga a la productividad, facilita la transferencia de tecnología y promueve el desarrollo del país receptor de la Inversión. Por lo que, es importante que se mantenga un sistema político y jurídico, estable, congruente que regule y proteja apropiadamente a las inversiones extranjeras.

Segunda: Es esencial promover la celebración de los tratados en materia de inversión, en razón de que los gobiernos buscan atraer mayores inversiones para el fortalecimiento y crecimiento de las regiones y por su parte los inversionistas, buscan ampliar sus redes, pero en escenarios de igualdad y confianza en donde puedan obtener oportunidades de crecimiento con base en sus intereses. En concreto, se busca que los gobiernos no interfieran de manera ilegal o injusta en sus operaciones y les otorguen a los inversionistas y a sus inversiones, un trato no discriminatorio respecto de los nacionales, a través del respeto de los principios de no discriminación, trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas de sus derechos.

Tercera: Es importante que los estándares de trato a la inversión extranjera sean interpretados de acuerdo con la intención que las partes les quisieron dar en los tratados, pues son esenciales para el correcto funcionamiento de las políticas gubernamentales de los Estados receptores, así como para el cumplimiento de las obligaciones de los inversionistas, ya que a través de ellas, se ha contribuido positivamente al buen ejercicio del comercio mundial, al crecimiento económico y al desarrollo humano de los países que importan, exportan e invierten. Así como para el crecimiento de los países del Sur global.

Cuarta: La adopción de la Cláusula de Nivel Mínimo de Trato en el T-MEC, respecto de la interpretación realizada por la Comisión de Libre Comercio en 2001, le otorga ahora un carácter de derecho convencional. Si bien, se ha debatido en la comunidad internacional sobre esta interpretación, el instrumento jurídico del T-MEC lo reconoce como texto normativo en dicho ordenamiento de aplicación internacional. Lo cual, resultará interesante y relevante para la comunidad, respecto de las interpretaciones y precedentes que de esta se deriven.

Quinta: La creación del arbitraje de inversión en el ámbito internacional, como mecanismo de solución de controversias, ha resultado ser eficiente durante muchos años. Sin embargo, en la actualidad el creciente aumento de casos en esta materia, ha contribuido a que el sistema actual de solución de diferencias sea cuestionado. Pues tan solo en el año 2020, se rompió record de casos nuevos en un año. Ante esto, CNUDMI y CIADI han confirmado que este arbitraje se ha convertido en un sistema riesgoso para la soberanía estatal, deficiente y obsceno en cuanto a los montos, que promueve la ilegitimidad, la falta de transparencia en los procedimientos, poca seguridad y confianza en los inversionistas, y contribuye a la falta de uniformidad en las decisiones, por lo que su reforma es necesaria y quizá urgente.

Sexta: La falta de decisiones homogéneas en cuanto a la interpretación de los estándares de trato a la inversión ha sido perjudicial, impidiendo que se cumpla con lo establecido en la Convención de Viena, respecto de la interpretación, la cual ordena que debería ser conforme al sentido corriente que hubiera de atribuirse, teniendo en cuenta su objetivo y fin. Pues, existe una amplia facultad de redactar los tratados de acuerdo a sus necesidades, y a su vez, el tribunal creado bajo el amparo de ser tribunales *ad hoc*, al constituirse como temporales, ha ocasionado que no se cree una jurisprudencia arbitral pues, los árbitros llegan a conclusiones distintas incluso contradictorias; por lo tanto, la aplicación e interpretación de las normas sustantivas de los tratados se vuelve más compleja.

Séptima: El procedimiento de reforma del ISDS se está abordando de manera simultánea en más de una organización internacional. Entre ellas están el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entre otras. Lo anterior se trabaja así, ya que no se están ventilando los mismos temas, aunque ambos foros coinciden en determinados puntos a reformar como: la independencia e imparcialidad de los árbitros, la simplificación de la redacción de las reglas, la duración y costos del procedimiento, y la transparencia y legitimidad del proceso. CNUDMI aborda con mayor profundidad la percepción sobre la institucionalización del arbitraje y la creación de un Órgano de Apelación.

Octava: Las preocupaciones más notorias del mecanismo ISDS atienden a: la falta de simplificación de redacción de las reglas, el método actual del nombramiento de los árbitros, su independencia e imparcialidad en los procedimientos, la duración y costos excesivos de las actuaciones, falta de coherencia e interpretación de los tratados en los laudos, falta de transparencia y legitimidad del proceso.

Novena: Se ha determinado que las debilidades del sistema actual son de carácter sistémico, es decir, que se encuentran relacionadas entre sí, pues al dar solución solo a una, quedan otras sin resolver. Por lo tanto, se necesita que la reforma resuelva todas las inquietudes para que no queden temas sin resolver.

Décima: Aunque a la fecha, la Comunidad Internacional no tenga la certeza del enfoque de la reforma, CNUDMI se ha inclinado por analizar principalmente el fortalecimiento de la institucionalización del arbitraje y la creación de un Órgano de apelación. Sin embargo, persiste el debate por la mejor propuesta de reforma, ya que hay quienes consideran que la aplicación de la Corte Multilateral de Inversiones favorecería a dar solución a muchas de las debilidades actuales. Por ejemplo; la imparcialidad e independencia de los árbitros, la reducción de los procedimientos en tiempo, los altos costos, la transparencia del procedimiento, la coherencia y uniformidad que existiría respecto de la interpretación de la normativa de tratados bilaterales de inversión o de libre comercio y la creación de una jurisprudencia arbitral, entre otras.

Décimo Primera: No obstante, la propuesta de crear un Mecanismo permanente de arbitraje, también ha recibido comentarios en contra, al considerarse por algunos, como no adecuada e imprecisa, ya que no soluciona; la forma de nombrar a los jueces de tiempo completo, la diversidad de los miembros del tribunal, los altos costos que generaría una segunda instancia y los largos tiempos, no existe garantía suficiente de que exista imparcialidad e independencia por parte de los árbitros, esencialmente.

Décimo Segunda: La reforma del sistema ISDS, aún no ha concluido. Se estima que CNUDMI concluirá los debates y análisis en 2025 y CIADI en 2022, por lo tanto, los argumentos que manifiestan en este momento son preliminares, y los Estados irán determinando su aprobación con base en sus necesidades e intereses. No obstante, se puede interpretar que la reforma podría estar encaminada para considerar más de una propuesta, pues existen otras que tienen un enfoque de apoyo secundario como es el

Código de Conducta, la promoción de la conciliación y mediación previo a la solicitud de arbitraje, la promoción de procedimientos acelerados para casos de cuantía menor y casos con menor complejidad entre otras.

Décimo Tercera: En lo personal, la fortaleza institucional de la permanencia del sistema, debe ser considerada como un elemento principal y destacable, para otorgar la solidez y continuidad a los procedimientos. Con base en la necesidad que manifiestan los Estados para establecer un sistema jurídico que continúe garantizando independencia, imparcialidad, coherencia y uniformidad a las inversiones y a los inversionistas a través del arbitraje.

FUENTES CONSULTADAS.

Convenios y Tratados Internacionales.

- Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Dubái, 19 de enero de 2016. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/380564/DOF_-_EAU.pdf (consultado el 10 de septiembre de 2020)
- Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Estado de Kuwait para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones. 28 de abril de 2016. Disponible en: [Kuwait - México BIT \(2013\) | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (Consultado el 11 de enero del 2021)
- Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf (Consultado el 10 de marzo de 2020)
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia de los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, Nueva York 2014, Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf> (Consultado el 22 de abril de 2020)
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de fecha 1958, Artículo 1, párrafos 1 y 2. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington 1998), Disponible en: [SICE: Temas: Solución de controversias: Convención de Washington \(oas.org\)](#) (Consultado el 16 de febrero de 2021)
- Convenio sobre Arreglo de Solución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados.
- Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos

Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, 30 de noviembre de 2018, del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, Ciudad de México, diez de diciembre de dos mil diecinueve; disponible en: [T_MEC_290620.pdf \(dof.gob.mx\)](#) (Consultado el 29 de junio 2020)

- Ley de expropiación (2012), disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/35.pdf> (Consultada el 03 de Noviembre del 2020)
- Tratado Bilateral de Inversión entre Alemania y Pakistán, del 25 de Noviembre de 1959, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download> (consultado el 23 de agosto de 2020)

Instrumentos de Instituciones y Organizaciones Internacionales.

- Banco Mundial, Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [en línea] disponible en: [International Centre for Settlement of Investment Disputes \(worldbank.org\)](#) (Fecha de consulta 9 de junio de 2020).
- CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, Documento de Trabajo #5. Tomo 3, junio 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP%205-Volume%203-SPA-FINAL.pdf> (Consultado el 18 de julio de 2021).
- CIADI, ICSID Reports Volume 6, International Convention on the Settlement of Investment Disputes Reports 2014. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> (Fecha de Consulta el 10 de septiembre de 2020).
- CIADI, Informe Anual del CIADI correspondiente al 2020, Disponible en: [ICSID_AR20_Spanish_CRA_Web.pdf \(worldbank.org\)](#) (Consultado el 4 de marzo de 2020).

- CIADI, Propuesta de Enmienda a las Reglas del CIADI-Sinopsis, agosto 2, 2018. Disponible en: [Synopsis_Spanish.pdf \(worldbank.org\)](#) (Consultado el 25 de octubre de 2020).
- CIADI, Propuesta de Enmiendas a las Reglas CIADI, 2021. Número 5. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP%205-Volume%203-SPA-FINAL.pdf> (Consultado el 22 de julio de 2021).
- CIADI, Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI, Volumen 1, Secretariado del CIADI, agosto 2, 2018. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/volume-1/Synopsis_Spanish.pdf. (Consultado el 16 de marzo de 2020).
- CIADI, Proyecto de Código de Conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones. Segunda Versión. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/draft_code_of_conduct_v2_es.pdf (Consultado el 23 de julio de 2021).
- CIADI, Reglamento del Mecanismo Complementario, disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf (Consultado el 17 de julio de 2020).
- CIADI, Selección y nombramiento de los miembros del Tribunal –Arbitraje en virtud del convenio CIADI. Disponible en: [Selección y nombramiento de los Miembros del Tribunal - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI | CIADI \(worldbank.org\)](#) (Consultado el 22 de julio 2021).
- CIADI, Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules, June 15, 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Backgrounder_WP_5.pdf (Consultado el 18 de julio de 2021).
- CNUDMI, Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2013. Disponible en: [Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#) (Consultado el 10 de febrero de 2021).

- CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf (Fecha de consulta 11 de abril de 2020).
- CNUDMI, Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones. Segunda Versión. 19 de abril de 2021. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/es/draft_code_of_conduct_v2_es.pdf (Consultado el 10 de junio de 2021).
- CNUDMI, Reglamento de arbitraje de la CNUDMI disponible en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (fecha de consulta 19 de febrero de 2021).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento A/CN.9/WG.III/WP.202 de fecha 12 de noviembre de 2020, pág. 12. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/42/PDF/V2006542.pdf?OpenElement> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).
- Government of Canada, Free Trade Commission, Interpretative Note, Disponible en: [North American Free Trade Agreement \(international.gc.ca\)](http://international.gc.ca) (Consultado el 5 de enero del 2021.)
- UNCITRAL, 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) 37º período de sesiones, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.159**, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159> (Consultado el 11 de agosto de 2020).
- UNCITRAL, 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) 34º período de sesiones, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.142**. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.142> (Consultado el 09 de agosto de 2020).

- UNCITRAL, 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) Viena, 20 a 24 de enero de 2020, 28 de enero de 2020, Documento de Trabajo **A/CN.9/1004/Add.1**, párrafo 98. <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004/Add.1>
- UNCITRAL, 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), 29 de noviembre de 2019, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.185**, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.185> (Consultado el 16 de febrero de 2021).
- UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III: Posible Reforma de la solución de controversias entre Inversionistas y Estado (SCIE): uniformidad y asuntos conexos. 36º período de sesiones, 29 de octubre- 2 de noviembre de 2018, Viena. Documento **A/CN.9/WG.III/WP.150**. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.150> (Consultado el 10 de agosto de 2020).
- UNCITRAL, 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): Mecanismo de Apelación; Observaciones Generales. Documento **A/CN.9/1004/Add.1**, 28 de enero de 2020. Disponible <https://undocs.org/es/A/CN.9/1004> (Consultado el 19 de abril de 2021).
- UNCITRAL, 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. Observaciones del Gobierno de Indonesia. 09 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (Consultado el 07 de junio de 2021).
- UNCITRAL, 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. Presentado por el Gobierno de la República Dominicana. 27 de febrero de 2019. Documentos

A/CN.9/WG.III/WP.160. Disponible <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.160> (Consultado el 05 de junio de 2021).

- UNCITRAL, 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 Comunicación del Gobierno de China. **A/CN.9/WG.III/WP.177**, 19 de julio de 2019. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177s.pdf> (Consultado el 07 de julio de 2021).

- UNCITRAL, 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) Comunicación Presentada por el Gobierno de Marruecos, 04 de marzo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.161> (Consultado el 04 de agosto de 2021).

- UNCITRAL, 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 Documento **A/CN.9/WG.III/WP.195**, 11 de febrero de 2020. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.195> (Consultado el 03 de mayo de 2021).

- UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III CNUDMI: **A/CN.9/1050**, página 5, Párrafo 17. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1050> (Consultado el 08 de septiembre de 2021).

- UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III CNUDMI: A/CN.9/1050, página 5, Párrafo 17. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1050> (Consultado el 08 de septiembre de 2021).

- UNCITRAL, 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) 37º período de sesiones, Propuestas de la Unión Europea, 2019. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> (Consultado el 12 de marzo de 2020).

- UNCITRAL, Documento Presentado por la Unión Europea y sus Estados Miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 18 de enero de 2018. Disponible en: [Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones \(europa.eu\)](#) (Consultado el 10 de junio de 2021).

- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 37º período de sesiones. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos. Documento **A/CN.9/WG.III/WP.161**, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.161> (Consultado el 10 de junio de 2020).

- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 37º período de sesiones. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE) comunicación del Gobierno del Ecuador Documento **A/CN.9/WG.III/WP.175**, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.175> (Consultado el 16 de agosto de 2021).

- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 37º período de sesiones. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Comunicación del Gobierno de China, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.177**, 19 de julio de 2019. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177s.pdf> (Consultado el 08 de julio de 2021).

- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III, Solución de controversias comerciales: presentación de un documento de investigación sobre la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado como posible modelo para la introducción de nuevas reformas en

materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados, Documento **A/CN.9/890**. 24 de mayo de 2016, Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.9/890> (Consultado el 16 de diciembre de 2019).

- UNCITRAL, Grupo de Trabajo III: reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados), 36o período de sesiones, del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018, Declaración del Grupo de los 77 y China realizada por Ecuador. Documento **A/CN.9/964**. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/964> (Consultado el 16 de octubre de 2021).

- UNCITRAL, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), 19 de diciembre de 2017, Documento **A/CN.9/930/Rev.1**. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state (Consultado el 02 de abril de 2021).

- UNCITRAL, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2019). Documento de Trabajo **A/CN.9/1050**, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1050> (Consultado el 05 de febrero de 2021).

- UNCTAD, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 36º período de sesiones, agosto de 2018, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): costo y duración, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.153**, párrafo 5. <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.153> (Consultado el 19 de octubre de 2020).

- UNCTAD, Documento del grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. 36º período de sesiones. Garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.151**, 30 de agosto de 2018. Disponible

en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.151> (Consultado el 18 de junio de 2020).

- UNCTAD, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 36º período de sesiones. Posible reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): uniformidad y asuntos conexos, 28 de agosto de 2018, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.150**. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.150> (Consultado el 11 de abril de 2020).

- UNCTAD, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) 37º período de sesiones. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Observaciones del Gobierno de Indonesia, Documento **A/CN.9/WG.III/WP.156**, 09 de noviembre de 2018. Disponible en:

<https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.156> (Consultado el 21 de julio de 2020)

- UNCTAD, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Viena, 27 de noviembre a 1 de diciembre de 2017), Primera parte, 51er período de sesiones, 19 de diciembre de 2017, Documento **A/CN.9/930/Rev.1**. Disponible en: [A/CN.9/930/Rev.1 - S - A/CN.9/930/Rev.1 - Desktop \(undocs.org\)](#) (Consultado el 28 de noviembre de 2020)

- UNCTAD, Informe del Grupo de Trabajo III, (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de abril de 2018). 14 de mayo de 2018, Documento **A/CN.9/935**. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/935> (Consultado el 17 de agosto de 2020)

- UNCTAD, La UNCTAD publica datos sobre más de 1.000 casos de arbitraje entre inversionistas y Estados. Febrero de 2021. Disponible en: [UNCTAD releases data on over 1,000 investor-state arbitration cases | UNCTAD](#)

- UNCTAD, Mapping of IIA Content, Disponible en: [Mapping of IIA Content | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (Consultado el 08 de Abril del 2021).

- UNCTAD, United Nations Conference On Trade and Development. IIA Mapping Project. Disponible en: [Mapping of IIA Content | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (Consultado el 22 de Julio de 2020).

Casos y laudos arbitrales.

- Azurix Corp v. La República Argentina. Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción 8 de diciembre de 2003. Award julio de 2006. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/12>
Fecha de consulta: 25 de agosto de 2020.
- CMS Gas Transmission Company v. República Argentina (causa del CIADI n.º ARB/01/8), Decisión de anulación 27 de septiembre de 2007. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0188.pdf> Fecha de consulta: 11 de mayo de 2021.
- Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España, CIADI, Caso CIADI No. ARb/97/7 laudo Jurisdiccional 25 de enero de 2000. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c163/dc564_sp.pdf Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2021.
- Harry Roberts v. United Mexican States, 1926. Disponible en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/77-81.pdf#:~:text=This%20claim%20is%20presented%20by%20the%20United%20States,inhumane%20treatment%20throughout%20the%20entire%20period%20of%20confine-ment.
- International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006. Disponible en: [International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL | italaw](#) Consultado el 19 de noviembre de 2020).
- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 1926. Disponible en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/138_neer.pdf

- Metalclad Corporation v. United Mexican States”, laudo Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso No. ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C155/DC542_Sp.pdf Fecha de consulta: 16 de octubre de 2020.
- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs Arab Republic of Egypt, Arbitration ARB/99/6, laudo 12 de Abril del 2002. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf> Consultado el 18 de agosto de 2021.
- Mondev International Ltd. V United States of America, CIADI Case No. ARB(AF)/99/2, *Award* de 11 October 2002. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/99/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/99/2) Fecha de consulta: 07 de octubre de 2020.
- Railroad Development Corporation (RDC) v. República de Guatemala, CIADI, Caso No. Arb/07/23, laudo 29 de junio de 2012. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C116/DC2572_E_n.pdf Fecha de consulta: 18 de junio de 2020.
- Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic, UNCITRAL, laudo del 3 de septiembre de 2001. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2021.
- Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic. UNCITRAL. laudo Marzo de 2006, Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> Fecha de consulta: 17 de enero del 2021.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 laudo del 29 de mayo del 2003. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2020.
- Tokyo Tokelés vs. Ukraine, Case No. ARB/02/18. Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril del 2004. Disponible en:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf> Consultado el 18 de julio de 2021.

▪ Waste Management, Inc. c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, laudo de fecha 30 de abril de 2004. Disponible en:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf

Fecha de consulta: 19 de agosto de 2020.

▪ Wena Hotels Limited v Egypt, UNCTAD, Award Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December. Disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/29/wena-hotels-v-egypt>

▪ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, CIADI, Case No. ARB/04/14 laudo Jurisdiccional 08 de noviembre de 2008. Disponible en:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_Sp.pdf Fecha de Consulta: 18 de abril de 2020.

Libros.

▪ Álvarez Ávila Gabriela, (2002). *La característica del arbitraje CIADI*, Anuario de Derecho Internacional, RIJUNAM, Volumen II.

▪ Bishop, Doak R. James R. Craford. W. Michael Reisman. *Foreign Investment Disputes. Case, Materials and Comentary*. Ed. Wolters Kluwer.

▪ Brownlie, Ian, *Principales of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, 1998.

▪ Fernández Rozas, J.C., (2008), *Luces y Sombras del Arbitraje Institucional en los Litigios Transnacionales*, IJUNAM.

▪ G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997.

▪ García Corona I.G., (2013) *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*, IJUNAM. Libro Electrónico. Disponible en:

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12236> (Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020).

- Gómez Palacio, I. (2006). *“Derecho de los Negocios Internacionales”*. Arbitraje Internacional, TLCAN, AMERICA LATINA, CIADI. Ed. Porrúa.
- Gonzales de Cossío, F. (2009). Arbitraje de Inversión (1.a ed.). Porrúa. pt. 120.
- González de Cossío F., (2010). *Distribución de Costos en el arbitraje*, Universidad Iberoamericana. Libro electrónico disponible en: [pr13.pdf \(unam.mx\)](#) (Consultado el 7 de junio de 2020).
- González de Cossío, F. (2010), *Medidas Equivalentes a Expropiación*. IJUNAM. Libro Electrónico disponible en: [EXPROPIACIÓN Y MEDIDAS EQUIVALENTES.pdf](#) (Consultado el 8 de mayo de 2020)
- Henkin Louis, Crawford Pugh Richard, y Smit Hans. *International Law, Cases and Materials*, West Publishing Co., Minn., Third edition, 1993.
- R. Dolzer, *Principales of International Investment Law*. ICDS. (2011).
- Reyes Díaz Carlos H., Cruz Barney, O. (2018) *El T-MEC/USMCA: Solución de controversias, remedios comerciales e inversiones. Serie opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5499/3.pdf> (Fecha de consulta: 18 de octubre de 2020).
- Sánchez Mussi, A. (2008), *International Minimum Standard of Treatment*, Libro digital disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12236com>). (consultado el 17 de mayo de 2020).
- Tempone Rubén Eduardo., (2003). *Protección de Inversiones Extranjeras*. Ciudad Argentina.
- UNCTAD, United Nations Conference On Trade and Development. *Fair and equitable treatment. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II)*. New York/Geneva 2012. Libro electrónico Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf (Fecha de consulta 12 de Agosto de 2020)

Artículos.

- Carrano Tarrillo, I. C. T. (2010, 27 abril). ¿La garantía de protección y seguridades plenas de los tratados bilaterales de inversión debería obligar a un estado a tomar medidas contra las actividades de actores no estatales? IUS ET VERITAS. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12151>

- Comisión, Jeffery. (2016). The Duration and Cost of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations. VANNIN CAPITAL. Disponible en: <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf>
- David Gaukrodger y Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing (2012). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>
- Investment Policy Hub. United Nations UNCTAD. *Mapping of All Content*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>
- Jeffery Comisión, “How long is too long to wait for an award”, Global Arbitration Review (18 de febrero de 2016).
- Kaufmann-Kohler, G. y Potestàdentro, M. (2016). 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? CIDS- GENEVA CENTER FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-49/CIDS_Research_Paper_-_Can_the_Mauritius_Convention_serve_as_a_model.pdf
- López-Ayllón, S., & Posadas Urtusuástegui, A. (2006). México y el derecho internacional de la inversión extranjera, Inversión y derecho internacional de la inversión extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México. Revista Jurídica UNAM, VI. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/155>
- Mc Garry, Brian, Murashko Elena, (march 21, 2021) Viena and Genva: Defining Arbitration in the reform of Economic Institutions. Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/17/vienna-and-geneva->

[defining-arbitration-in-the-reform-of-economic-institutions/g](#) (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- Mc Garry, Brian, Murashko Elena, (march 21, 2021) Viena and Genva: Defining Arbitration in the reform of Economic Institutions. Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: [Vienna and Geneva: Defining Arbitration in the Reform of Economic Institutions - Kluwer Arbitration Blo](#)
[http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/17/vienna-and-geneva-](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/17/vienna-and-geneva-defining-arbitration-in-the-reform-of-economic-institutions/g)

[defining-arbitration-in-the-reform-of-economic-institutions/g](#) (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- Nica Andreea, Uncitral Working Group III: One Step Closer to a Miultilateral Investment Court?. (marzo 24, 2020). Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/24/uncitral-working-group-iii-one-step-closer-to-a-multilateral-investment-court/> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- Nica Andreea, Uncitral Working Group III: One Step Closer to a Miultilateral Investment Court?. (marzo 24, 2020). Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/24/uncitral-working-group-iii-one-step-closer-to-a-multilateral-investment-court/> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- R.P. Paulsson Marike, Revista Kluwer Arbitration Blog, marzo 26, 2020. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Reformas en el ámbito de las Controversias entre Inversores y Estados- Propuestas de la CNUDMI para un Mecanismo de Apelación y su impacto en la duración y el costo. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/26/uncitral-working-group-iii-reforms-in-the-realm-of-investor-state-disputes-uncitrals-proposals-for-an-appellate-mechanism-and-its-impact-on-duration-and-cost/> (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- R.P. Paulsson Marike, Revista Kluwer Arbitration Blog, marzo 26, 2020. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: Reformas en el ámbito de las Controversias entre Inversores y Estados- Propuestas de la CNUDMI para un Mecanismo de Apelación y su impacto en la duración y el costo. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/26/uncitral-working-group-iii-](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/26/uncitral-working-group-iii-reforms-in-the-realm-of-investor-state-disputes-uncitrals-proposals-for-an-appellate-mechanism-and-its-impact-on-duration-and-cost/)

[reforms-in-the-realm-of-investor-state-disputes-uncitrals-proposals-for-an-appellate-mechanism-and-its-impact-on-duration-and-cost/](#) (Consultado el 21 de septiembre de 2021).

- Sornarajah, M. The international law on foreign investment. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Torgal, Lino y Saavedra, Claudia (2019), El proyecto del tribunal multilateral de inversiones: ¿supondrá la ‘judicialización’ del arbitraje?, Garrigues Comunica Newsletter News. Disponible en: [El proyecto del tribunal multilateral de inversiones: ¿supondrá la ‘judicialización’ del arbitraje? | Garrigues](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-proyecto-del-tribunal-multilateral-de-inversiones-¿supondrá-la-judicialización-del-arbitraje?|Garrigues) https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-proyecto-del-tribunal-multilateral-de-inversiones-supondra-la-judicializacion-de-l-gues
- UNCTAD (2009). El papel de los acuerdos Internacionales de Inversión en la atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo, Nueva York y Ginebra, p.21.
- UNCTAD, IIA Issues Note – Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap (junio de 2013). Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf
- Yaritza Pérez Pacheco, Consentimiento Estatal al Arbitraje del CIADI, 2013, Lecciones y Ensayos, Nro. 91, Disponible en: [consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf \(uba.ar\)](#) (Fecha de consulta el 23 de junio de 2021).