

Algunas reflexiones sobre la importancia de un enfoque flexible para la reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado

Ricardo Ampuero Llerena*

Introducción [\[arriba\]](#)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Comisión” o “CNUDMI”) ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión.

En su 48° período de sesiones, llevado a cabo en el año 2015, la Comisión tomó en consideración que el estado actual respecto al arbitraje entre inversionistas y Estados presentaba problemas y que un conjunto de organizaciones había formulado propuestas de reforma. Así, comunicó a la Comisión que la Secretaría se encontraba realizando un estudio para determinar si la Convención de las Naciones Unidas sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado podía ser un modelo favorable para posibles reformas en el ámbito del arbitraje entre inversionistas y Estados, en cooperación con organizaciones que tengan interés^[1].

La Comisión, tras examinar los temas planteados en tres notas de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de solución de controversias: una relativa a los procesos paralelos en los arbitrajes internacionales (A/CN.9/915)^[2]; otra sobre la ética en el arbitraje internacional (A/CN.9/916)^[3] y otra relativa a la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados (A/CN.9/917)^[4], creó el Grupo de Trabajo III, encomendándoles un mandato amplio para que examinara cuestiones relacionadas con la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

A partir de ello, el Grupo de Trabajo III procedería: i) en primer lugar, a determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la solución de controversias entre inversionistas y Estados; ii) en segundo lugar, a evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen expresado; y iii) en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión.

Finalmente, la Comisión acordó que se otorgara al Grupo de Trabajo III un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas^[5].

Es importante resaltar que en las discusiones del Grupo de Trabajo participan no solamente todos los Estados miembros de la Comisión sino también diversas organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y otros invitados que representan diversos sectores de la academia y la práctica legal. Esto no solamente asegura que las discusiones consideran diversos puntos de vista, sino que brinda legitimidad a los

avances del Grupo de Trabajo, que suelen adoptarse por amplias mayorías y siempre considerando los aportes recibidos en el proceso de las discusiones.

Hasta la fecha, el Grupo de Trabajo III ha realizado 16 Periodos de Sesiones, además de las reuniones informales y las actividades entre Periodos de Sesiones. Lo concluido en cada una de estas reuniones, así como otros documentos relevantes se publican en el sitio web de la Comisión y están disponibles para el público.

Uno de los avances más significativos del Grupo de Trabajo III ha sido la adopción por parte de la Comisión del Código de Conducta para Árbitros, siendo este el primer resultado oficial del Grupo de Trabajo III sobre la reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (“SCIE”) desde que comenzó su labor en 2017. Cabe recalcar que, las negociaciones para el Código de Conducta fueron complejas, por lo que el consenso alcanzado refleja un resultado favorable para el Grupo de Trabajo III^[6].

La última reunión celebrada por el Grupo de Trabajo III se desarrolló en Viena, en el 47° período de sesiones, continuando su labor sobre la discusión de una posible reforma del SCIE. En esta última sesión, se debatieron dos temas: (i) el proyecto de disposiciones relativo al establecimiento de un centro de asesoramiento sobre el derecho internacional de las inversiones, y (ii) el proyecto de disposiciones sobre cuestiones transversales y procesales. El Grupo de Trabajo seguirá discutiendo estos y otros temas pendientes en las próximas sesiones, con miras a lograr consenso en otros pasos relevantes en la posible reforma del SCIE.

Propuesta de un enfoque basado en un “abanico” de opciones [\[arriba\]](#)

Dentro del Grupo de Trabajo, los países participantes tienen la oportunidad de presentar observaciones y sugerir alternativas de reforma para su evaluación y debate. Sin embargo, es común que las perspectivas de los distintos actores relevantes no estén siempre en la misma línea. Se trata de un Grupo de Trabajo que tiene una tasa de participación muy alta y que concita mucha atención. Esto se debe, entre otros, al hecho que este asunto ha ganado mayor relevancia a medida que las controversias entre inversionistas y Estados han ido en aumento en los últimos años.

En este escenario, el proceso de alcanzar consensos puede resultar complicado y desafiante debido a una variedad de factores. Un factor clave que contribuye a esta complejidad es que cada país ha tenido una experiencia única y distinta con el SCIE. Estas experiencias individuales han moldeado y definido las perspectivas de cada país sobre el sistema, llevando a una diversidad de puntos de vista y opiniones sobre este. Consecuentemente, las ideas y opiniones acerca de cómo se debería realizar una reforma integral del sistema y qué aspectos específicos deben tener prioridad en esta reforma, son naturalmente diversas y varían de un país a otro.

En el año 2019, los Gobiernos de Chile, Israel, Japón, México y Perú decidieron presentar de forma conjunta observaciones en relación con el proceso de evaluación de la posible reforma del SCIE. Esto fue plasmado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.182. Este *working paper* presentó al Grupo de Trabajo una propuesta de elaboración de un enfoque basado en un “abanico” de opciones para la reforma del sistema de SCIE.

El documento explica que poder brindar flexibilidad permitiría entre otras cosas que los Estados puedan adoptar soluciones en tanto se ajusten a sus intereses y

prioridades, lo que permitiría tener reformas que se encuentren alineadas con los objetivos y desafíos particulares de cada Estado, considerando especialmente a los países en desarrollo. Es importante destacar que el enfoque de opción múltiple que se propuso en este documento ya había sido resaltado por otras delegaciones como un camino adecuado a seguir en documentos anteriores presentados al Grupo de Trabajo.

El documento explica adicionalmente que no todas las preocupaciones en relación con el SCIE que fueron identificados por el Grupo de Trabajo son compartidas por todos los países por igual. Considerando eso, se desarrolla la importancia de ofrecer suficiente flexibilidad como para que los Estados tenga la oportunidad de seleccionar y adoptar la opción de reforma que mejor se acomoda a sus intereses y sensibilidades. Esto sería importante no solamente porque respeta la prerrogativa de los Estados de elegir las soluciones que se estiman adecuadas, sino también porque facilitaría la implementación de estas soluciones a nivel nacional sin que un esquema rígido o un enfoque de “tomar o dejarlo” pueda obstaculizar o impedir la aplicación de la solución.

De esta forma, aunque los enfoques respecto a la solución de controversias inversionista-Estado pueden variar, es posible que sí existan coincidencias respecto a disposiciones procesales que podrían ayudar a resolver al menos una parte de la problemática que ha sido identificada por el Grupo de Trabajo.

Algunas de las disposiciones procesales que se identifican en el documento y que podrían formar parte de este menú de opciones de reforme tienen relación con lo siguiente: disposiciones que dan autoridad a los tribunales para desestimar de forma temprana demandas con una clara ausencia de mérito jurídico, lo que ayuda a evitar un gasto innecesario de tiempo y de recursos; disposiciones que permiten a las partes no contendientes del tratado realizar presentaciones orales o escritas respecto a la interpretación del instrumento correspondiente; disposiciones que limitan las reclamaciones que podrían presentar accionistas o empresas subsidiarias en relación pérdidas reflejas; disposiciones relacionadas con denegación de beneficios que ayudan a prevenir el fenómeno del *treaty shopping*; y disposiciones que obligan al demandante a renunciar iniciar o continuar con reclamos paralelos en otros foros, entre otras disposiciones que se identifican en un anexo.

Finalmente, el documento propone que una vez se identifiquen las posibles opciones de reforma, existen diversas maneras bajo las cuales tales soluciones podrían ser implementadas, considerando el enfoque antes descrito. A manera de ejemplo, se explica que los Estados podrían decidir incorporar las disposiciones identificadas en los nuevos acuerdos de promoción y protección de inversiones que decidan celebrar. Otra opción sería la de incorporar tales disposiciones, todas o las que se considere adecuadas, en los denominados tratados “de primera generación”, que no suelen regular tales asuntos. Respecto a esta última alternativa, se explica que pueden incorporarse tales disposiciones a través de una renegociación individual de cada instrumento o a través de una figura similar a la prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, denominada la Convención de Mauricio. Es decir que a través de un nuevo acuerdo multilateral que abarca estas nuevas disposiciones, se disponga de un mecanismo para que todas o algunas de estas opciones se hagan exigibles incluso respecto a acuerdos celebrados con anterioridad entre dos Estados contratantes del nuevo instrumento.

Evolución de la propuesta en el marco del Grupo de Trabajo III [\[arriba\]](#)

Conforme el Grupo de Trabajo avanzó en el análisis de las opciones de reforma del SCIE, consideró distintas alternativas. Además, el desarrollo de nuevas iniciativas que progresaban en paralelo al trabajo del Grupo condujo a que algunas de las alternativas propuestas evolucionaran y se complementaran con las consideraciones y sugerencias de otros Estados.

De esta manera, la discusión en el marco del Grupo de Trabajo ha tomado algunos elementos de propuestas de diversas delegaciones, incluyendo la presentada por los Gobiernos de Chile, Israel, Japón, México y Perú, y las ha venido trabajando como un “Proyecto de disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales”. Los documentos A/CN.9/WG.III/WP.231 y A/CN.9/WG.III/WP.232, por ejemplo, recogen notas de la Secretaría de la CNUDMI en las que se desarrollan tales disposiciones.

En ellos, la Secretaría explica que estos documentos fueron preparados con miras a que las propuestas de disposiciones sean incluidas en acuerdos internacionales de inversión existentes y futuros, así como dejándose abierta la posibilidad de incorporarse en contratos de inversión que se celebren entre un inversionista extranjero y un Estado receptor de la inversión. Uno de los objetivos es buscar uniformidad en materias procesales y promover la coherencia y consistencia en el desarrollo de procesos de SCIE.

Estas disposiciones, sin embargo, son más comprensivas en los temas que abordan, pues se refieren no solamente a cuestiones procesales que fueron identificadas en documentos anteriores. Abarcan cuestiones relacionadas con las condiciones y limitaciones para la presentación de una demanda, como el proceso de consulta y negociación, uso de mediación, utilización de recursos internos y el derecho a regular de los Estados; cuestiones relacionadas con la sustanciación de las actuaciones tales como la presentación de prueba, acumulación de procesos y medidas provisionales; así como cuestiones relacionadas con las decisiones del Tribunal tales como el cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización así como la asignación de las costas.

Esto ha generado que surjan algunas discrepancias entre las delegaciones del Grupo de Trabajo en relación con el mandato que les ha sido otorgado. Algunos países consideran que el mandato que ha recibido el Grupo de Trabajo tiene que ver únicamente con cuestiones puramente procedimentales y que, por lo tanto, algunas de las disposiciones propuestas en estos nuevos documentos se relacionan con elementos sustantivos y están fuera del mandato o se trata de asuntos que se considera que ya fueron atendidos por otros instrumentos. Otras delegaciones consideran que el mandato otorgado al Grupo de Trabajo es amplio y está referido de manera general con el estado del SCIE, por lo que las disposiciones propuestas se encuentran dentro del campo de acción sobre el que se pueden aprobar reformas.

De la misma manera, dado que muchas de las preocupaciones identificadas por el Grupo de Trabajo son cuestiones a las que se refieren las nuevas Reglas del CIADI aprobadas en 2022, han surgido nuevas consideraciones que deben ponderarse. Estos nuevos retos tienen que ver, entre otros, con la definición de cuál es el instrumento idóneo para la incorporación de algunas de las propuestas.

Algunas de las disposiciones relevantes de las nuevas Reglas del CIADI, por ejemplo, tienen que ver con la implementación de medidas para aumentar la eficiencia de los

procedimientos; la posibilidad de objetar que una reclamación es manifiestamente sin mérito legal; que las partes tendrán derecho a presentar excepciones preliminares sobre la base de que la disputa o cualquier reclamo secundario no está dentro de la jurisdicción del CIADI o dentro de la competencia del tribunal; disposiciones referentes a la bifurcación y la posibilidad de plantear esta figura junto con las excepciones preliminares; disposiciones relacionadas con mayor transparencia de las órdenes, decisiones y laudos del CIADI, ayudando asimismo a las partes en la identificación de información confidencial y especificando que la información personal protegida no puede revelarse públicamente; disposiciones para admitir la presentación de escritos a partes no contendientes y partes no contendientes del Tratado; disposiciones respecto a la notificación de existencia del financiamiento por terceros; y disposiciones relacionadas con garantía por costos.

El debate que se ha generado en el Grupo de Trabajo pone de manifiesto que la incorporación de ciertos aspectos procesales en las Reglas de Arbitraje, en lugar de hacerlo en los Acuerdos de Inversión, podría ofrecer una serie de ventajas. Entre estas ventajas, se podría destacar la aplicación uniforme de estas cláusulas en una variedad de procesos, lo que contribuiría a una mayor coherencia y previsibilidad en los procedimientos de arbitraje. Además, existe la posibilidad de actualizar dichas disposiciones de una manera más simple y eficiente. Esto se debe principalmente al hecho de que cambiar las Reglas de Arbitraje es generalmente un proceso mucho más sencillo y menos burocrático que intentar modificar un Acuerdo Internacional, que a menudo implica negociaciones largas y complejas entre las partes.

Por otro lado, existe la preocupación de que el CIADI, a pesar de administrar la mayoría de los casos, no gestiona todas las posibles controversias del SCIE. Por lo tanto, existiría un conjunto de casos que no se verían alcanzados por estas nuevas disposiciones y las soluciones que brinda. Algunas propuestas para enfrentar esta situación incluyen aprobar un Anexo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o actualizarlas en los mismos temas que se revisaron en las Reglas del CIADI. De esta manera, se aspira a que los Estados tengan acceso a la misma protección, logrando el objetivo de uniformizar y proporcionar mayor seguridad y previsibilidad al SCIE.

Sobre la posibilidad de tener un Tratado Multilateral que facilite el proceso de reforma de SCIE con un enfoque flexible [\[arriba\]](#)

A pesar de la inherente complejidad del proceso de adopción de reformas al SCIE y de la considerable tarea pendiente para el Grupo de Trabajo III, consideramos que existen múltiples razones por las cuales es esencial mantener un enfoque flexible y adaptable respecto a cualquier posible reforma.

En el transcurso de los últimos 20 años, el sistema de solución de controversias inversionista-Estado ha experimentado una evolución notable. Este cambio se ha dado de la mano, en su mayor parte, del incremento sostenido de nuevos casos y el surgimiento de desafíos legales que han puesto a prueba los límites y paradigmas de esta nueva rama del derecho.

Esta evolución es clara al realizar un análisis comparativo entre un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones de primera generación, como puede ser alguno de los acuerdos firmados en la década de los 90, con un tratado moderno, como por ejemplo el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (“CPTPP”). En esa comparación es posible ver una diferencia considerable no

solamente en los temas que se regulan sino también en la especificidad y detalle de tal regulación.

Este progreso en las disposiciones y términos de los acuerdos no es simplemente un resultado del mero paso del tiempo, sino más bien refleja, en nuestra opinión, una respuesta consciente, deliberada y calculada de los Estados frente a las críticas al Sistema de SCIE. Muchas de las cuestiones que han sido identificadas por el Grupo de Trabajo y que se refieren a problemas de legitimidad, coherencia y consistencia del sistema, son cuestiones que se intenta abordar en estos tratados modernos, brindando claridad o tratando de reducir un impacto negativo en su aplicación.

La profundidad y detalle con los que se regulan diversas cuestiones en los tratados modernos responden en buena medida a la experiencia colectiva que los Estados han acumulado a lo largo de los años, enfrentando nuevos tipos de reclamos y de desafíos procesales y sustantivos. Retos que, en ausencia de disposiciones que aborden tales asuntos o de una regulación suficientemente específica en tratados de primera generación, debieron ser resueltos por cada Tribunal Arbitral constituido para adjudicar las controversias, muchas veces aplicando criterios y soluciones que no eran del todo uniformes.

El desarrollo de los Acuerdos de Inversión, sumado a la experiencia colectiva de los Estados enfrentando reclamaciones de inversionistas, han generado entonces que surja de manera natural lo que podríamos denominar un “núcleo duro” de disposiciones que se incluyen en tratados modernos. Es decir, un conjunto de disposiciones y regulaciones que, salvo precisiones naturales al proceso de negociación de este tipo de instrumentos, forman parte de un mínimo de regulación que los países consideran indispensable para celebrar un acuerdo de promoción y protección de inversión extranjera. El reflejo más claro de esta realidad podemos encontrarlo en los “Tratados Modelo” de protección de inversiones que han aprobado países como Marruecos o Países Bajos.

Si esta regulación mínima responde, al menos en alguna medida, a las preocupaciones y sensibilidades que los Estados han tenido en los últimos años respecto al SCIE, entonces incorporar tales disposiciones a través de un nuevo acuerdo multilateral, que permita hacer exigibles tales nuevas disposiciones incluso respecto a acuerdos celebrados con anterioridad, sería un punto de partida a considerar.

La posibilidad de implementar, al menos parcialmente, la reforma del sistema a través de un Tratado Multilateral que incorpore las disposiciones que los Estados consideran indispensables para su correcto y eficiente funcionamiento adicionalmente permitiría reducir al mínimo la supervivencia de acuerdos de inversión que actualmente ningún país firmaría por la ausencia de disposiciones y regulaciones que hoy se consideran necesarios. En esa medida, contribuiría a una uniformidad que el SCIE requiere, incluso para poder definir con mayor certeza si otro tipo de reformas, que podríamos calificar de reformas sistémicas (como propuestas de tener una Corte permanente o un mecanismo de apelación) son necesarias o deseables.

Este enfoque flexible a través de un Acuerdo Multilateral puede ser extremadamente efectivo para actualizar acuerdos de protección de inversiones por varios motivos. El principal es que la modificación individual de este tipo de instrumentos es un proceso que puede ser burocrático, complejo y, por esas mismas razones, es poco frecuente. Y esto es así no necesariamente porque no existan visiones alineadas

entre dos países sobre lo que tales acuerdos deberían regular. Es un proceso inherentemente difícil de impulsar por las características naturales del funcionamiento de los Estados a nivel internacional.

Por otro lado, la posibilidad de tener un Acuerdo Multilateral que regule este “núcleo duro” de disposiciones brinda la alternativa de mantener un enfoque flexible que se adapte a las necesidades y prerrogativas de cada Estado. Aunque la expectativa es que sean disposiciones que la gran mayoría de países incorporaría, una reforma como la que se discute aquí no requiere necesariamente que los países adopten obligatoriamente todas las disposiciones para todos sus acuerdos. Se abre la posibilidad de decidir, en atención a cada caso y lo que se busca proteger en cada acuerdo, qué disposiciones serían de aplicación o no a determinados acuerdos antiguos.

Esto último es importante si partimos por reconocer la naturaleza actual del Sistema de SCIE. La existencia de una red de tratados diversos, que son miles alrededor del mundo, en lugar de un único cuerpo normativo uniforme, refleja entre otras cosas la variedad de formas en que los países se aproximan a este sistema, así como la forma en que ejercen sus prerrogativas durante las negociaciones relacionadas con los compromisos que asumen a nivel de derecho internacional público.

Los funcionarios públicos que han participado en la negociación de estos instrumentos saben mejor que nadie que el uso de una palabra por otra, de una coma o de un punto y coma, entre otras diferencias sutiles por las que se discute intensamente en las negociaciones, no son cuestiones inocuas. Son un reflejo del ejercicio del poder soberano de decidir qué nivel de protección desea otorgarse y qué compromisos decide asumir un país en un determinado instrumento.

Entonces, si el Sistema de SCIE tiene esta característica inherente, en donde es necesario discernir caso por caso qué compromisos asumió un Estado, resulta imperativo que cualquier enfoque de reforma reconozca esta realidad y, para ser verdaderamente efectiva y relevante, debe ser igualmente flexible y adaptable a las particularidades de cada país y situación.

Conclusiones [\[arriba\]](#)

A pesar de la inherente complejidad que conlleva la tarea de reformar el SCIE, creemos firmemente que es esencial mantener un enfoque flexible y adaptable. Esta necesidad de flexibilidad surge de la realidad de que el sistema de resolución de controversias ha experimentado una evolución notable y significativa en las últimas dos décadas, un cambio impulsado principalmente por la aparición de nuevos desafíos legales y una comprensión más profunda de las necesidades del sistema.

En este contexto, creemos que un nuevo Acuerdo Multilateral podría ser una excelente solución inicial, ya que podría ser un método efectivo para actualizar los acuerdos de protección de inversiones existentes. Estos acuerdos, cuya modificación o actualización puede ser burocrática y compleja, podrían beneficiarse enormemente de esta oportunidad de actualización que potencialmente puede superar esas dificultades, o al menos reducirlas grandemente.

Si bien es cierto que es importante considerar cuidadosamente qué instrumento es el más idóneo para cierto tipo de regulaciones y que hay muchas cuestiones que podrían efectivamente ser mejor reguladas en Reglas de Arbitraje, no debemos

perder de vista que aún existen diversas disposiciones que sí corresponde regular en Acuerdos de Inversión. En ese sentido, creemos que brindar a los países una opción realista para adaptar y actualizar en un plazo razonable su red de acuerdos de protección de inversiones para que se encuentren alineados con lo que los tratados modernos establecen, es una oportunidad única y valiosa que el Grupo de Trabajo III no debería dejar pasar.

Notas [\[arriba\]](#)

** Ricardo Ampuero Llerena es árbitro, consultor independiente y profesor en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado por la UPC y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia, Nueva York. Hasta el año 2020, se desempeñó como Presidente de la Comisión Especial que representa a la República del Perú en Controversias Internacionales de Inversión. Se desempeñó también como representante del Estado peruano para el proceso de enmiendas a las Reglas y Reglamento del CIADI, como miembro de la delegación peruana en el Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel en Mecanismos de Solución de Controversias de Inversión en UNASUR y como miembro de la delegación peruana en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre Posible Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado. Correo electrónico: ricardo.ampuero@columbia.edu*

[1] Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/70/17), párr. 268.

[2] A/CN.9/915

[3] A/CN.9/916

[4] A/CN.9/917

[5] Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17), párr. 264.

[6] Investment Treaty News. 2023. Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: La Comisión adopta primer resultado del Grupo de Trabajo. <https://www.iisd.org/itn/es/2023/09/30/uncitral-working-group-iii-the-commission-adopts-the-working-groups-first-outcome/>