

# ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTI/W/134  
7 de agosto de 2002

(02-4350)

---

## Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones

### CELEBRACIÓN DE CONSULTAS Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ENTRE LOS MIEMBROS

#### Nota de la Secretaría

*El presente documento ha sido elaborado bajo la responsabilidad de la Secretaría y sin perjuicio de las posiciones de los Miembros ni de sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC.*

## RESUMEN

La "celebración de consultas y solución de diferencias entre los Miembros" es uno de los siete temas enumerados en el párrafo 22 de la Declaración Ministerial de Doha que deberá aclarar el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones.

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), de la OMC, establece un sistema integrado de solución de diferencias para todas las cuestiones derivadas de la interpretación o aplicación del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos 1 y 2. En él se destaca la importancia de las consultas para lograr la solución de las diferencias y, cuando una diferencia no puede resolverse mediante consultas, otorga a los Miembros el derecho de obtener el establecimiento de un grupo especial; también estipula procedimientos detallados y plazos para las distintas etapas del procedimiento de los grupos especiales. Si se constata que una medida es incompatible con un Acuerdo de la OMC, el grupo especial recomendará que el Miembro respectivo la ponga en conformidad con las normas de la OMC. Un elemento esencial del ESD es la disposición que establece el examen en apelación, en virtud de la cual un Órgano de Apelación permanente puede confirmar, modificar o revocar las constataciones de los grupos especiales. El ESD contiene otras disposiciones sobre la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), así como sobre la compensación y la suspensión de concesiones y obligaciones en caso de incumplimiento. Se requiere la autorización previa del OSD antes de aplicar la suspensión de concesiones y obligaciones a un Miembro que incurre en incumplimiento, pues el ESD no autoriza las medidas unilaterales.

Los acuerdos internacionales en materia de inversiones (AII)<sup>1</sup> -bilaterales, regionales y multilaterales- contienen habitualmente dos tipos de mecanismos de solución de diferencias: i) entre

---

<sup>1</sup> Esta nota se refiere a los acuerdos "modernos" en materia de inversiones, como los tratados bilaterales sobre las inversiones y los acuerdos bilaterales o regionales de integración económica o de libre comercio que contienen un capítulo sobre las inversiones. No se refiere a los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación, que generalmente establecen la solución de las diferencias mediante recurso ante la Corte Internacional de Justicia.

Estados, a los que sólo pueden recurrir los Estados que son partes en el acuerdo; y ii) entre inversores y Estados, en virtud de los cuales un inversor puede someter a arbitraje internacional una reclamación contra el Estado receptor. Aunque la Declaración de Doha sólo se refiere a las consultas y la solución de diferencias *entre Miembros*, como la mayor parte de los AII establecen el arbitraje entre inversores y Estados, se tratarán en esta nota, a fin de que sea completa, los dos tipos de disposiciones sobre solución de diferencias. Con arreglo a ambos mecanismos las partes en litigio están obligadas a tratar de resolver su diferencia amigablemente (mediante consultas o negociaciones en el caso de las diferencias entre Estados) antes de incoar procedimientos formales.

Las disposiciones sobre diferencias entre Estados habitualmente estipulan que la solución se establezca mediante arbitraje especial. Algunos tratados bilaterales y regionales disponen mecanismos institucionales propios. En la práctica, sin embargo, estas disposiciones son relativamente uniformes. Existen pocas diferencias en la forma en que los AII tratan la cuestión de la constitución de los tribunales arbitrales. En lo que respecta a las normas de procedimiento, fuera de la estipulación de que los laudos deben adoptarse por mayoría y ser definitivos y vinculantes, la mayoría de los AII dejan librada a los tribunales la determinación de sus propios procedimientos. Existe menos uniformidad respecto del derecho sustantivo aplicable. Mientras que muchos AII guardan silencio sobre el tema, algunos de ellos contienen una cláusula que estipula cuál es el derecho que ha de aplicarse a la diferencia. En esos casos, generalmente se hace referencia a las disposiciones del AII, complementadas por otras normas de derecho internacional y, algunas veces, por otros acuerdos concertados entre las partes. Por lo general, los AII establecen que los laudos arbitrales son definitivos y vinculantes, pero a menudo guardan silencio sobre la cuestión del cumplimiento. Además, muchas veces los AII contienen disposiciones que rigen la distribución de las costas del arbitraje entre las partes.

Mientras que los anteriores tratados bilaterales en materia de inversiones sólo establecían el arbitraje especial en las diferencias entre Estados, en la actualidad prácticamente todos los AII contienen disposiciones sobre arbitraje entre inversores y Estados, ya sea mediante un régimen institucional u otros sistemas de arbitraje preexistentes. La gran mayoría de los AII remite esos litigios a arbitraje con arreglo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) o su Mecanismo Complementario. Sin embargo, un número considerable de AII establece el arbitraje con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) u otras instituciones de arbitraje privadas. En realidad, la tendencia reciente de los AII apunta a dar una opción entre distintos sistemas arbitrales. Con arreglo a ciertos AII el recurso al arbitraje entre inversores y Estados está sujeto al agotamiento de los recursos internos, aunque la mayoría de los AII modernos no contiene ese requisito. Cuando se establece la utilización de recursos internos, normalmente no es obligatoria, sino una de las varias opciones con que cuentan las partes en litigio. La opción en cuanto a emplear recursos internos o el arbitraje internacional es habitualmente definitiva. Del mismo modo, conforme a algunos AII el recurso al arbitraje entre un inversor y un Estado excluye el recurso a la solución de diferencias entre Estados por el mismo litigio.

Una característica importante del arbitraje entre inversores y Estados es que éste establece indemnizaciones pecuniarias. En cambio, los tribunales arbitrales no están facultados para ordenar a un Estado receptor que deje sin efecto o modifique una medida que constituye infracción. Los laudos arbitrales suelen ser definitivos y vinculantes, pero su validez puede impugnarse por varios fundamentos ante los tribunales nacionales, salvo en el caso de los laudos del CIADI, que no pueden ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso, excepto los establecidos en el Convenio. Para asegurar la ejecución de los laudos arbitrales por los tribunales nacionales, muchos AII se remiten a ciertos tratados internacionales que disponen la ejecución obligatoria de los laudos arbitrales extranjeros, como la Convención de Nueva York de 1958 o el propio Convenio del CIADI. En caso de incumplimiento de un laudo, algunos AII permiten que el Estado de origen del inversor plantee una reclamación mediante el mecanismo de solución de diferencias entre Estados previsto en el tratado.

Con arreglo al Convenio del CIADI, el incumplimiento restablece el derecho del Estado de origen del inversor de conceder protección diplomática o promover una reclamación internacional contra el Estado receptor. El desacato de los laudos arbitrales puede dar lugar a responsabilidad internacional del Estado que no los cumple, en cuyo caso el Estado de origen puede hacer uso de los recursos previstos en el derecho internacional por incumplimiento de obligaciones derivadas de los tratados.

Existen múltiples diferencias fundamentales entre la solución de diferencias con arreglo a los AII y con arreglo al ESD de la OMC. En lo que respecta a la solución de diferencias entre Estados, una diferencia importante se refiere al derecho aplicable: mientras que el sistema de solución de diferencias de la OMC está limitado a las diferencias relativas a derechos y obligaciones derivados de los acuerdos abarcados, el alcance de la solución de diferencias entre Estados con arreglo a los AII parece ser mucho más amplio. Esto se debe a que, además de las disposiciones del tratado, los AII a menudo se remiten a otras normas de derecho internacional (tanto en sus disposiciones específicas sobre la solución de diferencias como en sus artículos sobre el "trato"), así como a otros acuerdos celebrados entre las partes y, algunas veces, a los compromisos contraídos respecto de determinadas inversiones. Otra diferencia importante se refiere a la cuestión del cumplimiento de las decisiones, ya que la mayoría de los AII guarda silencio sobre esa cuestión mientras que el ESD establece su propio sistema de vigilancia del cumplimiento y de recursos.

En lo que respecta al arbitraje entre inversores y Estados, las principales diferencias con el ESD son las que siguen. Con arreglo a los AII, el inversor tiene acceso directo a un tribunal internacional para demandar al Estado receptor, mientras que en la OMC el acceso al mecanismo de solución de diferencias está reservado a los Estados Miembros. Los tribunales arbitrales pueden imponer indemnizaciones pecuniarias, pero no la revocación de la medida que constituye infracción, mientras que los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación deben recomendar que la medida se ponga en conformidad con el régimen de la OMC, pero por regla general se considera que no pueden imponer indemnizaciones. En caso de incumplimiento de un laudo arbitral por un Estado receptor, el Estado de origen del inversor puede hacer uso de los recursos establecidos por el derecho internacional. En cambio, en caso de incumplimiento de la decisión de un grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro de la OMC que ha obtenido decisión favorable puede, previa autorización, hacer uso del recurso temporal de suspensión de concesiones u obligaciones conforme a lo dispuesto en el ESD.

En las deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca del tipo de disposiciones sobre solución de diferencias que podrían aplicarse a un marco multilateral en materia de inversiones, se han planteado las siguientes cuestiones fundamentales:

- Si el sistema de solución de diferencias de la OMC debería o no aplicarse a las diferencias surgidas en el contexto de un marco multilateral en materia de inversiones.
  - En caso afirmativo, si el ESD debería aplicarse en su forma actual o harían falta algunas modificaciones para su aplicación en ese contexto.
  - En qué forma se relacionarían las disposiciones sobre solución de diferencias de un marco de la OMC en materia de inversiones con los procedimientos de solución de diferencias incluidos en los AII, en particular respecto de los litigios entre inversores y Estados.
-

## I. INTRODUCCIÓN

1. El párrafo 22 de la Declaración de Doha dispone que el Grupo de Trabajo aclare el tema "celebración de consultas y solución de diferencias entre los Miembros". En esta nota se resumen concisamente las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se exponen algunas de las características principales del sistema de solución de diferencias de la OMC y de las disposiciones sobre solución de diferencias entre Estados y entre inversores y Estados que figuran en los AII y se destacan algunos de los aspectos que distinguen la solución de diferencias en los AII del sistema de la OMC.

## II. DELIBERACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO<sup>2</sup>

2. La existencia de disposiciones sobre la solución de diferencias, incluida la solución de diferencias entre inversores y Estados, ha sido señalada en el Grupo de Trabajo por algunos Miembros como una característica común de muchos AII, aunque no sea uniforme el modo en que están diseñadas.

3. Al examinar qué tipo de mecanismo de solución de diferencias podría incluirse en un eventual marco de la OMC en materia de inversiones, se han planteado diversas cuestiones en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Una de ellas es si se debería aplicar el actual mecanismo de solución de diferencias de la OMC a las diferencias en materia de inversiones entre las partes en un marco multilateral, o harían falta algunas modificaciones para su aplicación en tal contexto. Otra cuestión planteada por algunos Miembros es la legitimación que deberían tener los inversores, si han de tener alguna, en los procedimientos de solución de diferencias.

4. Uno de los puntos de vista es que, como la función esencial del mecanismo de solución de diferencias consiste en eliminar o modificar las medidas de las que se constata la incompatibilidad con normas acordadas, el sistema de solución de diferencias de la OMC podría aplicarse a las diferencias en materia de inversiones sin necesidad de ajustes importantes. Sin embargo, si se ha de aplicar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC a un futuro marco en materia de inversiones, una cuestión importante es si deben aplicarse las disposiciones sobre compensación y suspensión de concesiones (artículo 22 del ESD) a las diferencias en materia de inversiones. A este respecto se ha señalado la necesidad de tener en cuenta que esas disposiciones ya son aplicables a las diferencias en materia de inversiones con arreglo al AGCS y el Acuerdo sobre las MIC.

5. También se ha sugerido que debería prestarse atención a la relación entre la aplicación del mecanismo de solución de diferencias en el contexto de un marco multilateral en materia de inversiones y la aplicación de las normas sobre solución de diferencias que figuran en los numerosos acuerdos bilaterales y regionales en vigor sobre inversiones. Algunos Miembros han señalado que el empleo de los procedimientos de la OMC no debería excluir la aplicación de las disposiciones de los acuerdos bilaterales o regionales en materia de inversiones si así lo deciden las partes en una diferencia. A este respecto se ha planteado que podría ser preciso elaborar normas específicas para evitar la ineficacia y la duplicación.

6. La posibilidad de utilizar el mecanismo actual de solución de diferencias de la OMC ha sido señalada como una de las ventajas importantes de la adopción de un enfoque multilateral respecto de las normas en materia de inversiones. Según un punto de vista, en comparación con los tratados

---

<sup>2</sup> Se encuentran referencias a este tema en los informes del Grupo de Trabajo que figuran en los documentos WT/WGTI/M/4, párrafos 46 y 48; M/5, párrafos 28, 29, 64 y 65; M/8, párrafos 83, 84, 86 y 88; M/9, párrafos 42 y 44; M/11, párrafos 41, 47 y 49; M/12, párrafo 68; M/15, párrafos 57 y 61; M/17, párrafos 50, 89 y 140. Se encuentran referencias a este tema en comunicaciones escritas de los Miembros que figuran en los documentos WT/WGTI/W/67 y W/68.

bilaterales, en que el procedimiento de solución de diferencias puede estar influido fácilmente por la índole de la diferencia y la relación entre los dos países, la supervisión a través de un sistema multilateral aseguraría la equidad y la transparencia del procedimiento de solución de diferencias. Otro punto de vista es que uno de los inconvenientes de la adopción de normas multilaterales en esta materia sería la posibilidad de favorecer indebidamente a las empresas transnacionales frente a los países receptores, sobre todo a través del sistema de solución de diferencias. En términos más generales, se ha argumentado que la solución de diferencias con arreglo a las normas de la OMC en materia de inversiones sólo favorecería a los países de origen.

7. Con respecto a las disposiciones sobre diferencias entre inversores y Estados, diversas delegaciones han indicado que las eventuales normas de la OMC sobre las inversiones no deberían dar a los inversores el derecho de recurrir a procedimientos internacionales de solución de diferencias. También se ha señalado que, habida cuenta del carácter intergubernamental de la OMC, la cuestión de la solución de diferencias entre inversores y Estados en la OMC exige un examen detenido. Sin embargo, se ha sugerido que podrían existir normas que exigiesen una revisión judicial por tribunales nacionales.

8. Al exponer sus experiencias individuales con los AII, algunos Miembros han señalado la existencia de disposiciones sobre solución de diferencias entre inversores y Estados en esos acuerdos. A este respecto se han mencionado ciertas limitaciones del alcance del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados, como la inaplicabilidad a las diferencias referentes a inversores "potenciales".

9. También se ha planteado la cuestión de la solución de diferencias en relación con otros elementos de un eventual acuerdo de la OMC sobre las inversiones. Por ejemplo, en lo que respecta a la definición de las inversiones, se ha manifestado apoyo a una definición que sea clara respecto de cualquier eventual mecanismo de solución de diferencias. También se ha argumentado que el mecanismo de solución de diferencias tendría una repercusión fundamental en la cuestión del ámbito de aplicación. En relación con la transparencia se ha sugerido que las normas de la OMC a ese respecto, en la esfera de las inversiones, deberían ser obligatorias y estar sujetas a la solución de diferencias. Según otro punto de vista, no está clara la forma en que podrían funcionar los procedimientos de solución de diferencias de la OMC en relación con las obligaciones de transparencia respecto de las medidas en materia de inversiones.

### **III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC**

#### **A. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

10. El sistema de solución de diferencias de la OMC está basado en los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, los artículos XXII y XXIII del AGCS y el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, recogido en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.<sup>3</sup> El ESD establece un sistema integrado de solución de diferencias aplicable a los "acuerdos abarcados", que según su definición incluyen el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos multilaterales y plurilaterales indicados en el Apéndice 1 del ESD, aunque conforme a algunos acuerdos se aplican normas y procedimientos especiales (Apéndice 2). El ESD abarca también las diferencias relativas a los derechos y obligaciones derivados del propio ESD. El Órgano de Solución de Diferencias, formado por representantes de todos los Miembros de la OMC, tiene a su cargo la administración del ESD. Todas las decisiones del OSD tienen que adoptarse por consenso.

---

<sup>3</sup> El texto del ESD está reproducido en Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los textos jurídicos, GATT, Ginebra (1994).

## B. CONSULTAS

11. El ESD hace hincapié en la importancia de las consultas para lograr la solución de las diferencias al imponer a los Miembros la obligación de entablar negociaciones dentro de los 30 días siguientes a una solicitud de consultas formulada por otro Miembro (artículo 4). Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días, la parte reclamante puede pedir que se establezca un grupo especial. El ESD establece otros medios de solución de diferencias en que las partes pueden convenir voluntariamente, como los buenos oficios, la conciliación y la mediación (artículo 5).

## C. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES

12. Cuando no puede resolverse una diferencia mediante consultas, a solicitud del Miembro reclamante se establece un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que se haya formulado la solicitud, a menos que el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial (artículo 6). El ESD establece normas y plazos específicos respecto del mandato (artículo 7) y la composición (artículo 8) de los grupos especiales. Se aplica un mandato uniforme<sup>4</sup>, a menos que las partes convengan en un mandato especial dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial. Los grupos especiales están formados normalmente por tres integrantes propuestos por la Secretaría de una lista de expertos especializados, convenidos por las partes. Si no se llega a un acuerdo sobre la composición del grupo especial dentro del mismo plazo de 20 días, cualquiera de las partes puede pedir que el Director General designe a los integrantes del grupo especial. El ESD establece normas y plazos detallados para las distintas etapas del procedimiento de los grupos especiales (artículo 12 y Apéndice 3).

## D. INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES

13. El grupo especial debe presentar sus conclusiones y recomendaciones mediante un informe escrito al OSD. Si un grupo especial considera justificada la reclamación, su informe recomienda normalmente que el Miembro infractor ponga la medida en conformidad con las normas de la OMC. También puede sugerir la forma en que podrían aplicarse las recomendaciones. Los informes de los grupos especiales deben emitirse normalmente dentro de un plazo de seis meses, o de tres meses en los casos de urgencia y en las diferencias referentes a alegaciones de subvención a las exportaciones, contados a partir del establecimiento del grupo especial. Los informes de los grupos especiales deben adoptarse en general dentro de los 60 días siguientes a su emisión, a menos que el OSD decida por consenso no adoptarlos o una parte en la diferencia notifique al OSD su decisión de apelar.

## E. EXAMEN EN APELACIÓN

14. Un elemento importante del ESD es su disposición sobre la apelación de las decisiones de los grupos especiales (artículo 17). Entiende en las apelaciones un Órgano de Apelación permanente formado por siete miembros (de los cuales actúan tres en cada caso). El examen en apelación tiene únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. El procedimiento de apelación debe completarse dentro de los 60 días y en ningún caso debe exceder de 90 días. El informe consiguiente del Órgano de Apelación, junto con el correspondiente informe del grupo especial confirmado, modificado o

---

<sup>4</sup> El párrafo 1 del artículo 7 del ESD establece el siguiente mandato uniforme (salvo que se acuerde otra cosa): "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."

revocado, será adoptado por el OSD en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros, a menos que decida lo contrario por consenso, y aceptado sin condiciones por las partes.

#### F. APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES ADOPTADAS

15. Una vez adoptado el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro demandado debe notificar al OSD la forma en que se propone aplicar las recomendaciones adoptadas. Si no es factible cumplir inmediatamente las recomendaciones, el Miembro afectado dispone de un plazo prudencial para hacerlo. Ese plazo puede ser fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia o, a falta de acuerdo, mediante arbitraje; y normalmente no debe exceder de 15 meses (párrafo 3 del artículo 21).

16. A la expiración del plazo prudencial, en caso de desacuerdo de las partes acerca de si la medida adoptada por el Miembro afectado para aplicar las recomendaciones del OSD es compatible con las normas de la OMC, la cuestión debe volver a someterse al mecanismo de solución de diferencias de la OMC (párrafo 5 del artículo 21) mediante un procedimiento acelerado a cargo del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto. Esta vigilancia multilateral impide que los Miembros recurran a alguna forma de determinación unilateral del cumplimiento de las normas de la OMC (artículos 21, 22 y 23).

#### G. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

17. En caso de incumplimiento, el Miembro vencedor puede tratar de obtener una compensación o la autorización para suspender concesiones y obligaciones (artículo 22) hasta la plena aplicación de las recomendaciones del OSD. En primer lugar, las partes pueden entablar negociaciones para convenir en una compensación mutuamente aceptable. La compensación es voluntaria y normalmente ha de tomar la forma de otras concesiones comerciales. Si dentro del plazo estipulado para la aplicación de las recomendaciones no se llega a un acuerdo de compensación, el Miembro vencedor puede pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro incumplidor de concesiones u otras obligaciones. Esa autorización debe otorgarse dentro de los 30 días siguientes a la solicitud correspondiente, siempre que se hayan respetado las prescripciones anteriores del ESD. Las discrepancias sobre el nivel de la suspensión propuesta pueden someterse a arbitraje. El principio general es que deben suspenderse concesiones relativas al mismo sector al que se refirió el asunto sometido al grupo especial. Si esto resulta impracticable o ineficaz, pueden suspenderse concesiones relativas a otros sectores del mismo acuerdo. Por último, si esto es impracticable o ineficaz, o las circunstancias son suficientemente graves, la suspensión puede efectuarse en relación con otro acuerdo abarcado. La compensación y la suspensión de concesiones y obligaciones se consideran "medidas temporales" que no deben preferirse a la plena aplicación de las recomendaciones. Durante el procedimiento de arbitraje está rigurosamente prohibido recurrir a contramedidas. En efecto, una disposición fundamental impone a los Miembros la obligación de recurrir a las normas y procedimientos del ESD y de no proceder unilateralmente a formular determinaciones de infracción o suspender concesiones (artículo 23).

#### H. PAÍSES EN DESARROLLO

18. El ESD incluye diversas disposiciones sobre trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo y menos adelantados. En términos generales, esas disposiciones establecen que debe prestarse atención a los intereses específicos de los países en desarrollo Miembros en las diversas etapas del procedimiento de solución de diferencias (las consultas o la aplicación de las recomendaciones), a la repercusión de las medidas objeto de la reclamación en la economía de los países en desarrollo y a la necesidad de otorgar plazos más amplios y de prestar asistencia técnica a los países en desarrollo que participan en una diferencia. Además, debe prestarse particular consideración a la situación especial de los países menos adelantados Miembros.

## I. OTRAS DISPOSICIONES

19. El ESD contiene normas especiales para la solución de aquellas diferencias que no entrañan una violación de los acuerdos abarcados si un Miembro considera que ellas comportan sin embargo una anulación o menoscabo de ventajas (artículo 26). También establece el arbitraje como solución sustitutiva para la solución de diferencias, con sujeción al acuerdo de las partes, que también deben convenir en acatar el laudo arbitral (artículo 25).

20. De conformidad con la Declaración Ministerial de Doha (WT/MIN(01)/DEC/W/1), se están desarrollando actualmente negociaciones para mejorar y aclarar diversas disposiciones del ESD. Se prevé que las negociaciones concluyan no más tarde de mayo de 2003 con vistas a poner en vigor los resultados lo antes posible (Declaración de Doha, párrafo 30).

21. Cabe mencionar aquí otras dos características del ESD por su pertinencia en la comparación entre la solución de diferencias en la OMC y en los AII. Una de ellas es que el ESD no exige que se agoten los recursos internos antes de iniciar el procedimiento de solución de diferencias. La otra consiste en que puede recurrirse al procedimiento de solución de diferencias de la OMC en forma gratuita, aunque cada parte debe cubrir sus propios gastos.

## IV. DISPOSICIONES DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIONES EN MATERIA DE CONSULTAS Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS<sup>5</sup>

22. Prácticamente todos los AII -bilaterales, regionales o multilaterales- contienen disposiciones sobre la solución de diferencias. El propósito básico de esas disposiciones es asegurar el efectivo cumplimiento y aplicación de las disposiciones de fondo de los AII, para contribuir a la estabilidad de las relaciones internacionales en materia de inversiones. Existen dos tipos principales de disposiciones sobre solución de diferencias en los AII: las que regulan las diferencias entre los Estados que son partes contratantes (solución de diferencias entre Estados) y las que rigen las diferencias entre un Estado parte y un inversor de otro Estado parte (solución de diferencias entre inversores y Estados).<sup>6</sup> La mayoría de los AII modernos contienen ambos tipos de disposiciones, aunque en artículos separados, puesto que tienen distintos objetivos y funciones. Debe señalarse que, en el contexto de los acuerdos bilaterales o regionales de libre comercio o integración económica que contienen un capítulo sobre las inversiones, las diferencias entre Estados sobre cuestiones referentes a las inversiones suelen estar comprendidas en las disposiciones sobre solución de diferencias entre Estados, mientras que las diferencias entre los inversores privados y los Estados receptores están tratadas en las disposiciones sobre arbitraje entre inversores y Estados, que figuran habitualmente en el capítulo sobre las inversiones.

### A. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ENTRE ESTADOS

23. En la mayoría de los AII, en particular en casi todos los de carácter bilateral, se prevé la solución de las diferencias entre Estados mediante arbitraje especial (es decir, un arbitraje no institucional) conforme a un conjunto de normas concebidas especialmente para ese fin y establecidas en el acuerdo. Esas disposiciones son relativamente uniformes en la práctica en materia de tratados.

---

<sup>5</sup> Esta sección se apoya en parte en UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra (1998), y R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Boston y Londres, Martinus Nijhoff Publishers (1995).

<sup>6</sup> También pueden surgir diferencias en materia de inversiones entre inversores privados. Esas diferencias suelen resolverse a través del recurso a los tribunales nacionales del Estado que tiene jurisdicción conforme a las normas de derecho internacional privado o mediante arbitraje comercial internacional (este tipo de diferencias no se analizará en la presente nota).



En el caso de los capítulos sobre las inversiones que figuran en acuerdos bilaterales o regionales de integración económica, la práctica habitual es establecer mecanismos institucionales de solución de las diferencias entre Estados.

## 1. Ámbito de aplicación

24. Las disposiciones de los AII sobre la solución de diferencias entre Estados contienen habitualmente una cláusula que estipula que se aplican a las diferencias entre las partes contratantes sobre la interpretación o la aplicación del acuerdo.<sup>7</sup> También puede desarrollarse una diferencia entre Estados a partir de situaciones concretas relativas a inversiones o a inversores abarcados por un AII que se han visto afectados por una medida adoptada por el país receptor. En cuanto se trate de una medida incompatible con las disposiciones del AII, puede dar lugar a una diferencia entre Estados, caso en el cual no son aplicables las disposiciones sobre solución de diferencias entre inversores y Estados.

25. Debe señalarse que en algunos AII el sometimiento de un asunto al mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados excluye que se someta a la disposición sobre solución de diferencias entre Estados, con ciertas excepciones. Una de ellas es que el tribunal arbitral establezca que carece de jurisdicción respecto de la diferencia; otra es que el Estado receptor no acate el laudo.

26. También debe señalarse que las cláusulas sobre solución de diferencias entre Estados que figuran en los AII habitualmente no requieren en forma explícita que se agoten los recursos internos como condición para recurrir al arbitraje.<sup>8</sup>

## 2. Consultas y negociaciones

27. Como primera etapa del procedimiento de solución de diferencias entre Estados, la mayoría de los AII exige que las partes procuren resolver el asunto amigablemente mediante consultas, negociaciones u otras vías diplomáticas. El propósito es dar a las partes en litigio la oportunidad de llegar a un acuerdo antes de entablar procedimientos arbitrales. Las cláusulas correspondientes pueden estipular que debe transcurrir determinado plazo entre la fecha en que surge una diferencia y la fecha en que puede ser sometida a arbitraje. Por lo general, el plazo establecido es de seis meses<sup>9</sup>, pero puede abreviarse a tres meses o extenderse a un año. En algunos casos los AII no especifican la duración del plazo, sino que se limitan a estipular que las negociaciones diplomáticas deben cumplirse

---

<sup>7</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los acuerdos tipo sobre inversiones de Alemania, Chile, China, los Estados Unidos (revisado en 1998), Francia, Mauricio, el Perú, el Reino Unido, Sudáfrica y Swazilandia. El texto de estos acuerdos está reproducido en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 143 a 206; volumen VI, páginas 493 a 511; volumen VIII, páginas 273 a 280; y volumen IX, páginas 295 a 302.

<sup>8</sup> Una interpretación de la Corte Internacional de Justicia que sentó jurisprudencia acerca del agotamiento de los recursos internos se encuentra en el caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, de 1989, entre los Estados Unidos e Italia. Se trataba de si era preciso agotar los recursos internos en el contexto de un tratado bilateral que establecía el arbitraje entre Estados pero no hacía mención alguna de la necesidad de agotar los recursos internos. La Corte declaró que el agotamiento de los recursos era un principio tan importante de derecho internacional que se aplicaría aun cuando el tratado no se refiriese a él expresamente. *ELSI (Elettronica Sicula S.p.A.) Case (US v. Italy)*, ICJ Rep. 1989, 15.

<sup>9</sup> Véanse, por ejemplo, los acuerdos tipo sobre inversiones de Chile, China, Francia, Mauricio, el Perú, Sudáfrica, Suiza y Turquía, *ibid.*, volumen III, páginas 148, 154, 163 y 181; volumen VI, página 498; volumen III, páginas 277 y 284; y volumen IX, página 300.

dentro de "un plazo prudencial".<sup>10</sup> Otros AII omiten toda referencia a un plazo, aunque alientan a la negociación entre las partes en litigio como primera medida.<sup>11</sup> Cuando las negociaciones fracasan, la mayoría de los AII establece el sometimiento de la diferencia a un arbitraje por terceros a solicitud de cualquiera de las partes contratantes.

### 3. Arbitraje

#### a) Composición de los tribunales

28. Como se ha señalado, las diferencias entre Estados habitualmente se someten al arbitraje de tribunales especiales, es decir, de tribunales específicamente constituidos para entender en la diferencia respectiva. La mayoría de los AII establecen un procedimiento uniforme para la constitución de los tribunales arbitrales. Cada parte escoge a un árbitro y el tercero, que preside el tribunal, es designado por acuerdo de las partes o por los dos árbitros designados. A falta de acuerdo, la responsabilidad de designar al presidente del tribunal arbitral suele conferirse a una autoridad designada, como el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el Secretario General de las Naciones Unidas o el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Habitualmente se exige que el presidente del tribunal arbitral no sea ciudadano de ninguna de las partes en litigio. La mayoría de los AII establecen plazos para la constitución de los tribunales arbitrales. Suele establecerse un plazo de dos meses para la elección de los árbitros designados por las partes y otros dos meses para la elección del presidente del tribunal.<sup>12</sup> Sin embargo, algunos AII establecen plazos más amplios para cualesquiera de esos fines, los cuales pueden oscilar entre tres y seis meses.

#### b) Procedimiento arbitral

29. La mayoría de los AII no establecen normas detalladas para el desarrollo de los procedimientos de arbitraje entre Estados. En esos casos, salvo en cuanto enuncian la regla fundamental de que las decisiones deben adoptarse por voto mayoritario y la de que éstas son vinculantes, la mayor parte de los AII disponen que el tribunal determinará su propio procedimiento.<sup>13</sup> Sin embargo, algunos AII estipulan que debe adoptarse un conjunto especial de normas. Por ejemplo, el tratado bilateral tipo sobre inversiones de los Estados Unidos de 1994 (revisado en 1998) exige que, de no haber acordado otra cosa las partes en litigio, se aplique el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), salvo en cuanto esas normas sean modificadas por las partes, o por los árbitros sin que ninguna de las partes objete la modificación.<sup>14</sup> En algunos AII, la facultad del tribunal de determinar su propio

---

<sup>10</sup> Es ésta la formulación empleada en el acuerdo tipo sobre inversiones de los Países Bajos (revisado en 1997), *ibid.*, volumen V, páginas 333 a 338 (337).

<sup>11</sup> Véanse los acuerdos tipo sobre inversiones de los Estados Unidos y el Reino Unido, *ibid.*, volumen III, página 191; y volumen VI, página 508.

<sup>12</sup> Véanse, por ejemplo, los acuerdos tipo sobre inversiones de Mauricio, el Reino Unido, Sudáfrica, Suiza y Turquía, *ibid.*, volumen III, páginas 181, 182 y 191; volumen VIII, páginas 277 y 285; y volumen IX, página 300.

<sup>13</sup> Se sigue este método en los tratados bilaterales tipo sobre inversiones de Alemania, Chile, China, Francia, Mauricio, el Reino Unido, Sudáfrica y Suiza; véase *ibid.*, volumen III, páginas 148, 154, 164, 172, 182 y 191; volumen VIII, página 277; y volumen IX, página 300.

<sup>14</sup> Véase el acuerdo tipo sobre inversiones de los Estados Unidos, *ibid.*, volumen VI, página 508.

procedimiento está supeditada al acuerdo de las partes en litigio.<sup>15</sup> En unos pocos casos, los AII estipulan un plazo para completar los procedimientos arbitrales.<sup>16</sup>

c) Derecho sustantivo aplicable

30. Muchos AII no estipulan cuál es el derecho que debe aplicar el tribunal arbitral a los aspectos de fondo de las diferencias entre Estados, es decir, el derecho sustantivo aplicable. En cambio, algunos AII contienen una cláusula que establece que el tribunal debe aplicar las disposiciones del acuerdo y las normas o principios de derecho internacional.<sup>17</sup> En ciertos casos se hace referencia también a otros acuerdos concertados entre las partes contratantes.<sup>18</sup> En la práctica de los Estados Unidos en materia de tratados, las diferencias entre Estados sobre inversiones sometidas a arbitraje deben resolverse "de conformidad con las normas aplicables de derecho internacional".<sup>19</sup> Son pocos los AII que adoptan un método diferente respecto de la ley aplicable. Por ejemplo, puede establecerse que se debe tener en cuenta el derecho del país receptor o incluso que la diferencia debe resolverse *ex aequo et bono* (es decir, conforme a principios extralegales de justicia y equidad) si las partes convienen en ello.<sup>20</sup> El hecho de que muchos AII no contengan disposiciones sobre la ley aplicable al arbitraje de diferencias entre Estados puede explicarse en parte por la premisa generalmente reconocida de que los acuerdos internacionales están regidos por el derecho internacional. De cualquier modo, como la mayoría de los AII exige que se dé a los inversores un trato que esté en conformidad con el acordado por el derecho internacional, esos acuerdos exigen implícitamente que los tribunales apliquen el derecho internacional a las diferencias entre Estados referentes al trato otorgado a las inversiones.<sup>21</sup> De este modo, el ámbito de aplicación del arbitraje entre Estados con arreglo a los AII parece ampliarse considerablemente, no sólo como consecuencia de las referencias a las normas de derecho internacional que figuran en las disposiciones específicas sobre la solución de diferencias sino también de las referencias a las normas de derecho internacional que figuran en las cláusulas sobre el "trato".

---

<sup>15</sup> Así ocurre en los tratados bilaterales sobre inversiones entre Chile y Dinamarca y entre Ghana y Suiza, citados en UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), página 101.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el tratado bilateral tipo sobre inversiones de los Estados Unidos exige que se presenten todas las comunicaciones y se completen las audiencias dentro de los seis meses siguientes a la fecha de elección del tercer árbitro, y que el laudo arbitral se dicte dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última comunicación o de la clausura de las audiencias si ésta fuera posterior. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen VI, página 508.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, el tratado bilateral tipo sobre inversiones de Sudáfrica, *ibid.*, volumen VIII, página 277. El tratado bilateral tipo sobre inversiones de China exige que los principios de derecho internacional sean reconocidos por ambas partes contratantes, *ibid.*, volumen III, página 155.

<sup>18</sup> Así ocurre en el tratado bilateral sobre inversiones entre Noruega y Lituania de 1992, citado en Dolzer y Stevens (1995), página 128.

<sup>19</sup> Presenta un ejemplo el párrafo 1) del artículo VIII del tratado bilateral sobre inversiones entre los Estados Unidos y la Argentina, citado *ibid.*, página 129.

<sup>20</sup> Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 12 del acuerdo tipo sobre inversiones de los Países Bajos autoriza la solución de las controversias *ex aequo et bono* si las partes convienen en ello. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen V, página 337.

<sup>21</sup> UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), página 102.

d) Naturaleza y efectos del laudo arbitral

31. La mayoría de los AII establece que el laudo del tribunal arbitral debe adoptarse por voto mayoritario y que es definitivo y vinculante para las partes en litigio.<sup>22</sup> Debe señalarse, sin embargo, que la mayoría de los AII guarda silencio acerca de la naturaleza de las medidas que debe tomar el Estado infractor para cumplir el laudo arbitral. Del mismo modo, es corriente que no se refieran a la posibilidad de que el Estado vencedor aplique contramedidas en caso de incumplimiento. Algunos AII, sin embargo, tratan de esta cuestión. Por ejemplo, el capítulo 20 del TLCAN establece la compensación o suspensión de beneficios equivalentes en caso de incumplimiento del informe de un "panel".<sup>23</sup>

e) Costas del arbitraje

32. Los AII suelen contener disposiciones sobre la distribución de las costas del arbitraje entre las partes en litigio. El método habitual consiste en establecer que cada parte contratante sufragará las costas del árbitro que designe y de su propia actuación en los procedimientos arbitrales. Las costas correspondientes al presidente del tribunal arbitral y a los demás gastos del tribunal deben dividirse por igual entre las partes contratantes.<sup>24</sup> Otro criterio es que cada parte contratante sufrague su propia actuación, y que todas las costas del tribunal, incluidas las correspondientes a los árbitros, se dividen por igual entre las partes contratantes.<sup>25</sup> Esta última fórmula presumiblemente garantizaría del mejor modo la neutralidad de los procedimientos, ya que no habría relación financiera directa entre cada parte contratante y el árbitro al que designa. A pesar de los mecanismos citados, la mayoría de los AII deja librada a la discrecionalidad del tribunal la distribución de las costas entre las partes en litigio según cualquier otra fórmula, o la decisión de que una de las partes pague una proporción mayor de ellas.<sup>26</sup>

B. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS

33. Antes de que la inclusión en los AII de disposiciones sobre la solución de diferencias entre inversores y Estados se convirtiera en una práctica ampliamente aceptada, el inversor extranjero que considerara que se habían infringido sus derechos con arreglo a un acuerdo en materia de inversiones disponía de dos recursos: i) presentar una demanda ante los tribunales nacionales del Estado receptor; o ii) pedir la protección diplomática de su Estado de origen. Sin embargo, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, el país de origen generalmente no puede otorgar protección diplomática a menos que el inversor haya agotado previamente los recursos internos disponibles en el

---

<sup>22</sup> Véase el proyecto revisado de acuerdo tipo para la promoción y protección de las inversiones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, así como los acuerdos tipo sobre inversiones de Alemania, Chile, China, los Estados Unidos, Francia, Mauricio, el Reino Unido y Suiza. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 122, 148, 155, 164, 172, 182 y 191; volumen VI, página 508; y volumen IX, página 300.

<sup>23</sup> Véanse los artículos 2018 y 2019 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El texto íntegro del tratado figura reproducido en 32 *ILM* 605 (1993).

<sup>24</sup> Véanse, por ejemplo, los acuerdos tipo sobre inversiones de Chile, China y Mauricio: UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 148 y 155; y volumen IX, página 301.

<sup>25</sup> Se encuentra un ejemplo de este criterio en los acuerdos tipo sobre inversiones de los Estados Unidos y el Perú, *ibid.*, volumen VI, páginas 498 y 508.

<sup>26</sup> Véanse los acuerdos tipo sobre inversiones de Alemania, los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido, *ibid.*, volumen III, páginas 164, 172 y 191; y volumen VI, párrafo 508.

Estado receptor.<sup>27</sup> En consecuencia, por lo menos en una primera etapa, los tribunales nacionales eran el único ámbito en que el inversor podía procurar reparación.

34. Pero los inversores extranjeros pueden no confiar plenamente en la imparcialidad de los tribunales del Estado receptor o en la diligencia con que actúan. Además, los tribunales nacionales pueden declinar jurisdicción respecto del litigio fundándose en la inmunidad soberana.<sup>28</sup> En esos casos, o cuando no recibía reparación adecuada de los tribunales nacionales, el inversor podía invocar la protección diplomática de su propio Estado, es decir, podía pedir que su país de origen respaldara su reclamación contra el Estado receptor.<sup>29</sup> Este camino, sin embargo, también presentaba ciertos inconvenientes desde el punto de vista del inversor. En primer lugar, ningún Estado de origen tiene la obligación de respaldar una reclamación de un nacional agraviado. Puede optar por no hacerlo, por ejemplo, cuando el respaldo a la reclamación puede perjudicar sus relaciones internacionales con el Estado receptor. En segundo lugar, si decide respaldar la reclamación, el Estado de origen puede transigir por un valor insuficiente, u optar sencillamente por no entregar al nacional la indemnización a él destinada.

35. Para resolver estos problemas, en la actualidad prácticamente todos los AII modernos contienen disposiciones que dan a los inversores extranjeros acceso directo a tribunales internacionales para la solución de sus diferencias con el Estado receptor, ya sea por remisión al arbitraje institucional o a otras normas de arbitraje preexistentes. La gran mayoría de los AII disponen que las diferencias se sometan al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, pero un número considerable de ellos establece el arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional u otras instituciones privadas de arbitraje. Además, muchos AII recientes otorgan a los inversores la libertad de elección entre distintos regímenes de arbitraje.

## 1. Ámbito de aplicación

36. En la mayoría de los AII, el ámbito de aplicación de la disposición sobre la solución de las diferencias entre inversores y Estados está definido en términos bastante amplios, que sólo exigen que la diferencia se relacione con una inversión, independientemente de que se alegue o no la violación de una determinada disposición del acuerdo. Son fórmulas empleadas habitualmente las que estipulan que esa disposición se aplica a los litigios "relacionados con", "referentes a", o "relativos a" una inversión. Se ha seguido este método en varios tratados bilaterales europeos sobre las inversiones.<sup>30</sup>

37. Algunos AII definen el ámbito de aplicación del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados en términos más limitados, estipulando que la diferencia se refiera a una

---

<sup>27</sup> Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7ª edición), Routledge, Londres y Nueva York (1997), páginas xxii a 449 (267 y 268).

<sup>28</sup> Según la doctrina de derecho internacional de la inmunidad soberana, los tribunales de un Estado, por principio, no pueden asumir jurisdicción respecto a los actos de otro Estado. Malanczuk (1997), páginas 118 a 121.

<sup>29</sup> Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, un Estado puede ejercer su derecho de "protección diplomática" para hacer valer una reclamación contra otro Estado que ha causado perjuicios a uno de los nacionales del primero a fin de que éste obtenga indemnización u otra forma de reparación. Malanczuk (1997), páginas 256 y 257.

<sup>30</sup> Véanse, por ejemplo, los acuerdos tipo sobre inversiones de Alemania, Francia, los Países Bajos y Suiza. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 163, 172, y 181; y volumen V, página 336.

disposición del acuerdo. Por ejemplo, un AII puede establecer que el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados se aplica a las diferencias relacionadas con las disposiciones del acuerdo (por ejemplo, el Protocolo de Colonia del MERCOSUR)<sup>31</sup>, o con una obligación del Estado receptor derivada del acuerdo (tratado bilateral tipo sobre inversiones del Reino Unido).<sup>32</sup> Hay pocos casos en que el ámbito de aplicación se limita a las diferencias que se relacionan únicamente con ciertas disposiciones del AII. Por ejemplo, el tratado bilateral tipo sobre inversiones de China limita el recurso al arbitraje entre inversores y Estados a las diferencias referentes a la cuantía de la indemnización que debe pagarse en caso de expropiación.<sup>33</sup>

38. Otra tercera formulación diferente es la que se encuentra en los tratados bilaterales sobre inversiones de los Estados Unidos. En esos tratados, el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados se aplica a las diferencias referentes a una autorización o acuerdo de inversión, o a la alegación de violación de una obligación derivada del tratado.<sup>34</sup> Aunque esta formulación requiere que la diferencia se vincule con alguna clase de obligación jurídica, no se refiere únicamente a las obligaciones correspondientes al tratado, sino también a las obligaciones derivadas de cualquier acuerdo sobre inversiones concertado entre el inversor y el Estado receptor. Otra formulación exige que el inversor, o su inversión, haya tenido pérdidas o sufrido daños derivados de la supuesta infracción para que sea posible someter una demanda a arbitraje. Se encuentran ejemplos de este criterio en los capítulos sobre inversiones de varios acuerdos regionales o bilaterales de libre comercio.<sup>35</sup>

39. Debe señalarse que el ámbito de aplicación del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados establecido en un AII está determinado en gran medida por las definiciones de conceptos básicos del acuerdo, como "inversión" e "inversor". La definición de "inversión" habrá de circunscribir necesariamente las materias que será posible someter a arbitraje conforme a ese mecanismo. No menos importantes son las disposiciones que definen quiénes pueden considerarse "inversores", y en consecuencia demandantes potenciales.<sup>36</sup> Desde luego, las inversiones y los

---

<sup>31</sup> El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR fue concertado por la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, *ibid.*, volumen II, páginas 513 a 521 (518).

<sup>32</sup> *Ibid.*, volumen III, página 190.

<sup>33</sup> *Ibid.*, volumen III, página 155.

<sup>34</sup> La disposición correspondiente del tratado tipo sobre inversiones de los Estados Unidos dice así: "A los efectos del presente Tratado, se entiende por diferencia sobre inversiones una diferencia entre una de las Partes y un nacional o empresa de la otra Parte, cuando la diferencia se derive de una autorización de inversión, un acuerdo de inversión o la presunta infracción de cualquier derecho otorgado, creado o reconocido por este tratado respecto de una inversión comprendida en él, o la diferencia se relacione con tal autorización, acuerdo o infracción." *Ibid.*, volumen VI, página 506.

<sup>35</sup> Entre los ejemplos figuran los capítulos sobre las inversiones del TLCAN, el Acuerdo de Libre Comercio entre México y Costa Rica, el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia, Venezuela y México ("Tratado G-3") y el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile. El capítulo 11 del TLCAN está reproducido en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 73 a 79. Los pasajes pertinentes de los demás acuerdos pueden encontrarse en *ibid.*, volumen V, páginas 43 a 105.

<sup>36</sup> Muchos AII contienen una disposición que trata de la situación jurídica de las empresas que pertenecen a inversores de una de las partes o están controladas por ellos pero se han constituido con arreglo a las leyes del Estado receptor, con el fin de asegurar que tales empresas tengan legitimación con arreglo al mecanismo de arbitraje entre inversores y Estados. Véase también *infra*, párrafo 51.

inversores no comprendidos en tales definiciones quedarán fuera del ámbito de aplicación del respectivo mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados.

40. Algunos AII establecen exclusiones o excepciones a la aplicación de las normas sobre solución de diferencias entre inversores y Estados. Además de las excepciones habituales por motivos de seguridad nacional, pueden establecerse en el texto del acuerdo o en sus anexos exclusiones específicas respecto del mecanismo de solución de diferencias para determinados sectores o medidas. En algunos casos también están excluidas del mecanismo de solución de diferencias las decisiones de las autoridades competentes del Estado receptor acerca de si se autoriza o no la obtención de ciertas inversiones con sujeción a procedimientos de examen.<sup>37</sup> En otros casos las disposiciones sobre solución de diferencias no son aplicables a inversores o inversiones potenciales, es decir, se aplican sólo a las inversiones efectivamente realizadas.<sup>38</sup>

## **2. Consultas y negociaciones**

41. Tal como ocurre con las diferencias entre Estados, prácticamente todos los AII exigen que el inversor y el Estado receptor procuren resolver la diferencia amigablemente mediante consultas o negociaciones antes de recurrir al arbitraje internacional o cualquier otro medio de solución de diferencias previsto en el acuerdo. Un número importante de AII establece que sólo podrá someterse a arbitraje una diferencia después de transcurrido determinado plazo desde el surgimiento de la diferencia. En la mayoría de los casos, el plazo especificado es de seis meses, pero su duración puede variar. Por ejemplo, en el Tratado sobre la Carta de la Energía se establece un plazo de sólo tres meses.<sup>39</sup>

## **3. Agotamiento de los recursos internos**

42. En ciertos casos, sólo puede recurrirse al arbitraje entre inversores y Estados después de agotar los recursos internos. Por ejemplo, algunos de los primeros tratados bilaterales sobre inversiones sólo permitían recurrir al arbitraje después de que el inversor hubiera agotado cualquier recurso de que dispusiera ante los tribunales civiles o administrativos del Estado receptor. Algunos de esos tratados prescribían que el inversor procurase obtener reparación ante los tribunales nacionales durante un plazo determinado, que podía oscilar entre tres meses y dos años.<sup>40</sup> Si los resultados alcanzados mediante sentencia judicial no eran satisfactorios para el inversor o los procedimientos nacionales no concluían dentro del plazo prescrito, el inversor quedaba facultado para someter su reclamación a arbitraje con arreglo al mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados.

---

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 1138 y el anexo 1138.2 del TLCAN y el artículo G-39 y el anexo G-39.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile.

<sup>38</sup> Por ejemplo, con arreglo al proyecto revisado de acuerdo tipo para la promoción y protección de las inversiones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, el arbitraje entre inversores y Estados sólo cabe respecto de las "inversiones realizadas". Los inversores potenciales también están excluidos del procedimiento de solución de diferencias entre inversores y Estados establecido en el Acuerdo de Libre Comercio entre México y Costa Rica (WT/WGTI/W/68).

<sup>39</sup> Las partes pertinentes del Tratado sobre la Carta de la Energía están reproducidas en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen II, páginas 539 a 577 (568).

<sup>40</sup> Por ejemplo, en tratados bilaterales sobre inversiones firmados anteriormente por la Argentina con Alemania y el Reino Unido se disponía un plazo de 18 meses durante el cual el inversor debía procurar reparación ante los tribunales nacionales. Véase Horacio A. Grigera Naón, *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties - An Overview from the Perspective of the ICC*, 1 *The Journal of World Investment*, julio de 2000, páginas 59 a 103 (65).

43. En la actualidad, muchos AII omiten toda referencia al agotamiento de los recursos internos, ya que la renuncia a ese requisito está implícita en el consentimiento anticipado de los Estados partes al sometimiento de las diferencias con inversores extranjeros al arbitraje internacional.<sup>41</sup> Cuando los AII prevén el recurso ante los tribunales competentes del Estado receptor, ese recurso generalmente no es obligatorio, sino que sólo representa una de las varias opciones con que cuenta el inversor para la solución de la diferencia.<sup>42</sup> Hay contados casos en que el recurso ante los tribunales nacionales es la única opción con que se cuenta, salvo por lo que se refiere a las diferencias sobre la cuantía de la indemnización por pagar en caso de expropiación, que pueden someterse a un arbitraje internacional especial siempre que no se haya interpuesto recurso ante ningún tribunal nacional.<sup>43</sup>

44. Normalmente, la opción del inversor de valerse de los recursos internos o someter el asunto a arbitraje internacional es definitiva, es decir, impide recurrir posteriormente a la opción que no se escogió. Por ejemplo, con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de Colonia del MERCOSUR, el empleo de otros recursos excluye el derecho de someter una reclamación a arbitraje.<sup>44</sup> Conforme al Convenio del CIADI, el consentimiento al arbitraje se considera consentimiento a la exclusión de todo otro recurso, salvo que se haga constar otra cosa.<sup>45</sup> En algunos casos las opciones disponibles no se excluyen recíprocamente por completo. Por ejemplo, conforme al capítulo 11 del TLCAN, aunque para recurrir al arbitraje el inversor tiene que renunciar a su derecho de promover o proseguir procedimientos judiciales nacionales, el arbitraje no le impide pedir reparación judicial, mediante sentencia declarativa u otros medios que no supongan el pago de indemnización, ante un tribunal civil o administrativo nacional. Además, el haberse valido antes de recursos internos no lo priva de la posibilidad de recurrir al arbitraje previsto en el TLCAN, siempre que desista de aquellos procedimientos.

#### 4. Las cláusulas del CIADI sobre arbitraje

45. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) entró en vigor en 1966 con el patrocinio del Banco Mundial.<sup>46</sup> El Convenio proporciona medios para la conciliación y el arbitraje en las diferencias sobre

---

<sup>41</sup> Este criterio se aplica en los prototipos modernos de tratados bilaterales sobre inversiones de varios países desarrollados, como Alemania, Francia, los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia y Suiza. También se encuentra en acuerdos regionales de libre comercio como el TLCAN, el Tratado G-3 y el Acuerdo sobre Inversiones y Comercio de Servicios entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua: UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 163, 172, 181 y 190; volumen V, páginas 69 y 336; y volumen IX, páginas 46 y 113.

<sup>42</sup> Véanse los acuerdos tipo sobre inversiones de Chile y el Perú, *ibid.*, volumen III, página 147; y volumen VI, página 497. Véanse también el Protocolo de Colonia del MERCOSUR y el Tratado sobre la Carta de la Energía, *ibid.*, volumen II, páginas 518, 568 y 569.

<sup>43</sup> Véanse los acuerdos tipo sobre inversiones de China y Mauricio, *ibid.*, volumen III, página 155; y volumen IX, página 299.

<sup>44</sup> *Ibid.*, volumen II, páginas 518, 568 y 569.

<sup>45</sup> Artículo 26 del Convenio de la CIADI; véase la nota 46.

<sup>46</sup> El texto del Convenio del CIADI y sus reglamentos se reproduce en *ICSID Basic Documents, ICSID/15* (1985). Para un análisis a fondo del Convenio del CIADI, véase Aaron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", en Aaron Broches, *Selected Essays, World Bank, ICSID and other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (1995), páginas 188 a 239. Véase también I.F.I. Shihata y A. Parra, "The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 14 *ICSID Review FILJ* 299 (1999).



inversiones entre los inversores extranjeros y los Estados receptores. Además, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio, ofrece a las partes en litigio diversos servicios administrativos para la realización de las actuaciones.

46. Al ofrecer un mecanismo de arbitraje independiente, mediante el cual el inversor puede demandar a un Estado receptor ante un tribunal internacional sin la intervención de su Estado de origen, el Convenio del CIADI sentó las bases para que en los futuros AII se pudiera incluir una cláusula de remisión al arbitraje del CIADI.<sup>47</sup> En la actualidad la inmensa mayoría de los AII contienen esa cláusula, mientras que muchos Estados se han adherido al Convenio del CIADI.<sup>48</sup>

47. La jurisdicción del CIADI, definida en el párrafo 1 del artículo 25 del Convenio, se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al arbitraje del CIADI. El consentimiento escrito de ambas partes en litigio es una condición fundamental de la jurisdicción del CIADI. No es indispensable que conste en un único instrumento: el Estado receptor puede incluir su consentimiento anticipado en un AII o en su legislación nacional, y el inversor puede dar su consentimiento simplemente al incoar los procedimientos arbitrales.

48. En muchos AII modernos se establece con claridad el consentimiento anticipado de los Estados partes para someterse al arbitraje conforme al Convenio del CIADI (o a cualquier régimen arbitral). Ofrece un ejemplo de este método el tratado bilateral tipo sobre inversiones de los Países Bajos, que en la disposición pertinente dice así:

*"Cada Parte Contratante otorga su consentimiento para someter cualquier diferencia de naturaleza jurídica que surja entre esa Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante acerca de una inversión de ese nacional en el territorio de la Parte Contratante al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para la solución de la diferencia mediante conciliación o arbitraje con arreglo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 [...]"*<sup>49</sup>

49. En algunos AII el consentimiento del Estado receptor se otorga tácitamente dejando librado al inversor el sometimiento de las diferencias al arbitraje del CIADI si no puede alcanzarse una solución amigable en un plazo determinado.<sup>50</sup> Pero no toda cláusula incluida en un AII que remita al CIADI constituye necesariamente un consentimiento anticipado de los Estados partes a someterse a arbitraje. Por ejemplo, algunos AII establecen que el recurso al arbitraje queda sujeto a la "conformidad" de las partes en litigio, lo que significa que el Estado receptor puede otorgar o no su consentimiento. En otros AII se estipula que el Estado receptor "dará su consentimiento" para el arbitraje conforme al CIADI, o que "dará su asentimiento" a toda solicitud del inversor en ese sentido, de lo que se

---

<sup>47</sup> El primer tratado bilateral sobre inversiones en que se incorporó una cláusula que remite al CIADI fue el tratado bilateral sobre inversiones firmado por los Países Bajos e Indonesia en 1968. Dolzer y Stevens (1995), página 130.

<sup>48</sup> En junio de 2002 había 134 países que eran Estados Contratantes del Convenio del CIADI.

<sup>49</sup> UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen V, página 336. Véase también la solución escogida en la disposición sobre diferencias entre inversores y Estados del tratado bilateral tipo sobre inversiones del Reino Unido, *ibid.*, volumen III, página 189.

<sup>50</sup> Véanse los acuerdos tipo sobre inversiones de Alemania y Chile, *ibid.*, volumen III, páginas 147 y 172.

desprende que será preciso obtener el consentimiento del Estado receptor respecto de cada diferencia. Aunque ninguna de estas fórmulas entraña un derecho automático del inversor a someter una diferencia a arbitraje, la falta de consentimiento del Estado receptor presumiblemente constituiría un incumplimiento del AII, que a su vez tendría que resolverse con sujeción a las disposiciones del acuerdo sobre la solución de diferencias entre Estados.

50. Ciertos AII prevén el consentimiento de someterse al arbitraje del CIADI aunque una o más de las partes contratantes no sean signatarias del Convenio del CIADI. En tales casos, ese consentimiento sólo surtirá efecto hasta el momento en que tanto el Estado receptor como el Estado de origen del inversor pasen a ser partes en el Convenio.<sup>51</sup> Para resolver estas situaciones, el CIADI adoptó en 1978 un conjunto de normas sustitutivas denominado "Mecanismo Complementario", que prevé el arbitraje y la conciliación en diferencias sobre inversiones en que el país receptor o el país de origen del inversor no es un Estado Contratante del CIADI (uno u otro, pero no ambos).<sup>52</sup> Aprovechando esta posibilidad, en los AII recientes suele combinarse el consentimiento al arbitraje conforme al Mecanismo Complementario con el otorgado conforme al Convenio del CIADI antes de la posible adhesión de los Estados en cuestión al Convenio. Muchos tratados bilaterales y regionales sobre inversiones han seguido este método.

51. Otro aspecto importante de la jurisdicción del CIADI se refiere a la nacionalidad del inversor, en particular cuando éste es una persona jurídica. La premisa básica del Convenio es que la nacionalidad de una sociedad debe quedar determinada por el lugar de su constitución o la ubicación de su sede social.<sup>53</sup> En consecuencia, una sociedad constituida con arreglo a las leyes del Estado receptor se considerará técnicamente nacional de ese Estado aunque pertenezca a personas físicas de otro Estado Contratante, situación que le impediría por ende someter una reclamación a arbitraje, pues la jurisdicción del CIADI no se extiende a las diferencias entre Estado receptor y nacionales del mismo. El párrafo 2 b) del artículo 25 del Convenio atiende a este problema estableciendo que las partes pueden convenir en atribuir el carácter de "nacional de otro Estado Contratante" a una sociedad que tenga la nacionalidad del Estado receptor si, antes de la diferencia, esa sociedad era propiedad de nacionales de ese otro Estado o se encontraba bajo su control.<sup>54</sup> Muchos AII, en especial los de carácter bilateral, contienen una cláusula similar destinada a garantizar que las sociedades de propiedad extranjera constituidas en el país queden comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 b) del artículo 25 del Convenio del CIADI.<sup>55</sup>

52. Una disposición fundamental del Convenio del CIADI es que, una vez que se ha sometido una diferencia al arbitraje conforme al CIADI, el Estado de origen del inversor no puede conceder protección diplomática ni plantear una reclamación internacional acerca de esa diferencia a menos que

---

<sup>51</sup> Se empleó este método en el capítulo 11 del TLCAN, en que la opción de recurrir al arbitraje conforme al Convenio del CIADI no podrá utilizarse hasta que el Canadá o México, o ambos, se adhieran al CIADI.

<sup>52</sup> El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI se encuentra en *CIADI Basic Documents, ICSID/11* (1979).

<sup>53</sup> A. Broches (1995), página 206.

<sup>54</sup> El control extranjero o la propiedad extranjera deberán definirse con anterioridad al hecho que dé origen a la diferencia, de modo que si ésta se deriva de un acto de expropiación ello no impedirá que la sociedad expropiada someta su reclamación a arbitraje.

<sup>55</sup> Este postulado figura, por ejemplo, en los acuerdos tipo sobre inversiones de Chile, los Estados Unidos, el Reino Unido (variante prioritaria) y Suiza. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 147, 181 y 189; y volumen VI, página 508.

el Estado receptor no acate el laudo dictado conforme al Convenio (párrafo 1 del artículo 27). Se ha sugerido, sin embargo, que esta disposición no excluye el arbitraje entre Estados sobre problemas de interpretación o aplicación de tratados que se relacionan con la diferencia entre un inversor y un Estado, siempre que ello no equivalga a que el Estado de origen del inversor haga suya la reclamación de éste.<sup>56</sup>

## 5. Elección de otros reglamentos de arbitraje

53. Mientras que en el pasado los AII se referían casi exclusivamente al arbitraje conforme al CIADI, actualmente muchos tratados sobre inversiones ofrecen la posibilidad de elección entre varios mecanismos arbitrales. Además de las referencias al Convenio del CIADI y su Mecanismo Complementario, también se hace referencia a otros reglamentos o instituciones de arbitraje. El reglamento mencionado más frecuentemente es el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.<sup>57</sup> En materia de instituciones, las referencias más corrientes aluden a la Cámara de Comercio Internacional y a la Cámara de Comercio de Estocolmo.<sup>58</sup> En algunos casos también se hace referencia a instituciones de arbitraje regionales.<sup>59</sup> La posibilidad de elección entre distintos regímenes arbitrales puede resultar particularmente útil en situaciones en que las prescripciones sobre la jurisdicción del CIADI impiden la aplicación de ese sistema.

54. Diversos AII establecen para las diferencias entre inversores y Estados exclusivamente el arbitraje especial.<sup>60</sup> En esos casos se estipulan las normas que se aplicarán para la designación de los árbitros, y a menudo se incluye una disposición que encomienda al Secretario General del CIADI la responsabilidad de designar a los árbitros cuando las partes en litigio no pueden ponerse de acuerdo sobre la composición del tribunal una vez transcurrido determinado plazo.

55. Habitualmente, los AII que establecen varias formas de arbitraje disponen también que se precisa el consentimiento de las partes respecto de cada una de esas formas al autorizar expresamente al inversor a escoger el mecanismo al que ha de quedar sujeta la diferencia. En algunos AII se emplea una fórmula diferente, y se dispone que las partes en litigio podrán convenir en el mecanismo de arbitraje que haya de utilizarse, con la salvedad de que, si no se llega a un acuerdo, la diferencia se someterá a una de las formas de arbitraje mencionadas en el acuerdo. Aunque el AII omita mencionar la forma en que se ha de escoger el régimen de arbitraje, en la práctica el inversor conservará la

---

<sup>56</sup> Peter Malanczuk, *State-State and investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement*, *Journal of International Economic Law* (2000), páginas 417 a 439 (436).

<sup>57</sup> El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se encuentra reimpreso en UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen I, páginas 71 a 87. Véase también *15 I.L.M.* 701, 1976.

<sup>58</sup> Se encuentra un ejemplo de este criterio en la segunda variante de la disposición sobre diferencias entre inversores y Estados del tratado bilateral tipo del Reino Unido, en que se dispone que las partes pueden convenir en someter la diferencia: a) al CIADI o su Mecanismo Complementario; b) a la CCI; o c) a un tribunal arbitral especial conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Véase *ibid.*, volumen III, página 190.

<sup>59</sup> Por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y la Protección de las Inversiones de la ASEAN hace referencia al Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur o cualquier otro centro regional de arbitraje de la ASEAN, además del arbitraje del CIADI y la CNUDMI, *ibid.*, volumen II, páginas 297 y 298.

<sup>60</sup> Por ejemplo, el acuerdo tipo sobre inversiones de China sólo prevé el arbitraje especial, y exclusivamente respecto de las diferencias sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse, *ibid.*, volumen III, página 155.

facultad de decidir tal cuestión por la vía de la denegación selectiva de su consentimiento. Esto se debe a que, para incoar un procedimiento arbitral entre un inversor y un Estado, se requiere el consentimiento de ambas partes en litigio.<sup>61</sup>

## 6. Derecho sustantivo aplicable

56. Los tribunales arbitrales normalmente ponen en práctica lo resuelto por las partes mismas en cuanto al derecho sustantivo que debe aplicarse a su diferencia, toda vez que esa elección sea clara. Por ejemplo, el contrato de inversión celebrado entre el inversor y el Estado receptor puede contener una cláusula que determine la legislación aplicable. Cuando ésta no se ha especificado, queda librada a los tribunales la tarea de decidir determinar si se ha de aplicar la legislación nacional o el derecho internacional, o incluso si se ha de aplicar una u otro a determinadas cuestiones de la diferencia.

57. Los AII contienen a menudo entre las disposiciones relativas a la solución de diferencias entre inversores y Estados una cláusula sobre la legislación aplicable. Algunos de ellos indican que se aplicarán las disposiciones del acuerdo, las leyes del Estado receptor, las disposiciones del contrato de inversión y los principios de derecho internacional. Por ejemplo, en el tratado bilateral tipo sobre inversiones de China se establece que el tribunal resolverá conforme al derecho del Estado receptor, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes, las disposiciones del tratado bilateral sobre inversiones y los principios generalmente reconocidos de derecho internacional aceptados por ambos Estados Partes.<sup>62</sup> En otros casos se da preferencia a las disposiciones del AII y los principios de derecho internacional, mientras que el derecho del Estado receptor sólo debe aplicarse con carácter supletorio.<sup>63</sup> Otros AII se refieren exclusivamente a las disposiciones del tratado y las normas aplicables de derecho internacional, omitiendo toda referencia a la legislación del Estado parte. Se sigue este criterio, por ejemplo, en el capítulo 11 del TLCAN y en el Tratado sobre la Carta de la Energía.<sup>64</sup>

58. Cuando una diferencia se somete al CIADI, el artículo 42 del Convenio dispone que, a falta de acuerdo de las partes acerca de la ley aplicable, el tribunal resolverá la diferencia aplicando la legislación del Estado receptor y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables. Esta disposición otorga prioridad a la libertad de las partes en la elección de la legislación aplicable, a la vez que orienta al tribunal sobre la forma en que debe escogerla cuando no hay acuerdo entre las partes.

59. Los reglamentos de arbitraje de la CNUDMI y la CCI también reconocen la autonomía de las partes en la elección de la legislación aplicable. El Reglamento de la CNUDMI, por ejemplo, establece que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado y, cuando no la hayan indicado, la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. En consonancia con la práctica del arbitraje comercial, el Reglamento de la CNUDMI subraya la eficacia decisiva del acuerdo de inversión entre las partes al disponer que, en todos los casos, el tribunal

---

<sup>61</sup> UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), página 96.

<sup>62</sup> UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium (1996-2002)*, volumen III, páginas 155 y 156.

<sup>63</sup> Véanse, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre México y Costa Rica y el Acuerdo sobre Inversiones y Comercio de Servicios entre Países Centroamericanos, *ibid.*, volumen V, página 58; y volumen IX, página 53.

<sup>64</sup> Artículo 1131(1) del TLCAN. Véase también el párrafo 6 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía, *ibid.*, volumen II, página 570.

arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.<sup>65</sup>

## 7. Naturaleza y efectos del laudo arbitral

60. Una característica importante del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados es que establece la indemnización por daños y perjuicios. En consecuencia, si se declara que un Estado receptor ha incurrido en incumplimiento de una obligación, el tribunal puede imponer el pago al inversor de una indemnización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios, incluidos los intereses aplicables. También puede disponer la restitución en especie, en cuyo caso normalmente se podrá pagar una indemnización pecuniaria sustitutiva de la restitución.<sup>66</sup> En cambio, los tribunales arbitrales no están facultados para ordenar que el Estado receptor revoque o modifique una medida o una política considerada incompatible. El fundamento de esta limitación es la necesidad de evitar una situación que obligue al Estado receptor a modificar su legislación o a adoptar medidas contrarias a las sentencias de sus tribunales para no incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del laudo.

61. En conformidad con la regla general en materia de arbitraje internacional, los laudos dictados a través del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados son vinculantes y definitivos. Sin embargo, si el laudo arbitral internacional no se ajusta a los requisitos fundamentales del debido proceso y la equidad, su validez puede ser impugnada ante los tribunales del lugar de arbitraje y los tribunales del Estado en que se promueve la ejecución del laudo pueden negarle por ende su reconocimiento.

62. El Convenio del CIADI se diferencia de otros regímenes de arbitraje en cuanto no permite que las partes impugnen un laudo dictado por un tribunal del CIADI ante los tribunales nacionales. En vez de ello, el Convenio establece otros varios recursos propios: cualquiera de las partes puede pedir la aclaración, la revisión o la anulación de un laudo arbitral.<sup>67</sup> Las solicitudes de anulación pueden basarse en diversos fundamentos; en particular, en que el tribunal se ha extralimitado manifiestamente de sus facultades, ha quebrantado gravemente una norma de procedimiento, o no ha expresado en el laudo los motivos en que se funda. En estas solicitudes entiende una Comisión *ad hoc* designada por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

## 8. Ejecución y reconocimiento del laudo arbitral

63. Como el derecho internacional consuetudinario no obliga a los Estados a ejecutar laudos arbitrales extranjeros, muchos AII contienen disposiciones destinadas a asegurar que los tribunales nacionales ejecuten los laudos dictados con arreglo a las disposiciones sobre arbitraje entre un inversor y el Estado. Ello se realiza habitualmente a través de la referencia a ciertos tratados internacionales que establecen la ejecución obligatoria de los laudos arbitrales. El tratado más importante de esta clase es la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958<sup>68</sup>, concertada con el patrocinio de las Naciones Unidas, a la que se han adherido numerosos países. Un ejemplo regional es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. No obstante, incluso con arreglo a estos tratados un Estado puede

---

<sup>65</sup> Artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, *ibid.*, volumen I, página 84.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 1135(1) del TLCAN.

<sup>67</sup> Véanse los artículos 50 a 52 del Convenio del CIADI.

<sup>68</sup> El texto de la Convención de Nueva York de 1958 puede consultarse en el sitio Web de la CNUDMI: [www.uncitral.org/sp-index.htm](http://www.uncitral.org/sp-index.htm).

todavía negarse a ejecutar un laudo extranjero basándose en diversos fundamentos, en especial el de que el objeto de la diferencia no es susceptible de solución arbitral conforme al derecho interno de ese Estado, o el de que el laudo es contrario a su política general pública.<sup>69</sup>

64. Otra limitación a la ejecución viene dada por el hecho de que, con arreglo a la Convención de Nueva York, los Estados Partes están facultados para no ejecutar los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado que no sea parte en la Convención. En consecuencia, para asegurarse de que esto no impida la ejecución de los laudos dictados con arreglo a las disposiciones sobre solución de diferencias entre inversores y Estados, diversos AII exigen que los laudos se dicten en el territorio de un país que sea parte en la Convención de Nueva York.

65. Los problemas citados no se plantean en el contexto del Convenio del CIADI, que impone a todos los Estados Contratantes (y no sólo a los interesados en la diferencia) la obligación de reconocer los laudos arbitrales dictados por los tribunales del CIADI y a ejecutarlos como si fueran sentencias definitivas de un tribunal nacional (párrafo 1 del artículo 54). También en este aspecto el arbitraje del CIADI se diferencia de otros regímenes arbitrales, como los de la CNUDMI y la CCI, que se apoyan en los tratados mencionados para lograr la ejecución efectiva de los laudos arbitrales. Debe señalarse, sin embargo, que con arreglo al Convenio del CIADI, así como a la Convención de Nueva York, todavía puede denegarse la ejecución contra el Estado demandado sobre la base del principio de la "inmunidad soberana respecto de la ejecución" o de la doctrina de los actos de gobierno, ambos preservados en estos instrumentos.<sup>70</sup>

66. El Estado parte en un AII que no sea signatario de ningún tratado como la Convención de Nueva York o el Convenio del CIADI no está jurídicamente obligado a ejecutar los laudos arbitrales extranjeros. Por esta razón, algunos AII estipulan que cada Estado parte ejecutará o dispondrá la ejecución en su territorio de los laudos dictados con arreglo a las disposiciones del AII sobre la solución de diferencias entre inversores y Estados. Un ejemplo de esta formulación se encuentra en el tratado bilateral sobre inversiones de 1992 entre la Federación de Rusia y los Estados Unidos.<sup>71</sup>

67. En caso de incumplimiento de un laudo arbitral por un Estado receptor, algunos AII disponen que el Estado de origen del inversor puede promover los procedimientos de solución de diferencias entre Estados que se prevén en el acuerdo.<sup>72</sup> Con arreglo al TLCAN, por ejemplo, si un Estado que participa en una diferencia no cumple el laudo definitivo, el Estado de origen del inversor puede pedir que la Comisión de Libre Comercio del TLCAN establezca un "panel" con arreglo a los procedimientos interestatales del tratado. En esos procedimientos, el Estado solicitante puede pedir que se declare que el incumplimiento del laudo es contrario a las obligaciones derivadas del TLCAN

---

<sup>69</sup> Véase, por ejemplo, el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

<sup>70</sup> En términos simples, con arreglo al derecho internacional la inmunidad soberana respecto de la ejecución se refiere a la exención de que goza un Estado extranjero de la obligación de aplicar medidas de ejecución contra el patrimonio de ese Estado como consecuencia de una sentencia de un tribunal nacional o un laudo arbitral. La doctrina de los actos de gobierno, estrechamente vinculada con el principio de inmunidad soberana, establece que los actos de un Estado cumplidos en su propio territorio no pueden impugnarse ante los tribunales de otros Estados. En consecuencia, si un tribunal nacional considera que el laudo cuya ejecución se pretende es contrario a los principios mencionados, puede negarse a ejecutarlo. Malanczuk (1997), páginas 118 a 123.

<sup>71</sup> Citado en UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), página 98.

<sup>72</sup> Véanse, por ejemplo, el TLCAN, el Acuerdo de Libre Comercio entre México y Costa Rica y el Tratado G-3.

y se recomienda que el Estado infractor cumpla el laudo.<sup>73</sup> El incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad internacional del Estado infractor con arreglo al derecho internacional público. Conforme al Convenio del CIADI, el incumplimiento de un laudo arbitral restablece el derecho del Estado de origen de conceder protección diplomática al inversor.<sup>74</sup> El Estado de origen también puede, conforme a las disposiciones del Convenio del CIADI, demandar al Estado infractor ante la Corte Internacional de Justicia. Además, el Estado de origen del inversor puede hacer uso de todos los demás recursos que le ofrezca el derecho internacional público en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales.<sup>75</sup>

## **9. Costas del arbitraje**

68. Del mismo modo que en el caso del arbitraje entre Estados, los AII contienen normalmente ciertas disposiciones sobre la forma en que se han de determinar las costas del procedimiento arbitral. No existe, sin embargo, ninguna práctica uniforme a este respecto; y entre las soluciones posibles figuran la distribución de las costas por igual entre las partes, su pago por el perdedor, o bien la determinación por decisión discrecional del tribunal.

## **V. PRINCIPALES DISIMILITUDES ENTRE LAS DISPOSICIONES SOBRE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS CONTENIDAS EN LOS AII Y EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC**

69. Hay varias importantes disimilitudes entre los mecanismos de solución de diferencias previstos en los AII y el sistema de solución de diferencias de la OMC.

70. Con respecto a la solución de diferencias entre Estados, como se señaló antes, los AII normalmente disponen el arbitraje especial, es decir, un mecanismo que no establece automáticamente normas de procedimiento determinadas y en que habitualmente queda librada a los tribunales la determinación de su propio procedimiento. En cambio, la OMC establece un sistema institucional de solución de diferencias a cargo de grupos especiales que actúan en cada caso y un Órgano de Apelación cuasi permanente, y una reglamentación procesal detallada para las diferentes etapas del procedimiento. Cabe recordar, sin embargo, que algunos AII, sobre todo a nivel regional, establecen mecanismos institucionales para la solución de las diferencias entre Estados.

71. Una disimilitud significativa entre la solución de diferencias entre Estados conforme a los AII y al sistema de la OMC se refiere al derecho aplicable. Mientras que el sistema de solución de diferencias de la OMC está limitado a las diferencias relativas a derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados, el alcance de la solución de diferencias entre Estados conforme a los AII parece ser mucho más amplio. Esto se debe a que, además de las disposiciones del tratado, los AII a menudo se remiten a otras normas de derecho internacional, no sólo en sus artículos relativos específicamente a la solución de diferencias, sino igualmente en sus artículos sobre el "trato". Además, también contienen referencias a otros acuerdos celebrados por las partes y a otros compromisos asumidos respecto de determinadas inversiones.

---

<sup>73</sup> Artículo 1136(5) del TLCAN.

<sup>74</sup> Cabe recordar que el Convenio del CIADI impide al Estado de origen conceder protección diplomática o promover reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y un Estado receptor hayan consentido en someter a arbitraje del CIADI, salvo que el Estado receptor no haya acatado el laudo (párrafo 1 del artículo 27).

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que autoriza la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de su violación.

72. Probablemente una de las más importantes disimilitudes entre la solución de diferencias entre Estados conforme a los AII y al ESD tiene que ver con la cuestión del cumplimiento de las decisiones adoptadas al término del proceso de solución de una diferencia. Por un lado, la mayoría de los AII, y casi todos los de carácter bilateral, no se ocupan de la cuestión y el Estado vencedor, en caso de incumplimiento, puede hacer uso libremente de los recursos de que dispone con arreglo al derecho consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados (incluyendo las contramedidas unilaterales y la suspensión de la aplicación del tratado). Debe señalarse, sin embargo, que algunos AII, en particular los acuerdos bilaterales y regionales de integración económica, sí contienen su propio sistema de sanciones por incumplimiento. El ESD por su parte, establece un sistema autónomo de recursos en caso de incumplimiento que pueden revestir la forma de una compensación o de una suspensión temporal de concesiones u obligaciones. La adopción de contramedidas por el Miembro vencedor sólo está permitida sobre la base de la autorización previa y en ciertas condiciones. Las medidas unilaterales no están autorizadas en el sistema de la OMC.

73. En el caso de la solución de diferencias entre inversores y Estados también existen disimilitudes fundamentales entre las disposiciones que figuran en los AII y el sistema de solución de diferencias de la OMC. Algunas de ellas, que corresponden a la diversidad de propósitos y funciones de uno y otro tipo de mecanismo, son las que siguen.

74. En primer lugar, como ya se ha señalado, un elemento capital del mecanismo previsto para la solución de las diferencias entre inversores y Estados es que da al inversor privado acceso directo a un tribunal internacional para demandar al Estado receptor sin que tenga que solicitar con tal fin la protección diplomática ni la intervención de su Estado de origen. El arbitraje entre inversores y Estados se considera uno de los medios más importantes de protección del inversor que ofrecen los AII, sobre todo los que tienen por propósito principal la protección de los derechos del inversor contra la expropiación ilícita o el trato discriminatorio. En esto hay por tanto una disimilitud a todas luces fundamental con el sistema de solución de diferencias de la OMC, en que nadie ajeno a la esfera pública puede plantear una diferencia al amparo del ESD y en que sólo los Estados Miembros que deseen hacer suyas las reclamaciones de sus nacionales pueden poner en marcha el procedimiento de solución de diferencias contra otros Estados Miembros.

75. Una segunda importante disimilitud es la referente a la naturaleza de los recursos jurídicos que ofrece cada uno de estos tipos de solución de diferencias. Cabe recordar que si en el arbitraje entre inversores y Estados se declara que un Estado receptor ha incurrido en infracción el tribunal generalmente está facultado para establecer en beneficio del inversor una indemnización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios o la restitución de bienes, con los intereses aplicables. El tribunal arbitral, sin embargo, no puede ordenar que un Estado receptor revoque o modifique una medida o una política considerada incompatible. También en este aspecto la situación difiere esencialmente de la existente en el caso del sistema de solución de diferencias de la OMC, en el que se considera por regla general que ni los grupos especiales ni el Órgano de Apelación pueden recomendar el pago de sanciones pecuniarias. En cambio, si llega a la conclusión de que hay infracción de un Acuerdo de la OMC, el Órgano de Solución de Diferencias recomendará que el Miembro infractor ponga la medida en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC.

76. Hay asimismo una disimilitud significativa en lo que respecta a los procedimientos de reexamen. En los arbitrajes especiales entre inversores y Estados el laudo arbitral normalmente es definitivo, aunque el Estado perdedor puede pedir que los tribunales nacionales no lo ejecuten o lo anulen por fundamentos procesales. El Convenio del CIADI llega más lejos que los regímenes especiales al establecer que los laudos del CIADI no pueden ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso excepto los establecidos en el Convenio. En el sistema de la OMC, en cambio, el ESD permite a los Miembros en litigio pedir un examen en apelación del informe del grupo especial respecto de las cuestiones de derecho ahí tratadas y las interpretaciones jurídicas formuladas por el



grupo especial.<sup>76</sup> La principal diferencia entre el procedimiento de anulación del CIADI y el examen en apelación de la OMC consiste en que, mientras en el primero sólo es posible anular el laudo por los estrictos fundamentos procesales establecidos en el Convenio, y las partes quedan entonces en libertad de someter la diferencia a un nuevo tribunal, el Órgano de Apelación de la OMC no sólo puede anular por vicios de procedimiento la decisión de un grupo especial, sino también modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas de un grupo especial y sustituir las recomendaciones de éste por su propia decisión.<sup>77</sup>

77. Otra diferencia importante entre los dos tipos de sistemas es la existente en materia de observancia. En el arbitraje entre inversores y Estados la observancia de los laudos arbitrales normalmente se asegura a través de la referencia a ciertos tratados internacionales que imponen la observancia de los laudos arbitrales extranjeros, como la Convención de Nueva York de 1958 y el Convenio del CIADI. Cuando un Estado no cumple un laudo arbitral, algunos AII autorizan al Estado de origen del inversor a plantear la reclamación con sujeción al procedimiento de solución de diferencias entre Estados que prevén esos acuerdos o, si se trata de un laudo del CIADI, con sujeción a las disposiciones correspondientes del Convenio del CIADI. Como última solución, el Estado de origen del inversor puede hacer uso de los recursos que el derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados ofrece en caso de violación de un tratado internacional. En el sistema de solución de diferencias de la OMC, en cambio, como ya se ha señalado, en caso de incumplimiento el Miembro afectado tiene derecho a pedir compensación o, si ésta no es posible, la autorización para suspender la aplicación de concesiones equivalentes al Miembro infractor.

78. Por último debe mencionarse que en el caso del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados las costas del arbitraje corren directamente a cargo de las partes litigantes y que esto no ocurre en cambio en el caso del sistema de solución de diferencias de la OMC.

---

<sup>76</sup> Debe señalarse, sin embargo, que si se ha utilizado el procedimiento de arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD el informe correspondiente no podrá ser objeto de apelación.

<sup>77</sup> UNCTAD, *Dispute Settlement (Investor-State)*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements (de próxima publicación).