

Prevención, mitigación y solución amistosa de controversias de inversión

Mecanismos propuestos por los Estados y soluciones disponibles

Dra. María Verónica Duarte García [1]

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El desarrollo de los negocios internacionales ha generado una expansión de la inversión que normalmente es recogida con gran entusiasmo por parte de los Estados, en especial de los países en desarrollo.

Ahora bien, ese entusiasmo inicial se ve muchas veces rápidamente derrumbado ante la primera controversia surgida entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión.

Ante el primer desacuerdo, los Estados suelen entrar en estado de pánico al vislumbrar en el horizonte la posibilidad de encarar un largo y costoso procedimiento de arbitraje de inversión.

La anterior preocupación ha sido puesta de manifiesto por parte de los Estados que conforman el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en el que se analizan las opciones de reforma al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS).

En el presente trabajo expondremos las principales preocupaciones planteadas por los Estados en dicho ámbito de discusión y las alternativas sugeridas para su solución, en lo que refiere a la prevención, mitigación y solución amistosa de disputas de inversiones[2].

2. La problemática planteada y las propuestas de solución [\[arriba\]](#)

La importancia de adoptar medidas para evitar las controversias y establecer vías de solución alternativas al arbitraje fue resaltada en las comunicaciones remitidas a la Secretaría de UNCITRAL por numerosos Estados[3].

En este sentido, la solución amistosa de controversias en materia de inversiones se visualiza como una forma de mejorar el entorno empresarial, mantener las inversiones y dar solución rápida y eficiente a las quejas de los inversionistas.

A estos efectos, se propone la implementación de una serie de medidas, a nivel nacional, bilateral y multilateral.

En lo que tiene que ver con las soluciones a nivel nacional, se hace énfasis en la necesidad de realizar actividades de sensibilización sobre la importancia de evitar que las controversias se generen -o se agraven si ya han surgido- elaborado un marco de acción claro.

Asimismo, se resalta la importancia de que cada Estado cuente con un Organismo coordinador[4] que cumpla con todas o algunas de las siguientes funciones:

- a. Ser un canal de comunicación entre los inversionistas y el Estado receptor de la inversión;
- b. Informar y coordinar con los demás organismos del Estado, a efectos de crear políticas uniformes de gestión y prevención de las controversias;
- c. Administrar los tratados y contratos de inversión suscritos por el Estado;
- d. Recopilar toda la información en materia de demandas de inversión presentadas contra el Estado y eventualmente, administrar dichas controversias en sus diferentes etapas.
- e. Analizar y compilar las controversias de inversión planteadas contra el Estado, las obligaciones asumidas en materia de inversión en los diferentes instrumentos suscritos y cómo han sido éstos interpretados por los Tribunales.
- f. Compilar información sobre cuáles son los sectores económicos o tipos contractuales que generan más conflictos y trabajar sobre los mismos.
- g. Propiciar el intercambio de información entre diferentes oficinas del Estado, ya sea a nivel central, regional o provincial y proporcionar información y guía sobre las medidas a adoptar, propiciando la coherencia en el tratamiento de las inversiones. Esto podría llevarse adelante mediante el uso de plataformas compartidas, actividades de formación, etc.). A nivel de tratados de inversión, en forma general se plantea la necesidad de que los negociadores de dichos instrumentos, analicen siempre la posibilidad de establecer procedimientos de prevención y mitigación de controversias y de consulta previa al arbitraje, fomentando el diálogo entre las partes contratantes de los tratados para evitar las controversias, mediante un diálogo institucionalizado entre ellas, con énfasis en la cooperación y facilitación de las inversiones, y no poniendo el foco únicamente en la protección.

Así también se plantea la posibilidad de crear Comités conjuntos por parte de los Estados parte del tratado de inversión. Se trata de Comités interestatales, que actúan a instancia de parte, como respuesta a una solicitud presentada por el gobierno de alguna de las partes del tratado.

A nivel internacional, multilateral, se menciona la creación y fomento de capacidades y concientización de los medios de prevención de disputas en los negociadores y en los principales Centros de Resolución de Disputas de Inversión, fomentando de forma continua los métodos alternativos al arbitraje.

Capacitar a nivel internacional a los negociadores y gestores de este tipo de controversias en cuanto a cuáles prácticas o asuntos son más proclives a generar disputas de inversión y cómo podrían prevenirse, en base a la experiencia. Un ejemplo de esto podría ser el establecimiento de guías sobre las mejores prácticas para evitar disputas a la hora de ejercer los poderes regulatorios del Estado (necesidad de documentar debidamente los procesos llevados adelante que justifican y hacen proporcional la medida adoptada, la existencia de evidencia técnica que la respalde, etc.)

Los Estados podrían cooperar entre sí a estos efectos, mediante el intercambio de conocimiento, prácticas y experiencia, pudiendo incluso crear una base de datos al efecto.

Asimismo, se plantea la creación de nuevos Programas y el fortalecimiento de Programas ya existentes, de capacitación y formación a nivel internacional.

En este sentido se debe tener en cuenta el rol que han desempeñado la UNCTAD y el Comité de Inversión de la OCDE, a los efectos de proporcionar orientación e información sobre políticas de inversión, la creación de bases de datos y la asistencia en la creación de redes de comunicación e información.

3. Métodos alternativos de resolución de disputas disponibles [\[arriba\]](#)

En caso que no haya sido posible prevenir de forma efectiva el surgimiento de una disputa y que resulte imposible desarticularla mediante negociaciones directas entre las partes, resulta importante que los Estados tengan al menos la opción de acudir a una etapa de autocomposición que resulte más eficiente en términos de tiempo y costos, en lugar de acudir directamente al arbitraje de inversión.

En efecto, existe acuerdo entre los Estados en cuanto a la necesidad de fortalecer los métodos de resolución de disputas alternativos al arbitraje, tales como la mediación.

Esto debería efectuarse en primer lugar a nivel de tratados, de ser posible mediante la utilización de cláusulas estandarizadas.

Actualmente existen una serie de instrumentos internacionales que facilitan este tipo de procesos que pueden ser utilizados por los Estados, entre los que se destacan los siguientes:

- Las Reglas de Conciliación y el Reglamento de Comprobación de Hechos del CIADI.
- El Reglamento de Conciliación de UNCITRAL (actualmente en proceso de actualización).
- La Guía Legislativa de la CNUDMI para Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.
- La Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (Convención de Singapur).
- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018.
- La Guía del Tratado sobre la Carta de la Energía.
- El Reglamento de Mediación de ICC.
- El Reglamento de Mediación de la Cámara de Estocolmo.

- El Reglamento de la IBA sobre Mediación.

4. Comentarios finales y conclusiones [\[arriba\]](#)

A continuación, efectuamos algunos comentarios sobre alternativas adicionales a las señaladas, que podrían tenerse en cuenta a efectos de prevenir y mitigar las controversias de inversión, así como a resolverlas de forma efectiva, más allá del recurso al arbitraje.

En primer lugar y de forma preventiva, resultaría eficiente que los Estados analicen incluir, ya sea en los contratos de inversión, en los tratados de inversiones o en ambos, la creación de ámbitos de diálogo y monitoreo del avance de los proyectos, combinados con mecanismos de solución amistosa de controversias.

Lo señalado podría instrumentarse mediante la creación de Comités de Seguimiento, Comités Técnicos o Juntas de Resolución de Disputas, que sean los encargados de resolver en primera instancia ciertas disputas menores o con contenido esencialmente técnico. Estos órganos podrían estar conformados por expertos legales y técnicos especializados en la materia objeto del proyecto.

Resulta también importante que los Estados cuenten con un modelo de tratado de inversión y de contrato de inversión, que podrá sufrir ciertas modificaciones que surjan de las negociaciones, pero que contemplen cláusulas mínimas obligatorias, cuya inclusión se considere indispensable (cláusulas escalonadas, períodos de enfriamiento para negociaciones directas, etc.).

Asimismo, resulta relevante contar con expertos idóneos y capacitados para llevar adelante los procesos de negociación y mediación que puedan originarse, utilizando las etapas de negociación y solución amistosa de forma responsable, tendiendo a obtener un acuerdo.

Señalamos por último que la Convención de Singapur, al regular la ejecución de los acuerdos de transacción a los que arriben las partes, derivados de un proceso de mediación, proporciona la herramienta que faltaba a los efectos de salvar la crítica acerca de la imposibilidad de ejecución directa de este tipo de acuerdos.

La Convención de Singapur resulta de principio plenamente aplicable a los Estados - salvo que estos hayan efectuado la reserva prevista al respecto en el art. 8° de la Convención- e incluye dentro de su ámbito de aplicación a las disputas de inversión, no existiendo ni reserva de comercialidad ni reserva de reciprocidad -como sí prevé la Convención de Nueva York para la ejecución de laudos[5]- por lo que incluso puede considerarse que, en materia de ejecución, deja a los acuerdos transaccionales originados en un proceso de mediación, en una posición más favorable que los laudos arbitrales que vayan a ejecutarse en base a dicho instrumento.

En conclusión, queda de manifiesto la importancia que prestan los Estados a la necesidad de mitigar y prevenir las disputas originadas en inversiones extranjeras. Esto se debe al gran impacto que producen este tipo de controversias, en términos de tiempo, dinero, recursos y estabilidad internacional.

La práctica demuestra que cualquier recurso que los Estados inviertan en términos de prevención y resolución temprana de disputas constituye un acierto, permitiendo

además de ahorrar recursos, la continuidad de la marcha de los proyectos y el mantenimiento de las inversiones.

Es responsabilidad de los Estados y también de los inversores como principales operadores del sistema, terminar con el enfoque contencioso de la resolución de este tipo de disputas que ha hecho en buena medida que los arbitrajes de inversión sean percibidos como un negocio, perdiendo de vista su verdadera finalidad: la promoción de las inversiones y en última instancia, el mantenimiento de la paz y de las relaciones internacionales.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Representante ICC-YAF para Latinoamérica por Uruguay y Paraguay (período 2019-2021). Asesora de la Secretaría de Presidencia de la República Oriental del Uruguay (período 2015-2019). Integrante del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL en representación de Uruguay (período 2018-2020).

[2] Documentos de trabajo A/CN.9/WG.III/WP.190 y A/CN.9/1004, disponibles en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

[3] Indonesia, Unión Europea y sus Estados Miembros, Marruecos, Tailandia, Chile, Israel y Japón, Costa Rica, Brasil, Sudáfrica, China, República de Corea, Mali, México y Perú.

[4] En este sentido, constituyen excelentes ejemplos los organismos coordinadores creados en Colombia, Perú y Chile.

[5] Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958).