

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

# **CONTROVERSIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS: PREVENCIÓN Y ALTERNATIVAS AL ARBITRAJE**

**Colección de publicaciones de la UNCTAD  
sobre las políticas internacionales de  
inversión para el desarrollo**



**NACIONES UNIDAS**



# **Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje**

**Colección de publicaciones de la UNCTAD  
sobre las políticas internacionales de  
inversión para el desarrollo**



**NACIONES UNIDAS  
Nueva York y Ginebra, 2010**

## NOTA

Responsable de coordinar en el sistema de las Naciones Unidas las cuestiones relacionadas con la inversión y la tecnología, con más de 30 años de experiencia en estas esferas, la UNCTAD, a través de la División de la Inversión y la Empresa (DIAE), promueve la comprensión de los temas fundamentales, y en particular, los relacionados con la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología. La DIAE también ayuda a los países en desarrollo a atraer y aprovechar la IED, así como a aumentar su capacidad productiva y su competitividad internacional. Se hace hincapié en una política integrada de la inversión, el fomento de la capacidad tecnológica y el desarrollo de las empresas.

El término "país" utilizado en el presente estudio también se refiere, según proceda, a territorios o zonas; las denominaciones empleadas y la forma en que se expone su contenido no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites. Asimismo, los nombres de los grupos de países solamente tienen por objeto un interés estadístico o analítico y no implican ningún juicio sobre la etapa de desarrollo alcanzada por cualquier país o zona.

En los cuadros se han utilizado los siguientes signos:

Dos puntos (..) indican que los datos faltan o no constan por separado.

Se ha prescindido de una fila en los casos en que no se disponía de datos sobre algunos elementos de la fila.

La raya (-) indica que la cantidad es nula o insignificante.

Un espacio en blanco en un cuadro indica que el rubro de que se trata no es aplicable;

---

La barra (/) puesta entre fechas que representan años, por ejemplo 1994/1995, indica un ejercicio económico;

El guión (-) puesto entre fechas que representan años, por ejemplo 1994 1995, indica que se trata de todo el período considerado, incluidos el año inicial y el final.

Por la palabra "dólares" (\$) se entiende dólares de los Estados Unidos, salvo que se indique otra cosa.

A menos que se indique otra cosa, las tasas anuales de crecimiento o de variación se refieren a tasas anuales compuestas.

Debido a que a veces se redondean las cifras, los datos parciales y los porcentajes presentados en los cuadros no siempre suman el total correspondiente.

El material que contiene el estudio puede citarse libremente siempre que se mencione la fuente.

|                        |
|------------------------|
| UNCTAD/DIAE/IA/2009/11 |
|------------------------|

|                                    |
|------------------------------------|
| PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS |
|------------------------------------|

|                                      |
|--------------------------------------|
| <i>Número de venta:</i> S.10.II.D.11 |
|--------------------------------------|

|                        |
|------------------------|
| ISBN 978-92-1-112793-5 |
|------------------------|

|                |
|----------------|
| ISSN 1819-9240 |
|----------------|

Copyright © Naciones Unidas, 2010  
Derechos reservados  
Impreso en Suiza

## PREFACIO

La secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) está aplicando un programa sobre los acuerdos internacionales de inversión. Su objeto es ayudar a los países en desarrollo a participar lo más eficazmente posible en la elaboración de normas relativas a la inversión internacional. El programa comprende actividades de investigación y desarrollo en materia de política, incluida la preparación de una colección de publicaciones temáticas; actividades de fomento de la capacidad de los recursos humanos y de la capacidad institucional, incluidos seminarios nacionales, simposios regionales y cursos de formación; y actividades de apoyo al logro de un consenso intergubernamental.

El presente estudio forma parte de una nueva Colección de publicaciones sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Se basa en la Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión y amplía su alcance. Al igual que la anterior, la nueva colección está destinada a funcionarios gubernamentales, dirigentes de empresas, representantes de organizaciones no gubernamentales, funcionarios de organismos internacionales e investigadores.

La Colección procura ofrecer un análisis equilibrado de las cuestiones que se pueden plantear en el contexto de los criterios internacionales de la elaboración de normas sobre la inversión y su repercusión en el desarrollo. Su objeto es contribuir a mejorar la comprensión de las difíciles cuestiones técnicas y su interacción, así como de las ideas innovadoras susceptibles de ampliar la dimensión de desarrollo de los acuerdos internacionales de inversión.

La Colección está a cargo de un equipo dirigido por James Zhan. Componen asimismo el equipo Bekele Amare, Anna Joubin-Bret, Hamed El-Kady, Tamas Pal Heisz, Jan Knörich, Diana Rosert, Ileana Tejada, Elisabeth Tuerk y Jörg Weber. Los miembros del Comité de Examen son Jack Coe, Susan Franck, Barton Legum, Peter Muchlinski, Jeswald W. Salacuse y Margrete Stevens.

El documento se basa en un estudio preparado por Anna Joubin-Bret y Jan Knörich. Formularon observaciones Susan Franck, Nicolas Perrone, Elisabeth Tuerk y Jörg Weber, y Tamas Pal Heisz y Diana Rosert contribuyeron a ultimar el documento. Se formularon también observaciones durante un foro entre homólogos sobre "Solución de controversias entre inversores y Estados", celebrado en Miami en julio de 2009 y organizado conjuntamente con la Universidad de Miami. Asimismo, tuvo lugar un intercambio de observaciones entre expertos en el marco de los preparativos del Simposio conjunto de la Washington and Lee University School of Law y la UNCTAD sobre inversión internacional y ADR.

El presente documento ofrece un examen oportuno de una cuestión decisiva para la formulación contemporánea de las políticas en materia de inversión internacional, en aplicación del mandato de la UNCTAD en la esfera de los acuerdos internacionales de inversión previsto en el Acuerdo de Accra (párr. 151).



Supachai Panitchpakdi  
Secretario General de la UNCTAD

Ginebra, mayo de 2010

## ÍNDICE

|                                                                                                                                       |               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>PREFACIO .....</b>                                                                                                                 | <b>iv</b>     |
| <b>GLOSARIO DE TÉRMINOS IMPORTANTES .....</b>                                                                                         | <b>xi</b>     |
| <b>RESUMEN.....</b>                                                                                                                   | <b>xx</b>     |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>                                                                                                             | <b>1</b>      |
| <br><b>I. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE<br/>ARBITRAJE INTERNACIONAL.....</b>                                                     | <br><b>9</b>  |
| A. Especificidad del arreglo de controversias entre<br>inversores y Estados.....                                                      | 9             |
| B. Ventajas y desventajas del arbitraje internacional .....                                                                           | 11            |
| <br><b>II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN<br/>DE CONTROVERSIAS.....</b>                                                             | <br><b>19</b> |
| A. Procedimientos seguidos en los enfoques alternativos<br>de solución de controversias.....                                          | 20            |
| B. Ventajas y dificultades en la aplicación de enfoques<br>alternativos a la SCIE .....                                               | 27            |
| <br><b>III. ALTERNATIVAS AL ARBITRAJE EN EL<br/>MARCO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN .....</b>                                            | <br><b>35</b> |
| A. Medios disponibles negociados en el marco de los AII..                                                                             | 35            |
| B. Reglas internacionales e instituciones de solución de<br>controversias disponibles a las que se hace referencia<br>en los AII..... | 47            |

|                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE<br/>CONTROVERSIAS: ENFOQUES BASADOS<br/>EN EXPERIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS .....</b>                            | <b>57</b>  |
| A. Intercambio de información.....                                                                                                              | 58         |
| B. Identificación de los sectores más sensibles .....                                                                                           | 65         |
| C. Fortalecimiento de los procedimientos institucionales<br>y amistosos: examen administrativo.....                                             | 66         |
| D. Aplicación de los compromisos en materia de SCIE:<br>acceso a la información, arreglos interinstitucionales<br>y facultad para resolver..... | 68         |
| E. Facultades para negociar y resolver: la autoridad<br>presupuestaria .....                                                                    | 73         |
| F. Evaluación de la reclamación: entrega puntual de toda<br>la documentación pertinente al organismo principal .....                            | 74         |
| G. Respuesta institucional: defensores y servicios<br>de mediación.....                                                                         | 76         |
| H. Cooperación entre Estados para prevenir<br>controversias .....                                                                               | 81         |
| I. Capacidad de resolver durante un procedimiento<br>arbitral.....                                                                              | 84         |
| <b>CONCLUSIÓN.....</b>                                                                                                                          | <b>86</b>  |
| <b>REFERENCIAS.....</b>                                                                                                                         | <b>94</b>  |
| <b>SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON<br/>TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND<br/>FOREIGN DIRECT INVESTMENT.....</b>                                    | <b>101</b> |
| <b>QUESTIONNAIRE.....</b>                                                                                                                       | <b>110</b> |

## **Recuadros**

|             |                                                                                                             |    |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Recuadro 1. | Ejemplos recientes de tasas judiciales en casos de SCIE.....                                                | 15 |
| Recuadro 2. | El proceso de mediación y conciliación: características fundamentales .....                                 | 24 |
| Recuadro 3. | Casos de SCIE en que se tiene en cuenta el no haber intentado un arreglo amistoso antes del arbitraje ..... | 36 |

## **Figuras**

|           |                                                                                     |    |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Figura 1. | Métodos de solución de controversias.....                                           | 2  |
| Figura 2. | Métodos de solución de controversias y control asumido por las partes .....         | 22 |
| Figura 3. | Sistema de alerta del Perú .....                                                    | 63 |
| Figura 4. | Preparación: el sistema institucional de Colombia.....                              | 71 |
| Figura 5. | Oficina del Defensor para las Inversiones Extranjeras de la República de Corea..... | 78 |

---

## LISTA DE ABREVIATURAS

|                 |                                                                                             |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AAA</b>      | American Arbitration Association                                                            |
| <b>AAE</b>      | acuerdo de asociación económica                                                             |
| <b>AALCO</b>    | Organización Consultiva Jurídica Asiático–Africana                                          |
| <b>ADR</b>      | métodos alternativos de solución de controversias                                           |
| <b>AIER</b>     | acuerdo de integración económica regional                                                   |
| <b>AII</b>      | acuerdo internacional de inversión                                                          |
| <b>ALC</b>      | acuerdo de libre comercio                                                                   |
| <b>BOT</b>      | sistema de construcción, explotación y retrocesión                                          |
| <b>CAFTA-DR</b> | Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos |
| <b>CCI</b>      | Cámara de Comercio Internacional                                                            |
| <b>CIADI</b>    | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones                      |
| <b>CNUDMI</b>   | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional                     |
| <b>CRCICA</b>   | Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional                       |
| <b>DRB</b>      | dispute resolution board                                                                    |
| <b>DSSD</b>     | diseño de sistemas de solución de controversias                                             |
| <b>ENP</b>      | evaluación neutral previa                                                                   |
| <b>ICDR</b>     | International Centre for Dispute Resolution                                                 |
| <b>ICJ</b>      | Corte Internacional de Justicia                                                             |
| <b>IED</b>      | inversión extranjera directa                                                                |
| <b>IMI</b>      | Instituto Internacional de Mediación                                                        |

|              |                                                       |
|--------------|-------------------------------------------------------|
| <b>KLRC</b>  | Centro Regional de Kuala Lumpur para el Arbitraje     |
| <b>MPC</b>   | medidas de prevención de controversias                |
| <b>OIO</b>   | Oficina del Defensor para las Inversiones Extranjeras |
| <b>OMGI</b>  | Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones     |
| <b>OMPI</b>  | Organización Mundial de la Propiedad Intelectual      |
| <b>OPI</b>   | organismo de promoción de las inversiones             |
| <b>OPIC</b>  | Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero  |
| <b>SCIE</b>  | solución de controversias entre inversores y Estados  |
| <b>SMC</b>   | Centro de Mediación de Singapur                       |
| <b>TBI</b>   | tratado bilateral de inversión                        |
| <b>TLCAN</b> | Tratado de Libre Comercio de América del Norte        |

## **GLOSARIO DE TÉRMINOS IMPORTANTES**

Este glosario de términos importantes se ha elaborado para proporcionar al lector orientación y referencias generales sobre los términos de uso frecuente en la presente publicación. Las definiciones no pretenden representar ninguna perspectiva o corriente de pensamiento académicas en particular y, lo que es más importante, se han adaptado al contexto específico de los procedimientos de arbitraje basados en tratados de inversión y la solución de controversias entre inversores y Estados. El glosario se ha compilado sobre la base de Coe (2005), Smith y Martínez (2009), información y sugerencias específicas de Susan Franck, y el sitio web sobre inversión internacional y ADR de la Washington & Lee University School of Law y la UNCTAD en el marco de los preparativos del Simposio conjunto sobre inversión internacional y ADR que tuvo lugar el 29 de marzo de 2010 (véase <http://investmentadr.wlu.edu/resources/page.asp?pageid=587>, consulta realizada el 24 de junio de 2010).

### **Resolución por la vía jurisdiccional**

Es la solución de controversias por mediación de un tercero o terceros neutrales con potestad para obligar a las partes en la controversia —en este caso el inversor y el Estado— a cumplir las condiciones de un laudo o decisión arbitrales, de conformidad con la legislación aplicable y los hechos presentados por dichas partes. Los procesos de resolución habituales por esta vía son los juicios en tribunales nacionales y el arbitraje internacional (Smith y Martínez 2009).

### **Enfoque alternativo para la solución de controversias entre inversores y Estados basadas en tratados de inversión**

Un enfoque alternativo para la solución de controversias entre inversores y Estados es un mecanismo de resolución, previsión o prevención de tales controversias distinto del arbitraje internacional.

Hay dos categorías principales de enfoques alternativos, la primera para abordar las diferencias ya existentes y las distintas formas de resolverlas —el empleo de métodos alternativos de solución de controversias (ADR) es frecuente en ese contexto—, y la segunda para aplicar medidas de previsión y prevención de controversias, anticipando la posibilidad de que surjan (en ocasiones se denominan ADR preventivos).

## **Métodos alternativos de solución de controversias (ADR)**

Ofrecen un enfoque para la solución de diferencias por medios distintos de las decisiones vinculantes dictadas por tribunales o tribunales arbitrales. En el contexto específico de las controversias internacionales entre inversores y Estados, los ADR pueden entenderse como un mecanismo internacional de solución de controversias que representa una alternativa a los denominados "métodos principales" de solución de controversias sobre inversiones. Esos métodos principales consisten en la resolución mediante arbitraje (internacional) o en los tribunales (nacionales). En los ADR suele intervenir un tercero que ayuda a las partes en la controversia a negociar un arreglo. Normalmente, el proceso ADR se inicia previo acuerdo entre los litigantes. En las controversias internacionales, los métodos ADR típicos son la mediación y la conciliación, aunque pueden ser otros. Esas técnicas no por fuerza se excluyen mutuamente en la solución de cualquier conflicto en particular, sino que pueden utilizarse y de hecho se utilizan con frecuencia en forma secuencial o en combinación con otros métodos de resolución por la vía jurisdiccional, según convenga.

## **Conciliación**

La conciliación es un proceso relativamente formal y estructurado de negociación facilitada. Conlleva la asistencia de un tercero, a saber el conciliador (o grupo de conciliadores), en una controversia entre el inversor y el Estado. El principal objetivo del conciliador es alentar a las partes a que arreglen su diferencia de forma amistosa. El conciliador

no desempeña necesariamente un papel neutral, y el grado de potestad conferida también puede variar (Smith y Martínez, 2009). Pese a la diversidad de controversias, los conciliadores a menudo tratan de establecer un proceso más productivo de interacción entre las partes e intentan mejorar la comunicación entre ellas, al tiempo que abordan las cuestiones de fondo mediante una labor consultiva. La conciliación suele llevarse a cabo en el marco de normas y procedimientos formales, y por lo general concluye con un acuerdo por escrito o al menos recomendaciones escritas. Sin embargo, esas declaraciones escritas siguen sin ser vinculantes para las partes. Los conciliadores tienden a mantener un control sustancial sobre el proceso de conciliación, que sigue siendo muy formal, estructurado y orientado a los resultados. Por ejemplo, el grado de formalidad de los procedimientos de conciliación especificados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) conduce a la adopción de decisiones no vinculantes para las partes. El proceso de conciliación suele estar muy centrado en la búsqueda de una solución concreta para la controversia y no en mejorar la relación entre los litigantes. De ahí que a menudo la conciliación se identifique con un proceso de "arbitraje no vinculante".

## **Negociación directa**

Las negociaciones directas son negociaciones entre las partes en una controversia mediante el contacto personal inmediato con el fin de intercambiar intereses y propuestas. Normalmente no conllevan la facilitación por terceros o su asistencia en el proceso de negociación.

## **Previsión y prevención de controversias**

La previsión y prevención de controversias supone minimizar las posibles esferas de discrepancia mediante una planificación extensiva a fin de reducir el número de conflictos que puedan agravarse o convertirse en controversias formales. Los ADR preventivos son un medio importante para prever y prevenir las controversias con

eficacia. En el contexto de las controversias entre inversores y Estados, la prevención puede conllevar el establecimiento de mecanismos institucionales adecuados para evitar que surjan controversias, así como el incumplimiento de contratos y tratados por parte de organismos públicos. Mediante políticas adecuadas de prevención de controversias se puede velar mejor por que el Estado y diversos organismos públicos tengan en cuenta las obligaciones jurídicas contraídas en el marco de acuerdos de inversión cuando promulguen leyes y apliquen medidas normativas. Además, la aplicación de mecanismos de preparación para la solución de controversias permite a los gobiernos identificar más fácilmente las posibles esferas en las que pueden surgir diferencias con los inversores, y responder a ellas en el lugar y el momento en que surjan. Los mecanismos de preparación conllevan, por una parte, la delegación de competencias pertinentes entre organismos públicos, por ejemplo, al determinar quién es responsable de la defensa, de formar a los empleados competentes y de cubrir los gastos en el contexto de la controversia en cuestión. Por otra parte, la preparación también requiere una coordinación y comunicación adecuadas entre entidades gubernamentales, por ejemplo, mejores canales de intercambio de información y mayor cooperación institucional. Con esos arreglos institucionales en vigor, los Estados también pueden prevenir las controversias de forma más efectiva, abordando las preocupaciones concretas de los inversores e intentando solventarlas. Los organismos que participan en la prevención de controversias pueden ser organismos de promoción de las inversiones, mediante sus servicios de seguimiento; oficinas de los defensores (*ombudsmen*); y otros organismos públicos con responsabilidades directas para tratar con inversores extranjeros (por ejemplo, los principales organismos con competencias en esa esfera).

## **Solución de controversias**

La solución de controversias es un proceso de gestión y resolución de conflictos. Puede ser que las partes solucionen sus conflictos de acuerdo con sus intereses, derechos o facultades respectivas. Las partes que solucionan una controversia centrándose

en intereses tienen en cuenta factores tales como las necesidades, la economía, las relaciones y los valores políticos y sociales. Cuando se presta especial atención a los intereses, la solución de controversias suele conllevar negociaciones directas entre las partes o la asistencia de un tercero neutral, por ejemplo un mediador o un defensor. Cuando priman los derechos, la solución de controversias requiere un tercero neutral que aplique normas convenidas a una serie de hechos y se pronuncie al respecto a fin de determinar los derechos que prevalecen. Los procesos basados en los derechos, incluidos el arbitraje vinculante y los juicios en tribunales tradicionales, tienen recursos limitados y en ocasiones no abarcan el abanico completo de intereses y necesidades de las partes. En las controversias que se resuelven sobre la base del poder (por ejemplo, a través de la "diplomacia de cañón" o, en casos extremos, la violencia y la guerra), el resultado es favorable a la parte mejor situada, más influyente y con más recursos, pero esta opción puede pasar factura a las relaciones entre ambas partes e impedir que se hagan valer los derechos.

## **Dispute resolution board (DRB)**

Procedimiento privado, voluntario y confidencial frecuentemente utilizado en el contexto de una relación (contractual) a largo plazo entre las partes. Se crea un grupo permanente de expertos informados, por lo general en el momento en que se establece la relación entre las partes, a fin de abordar con rapidez las controversias a medida que surjan. Las determinaciones del grupo permanente de expertos pueden ser vinculantes para las partes o meramente consultivas, o pueden ser vinculantes durante el período de ejecución del contrato, lo que permite su revisión por un tercero cuando el contrato finaliza.

## **Diseño de sistemas de solución de controversias (DSSD)**

El diseño de sistemas de solución de controversias es el proceso sistemático de creación de sistemas que aprovechen los aspectos positivos de las controversias, o al menos minimicen sus aspectos

negativos. No es una metodología de solución de controversias, si bien conlleva el establecimiento intencional y sistemático de un proceso efectivo, eficiente y justo de solución de controversias basado en las necesidades únicas de un sistema en particular. El objetivo del DSSD es diseñar mejores sistemas de solución de controversias mediante: a) el análisis de patrones de controversia entre las partes para efectuar un diagnóstico del sistema en vigor; b) el diseño de métodos para gestionar los conflictos con mayor eficacia recurriendo a principios prácticos; c) la aprobación e implantación de la arquitectura del diseño; y d) la prueba y la evaluación del nuevo diseño para llevar a cabo las revisiones necesarias antes de difundir el proceso al resto del sistema.

## **Evaluación neutral previa (ENP)**

En la evaluación neutral previa participa un evaluador, normalmente un abogado u otro experto con conocimientos especializados sobre el asunto en cuestión, que mantiene una reunión informal con los inversores y sus abogados. En esas reuniones, ambas partes en la controversia (es decir, los representantes del inversor y del Estado) presentarán sus pruebas y argumentos, sobre cuya base el evaluador identificará las esferas de acuerdo y los problemas en los que centrarse. A continuación, el evaluador redactará una valoración confidencial de las perspectivas del caso y se ofrecerá a presentarla a los litigantes. Si las partes no logran solucionar la controversia, el evaluador puede ayudarles a establecer un plan para acelerar los contactos, valorar de forma realista las costas del proceso, y explorar la viabilidad de una reunión de seguimiento a fin de llegar a un arreglo satisfactorio (Smith y Martínez, 2009).

## **Negociación facilitada**

Las negociaciones facilitadas son negociaciones entre las partes de una controversia con el apoyo y la asistencia de un tercero (también denominado "tercero neutral"). La función principal del tercero es

eliminar los obstáculos a la solución negociada de un conflicto que puedan persistir cuando las partes intenten solucionar una controversia mediante negociaciones directas. La conciliación y la mediación son formas típicas de negociación facilitada.

## **Comprobación de hechos**

Procedimiento privado, voluntario, no vinculante y confidencial en que las partes presentan información fáctica específica (por ejemplo, técnica, científica, contable o económica) a un experto para que lleve a cabo una evaluación neutral de esos hechos impugnados. El principal objetivo de este procedimiento es obtener una evaluación imparcial sobre los hechos que han ocasionado el conflicto a fin de prevenir la acumulación de controversias. A tal efecto, el CIADI dispone de un Mecanismo Complementario de Comprobación de Hechos (CIADI, 2006b) para los conflictos entre inversores y Estados. Su Reglamento de Comprobación de Hechos estipula que un comité independiente examine los hechos objeto de controversia y lleve a cabo una evaluación imparcial tras las vistas orales, las declaraciones escritas, las pruebas y el testimonio de los testigos. El procedimiento de comprobación de hechos concluye con un informe que se limita a conclusiones sobre hechos sin incluir recomendaciones para las partes. A continuación, éstas determinarán el efecto jurídico y práctico de informe.

## **Mediación**

La mediación es un proceso más bien informal de negociación facilitada. Conlleva la asistencia de un tercero, a saber, el mediador, en una controversia entre un inversor y un Estado. Los mediadores intervienen en la diferencia para ayudar a encontrar una solución viable, previa petición de las partes litigantes y a reserva de las condiciones que especifiquen. El papel del mediador es reunir a las partes y ayudarles a lograr un compromiso y un arreglo. El grado de participación del

mediador puede variar, desde promover el diálogo entre las partes hasta proponer y establecer efectivamente un arreglo viable para la controversia. A petición de las partes, el mediador puede dar su opinión sobre el resultado más probable de un procedimiento de resolución determinado y proponer las soluciones que considere óptimas para resolver la diferencia. Sin embargo, un mediador no puede imponer una solución a las partes (Smith y Martínez, 2009). Los mediadores asumen tan sólo un cierto control sobre el proceso, centrándose en ayudar a las partes a encontrar la solución y manteniendo una relación constructiva entre el inversor y el Estado receptor. A tal efecto, los mediadores tienden a ir más allá de las cuestiones de fondo, prestando más atención a cómo se desarrolla el proceso de negociación y velando por una comunicación efectiva entre los litigantes. Los mediadores se centran en identificar intereses, replantear posiciones y presentar un abanico de posibles soluciones para que las partes avancen hacia un acuerdo. Por lo tanto, la mediación suele equipararse a un proceso de "negociación asistida".

## **Arreglo negociado**

El arreglo negociado es la resolución de una controversia fuera de los tribunales nacionales o arbitrales. Se puede llegar a ese arreglo mediante negociaciones directas entre las partes litigantes, o con la ayuda de un tercero que facilite las negociaciones recurriendo a técnicas de conciliación o mediación. Los ADR suelen conllevar procesos de arreglo negociado.

## **Defensores u "ombudsmen"**

Un defensor es un funcionario o una institución cuyo mandato requiere imparcialidad respecto de las quejas o preguntas recibidas, y que debe hacer todo lo posible por resolver los conflictos entre los inversores y el Estado en una fase temprana. A fin de cumplir ese objetivo, se le puede facultar para que se sirva de diversos medios,

por ejemplo, remitiendo a los interesados a otras instancias para que resuelvan sus conflictos, planteando los temas a nivel interno en el marco de una organización, realizando investigaciones a efectos de formular recomendaciones normativas, o mediando directamente entre las partes en la controversia.

### **Asistencia neutral de un tercero**

Un tercero neutral es una persona o un grupo de personas imparciales que desempeñan una función de mediador, conciliador, comprobador de hechos o árbitro, para ayudar a las partes en una controversia entre un inversor y un Estado a resolver sus diferencias. Las partes aceptan al tercero neutral, que les asiste en el proceso de resolución con arreglo a las facultades que le han otorgado para que gestione ese proceso y/o sus resultados.

## RESUMEN

En la legislación internacional contemporánea sobre inversiones, el arbitraje internacional se ha establecido como la principal opción de los inversores extranjeros para demandar a un Estado receptor a causa de una controversia sobre inversiones. Las disposiciones sobre solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) están consagradas en casi todos los acuerdos internacionales de inversión (AII) de nuestros días. El hecho de que en los AII se estipule que el arbitraje debe ser el principal método de solución de controversias sobre inversiones, y no los pleitos en los tribunales nacionales, se considera un elemento importante de protección de las inversiones.

El arbitraje internacional se ha considerado durante mucho tiempo la vía óptima para abordar y resolver las diferencias entre inversores y Estados, y como tal se sigue considerando hasta cierto punto hoy en día. Despolitiza las controversias sobre inversiones, asegura la neutralidad y la independencia en la resolución, y a menudo se ha visto como un procedimiento rápido, económico, flexible y familiar al que recurrir. Además, se considera que ofrece a las partes la posibilidad de ejercer un control sustancial sobre el procedimiento contencioso. Asegura en mayor medida que los laudos arbitrales tengan fuerza ejecutoria, y genera una percepción de legitimidad.

En la práctica, no obstante, el arbitraje internacional conlleva algunas desventajas que pueden reducir los supuestos beneficios de los AII para las economías en desarrollo. En buena parte esas desventajas provienen del carácter específico del arbitraje internacional sobre inversiones, donde un Estado soberano es la parte demandada y sus acciones y medidas son impugnadas. El procedimiento arbitral internacional también difiere del litigio en los tribunales nacionales en que la controversia se rige por el derecho internacional y se basa en la violación de un tratado internacional, contexto en donde el arbitraje es la principal opción para los inversores. Otra peculiaridad es que la relación entre el inversor y el Estado es tal que conlleva un compromiso a largo plazo; por consiguiente, una controversia resuelta

mediante arbitraje internacional que dé lugar a una indemnización por daños y perjuicios conducirá en general a la ruptura de la relación. Además, las sumas que están en juego en las controversias entre inversores y Estados suelen ser muy elevadas. Habida cuenta de esas características únicas se considera que, en las controversias sobre inversiones, el arbitraje presenta las siguientes desventajas: costos muy elevados; plazos de resolución de las demandas más prolongados de lo habitual; gestión cada vez más compleja de los casos de SCIE; inquietudes ante la posibilidad de que se interpongan demandas fútiles o malintencionadas; reservas en general sobre la legitimidad del sistema de arbitraje aplicado a la solución de controversias sobre inversiones, ya que afectan a medidas adoptadas por un Estado soberano; y el hecho de que el arbitraje esté por completo centrado en el pago de una indemnización y no en el mantenimiento de una relación de trabajo entre las partes.

Teniendo en cuenta las desventajas percibidas, así como la constatación de que el número de controversias entre inversores y Estados ha aumentado drásticamente en los últimos años, la finalidad del presente estudio es explorar alternativas al arbitraje en la solución de controversias basadas en tratados internacionales. Se realiza una distinción clave entre dos tipos de enfoques o medios alternativos, a saber:

- Los métodos alternativos de solución de controversias (ADR) para resolver las diferencias existentes mediante una negociación o un arreglo amistoso, tales como la conciliación o la mediación internacionales.
- Las medidas de prevención de controversias (MPC) para prevenir conflictos entre inversores y Estados y, en caso de que surjan, impedir que lleguen a convertirse en controversias formales sobre inversiones, por ejemplo mediante mecanismos interinstitucionales de alerta en los Estados o el intercambio de información entre entidades públicas.

Las ventajas de esos enfoques alternativos son su flexibilidad, incluida la posibilidad de que el inversor y el Estado encuentren un terreno para el arreglo amistoso, de manera que ambas partes puedan proseguir con su relación de trabajo. El proceso también es más rápido y menos costoso. Los ADR pueden utilizarse sin perjuicio del derecho de las partes a recurrir a otras formas de solución de controversias. Por último, los enfoques alternativos pueden mejorar el buen gobierno y otras prácticas de reglamentación de los Estados.

No obstante, la utilización de enfoques alternativos también plantea dificultades. No son vinculantes para las partes, y éstas suelen carecer de conocimientos y experiencia suficientes sobre sus aspectos técnicos. También puede considerarse que los enfoques alternativos hacen perder tiempo y dinero cuando no dan buen resultado, y tal vez no sean los más adecuados en todos los casos. Las características únicas del Estado como parte en una controversia pueden dar lugar a dificultades específicas que éste tendrá que afrontar para aprovechar las ventajas de dichas alternativas. Por ejemplo, la flexibilidad en la búsqueda de soluciones de compromiso se ve restringida por los límites establecidos en las leyes y reglamentos vigentes. De igual modo, es posible que no siempre se otorgue a los funcionarios públicos la autoridad y las facultades necesarias para utilizar los enfoques alternativos de manera efectiva. Además, algunas disposiciones de los AII son tales que no conducen a ellos ni permiten emplear sus técnicas. Por último, las PPC pueden llegar a generar conflictos interinstitucionales.

Si bien el recurso al arbitraje es el enfoque predominante en los AII, en ocasiones también se han incorporado enfoques alternativos. Normalmente, los AII especifican un "período de enfriamiento" para promover la negociación antes de que las partes inicien procedimientos formales de arbitraje. Sin embargo, el plazo de tres a seis meses que suele asignarse a tal efecto es bastante limitado. La conciliación también figura habitualmente como opción, a menudo junto al arbitraje. Así pues, los AII suelen incluir breves referencias a procedimientos no vinculantes mediante terceros. Algunos AII promueven en mayor

medida la cooperación entre Estados a fin de mejorar la comunicación sobre las cuestiones relacionadas con su aplicación, incluida tal vez la solución de controversias sobre inversiones. En la práctica, no obstante, el arbitraje sigue siendo con gran diferencia el método más utilizado para resolverlas, y alternativas tales como las técnicas ADR podrían estar más presentes en los AII si los Estados quisieran promoverlas.

Las actuales normas internacionales sobre solución de diferencias, muy en particular las normas de conciliación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), proporcionan orientación sobre el empleo de técnicas ADR. El CIADI también cuenta con un Reglamento de Comprobación de Hechos, y la CCI ha publicado un conjunto de normas que especifican cómo se establecen y funcionan los *"dispute boards"*. Aparte de las tres instituciones mencionadas, otras también tienen sus propias normas de conciliación o mediación, de manera que las partes en controversias sobre inversiones disponen de orientaciones sobre los procedimientos que deben seguir al utilizar técnicas ADR. Muchas de esas instituciones de solución de diferencias ofrecen además el apoyo logístico y organizativo necesario, por ejemplo ofreciendo a las partes litigantes servicios e instalaciones para llevar a cabo el proceso de conciliación o mediación. Pese a esa asistencia, las investigaciones más recientes indican que en la solución de controversias entre inversores y Estados raramente se han utilizado normas ADR, por lo que alentar más específicamente la posibilidad de emplearlas en el marco de los AII puede ser una forma importante de avanzar en esa dirección.

Aunque las medidas de prevención de controversias constituyen un enfoque muy novedoso para abordar el problema del aumento de las controversias sobre inversiones, varios tipos de PPC ya han podido aplicarse en países concretos o podrían desarrollarse en mayor medida, por ejemplo:

- El intercambio bien estructurado y organizado de información entre organismos gubernamentales sobre las cuestiones relacionadas con la inversión extranjera puede permitir que se avise con tiempo a los organismos más competentes sobre las dificultades con que tropiezan los inversores para que respondan de manera oportuna. El intercambio de información aumentará en general la sensibilización entre los organismos públicos y diversos niveles de gobierno (por ejemplo a nivel regional o municipal) con respecto a las cuestiones pertinentes de la legislación internacional en materia de inversiones.
- Los gobiernos pueden centrarse en sectores especialmente sensibles en los que pueden producirse controversias, y vigilar más de cerca las actividades del exterior en dichos sectores para abordar desde el principio las dificultades que puedan plantearse.
- Los Estados pueden ofrecer la opción de un examen administrativo de las medidas que los inversores consideren insatisfactorias. La posibilidad de ese examen ya se ha incluido en algunos AII.
- El establecimiento de arreglos interinstitucionales adecuados entre organismos gubernamentales puede permitir a los Estados abordar de manera más efectiva las controversias sobre inversiones que se planteen. Dichos mecanismos interinstitucionales pueden conllevar el establecimiento de un organismo que sea el principal responsable de abordar las controversias sobre inversiones, con derecho a obtener información de otros organismos públicos y potestad para resolverlas por los medios que prefieran.
- Puede facultarse a determinados funcionarios públicos para que mantengan contactos, entablen negociaciones o busquen un arreglo amistoso con los inversores.
- Los organismos públicos deben velar por el intercambio mutuo y oportuno de la información y los documentos relacionados con una controversia sobre inversiones, incluso en momentos puntuales.

- Una oficina del defensor u *ombudsman* puede funcionar como interlocutor institucional en el país receptor, para atender a los inversores que acudan a ella y tramitar sus reclamaciones.
- Podría mejorar la cooperación entre Estados a fin de prevenir las controversias.
- Pueden intentarse seguir negociando incluso cuando ya exista un procedimiento arbitral en curso.

En general, los ADR y las PPC pueden ofrecer alternativas prometedoras a la solución de las controversias sobre inversiones mediante el arbitraje internacional, y por tanto debe alentarse a los Estados, los inversores, los abogados, las instituciones arbitrales y las organizaciones internacionales a que tengan más en cuenta estos métodos en el contexto de las controversias sobre inversiones que surjan en el futuro.

# INTRODUCCIÓN

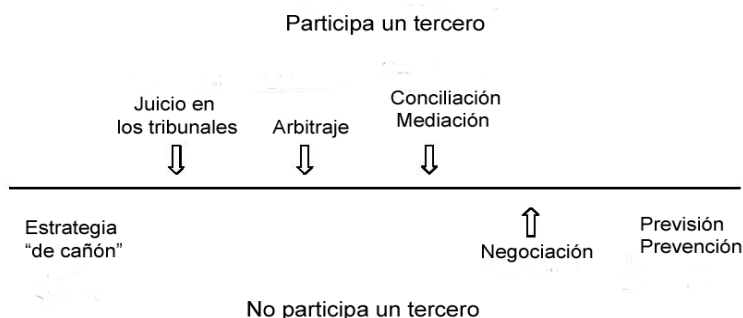
Después del recurso a los tribunales nacionales del Estado receptor, el arbitraje internacional ha sido el método más utilizado para solucionar controversias internacionales sobre inversiones. La opción del arbitraje internacional figura en la mayoría de las disposiciones sobre solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE), que suelen formar parte integrante de los acuerdos internacionales de inversión (AII) contemporáneos. La elección del arbitraje internacional prevalece más entre los inversores que reclaman una indemnización por daños y perjuicios al Estado receptor debido al incumplimiento de un compromiso asumido en el marco de un tratado.

Dada esa prominencia del arbitraje internacional como opción preferente, hasta ahora los demás métodos de arreglo de diferencias y el abanico completo de posibilidades para evitarlas sólo se han empleado en contadas ocasiones en la práctica. Habida cuenta de que el arbitraje internacional, aunque a menudo muy efectivo, presenta un conjunto distintivo de desventajas y suele ser costoso, este estudio presenta enfoques alternativos para la solución de controversias sobre inversiones, así como los enfoques que pueden adoptar los Estados a fin de prevenir y evitar que surjan esas diferencias.

En general, los inversores y los Estados receptores disponen de diversas opciones para resolver las diferencias a las que se enfrentan, según se ilustra en la figura 1. En un extremo del espectro figura la "estrategia de cañón". En el caso particular de las controversias sobre inversiones muy politizadas, en años anteriores los países pudieron aprovechar su poder económico o político para intentar proteger los derechos de sus inversores extranjeros en Estados receptores. De ahí que fuera necesario encontrar formas de despolitizar las controversias y permitir que los casos se examinaran en un foro neutral con arreglo a un marco establecido de normas. En ocasiones, los juicios en los tribunales nacionales podían cumplir esa función, pero no eliminaban por completo las sospechas y la desconfianza de los inversores y los gobiernos de sus países de origen con respecto a la falta de neutralidad

e imparcialidad de dichos tribunales, que tienden a favorecer los intereses del país receptor.

**Figura 1. Métodos de solución de controversias**



*Fuente:* Basado en Smith y Martínez, 2009.

Tras la segunda guerra mundial, y sobre la base de esas consideraciones, la protección de las inversiones se estableció en torno a cuatro pilares, cada uno de los cuales representaba una mayor seguridad para los inversores extranjeros y sus activos. Los tres primeros pilares son el trato justo y equitativo (o una norma mínima de trato), la libertad de transferencia y la protección contra la expropiación ilícita. Además, el cuarto pilar permite a los inversores extranjeros conseguir que un tribunal arbitral internacional tramite y resuelva sus reclamaciones contra un Estado receptor cuando éste haya incumplido un compromiso internacional. Por consiguiente, este cuarto pilar aborda la posible desconfianza de los inversores hacia los tribunales nacionales del país receptor y la necesidad de despolitizar la controversia, al permitir que se resuelva en un foro neutral de acuerdo con reglamentos internacionales. Los cuatro pilares figuran en la mayoría de los AII contemporáneos, pero la aplicación del cuarto se garantiza en mayor medida mediante varios instrumentos multilaterales, el más importante de ellos el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de

Otros Estados (Convenio CIADI), firmado en Washington el 18 de marzo de 1965 (véase CIADI, 2006a)<sup>1</sup>.

Es frecuente que los Estados receptores que desean atraer y promover la inversión extranjera traten de ofrecer una cierta previsibilidad a los inversores extranjeros promoviendo el arbitraje internacional como medio preferido para abordar controversias. Así pues, una abrumadora mayoría de los más de 3.000 tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos de libre comercio (ALC) que incluyen disciplinas sustantivas sobre inversiones prevén el arbitraje internacional con arreglo a las normas del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

De forma paralela a un incremento de las corrientes de inversión y a la proliferación de tratados de inversión, las controversias entre inversores y Estados también empezaron a aumentar desde 1987<sup>2</sup>. A finales de 2008, la cifra acumulada de casos conocidos de controversias basadas en tratados ascendió a 317. La mayoría de esos casos se sometió al CIADI o la CNUDMI. Al menos 77 gobiernos —47 en el mundo en desarrollo, 17 en países desarrollados y 13 en países con economías en transición— se han enfrentado a procedimientos arbitrales basados en tratados de inversión, y más de dos tercios (el 70%) de las 317 demandas conocidas se presentaron en los seis últimos años (UNCTAD, 2009). En general, las controversias entre inversores y Estados se han hecho más visibles durante los últimos años. Los inversores extranjeros y sus abogados ven cada vez más casos, por lo que la solución de controversias tiende a considerarse en mayor medida como medio viable para resolver los conflictos con el Estado receptor. Este aumento de las controversias sobre inversiones plantea dificultades especiales a los Estados receptores, en particular los países en desarrollo.

La solución de controversias sobre inversiones conlleva en general costos elevados, no sólo para los Estados receptores sino también para los inversores. Algunos de esos costos, por ejemplo los

necesarios para financiar a representantes legales, árbitros y expertos, posiblemente durante varios años de arbitraje, afectan a inversores y gobiernos por igual. Una de las consecuencias es que, tanto los gobiernos como los inversores que han destinado grandes cantidades de recursos a la solución de controversias sobre inversiones, ponen ahora en entredicho el arbitraje internacional como medio para lograr un arreglo rápido y eficiente de sus diferencias. La gestión del arbitraje sobre inversiones también presenta cada vez más dificultades a las partes. Los planes de privatización y la adjudicación de contratos de concesión de servicios públicos o exploración y explotación de recursos naturales dieron lugar a grandes controversias, y se planteó un debate político dentro y fuera del Estado que provocó cierta insatisfacción con respecto al arbitraje sobre inversiones.

Al mismo tiempo, una red internacional muy compleja de tratados de inversión y tratados conexos complica cada vez más la gestión de los compromisos internacionales asumidos por los Estados. Un estudio reciente de la UNCTAD indica que en los AII se contemplan muy diversas formas de abordar los distintos elementos fundamentales de la protección y liberalización de las inversiones, incluida la redacción de las propias cláusulas (UNCTAD, 2008b). Esto, a su vez, genera incoherencias de interpretación de esas cláusulas por parte de los tribunales arbitrales, y da lugar a una falta de previsibilidad en cuanto a los resultados de las controversias sobre inversiones. Esa imprevisibilidad no sólo es cierta por lo que se refiere a la interpretación sustantiva de los tratados, sino también por lo que respecta a la adjudicación de las costas a una o ambas partes en la diferencia.

Por último, el arbitraje basado en tratados de inversión también puede conducir a la ruptura de la relación entre el inversor y el Estado, contrariamente al objetivo de muchos países receptores en el sentido de atraer y promover inversiones extranjeras que contribuyan de forma significativa a su desarrollo económico. Al mismo tiempo, un empeoramiento de la relación pone en peligro las perspectivas que tiene el inversor de obtener beneficios mediante una inversión a

largo plazo en el país receptor. En general, los inversores llegan con el genuino interés de obtener un buen rendimiento de su inversión, lo que puede requerir varios años de actividad ininterrumpida. Una controversia entre un inversor y un Estado rompe inevitablemente su relación y sienta un precedente negativo para una y otra parte.

Habida cuenta del aumento de las críticas al arbitraje sobre inversiones, aparece un nuevo margen para el examen de alternativas. A la derecha del arbitraje internacional, la figura 1 presenta tres alternativas disponibles para inversores y Estados que se enfrentan o van a enfrentarse a una controversia. Hasta la fecha, ninguna de ellas se ha utilizado efectivamente en la práctica, y tal vez sea éste el momento de evaluar mejor su viabilidad dada la insatisfacción creciente con el arbitraje sobre inversiones. En primer lugar, ambas partes pueden buscar un arreglo amistoso mediante diversas técnicas tales como la conciliación, la mediación y la comprobación de hechos, siempre con la participación de un tercero que facilite esos procedimientos. Si bien únicamente algunos AII prevén esas técnicas como opción a tener en cuenta por los litigantes, el CIADI, la CNUDMI y otros servicios han elaborado normas específicas en el marco de sus instrumentos de inversión. En segundo lugar, los inversores y los Estados pueden considerar la posibilidad de solucionar su diferencia negociando. De hecho, la necesidad de negociar suele preverse en los AII en forma de un período de "enfriamiento" entre el momento de presentar la controversia y el inicio real de los procedimientos arbitrales. En el presente estudio se hace referencia a todas esas técnicas (conciliación, mediación, comprobación de hechos y negociación) como métodos alternativos de solución de controversias (ADR), es decir, como alternativas al arbitraje basado en tratados de inversión y a la vía de los tribunales nacionales<sup>3</sup>. Ya se ha intentado aplicar esos métodos ADR, más frecuentemente a nivel nacional donde, además del litigio o el arbitraje, los sistemas judiciales han probado, ofrecido y, en algunas esferas normativas, incluso establecido la posibilidad de que los demandantes recurran a medios no judiciales o alternativos de solución de controversias.

Como tercera opción, de ser posible en una fase relativamente temprana o como enfoque de prevención temprana, los Estados pueden considerar la posibilidad de adoptar medidas administrativas y medidas normativas conexas a fin de mejorar su sistema institucional. Dichas medidas, consideradas en el presente estudio como medidas de prevención de controversias (MPC), ayudarían a prevenir o abordar eficientemente las posibles controversias sobre inversiones, lo que reduciría la posibilidad de tener que llegar al arbitraje internacional. Por ejemplo, las MPC pueden conllevar el establecimiento de mecanismos institucionales y procedimientos interinstitucionales adecuados para velar por que se avise con tiempo a las autoridades gubernamentales competentes sobre las posibles controversias sobre inversiones, de manera que puedan adoptar las medidas necesarias para abordar los problemas concretos a los que se enfrenten los inversores<sup>4</sup>.

Para hacer referencia tanto a los métodos alternativos de solución de controversias (ADR) como a las medidas de prevención de controversias (MPC) se utilizan indistintamente los términos "enfoques alternativos", "métodos alternativos" o "medios alternativos"<sup>5</sup>. El presente estudio sobre métodos alternativos de solución de controversias entre inversores y Estados no se limita por tanto a los ADR, sino que adopta un enfoque más amplio al incluir también las MPC. Su estructura sigue de cerca el orden expuesto en la figura 1, empezando por las ventajas y desventajas del arbitraje internacional para continuar por el extremo derecho del espectro. Por consiguiente, el estudio examina las diversas etapas donde las políticas de los Estados receptores o los AII pueden ofrecer vías distintas de los tribunales nacionales o el arbitraje internacional para la solución de una controversia. En el contexto de ese análisis, el estudio aporta numerosos ejemplos destacados de prácticas vigentes en materia de tratados, y pone de relieve los enfoques adoptados por algunos gobiernos en la esfera de la previsión y prevención de controversias valorando su alcance en el presente y en el futuro. Teniendo en cuenta que la utilización de enfoques alternativos en el contexto de la SCIE es aún incipiente, conviene examinar dichos ejemplos a modo de

posible orientación con el fin de adoptar "prácticas idóneas" de ahora en adelante.

El estudio está estructurado de la manera siguiente: en el capítulo I se analizan brevemente las particularidades de las controversias entre inversores y Estados y las ventajas y desventajas de la SCIE mediante el arbitraje internacional, a fin de introducir la búsqueda de enfoques alternativos. Como paso siguiente, el capítulo II presenta los enfoques alternativos de forma más detallada y hace hincapié en sus posibles ventajas y dificultades. En el capítulo III se aborda la incorporación de medios alternativos en los AII, y a continuación se examinan las normas y los foros que apoyan el empleo de enfoques alternativos en esos acuerdos. A diferencia de estos dos capítulos, centrados en los ADR, el capítulo IV explora en particular las MPC que han adoptado los Estados a fin de prevenir y evitar controversias. El capítulo dedicado a las conclusiones incluye algunas recomendaciones y expone posibles formas de avanzar.

Por último, cabe señalar lo que este estudio no ofrece. No examina la manera más obvia de resolver una diferencia con un Estado, es decir, recurrir a los tribunales nacionales del país receptor. El requisito de agotar las vías de recurso locales antes de llegar al arbitraje o a la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales ha dado lugar a doctrina y a numerosas decisiones dictadas por tribunales internacionales, y se ha ido abandonado progresivamente en los AII. No obstante, la desconfianza de los inversores en los tribunales nacionales y en su capacidad para dictar decisiones justas con rapidez, así como la percepción de su parcialidad y/o falta de competencia en cuestiones de derecho económico internacional, garantizarían una perspectiva más fresca, que de hecho puede hacerse realidad después de más de 50 años de recurrir de forma generalizada el arbitraje internacional como vía más segura para los extranjeros. Sin embargo, podría argüirse que esa es una cuestión muy distinta, y por ello no se aborda en el presente estudio.

## Notas

- <sup>1</sup> Otro instrumento multilateral importante es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958.
- <sup>2</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, caso CIADI N° ARB/87/3.
- <sup>3</sup> Hay que señalar desde el principio que el término ADR suele emplearse con distintos significados según el contexto en que se aplique. En las controversias entre Estados e inversores, el recurso al arbitraje ya puede considerarse como un método ADR, cuyo objetivo es evitar tener que recurrir a los tribunales nacionales del Estado receptor o un mecanismo entre Estados.
- <sup>4</sup> En la figura 1, la "ignorancia" o "ignorancia deliberada" podrían añadirse a la izquierda de la prevención como casos extremos adicionales. Se trata de situaciones en las que los Estados desconocen el conflicto que da lugar a la controversia, o lo conocen pero no muestran interés en abordar la cuestión. Sin embargo, tales casos sólo son posibles mientras el conflicto no se convierta en una controversia manifiesta en el contexto de un arbitraje basado en tratados de inversión.
- <sup>5</sup> Todas las alternativas descritas a la izquierda de la opción arbitraje en la figura 1.

# I. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE ARBITRAJE INTERNACIONAL

## A. Especificidad del arreglo de controversias entre inversores y Estados

Las controversias entre inversores y Estados que se plantean en el marco de los AII no son controversias internacionales ordinarias de orden jurídico. Por el contrario, tienen características específicas que las distinguen de otros tipos de controversias. Es probable que su especificidad afecte a la manera en que las partes gestionan sus conflictos. También será importante en la elección de las técnicas empleadas para resolver dichas controversias (Salacuse, 2007). En las controversias entre inversores y Estados cabe distinguir los siguientes aspectos específicos:

- En una controversia entre un inversor y un Estado —sea el propio gobierno central o entidades subnacionales—, éste participa en calidad de *Estado soberano demandado* (Muchlinski, 2007; Sornarajah, 2004). Así pues, las partes son distintas a las de otros tipos de arbitraje en que ambas son entidades mercantiles, como en el caso del arbitraje comercial. La controversia puede surgir a causa de medidas o actos adoptados en niveles inferiores del gobierno o por organismos públicos que, aunque no hayan suscrito los AII, deben respetar sus disposiciones. Esto puede producir divergencias interinstitucionales en el seno del gobierno, y hacer difícil que el Estado responda oportunamente al problema y que el inversor identifique al interlocutor adecuado.
- El inversor extranjero impugnará *los actos y medidas adoptados* (o la falta de acciones apropiadas) *por el Estado soberano* o una subentidad estatal en su capacidad soberana. De ahí que las medidas o los actos impugnados sean también específicos. La

controversia conllevará a menudo cuestiones de política pública y pondrá en entredicho la capacidad del Estado de reglamentar en favor del interés público, incluso cuando pueda perjudicar intereses particulares, en este caso los de una entidad extranjera. Una controversia puede convertirse fácilmente en una cuestión política para el Estado, pero también a nivel internacional, por ejemplo cuando se impugnan medidas ambientales o de emergencia para abordar una crisis financiera. Esto es aún más acusado cuando la cuantía de los fondos públicos en juego es elevada. Además, la tendencia reciente en el marco de los AII y de las normas sobre SCIE a aumentar la transparencia de las políticas de inversión facilita que la sociedad civil y otros grupos examinen los casos de SCIE y expresen sus preocupaciones.

- El derecho aplicable es también específico, ya que *la controversia se rige por el derecho internacional y se basa en la violación de un instrumento internacional*, que además constituye una de las fuentes del derecho internacional, a saber, un tratado de inversión<sup>1</sup>.
- Los recursos disponibles también son distintos. Contrariamente a los principios del derecho internacional y a las controversias ordinarias de orden jurídico, el sistema establecido para resolver las controversias entre inversores y Estados se basa en *el arbitraje internacional como opción principal* para el inversor extranjero perjudicado. La inmensa mayoría de los AII ofrecen al inversor extranjero, como elemento primordial de protección, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional en el CIADI o al arbitraje *ad hoc* mediante el Reglamento de la CNUDMI. En ocasiones, los AII ni siquiera exigen recurrir a los tribunales nacionales del país receptor. También pueden encontrarse tipos similares de disposiciones sobre arreglo de controversias en contratos de concesión, planes de privatización, acuerdos de estabilización o contratos públicos ordinarios, con arreglo a las cuales las presuntas infracciones no se dirimirán en los tribunales nacionales sino ante un tribunal internacional.

- Otra peculiaridad de las controversias entre inversores y Estados es que *el tipo de relación entre los litigantes conlleva un compromiso a largo plazo*, que a veces requiere una interconexión compleja entre las dos partes derivada de una situación de dependencia mutua. Por ejemplo, la población de un país puede depender de un inversor extranjero privado para la prestación de servicios públicos, mientras que el inversor habrá aportado un capital sustancial a la empresa cuyo rendimiento sólo será viable al cabo de varios años. En consecuencia, el inversor y el Estado pueden verse obligados a mantener una buena relación laboral a pesar de la controversia (UNCTAD, 2008a; Salacuse, 2007).
- Por último, *las sumas en juego en las controversias entre inversores y Estados suelen ser muy elevadas*, en promedio muy superiores a las de los casos de arbitraje comercial. De ahí que las cuantiosas sumas de dinero que conllevan las controversias entre inversores y Estados constituyan a menudo una carga considerable para los gobiernos en cuestión (Salacuse, 2007).

## B. Ventajas y desventajas del arbitraje internacional

La evolución histórica del sistema de SCIE establecido por los AII indica claramente que el arbitraje se ha convertido con el tiempo en la opción preferida para el arreglo de diferencias entre inversores y Estados. El motivo es la percepción general de que el arreglo de controversias sobre inversiones mediante el arbitraje internacional presenta numerosas ventajas, entre ellas las siguientes:

- Uno de los principales fines, y también ventajas, para los negociadores de los primeros AII era *despolitizar la controversia* entre el Estado receptor y el inversor de otro Estado, y permitir que se resolviera mediante un procedimiento judicial. Por una parte, despolitizar una controversia suponía desviarse de la estrategia "de cañón" aplicada anteriormente y judicializar las controversias

económicas relacionadas con inversiones. Ahora, un Estado "pequeño" podía llevar su caso contra un inversor de un Estado poderoso ante un foro neutral en un marco establecido de normas. De igual forma, el Estado "pequeño" podía ofrecer un tipo de arreglo que no requería la participación del Estado de origen del inversor. Por otra parte, despolitizar una controversia significaba también que los inversores no tenían que recurrir a sus Estados de origen o a órganos resolutorios internacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), para que les prestaran su asistencia en la controversia con el Estado receptor, evitando así la posibilidad de verse envueltos en otros diálogos geopolíticos. La interacción del inversor con el Estado receptor era entonces más directa, sin necesidad de que interviniera la diplomacia, lo que el inversor podía considerar favorable o desfavorable.

- Otra ventaja obvia para el inversor era que podía optar por someter su demanda a un tribunal independiente y cualificado. Esa garantía de *neutralidad e independencia en la resolución* era una ventaja cuando los inversores no confiaban en la independencia de los tribunales nacionales o cuando la judicatura del Estado receptor no había tenido que entender de muchas causas con arreglo al derecho internacional. Por último, la independencia podía aumentar si el arbitraje y las audiencias tenían lugar fuera del país receptor.
- La principal motivación para elegir el arbitraje internacional en las causas entre inversores y Estados era la *percepción de que el arbitraje es más rápido, económico, flexible y familiar* para los operadores económicos. En general, los inversores extranjeros consideraban que el arbitraje internacional era una forma rápida de resolver una diferencia con el Estado receptor que evitaba la prolongación del conflicto y el consiguiente aumento de los costos.
- En comparación con la resolución del conflicto en los tribunales nacionales, el arbitraje permitía a las partes ejercer *más control sobre el procedimiento contencioso*, ya que podían designar a los árbitros que deseaban (Salacuse, 2007; Franck 2008b), y elegirlos según sus conocimientos en el tema en cuestión. Además, las

partes tenían la posibilidad de exigir que el arbitraje se celebrara en un tercer país neutral y en un idioma familiar para ambas.

- El recurso al arbitraje se consideraba eficiente, ya que normalmente aseguraba un *laudo arbitral ejecutable* contra la otra parte, por lo general un Estado soberano. Los AII y, en particular, los convenios multilaterales relativos a controversias sobre inversiones, preveían el carácter definitivo y vinculante de los laudos arbitrales, lo que se ha demostrado por experiencia con el Convenio CIADI. Su propio mecanismo de ejecución ha resultado satisfactorio para hacer cumplir los laudos arbitrales. Sin embargo, el número creciente de casos de anulación demuestra que no todas las decisiones acaban ejecutándose. Pueden encontrarse tasas similares de ejecución de laudos arbitrales bajo los auspicios de diversos centros de arbitraje o mediante el arbitraje *ad hoc* amparado en el Reglamento de la CNUDMI, por lo que se refiere a la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).
- El uso del arbitraje internacional para resolver controversias internacionales sobre inversiones generó una *percepción de legitimidad*, ya que durante decenios, e incluso siglos, el arbitraje se había venido probando y aplicando de manera efectiva para resolver diversos tipos de controversias internacionales. De ahí que, a lo largo de la historia, el arbitraje se haya percibido como un mecanismo que apoya el respeto de la supremacía de la ley (Franck, 2005).

Pese a esas numerosas ventajas, la reciente multiplicación de controversias entre inversores y Estados, la imprevisibilidad de las interpretaciones de disposiciones fundamentales de los tratados, el aumento de las sumas financieras en juego, la impugnación de los actos de política pública y algunas deficiencias del propio arbitraje internacional han planteado preocupaciones a los Estados, tanto de países desarrollados como en desarrollo, así como al mundo académico y a la sociedad civil. También los abogados han formulado sus quejas, tanto los representantes de los inversores como los defensores de los

Estados soberanos en esas causas. En 2006 ya se intentó subsanar algunas de esas deficiencias mediante la revisión de las reglas del CIADI (CIADI, 2006a), y ahora se está examinando el Reglamento de la CNUDMI a tal fin.

Sin embargo, pese a esos cambios, el escepticismo y las opiniones críticas con respecto al arbitraje actual sobre inversiones siguen aumentando, y en algunos casos esas opiniones ya han influido en la adopción de medidas normativas pertinentes. Esto se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en las recientes posiciones adoptadas por el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Bolivariana de Venezuela y el Ecuador, que empezaron a limitar el acceso al arbitraje internacional en sectores sensibles de la economía. El Estado Plurinacional de Bolivia y el Ecuador incluso denunciaron las disposiciones del artículo 71 del Convenio CIADI. La denuncia de Bolivia se presentó el 2 de mayo de 2007, y la de Ecuador el 6 de julio de 2009.

El origen de esa insatisfacción se encuentra en las características inherentes al sistema internacional de arbitraje sobre inversiones, a la vez que refleja las prácticas y experiencias recientes en los casos de SCIE. Algunas de las principales desventajas del arbitraje basado en tratados de inversión son las siguientes:

- Contrariamente a lo que cabría esperar, *los costos del arbitraje entre inversores y Estados se han disparado* en los últimos años. No se trata sólo de las indemnizaciones por daños y perjuicios que los Estados deben abonar a los inversores extranjeros en caso de violación de las disposiciones de un tratado, sino también de que los gastos que conllevan los procedimientos arbitrales son extremadamente elevados, ya que el promedio de las tasas judiciales asciende al 60% del costo total del proceso (véase el recuadro 1). Además de las tasas judiciales, están los honorarios del árbitro, las tasas administrativas de los centros de arbitraje, y los costos adicionales de la participación de expertos y testigos (UNCTAD, 2008a, 2006a, 2005b)<sup>2</sup>.

**Recuadro 1. Ejemplos recientes de tasas judiciales en casos de SCIE**

Además de la carga financiera a la que se enfrentan los Estados debido a los laudos arbitrales dictados en su contra en las controversias entre inversores y Estados, los costos de los propios procedimientos también pueden ser muy altos. Así lo demuestran los siguientes ejemplos de tasas judiciales y costos de arbitraje en casos recientes de SCIE:

- En *Plama Consortium c. Bulgaria* (caso CIADI N° ARB/03/24), los gastos judiciales de la parte demandante (relativos a las etapas sobre la jurisdicción y el fondo del procedimiento de arbitraje) ascendieron a 4,6 millones de dólares, mientras que los de la parte demandada (relativos a ambas etapas) ascendieron a 13,2 millones de dólares. La parte demandante tuvo que abonar la totalidad de los costos del procedimiento de arbitraje y la mitad de los gastos judiciales de la parte demandada (UNCTAD, 2009).
- En *Pey Casado c. Chile* (caso CIADI N° ARB/98/2), los gastos judiciales de la parte demandante (relativos a las etapas sobre la jurisdicción y el fondo del procedimiento de arbitraje) ascendieron a un total de unos 11 millones de dólares, mientras que los de la parte demandada ascendieron, para ambas etapas, a 4,3 millones de dólares. Se ordenó a la parte demandada que abonase un 75% de las costas del arbitraje, y 2 millones de dólares en concepto de gastos de la parte demandante (UNCTAD, 2009).
- En *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría* (caso CIADI N° ARB/03/16), el tribunal obligó al país demandado a abonar la totalidad de las costas, que ascendieron a 7,6 millones de dólares, por entender que había infringido sus obligaciones legales. Se incluyeron los gastos judiciales del inversor (UNCTAD, 2006a).
- En *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. la República Árabe de Egipto* (caso CIADI N° ARB/05/15), el tribunal resolvió que los demandantes tenían derecho a recibir de Egipto la suma de 6 millones de dólares en concepto de gastos judiciales y de expertos, entre otros.

*Fuentes:* UNCTAD, 2009; UNCTAD, 2006a.

- Igualmente imprevisto es el *aumento significativo del plazo medio de resolución de las demandas* mediante un laudo arbitral definitivo, y ejecutado en consecuencia. En ocasiones, las partes hacen uso de todas las posibilidades procesales para evitar la ejecución de laudos arbitrales dictados contra ellas, lo que aumenta ese plazo en mayor medida. En los últimos años, la duración media de los procesos ha aumentado notablemente. Las partes recurren a procedimientos de anulación y otros procedimientos de inadmisión, y los Estados recurren casi sistemáticamente a la bifurcación (separación de la jurisdicción y el fondo) así como a medidas provisionales. El promedio de duración de los casos vistas y resueltos definitivamente varía de tres a cuatro años. Otra constatación indica que se tarda un promedio de 392 días entre la vista oral sobre el fondo de la controversia y la emisión del laudo definitivo, con una variación de tan sólo 92 días hasta 941 días<sup>3</sup>. Esto puede indicar que el plazo necesario para resolver litigios de índole comercial en tribunales u organismos administrativos nacionales no difiere mucho del que se requiere en el arbitraje basado en tratados de inversión.
- Los casos de controversias entre inversores y Estados resultan cada vez más *difíciles de gestionar* para las partes y están dando lugar a una pérdida sustancial de control sobre el procedimiento por los Estados partes en los AII subyacentes, en particular el Estado demandado. Más allá de llegar al acuerdo de someterse a arbitraje y designar a los árbitros, las partes tienen escasa influencia sobre el propio procedimiento arbitral (Salacuse, 2007).
- En casi todos los casos, el arbitraje internacional en una controversia entre un inversor y un Estado *termina con la ruptura de la relación entre ambas partes*. Como es obvio, esto es exactamente lo contrario de lo que pretenden los Estados cuando adoptan estrategias de promoción activa de las inversiones a fin de establecer relaciones a largo plazo con los inversores y fomentar contribuciones significativas de inversiones para el desarrollo económico del Estado receptor. De igual modo, el

inversor suele presentarse con un interés genuino en obtener un buen rendimiento de su inversión, lo que también puede requerir varios años de actividad ininterrumpida. Una controversia entre el inversor y el Estado romperá inevitablemente esa relación y sentará un precedente negativo para ambas partes.

- El aumento de casos basados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contra los Estados Unidos, México y el Canadá también ha suscitado *inquietudes ante la posibilidad de que se interpongan demandas fútiles o malintencionadas* que puedan inhibir la legítima adopción de medidas de reglamentación por parte de los gobiernos. De forma análoga, los casos basados en el TLCAN suelen referirse a medidas comerciales y podrían resolverse mediante procedimientos entre los Estados en cuestión. Sin embargo, la opción de incluir un capítulo sobre inversiones resulta más atractiva.
- Recientemente se han planteado en diversos círculos *preocupaciones sobre la legitimidad del sistema de SCIE*, que han dado lugar a debates en varios foros. Esas preocupaciones tienen su origen en la percepción de incoherencia en la interpretación de los elementos fundamentales de la protección en los distintos laudos arbitrales, y también en el simple hecho de que un tribunal arbitral integrado únicamente por tres miembros (por muy competentes y respetados que sean) investiga sobre leyes o medidas nacionales y las interpreta en última instancia. Se ha examinado la cuestión de un posible mecanismo de apelación, en particular tras la introducción de negociaciones de seguimiento relativas a un mecanismo de apelación en recientes ALC concluidos por los Estados Unidos. Existe un debate continuo sobre si es conveniente recurrir a tribunales arbitrales para que dictaminen sobre cuestiones relacionadas con políticas públicas, ya que no tienen el mismo nivel de salvaguardia de la responsabilidad y la transparencia que suele exigirse a los tribunales nacionales. Hay opiniones divergentes con respecto a la posibilidad de establecer una jurisprudencia equivalente a la *jurisprudence constante*

(Bjorklund, 2008; Kaufmann-Kohler, 2007), derivada de laudos arbitrales coherentes, que contribuiría a aclarar el contenido de los principios del derecho internacional.

- El arreglo de una diferencia mediante *el arbitraje se centra por completo en el pago de una indemnización* por daños y perjuicios derivada del incumplimiento de las disposiciones de un tratado. Por consiguiente, no deja espacio para que el inversor y el Estado lleguen a otros acuerdos, por ejemplo sobre posibles modificaciones de la propia medida o para ofrecer otras formas de indemnización "en especie".

Estas desventajas posibles o percibidas podrían abordarse hasta cierto punto mediante el desarrollo de enfoques alternativos para la solución de controversias entre inversores y Estados. Como es evidente, para ello podrían adoptarse medidas preventivas a fin de evitar que las controversias surgiesen y se agravaran, mediante servicios internos de mediación o arreglo o propuestas de recurrir a los ADR en el marco internacional de inversión existente establecido por los instrumentos multilaterales sobre SCIE y los AII. En los siguientes capítulos se examinarán varias de esas opciones de forma más detallada.

## Notas

- <sup>1</sup> La controversia también puede surgir del incumplimiento de las condiciones contractuales por parte del Estado, y seguirá las disposiciones del contrato por lo que respecta al derecho aplicable y a la solución de controversias, y en ausencia de una "cláusula de ámbito general". Véase UNCTAD (2004).
- <sup>2</sup> El procedimiento para descubrir las infracciones que emplean los bufetes de abogados del hemisferio occidental en el arbitraje internacional conlleva unos costos importantes en cuanto a la comprobación de hechos y la producción de documentos, que las partes litigantes deben abonar directamente o a sus abogados.
- <sup>3</sup> Intercambio basado en la web con Anthony Sinclair sobre el Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management Forum (Foro de gestión de controversias sobre infraestructuras petroleras, gasísticas, energéticas y mineras).

## **II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

En este estudio se identifican principalmente dos enfoques como alternativas al arbitraje basado en tratados de inversión. El primero es la aplicación de métodos ADR —ahora ya generalizados en las controversias comerciales— en el contexto de las controversias sobre inversiones. Durante los tres últimos decenios, los ADR han evolucionado en muchos países hasta abarcar una amplia variedad de controversias, incluidas las comerciales. Normalmente conllevan la intervención de un tercero para ayudar a los litigantes a negociar el arreglo de un conflicto existente. Tal como se mostrará más detalladamente en el capítulo III, en muchos AII se hace referencia a los ADR, aunque hasta ahora se han empleado muy poco en los casos de SCIE.

El segundo enfoque es la utilización de MPC para reducir el número de controversias que surgen entre inversores y Estados. Normalmente, las MPC suponen el establecimiento de mecanismos institucionales en el gobierno del Estado receptor que conducen a prevenir la aparición y posterior escalada de conflictos entre el Estado y los inversores. Su aplicación en el contexto de los casos de SCIE es aún incipiente, y en el capítulo IV se analizarán con más detalle y caso por caso algunos enfoques ya adoptados por determinados gobiernos.

En la siguiente sección se abordarán de manera más pormenorizada la naturaleza y el proceso de esos dos métodos alternativos. Seguirá una sección dedicada a identificar las ventajas, pero también las dificultades y los posibles obstáculos, que conllevan los métodos alternativos como instrumento de resolución y prevención de las controversias entre inversores y Estados.

## A. Procedimientos seguidos en los enfoques alternativos de solución de controversias

La clave de ambos tipos de enfoques alternativos radica en *el consentimiento y la cooperación que se requieren de ambas partes* para un proceso que es esencialmente voluntario. Para que los ADR resulten eficaces, se necesita la participación activa del inversor y del Estado parte en la controversia a lo largo de todo el proceso ADR, con distintos grados de participación. Esto los distingue sustancialmente del arbitraje internacional sobre inversiones, donde el consentimiento puede darse de antemano, por ejemplo en el marco de un AII, y sin necesidad de centrarse en una situación o controversia en particular. Una vez otorgado ese consentimiento, el Estado no puede denegarlo unilateralmente. No obstante, en el proceso ADR el consentimiento no se otorga de antemano, sino que se exige a lo largo de todo el proceso hasta la ejecución o el cumplimiento efectivos de la solución negociada.

De igual modo, las MPC también requieren que ambas partes participen activamente en el proceso. Los gobiernos de los países receptores deben instituir diligentemente un conjunto de medidas preventivas, mientras que se exige a los inversores que hagan un uso activo de los mecanismos institucionales respectivos que se han instaurado. En este caso el Estado también otorga el consentimiento de antemano, aunque goza de cierta discrecionalidad para modificar el conjunto de medidas preventivas, si lo considera necesario.

Otro elemento importante es el *grado de flexibilidad* al abordar los compromisos jurídicos en curso y los hechos concretos de la controversia. Los métodos alternativos —tanto los ADR como las MPC— pueden permitir a las partes encontrar una solución que no esté basada en una u otra interpretación de las disposiciones de los tratados y que vaya más allá de identificar que existen un incumplimiento o perjuicio. La cuestión principal es encontrar una solución aceptable y viable para la controversia, incluso si ello requiere apartarse del marco jurídico en que se inscriben los hechos del caso. Las soluciones alternativas pueden incluso ir más allá del pago de una indemnización

al inversor y conllevar el pago "en especie", así como propuestas por parte del Estado receptor de modificar la medida que impugna el inversor.

Pese al hecho de que tanto en los ADR como en las MPC son necesarios el consentimiento y la cooperación de ambas partes y un alto grado de flexibilidad, la naturaleza intrínseca de ambos enfoques es sustancialmente distinta. En particular, mientras que un proceso tiene por objeto resolver controversias, el otro pretende prevenirlas. De ahí que el enfoque adoptado consista en examinar la naturaleza de esos procesos por separado, lo que haremos en el resto de la presente sección.

Si examinamos primero de forma más detenida los **procesos ADR**, podremos distinguir entre varios tipos y subcategorías de ADR (Franck, 2008b), según la finalidad y el momento de la intervención en una controversia. Normalmente, los ADR conllevan un procedimiento de conciliación o mediación, aunque también pueden centrarse en un ejercicio de comprobación de hechos que haga posible delimitar el alcance real de la controversia. También pueden tener carácter consultivo, o representar una combinación de todos los elementos anteriores. Los *dispute boards*, por ejemplo los establecidos en contratos internacionales conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), son también procesos ADR, y se analizarán más detalladamente a continuación<sup>1</sup>.

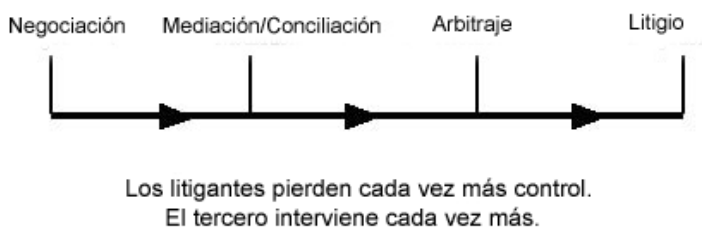
Sin embargo, los ADR suelen definirse simplemente mediante el proceso que se esté utilizando para resolver la controversia, es decir, la conciliación o la mediación. Las publicaciones sobre ADR no facilitan una distinción clara entre esos dos términos, sino que con frecuencia los utilizan indistintamente. El presente estudio sugerirá algunos criterios que permitirán establecer dicha distinción, antes de examinarlos a la luz de las controversias sobre inversiones.

Una primera diferencia entre conciliación y mediación radica en el grado de control que las partes mantienen sobre el proceso de solución de su controversia. En un arreglo negociado, lo habitual es

que las partes en la controversia lleguen a un acuerdo por sí solas y formulen el arreglo sin intervención externa de ninguna clase. La solución de la controversia es el resultado de esa negociación directa. La mediación conlleva la intervención de un tercero neutral (el mediador) en la controversia quien, a petición de ambas partes, les ayudará a encontrar una solución. El papel del mediador puede variar desde la ayuda prestada para que las partes establezcan un diálogo hasta la propuesta y organización efectivas de un arreglo viable para la controversia. Aunque el mediador intervendrá en la controversia a petición de las partes, asumirá el control del proceso del arreglo en cierta medida y en detrimento de éstas. La solución de la controversia será el resultado de esa intervención.

En la conciliación internacional, las partes otorgarán incluso un mayor control sobre la controversia y el proceso al conciliador (o al grupo de conciliadores). El motivo es que se suele confiar al conciliador el cometido de buscar y proponer la solución efectiva que las partes acatarán. Sin embargo, en cualquier tipo de procedimiento ADR las partes mantienen más control sobre el proceso en comparación con el arbitraje y el litigio, así como su derecho a aceptar o rechazar un arreglo propuesto o incluso a abandonar el proceso ADR por completo. Esto se ilustra en la figura 2.

**Figura 2. Métodos de solución de controversias y control asumido por las partes**



*Fuente:* Salacuse, 2007.

Otra diferencia fundamental entre la conciliación y la mediación radica en el grado de formalidad del proceso. La conciliación, cuyas raíces históricas se encuentran en el derecho internacional público, tiende a ser un proceso relativamente estructurado, repleto de normas formales relacionadas con excepciones jurisdiccionales, posibles alegatos, obtención de pruebas y emisión de recomendaciones escritas para el arreglo (Reif, 1991; O'Connell, 2003). En consecuencia, la conciliación se ha descrito en ocasiones como un tipo de arbitraje no vinculante (Onwuamaegbu, 2005). Por el contrario, la mediación es un proceso bastante informal en el que los mediadores tienden a centrarse en identificar intereses, replantear argumentos y presentar un abanico de posibles soluciones para facilitar que las partes avancen hacia un acuerdo (Franck, 2008b). Así pues, la mediación se identifica a menudo como "negociación asistida" (Onwuamaegbu, 2005).

Además, los conciliadores no suelen adoptar un enfoque de promoción de las relaciones para resolver las controversias entre las partes, y tampoco pretenden eliminar las dificultades que puedan obstaculizar las negociaciones. Tienden a centrarse ante todo en el fondo del asunto, y evitan buscar soluciones que vayan más allá de las cuestiones concretas que están en juego. Normalmente, los conciliadores proponen soluciones concretas que las partes puedan utilizar como base para un arreglo negociado. Tras interactuar con ambas partes en la diferencia, redactan las condiciones de un acuerdo que, a su entender, represente una solución de compromiso equitativo para la controversia (Onwuamaegbu, 2005; Redfern y Hunter, 2004; Franck, 2008b). Por el contrario, los mediadores suelen ir más allá del fondo del asunto y se centran también en la naturaleza del proceso de negociación y en la comunicación efectiva entre los litigantes. El papel del mediador consiste en reunir a las partes en una controversia y ayudarles a lograr una solución de compromiso y un arreglo (Onwuamaegbu, 2005; Frank, 2008b). Así pues, podría decirse que la mediación se centra en mantener la relación entre el inversor y el Estado receptor, mientras que la conciliación está más orientada a los resultados y pretende encontrar una solución concreta para la controversia. En general, es posible que no exista una frontera clara

entre la conciliación y la mediación, ya que algunos conciliadores pueden optar por aplicar algunas de las técnicas más típicas de la actividad de mediación siempre que contribuyan al logro de un compromiso.

En resumen, el objetivo básico del mediador o el conciliador que interviene en la controversia es ayudar a las partes a superar los obstáculos para llegar a un acuerdo. El origen de esos obstáculos puede ser muy diverso, por ejemplo la manera en que las partes se comunican, las tácticas empleadas al tratar con la otra parte, y la incapacidad o falta de disposición en general para examinar nuevas soluciones del problema. La forma de lograrlo puede diferir según el tipo de controversia, el historial de relaciones entre los litigantes, y las aptitudes y recursos del conciliador o mediador en particular (véase también el recuadro 2). No hay dos conciliadores o mediadores iguales; por el contrario, el papel que desempeñan y las estrategias y los procedimientos que adoptan pueden variar sustancialmente (Moore, 2003). En consecuencia, los ADR no ofrecen una única "fórmula mágica" para la solución de controversias. Hay estudios detallados sobre las numerosas formas que pueden adoptar los procesos de mediación y conciliación, las técnicas que pueden utilizarse en dichos procesos, las diversas etapas de que constan, el grado de desviación de las cuestiones jurídicas en juego, y el grado de flexibilidad para encontrar diversos tipos de soluciones<sup>2</sup>.

**Recuadro 2. El proceso de mediación y conciliación:  
características fundamentales**

- *Papel del mediador/conciliador*: asume muchos papeles al mismo tiempo; asiste, facilita, propone, reformula, convence y ultima; el grado de su participación varía desde fuertemente intervencionista hasta la de mero supervisor de los trámites procesales; en muchos casos sugiere las condiciones del arreglo o "trato" entre las partes.
- *Aptitudes del mediador/conciliador*: capacidad de evaluar los derechos y las obligaciones de las partes en la controversia; entendimiento fáctico;

autoridad; imparcialidad; conocimientos especializados pertinentes al tema; aceptación y respeto por ambas partes y suficiente capacidad de influir en ellas.

- *Trayectoria profesional del mediador/conciliador*: abogado, empresario o experto técnico.
- *Reglas y lugar de celebración de la conciliación/mediación*: CIADI, CNUDMI, CCI, AAA, OMPI, KLRCA, CRCICA, etc.
- *Técnicas de conciliación/mediación*: celebrar reuniones individuales; salvar las brechas de comunicación y facilitar el entendimiento; circunscribir la controversia al problema esencial; eliminar choques de personalidad y resentimientos; armonizar las expectativas de los litigantes; replantear las cuestiones de manera satisfactoria para ambas partes; trabajar sobre un enfoque paso a paso en el marco de programas convenidos, obteniendo pequeños logros que no entrañen demasiadas dificultades para llegar más adelante a un acuerdo sobre las cuestiones más importantes, o centrarse primero en las cuestiones difíciles para delimitarlas y otorgarles prioridad.
- *Papel de las partes litigantes*: participación voluntaria pero activa; compromiso de colaboración; mantenimiento de un control sustancial sobre el proceso y el resultado.
- *Valor de las partes litigantes*: evitar resultados judiciales de suma cero; mantener una relación efectiva entre las partes litigantes para que puedan seguir trabajando.
- *Posibles deficiencias*: carácter voluntario; participación de buena fe; incertidumbre sobre el resultado; dificultades de ejecución de los resultados.

*Fuente*: UNCTAD, basado en Coe, 2005.

Las **medidas de prevención de controversias** se establecen antes de que surja una controversia o incluso un conflicto entre el inversor y el Estado, si bien en previsión de la posibilidad de que se produzcan desacuerdos entre ambas partes. El concepto de MPC es

relativamente nuevo y desconocido, por lo que, a diferencia de los ADR, se dispone de muy pocas publicaciones oficiales al respecto. Asimismo, se está empezando a comprender cuáles son las MPC que podrían resultar más efectivas. Así pues, en el futuro será muy necesario proseguir con la labor de estudio sobre el tema.

Las MPC pueden adoptar varias formas, algunas de las cuales se examinan en el presente estudio (cap. IV), mientras que otras aún deben diseñarse. En la mayoría de los casos, las MPC tienen por objetivo establecer mecanismos efectivos de alerta que aumenten, en una fase temprana, la sensibilización entre las autoridades gubernamentales con respecto al inicio de un posible conflicto con un inversor. Dichos mecanismos de alerta temprana pueden establecerse mejorando los vínculos interinstitucionales, el intercambio de información y los canales de comunicación entre las autoridades gubernamentales. De ese modo pueden mejorar también los vínculos entre los gobiernos locales que tratan con los inversores y el gobierno central que suscribe los AII. Los mecanismos de alerta temprana también pueden conllevar el establecimiento de una institución en calidad de ventanilla única a la que puedan recurrir los inversores que no se sienten satisfechos con una política o medida promulgada por el Estado receptor. Un enfoque similar sería ofrecer al inversor extranjero el derecho a solicitar un examen administrativo de una política o medida que considere que le ha perjudicado.

En resumen, las MPC tienen por finalidad facilitar un aviso anticipado al gobierno en relación con un problema, y proporcionarle tiempo y flexibilidad suficientes para que aborde las preocupaciones del inversor, sea de forma unilateral o en coordinación con éste. Las MPC deben considerarse como un enfoque muy prometedor para abordar el problema del aumento de casos de SCIE. Mientras que los procesos ADR tales como el arbitraje no dejan de tener que abordar una controversia que ya existe y requiere solución, los gobiernos deben optar preferiblemente por la perspectiva de no enfrentarse a controversia alguna.

## B. Ventajas y dificultades en la aplicación de enfoques alternativos a la SCIE

El recurso a enfoques alternativos presenta ventajas y desventajas que deben examinarse con cierta cautela. Esto es especialmente cierto cuando se trata de aplicar enfoques alternativos a la SCIE, que conlleva la inusual combinación de un Estado y una entidad privada como partes litigantes. Aunque en muchos sistemas judiciales se ha generalizado la práctica de promover los ADR para abordar cuestiones tales como conflictos familiares o controversias laborales nacionales con el fin de hacer frente, entre otras cosas, al problema de la acumulación de casos pendientes de juicio, hasta la fecha hay escasa experiencia en el empleo de ADR para resolver conflictos en los que se impugna una medida o un acto del propio Estado. A fin de presentar una alternativa viable y creíble al arbitraje entre inversores y Estados, donde el recurso al arbitraje internacional es ya una excepción a los principios del derecho internacional, los enfoques alternativos deben presentar al menos algunos elementos que solventen las desventajas del arbitraje, sin presentar al mismo tiempo demasiadas desventajas inherentes.

Tal como se ha observado con el arbitraje, los enfoques alternativos presentan ventajas específicas, aunque a la vez conllevan desventajas y dificultades inherentes. Los enfoques alternativos, incluidos los ADR y las MPC, tienen en común las siguientes ventajas:

- La *flexibilidad* de los enfoques alternativos, por lo que se refiere tanto a los aspectos procesales de la controversia como a los resultados sustantivos en el contenido de la solución directa o facilitada, constituye una clara ventaja. Mientras que los árbitros están sujetos a las reglas del arbitraje al que se remiten las partes y gozan de una flexibilidad relativamente escasa (casi nula en el marco de las reglas del CIADI, y algo mayor en el de las reglas del CNUDMI), en los procesos ADR los terceros neutrales tienen mayor discrecionalidad para adoptar enfoques creativos.

Las partes también pueden ser más creativas con respecto a los resultados que desean obtener en el sentido de alcanzar un tipo de arreglo que beneficie a ambas sobre la base de necesidades e intereses mutuos (Salacuse, 2007). Esto se opone al juez o al árbitro que debe pronunciarse sobre la demanda basándose en los derechos jurídicos subyacentes estipulados en el tratado/contrato y en el derecho internacional, con la consiguiente limitación de recursos disponibles (Wälde, 2006; Franck, 2008b). En los enfoques alternativos hay flexibilidad con respecto a los compromisos jurídicos en cuestión y a los hechos específicos de la controversia, de manera que la solución no se basa necesariamente en la interpretación de las disposiciones de un tratado a efectos de determinar la existencia de incumplimiento o perjuicio, sino que se trata principalmente de encontrar una solución aceptable y viable incluso si para ello es preciso apartarse del marco jurídico en que se inscriben los hechos del caso. Por ejemplo, cuando un tribunal arbitral debe decidir si una medida o un acto concreto adoptado por el Estado constituye una expropiación, cumple los requisitos estipulados para que la expropiación sea legítima, y confiere derecho a una indemnización monetaria, un arreglo negociado puede resultar más flexible a fin de preservar los intereses de ambas partes en la controversia. Puede centrarse más en la naturaleza de la relación entre las partes que en los términos del contrato que negociaron o del AII subyacente concluido entre los Estados pertinentes, en un momento en que ninguno de los negociadores previó la posibilidad de que surgieran problemas. Más concretamente, las partes pueden, entre ellas o con ayuda de un tercero neutral, decidir una compensación alternativa por la denegación de un permiso o una licencia de inversión, en particular proponiendo un lugar o proyecto distinto para dicha inversión. Puede haber un canje de contratos u obligaciones de inversión de otro tipo. Es posible renegociar las condiciones de un proyecto de concesión, reevaluar la rentabilidad de un proyecto y proponer garantías o fuentes de ingresos adicionales. Se puede exigir a los gobiernos que acometan autoevaluaciones y revaluaciones de medidas problemáticas que hayan promulgado. No obstante, esos enfoques no son aplicables en el caso de leyes o políticas de

aplicación general. Ahora bien, en algunos casos, pueden producir efectos positivos, en particular sobre la relación en curso entre el Estado receptor y el inversor extranjero.

- Los ADR conllevan la *posibilidad de cerrar "tratos"* entre el inversor y el Estado. Los ADR (y también las medidas de prevención de controversias) pueden incluir en la negociación cuestiones que vayan más allá del pago de una indemnización, con un alcance muy superior respecto del arbitraje. En muchos casos, para el inversor pueden ser más importantes otras cuestiones que la mera compensación financiera por parte del Estado. Además, en comparación con el arbitraje, los ADR y, en particular, las medidas de prevención de controversias, pueden influir más sobre la propia medida, por lo que pueden conducir a una solución que resuelva el problema en su totalidad, y no sólo al pago de una indemnización sin que se modifique la problemática en cuestión.
- Otra posible ventaja de los enfoques alternativos es que prevén una *solución más rápida y económica*, sobre todo cuando el problema se aborda en una fase temprana y con el objetivo específico de evitar que se agrave. Los enfoques alternativos también permitirán ahorrar tiempo en cuanto a comprobaciones intensivas de hechos, contribuciones de expertos, interrogatorios de testigos, reuniones e intercambios de documentos.
- Otra ventaja de los medios alternativos es que puedan llevarse a cabo paralelamente al arbitraje entre inversores y Estados *y sin perjuicio del derecho de las partes a recurrir a otras formas de solución de controversias*. El avenimiento resultante puede incorporarse en última instancia a un laudo dictado por un tribunal de arbitraje, posibilidad prevista expresamente en el artículo 43 2) de las reglas del CIADI. Por ejemplo, en un caso presentado ante el CIADI, el Presidente del Tribunal actuó en calidad de mediador durante unos meses a petición de las partes para prestarles asistencia en sus negociaciones. Las partes llegaron a un acuerdo sobre algunas cuestiones y solicitaron al Tribunal que se pronunciase con respecto a otras (Onwuamaegbu, 2005).

- Además, los inversores extranjeros y los países receptores *evitan el riesgo de un laudo arbitral que pueda sentar un precedente negativo para el futuro* y alentar a otros inversores extranjeros a impugnar el mismo tipo de medida o reglamentación gubernamental. Una de las ventajas de los ADR es que preservan la privacidad y confidencialidad, lo que puede parecer contradictorio a primera vista. Sin embargo, resulta comprensible que la existencia de numerosos casos o de casos pendientes, que presentan diversas dificultades, así como de anulaciones y otros procedimientos dilatorios, puedan tener un impacto negativo en el clima de inversión y la reputación del país receptor.
- Los medios alternativos pueden *mejorar la buena gobernanza y las prácticas de reglamentación de los Estados* que deben revisar algunas de sus medidas o leyes con posterioridad a un proceso ADR o en el marco de una política de prevención de controversias. Por ejemplo, el resultado de un proceso ADR puede requerir que el Estado reevalúe ciertas medidas aplicadas en el pasado, y mejore los procedimientos internos con el fin de adaptarlos conforme a ese resultado negociado. Los inversores también pueden solicitar al Estado receptor que simplemente no vuelva a aplicar ciertas medidas desfavorables o problemáticas adoptadas en el pasado, lo que puede provocar cambios normativos.

Por otra parte, los enfoques alternativos presentan numerosas dificultades. Esas dificultades y las formas de solventarlas varían según la naturaleza de la controversia, y son las siguientes:

- La más importante es que el resultado de una negociación, mediación o conciliación *no es vinculante para las partes*, y no necesariamente puede hacerse valer al amparo de cualesquiera normas internacionales vinculantes.
- En el contexto de la SCIE, salvo por lo que se refiere a las negociaciones, *tanto inversores como Estados carecen de conocimientos y experiencia sobre las técnicas empleadas en los*

*métodos alternativos*, lo que explica bastante bien por qué esos métodos se utilizan tan poco en la práctica.

- A día de hoy, también supone un reto *encontrar a un tercero neutral adecuado* con conocimientos especializados tanto sobre los métodos alternativos como sobre la legislación en materia de inversiones y las controversias entre inversores y Estados.
- Los enfoques alternativos pueden entrañar una *pérdida de tiempo y de recursos financieros*. Esto ocurre cuando los litigantes acometen procesos ADR y tan sólo inician el procedimiento arbitral más adelante, cuando resulta evidente que una de las partes no se compromete de buena fe, y no está dispuesta o no es capaz de lograr un resultado negociado. De igual modo, si se aplican MPC que al final no cumplen su objetivo de evitar el recurso al arbitraje por parte del inversor, esa opción puede suponer un empleo innecesario de recursos. No obstante, aun cuando los medios alternativos no conduzcan al éxito inmediato, pueden ayudar a lograr un arreglo negociado en una etapa posterior, y alertar a los funcionarios sobre los problemas que pueden volver a plantearse con otros inversores.
- Los enfoques alternativos *no son apropiados para todos los tipos de controversias sobre inversiones*. Por ejemplo, un Estado soberano no puede negociar —y llegar a una solución de compromiso— sobre la aplicación o los efectos de normas o leyes generalmente aplicables (tales como leyes sobre el medio ambiente, sociales u otras leyes de interés público que se apliquen en un marco democrático) ni formular excepciones por lo que respecta a los inversores extranjeros. De igual modo, la aplicación de medidas fiscales a todos los inversores no sería negociable. Más en general, la posibilidad de recurrir a vías alternativas depende muy específicamente del caso y de los hechos en cuestión. Algunos casos sobre inversiones a largo plazo, por ejemplo, pueden prestarse a la adopción de enfoques alternativos a fin de asegurar la continuidad del proyecto mientras se negocia la solución de la controversia.

- Puede ocurrir que, simplemente, los métodos alternativos no puedan aplicarse o estén supeditados a demasiados *obstáculos cuando una de las partes es un Estado soberano*. Por ejemplo, los Estados receptores deben operar en general dentro de los límites de las leyes y reglamentos en vigor. Además, los obstáculos estratégicos y tácticos pueden aumentar, y la adopción de métodos ADR puede considerarse como un gesto de debilidad o utilizarse para ejercer presión con el fin de lograr un arreglo, lo que supondría una "motivación incorrecta". Las cuestiones políticas, la participación de grupos de presión y la publicidad en torno a los ADR pueden impedir que las autoridades intenten una solución negociada.
- *El requisito relativo a la facultad o el mandato para negociar, o la falta de ese requisito*, constituyen otro factor que disuade de adoptar ADR. Esto empeora cuando varios organismos públicos participan en la controversia y ninguno de ellos está autorizado a entablar negociaciones en nombre del gobierno con el fin de lograr una solución (Legum, 2006).
- La utilización de enfoques alternativos puede dar lugar a *la falsa percepción, a nivel nacional, de que los inversores extranjeros gozan de un trato especial* y de que no hay igualdad frente a las medidas o políticas del Estado. Los inversores nacionales pueden percibir que se hallan en situación de desventaja con respecto a los inversores extranjeros.
- En determinadas circunstancias, los métodos y procedimientos ADR pueden *requerir mucho tiempo*. Sin embargo, tal como se analizará más detalladamente en el siguiente capítulo, las disposiciones vigentes de los AII que promueven la negociación y la consulta tienden a especificar un plazo que no permite hacer un uso eficaz de los ADR. Con frecuencia, los Estados necesitarán un tiempo considerable para determinar el origen del incumplimiento y cuáles son las instituciones responsables, entre multitud de organismos públicos (Legum, 2006). Los escasos meses de

"enfriamiento" previstos a tal fin en los AII resultarán a menudo insuficientes para evaluar el problema con la debida precisión.

- La *dificultad de utilizar técnicas ADR puede estar relacionada con la naturaleza de la disposición de un AII* sobre cuya base se originó la controversia. Los ADR pueden permitir abordar de manera efectiva cuestiones que den lugar a una mayor flexibilidad en la adopción de decisiones, por ejemplo a fin de establecer el pago de una indemnización "suficiente". Sin embargo, otras cuestiones tales como determinar si se ha producido o no una expropiación sólo pueden aprobarse o desaprobarse con escasas oportunidades, o incluso ninguna, de lograr un compromiso. En otras palabras, los ADR sólo constituyen una forma viable de solución de controversias si las disposiciones pertinentes de los AII permiten cierta discrecionalidad en su aplicación.
- Se puede reprobar el carácter confidencial de muchos procedimientos ADR, puesto que dan lugar a una *falta de transparencia* con respecto a la manera de resolver las controversias en que un Estado es parte.
- Las MPC también pueden *generar conflictos interinstitucionales* relacionados con el solapamiento de prioridades en el Estado. Por ejemplo, pueden surgir desacuerdos sobre si debe prevalecer la protección de los inversores extranjeros o la del medio ambiente. Esos ejemplos pueden aplicarse a numerosas esferas de las competencias reguladoras de un Estado.
- Para el Estado receptor, *la búsqueda de una solución negociada entraña un alto riesgo político* cuando la acata sin estar obligado a ello. Por ejemplo, la pronta resolución de un caso que suponga el pago por adelantado al inversor extranjero de una indemnización por valor de varios millones de dólares puede ser o no más favorable que el resultado de un laudo arbitral, ya que lo más probable es que éste se dicte transcurridos un par de años. Además, el alto grado de confidencialidad de esas negociaciones equivale en definitiva a una falta de transparencia, que dará lugar a otras formas de crítica.

La naturaleza, el nivel y el número de esas dificultades difieren para cada controversia sobre inversiones en particular. El hecho de que una de las partes en la controversia sea un Estado soberano constituye un factor multiplicador.

### **Notas**

- <sup>1</sup> También hay varias otras formas de ADR, tales como el arbitraje "limitado", el arbitraje "basado en propuestas", la evaluación neutral previa y el arbitraje-mediación.
- <sup>2</sup> Se remite al lector que desee más información a las siguientes publicaciones: Coe, 2005, en particular con respecto a la conciliación en las controversias entre inversores y Estados; y Kolb, 1983.

### **III. ALTERNATIVAS AL ARBITRAJE EN EL MARCO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN**

En el capítulo anterior se han examinado los métodos alternativos disponibles y su posible utilización como alternativas al arbitraje internacional en el contexto de las controversias sobre inversiones. Para continuar, es preciso analizar su disponibilidad en el contexto del actual marco internacional de inversión. Por consiguiente, en el presente capítulo se examinará la incorporación de enfoques alternativos en las disposiciones de los AII, incluidos los TBI y los ALC. A continuación, se abordará la medida en que las reglas y servicios que forman parte del marco internacional de inversión, tales como el Convenio CIADI y el Reglamento de la CNUDMI, tienen en cuenta los enfoques alternativos del arbitraje sobre inversiones a fin de promoverlos o simplemente facilitarlos.

#### **A. Medios disponibles negociados en el marco de los AII**

La cuestión que debe determinarse es si los AII en vigor contemplan los enfoques alternativos como opción para los inversores, y en qué forma lo hacen, además de la medida en que esas disposiciones conducen al empleo de medios alternativos. En general, los AII suelen prever el recurso a medios que constituyan una alternativa al arbitraje internacional. Se trata de exigir a las partes en una controversia que traten primero de llegar a un acuerdo amistoso mediante negociaciones y consultas entabladas con seriedad y buena fe, y que sólo si fracasan consideren el arbitraje internacional como siguiente paso (UNCTAD 2003a, 2003b). A tal efecto, la mayoría de los AII incluyen una cláusula que alienta o incluso obliga a las partes en una controversia a entablar consultas y negociaciones. La formulación tradicional es que, en el caso de una controversia entre un inversor y un Estado, "[...] *las partes intentarán primero resolver la controversia mediante consultas y negociaciones*" (por ejemplo,

artículo 12 1) del TBI Australia-Viet Nam, de 1991), o "[...] *en la medida de lo posible, la controversia se resolverá amistosamente mediante negociaciones entre las partes*" (TBI China-Singapur, de 1986), o "[...] *en la medida de lo posible, la controversia se resolverá amistosamente entre las partes [...]*" (TBI Francia-Panamá, de 1982). Lamentablemente, debido al carácter confidencial que suelen tener esos arreglos amistosos, no se dispone de estadísticas completas y precisas sobre soluciones negociadas de controversias entre inversores y Estados.

En los AII suele especificarse un plazo de entre tres y seis meses para recurrir a ese tipo de arreglo amistoso. Es probable que ese "período de enfriamiento" se incluya en las disposiciones de los AII para que las partes consideren seriamente la conveniencia del arbitraje internacional, en lugar de alentarlas a que empleen técnicas ADR específicas que vayan más allá de las simples consultas y negociaciones. Además, el "período de enfriamiento" suele ser demasiado breve para que el ADR resulte eficaz. El mero hecho de denominar a ese plazo de tres a seis meses "período de enfriamiento" en lugar de período de negociación habla por sí solo, y debe considerarse teniendo en cuenta el objetivo de los TBI de facilitar a los inversores el acceso al arbitraje internacional sin demoras injustificadas (véase también el recuadro 3).

### **Recuadro 3. Casos de SCIE en que se tiene en cuenta el no haber intentado un arreglo amistoso antes del arbitraje**

En pocos casos de SCIE se ha tenido en cuenta el hecho de no intentar lograr un arreglo amistoso como condición previa para que el inversor incoe un procedimiento. Sin embargo, dos casos recientes donde esto se ha investigado muestran que las decisiones adoptadas al respecto pueden ser diversas:

- En *Western NS Enterprise Fund c. Ucrania*, el tribunal dictó una orden en el sentido de que avisar con la debida antelación constituye un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje, ya que le permite, por mediación de sus órganos competentes, examinar

y posiblemente resolver la controversia en el marco de negociaciones (caso CIADI N° ARB/04/2, párr. 5). Así pues, las actuaciones se suspendieron para exigir al inversor que siguiera el procedimiento adecuado avisando con suficiente antelación al Estado. Más adelante, el caso se desestimó (Polasek, 2006).

- Por el contrario, en *Occidental Petroleum Corporation/Occidental Exploration y Production Company (OEPC) c. el Ecuador* (caso CIADI N° ARB/06/11) el tribunal adoptó un enfoque distinto. El caso se refería a un contrato que había conferido al inversor derechos específicos de exploración y perforación en una zona determinada. El inversor se había acogido al arbitraje tan sólo dos días después de la revocación del contrato, pese a que se le había alentado a emplear métodos ADR y al "período de espera" de seis meses previsto en el artículo VI, párrafos 2 y 3, del TBI Ecuador – Estados Unidos pertinente. El tribunal dictaminó en favor del inversor, por entender que el procedimiento de *caducidad* [revocación del contrato] impugnado en ese arbitraje se había iniciado de hecho en 2004. Como se había indicado, en el período de aproximadamente 18 meses antes de emitir el Decreto de *caducidad*, el 15 de mayo de 2006, la OEPC había efectuado una serie de declaraciones en que intentó refutar, aunque infructuosamente, las alegaciones sobre cuya base se inició el procedimiento de *caducidad*. Se añadió que, aun sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, los intentos de llegar a una solución negociada eran realmente fútiles dadas las circunstancias" (caso CIADI N° ARB/06/11).

No es frecuente que en los AII se mencione explícitamente la posibilidad de utilizar técnicas ADR más sofisticadas tales como la mediación o la conciliación con el fin de solucionar controversias. Tan sólo en algunos AII se propone o reconoce específicamente el empleo de esas técnicas en las controversias sobre inversiones. Normalmente incluyen disposiciones que autorizan específicamente el empleo de técnicas alternativas de resolución como parte del proceso de negociaciones y consultas. Por ejemplo, el artículo 23 del TBI modelo de los Estados Unidos (2004) estipula lo siguiente:

*"En el caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben en primer lugar intentar solucionar la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que podría incluir la aplicación de procedimientos con intervención de terceros de carácter no obligatorio"* (sin negrita en el original).

Los TBI concertados anteriormente por los Estados Unidos ya incorporaban disposiciones de este tipo, por ejemplo el TBI Polonia–Estados Unidos de 1990. De igual modo, el TBI Turquía–Estados Unidos de 1985 también prevé el empleo de ADR, aunque únicamente después de que hayan fracasado los intentos de negociación:

*"Artículo VI 2)*

*[...] si fracasan las negociaciones, [...] la controversia podrá resolverse aplicando procedimientos mutuamente convenidos con intervención de terceros de carácter no obligatorio".*

Más común en los AII es la simple referencia a la conciliación como opción próxima o alternativa al arbitraje, y se menciona sistemáticamente antes de éste en diversos tratados. Un ejemplo es el TBI China–Japón de 1988, que estipula lo siguiente:

*"Si una controversia relativa a la cuantía de una indemnización [...] no puede resolverse en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que cualquiera de las partes solicitó consultas para el arreglo, dicha controversia se someterá, a petición de ese nacional o esa empresa, a un **consejo de conciliación** o un consejo de arbitraje [...]. Cualesquiera controversias relativas a otros asuntos [...] podrán someterse de mutuo acuerdo a un **consejo de conciliación** o consejo de arbitraje, según se ha indicado supra"* (sin negrita en el original).

El TBI concertado entre Georgia y los Países Bajos, de 1998, también menciona la conciliación junto al arbitraje:

*"Por el presente, cada Parte Contratante consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones cualesquiera controversias jurídicas que surjan entre la Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante con respecto a una inversión de ese nacional en el territorio de la primera Parte Contratante, para su solución **mediante conciliación** o arbitraje en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965"* (sin negrita en el original).

Un ejemplo más reciente puede encontrarse en el capítulo sobre inversiones del Acuerdo de Asociación Económica (AAE) entre el Japón y la República de Indonesia, de 2007. El artículo 69 del capítulo V sobre solución de controversias entre inversores y Estados incluye disposiciones detalladas sobre el recurso a la conciliación o al arbitraje:

*"4. Si la controversia sobre inversiones no puede resolverse mediante consultas o negociaciones [...], el inversor demandante podrá someterla a uno de los siguientes procedimientos internacionales de conciliación o arbitraje:*

*a) Conciliación o arbitraje en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados [...]*

*b) Conciliación o arbitraje en el marco del Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro*

*Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [...]"*

Sólo algunos tratados proponen la aplicación de procedimientos de conciliación como condición previa para que el inversor pueda hacer valer su derecho a someter la controversia al arbitraje internacional. Un ejemplo es el artículo 9 del TBI concertado entre la India y Suecia, de 2000, que estipula lo siguiente:

*"2. Si una controversia de esa clase no se hubiese resuelto amistosamente en un período de seis meses, el inversor parte en dicha controversia podrá someterla a resolución de conformidad con las siguientes disposiciones:*

*a) A los tribunales o tribunales administrativos de la Parte Contratante que es parte en la controversia; o*

*b) De conformidad con cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable, previamente convenido; o*

*c) A un **procedimiento de conciliación internacional en el marco del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo, la "CNUDMI").***

*3. Si el inversor no ejerciese las opciones previstas en los párrafos 2 a) y b) del presente artículo, o cuando el **procedimiento de conciliación en el marco del párrafo 2 c) concluya de manera distinta a la firma de un acuerdo de solución**, la controversia se remitirá a arbitraje internacional vinculante de conformidad con las siguientes disposiciones [...]"* (sin negrita en el original).

Aunque en los AII rara vez se mencionan de forma explícita los ADR que van más allá de las negociaciones y consultas, conviene tener en cuenta que tampoco prohíben su empleo. Además, como las disposiciones de los tratados no especifican la manera de entablar las consultas y negociaciones, tampoco impiden que las partes litigantes acudan a terceros para que les ayuden a resolver su conflicto. Por otra parte, una mención más específica que alentara o autorizara la utilización de ADR, más allá de las consultas y negociaciones, transmitiría una señal adicional a ambas partes en el sentido de que ese tipo de ADR es una opción viable que conviene tener muy en cuenta. En general, no está claro en qué medida el empleo más frecuente de técnicas ADR se ha visto frenado por el hecho de que en los AII no se prevean expresamente.

Más allá del ámbito de los ADR, otra posibilidad para introducir alternativas al arbitraje basado en tratados de inversión en los AII es potenciar la función de cooperación entre Estados por lo que se refiere a la prevención y la gestión de las controversias. En varios AII más recientes puede observarse un renovado interés por los procedimientos entre Estados. El enfoque general es que los gobiernos del inversor y del país en que se realiza la inversión fortalezcan la comunicación y compartan información sobre las controversias nuevas y existentes relativas a inversiones, con objeto de resolverlas. En otras palabras, en el contexto de la solución de controversias sobre inversiones, cabe asignar una función potencialmente más importante al Estado de origen, y en los futuros AII podrían incorporarse con más frecuencia disposiciones a tal fin. Aunque esto constituye esencialmente una "repolitización", la relación que mantienen los Estados participantes es más de cooperación que de confrontación en este caso.

Un ejemplo significativo de preocupación compartida entre dos partes contratantes de un AII es el artículo 815 del ALC recientemente concertado entre el Canadá y Colombia, por el que se establece el Comité de Inversión:

*"3. El Comité se reunirá tantas veces como sea acordado por las Partes y deberá trabajar para promover la cooperación y facilitar iniciativas conjuntas que podrán abordar asuntos tales como:*

*a) Fortalecimiento de capacidades, en la medida que los recursos sean disponibles en experticia legal sobre resolución de controversias inversionista-Estado, negociaciones de inversión y asuntos de asesoría relacionados;*

*b) Promocionar la responsabilidad social corporativa; y*

*c) Otros asuntos relacionados con inversión identificadas por las Partes como prioritarios."*

Además de fortalecer la cooperación entre las partes contratantes, las comisiones conjuntas u otros mecanismos establecidos bilateralmente entre los Estados también pueden participar en el intercambio de información, la adopción de medidas preventivas o incluso la facilitación de la solución de controversias relativas a inversiones.

Merece la pena examinar varios ejemplos de AII recientes que podrían permitir que se adoptara ese enfoque. Si bien tales disposiciones se refieren a la cooperación entre Estados en un sentido más general, su ampliación y aclaración a efectos de incorporar la gestión de las controversias sobre inversiones podría permitir avanzar en esa dirección en el futuro. Por ejemplo, los TBI de China suelen incluir el siguiente tipo de disposición, tal como muestra el artículo 13 del TBI entre China y Letonia, de 2004:

*"1. Los representantes de las Partes Contratantes mantendrán reuniones de vez en cuando a efectos de:*

- a) *Examinar la aplicación del presente acuerdo;*
- b) *Intercambiar información jurídica y oportunidades de inversión;*
- c) ***Resolver controversias relativas a inversiones.***

[...]

2. *Cuando cualquiera de las Partes Contratantes solicite consultas sobre cualquier asunto en el sentido del párrafo 1 del presente artículo, la otra Parte Contratante responderá con prontitud [...]” (sin negrita en el original).*

El establecimiento de un "comité conjunto" o "subcomité" de inversión, al igual que en los capítulos sobre inversiones de las AAE del Japón, también constituye un enfoque viable. Son ejemplos de tales disposiciones el artículo 93 del capítulo 7 de la AAE entre el Japón y Malasia, de 2005, y el artículo 88 del capítulo 8 de la AAE entre el Japón y Singapur. Esos comités están integrados por representantes de los dos gobiernos firmantes del acuerdo, y se reúnen en ocasiones mutuamente convenidas. Se les asignan diversas funciones, entre ellas intercambiar información, supervisar la aplicación adecuada del acuerdo, examinar las posibilidades de cooperación para promover las inversiones y las actividades de facilitación, así como otras responsabilidades según convenga. Los comités conjuntos también pueden desempeñar la función de aumentar la cooperación entre Estados a fin de gestionar y evitar controversias.

De forma análoga, en los acuerdos de integración económica regional (AIER) también se prevé el establecimiento de comités para supervisar y gestionar diversos asuntos pertinentes al acuerdo. Por ejemplo, en el artículo 2001 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1992, se prevé el establecimiento de

la Comisión de Libre Comercio que, entre otras cosas, es responsable de supervisar la aplicación del TLCAN, resolver las diferencias que surjan con respecto a la interpretación o aplicación del Acuerdo, y examinar otras cuestiones pertinentes a su funcionamiento. La Comisión se reúne al menos una vez al año. También supervisa la labor de todos los subcomités y grupos de trabajo que se constituyen en el marco del TLCAN. La responsabilidad de la gestión de los asuntos relacionados con las controversias sobre inversiones, o simplemente del examen o las consultas sobre esas cuestiones, podría recaer en esos comités o en uno de los subcomités establecidos en el marco del TLCAN o de otros AIER similares.

En el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, de 2002, puede encontrarse otro ejemplo de adopción de ese enfoque en un AIER que ha abordado más concretamente la cuestión relativa a la solución de controversias entre entidades privadas a nivel interestatal. En los artículos 39 a 44 del capítulo XI del acuerdo, que trata sobre los reclamos de particulares, se introduce un enfoque de dos pasos que requiere una primera etapa de consultas y exámenes que pueden poner término a la controversia. Si no prosperan, se iniciarán procedimientos entre Estados como segundo paso. El contenido de los artículos es el siguiente:

*"Artículo 39. Ámbito de aplicación*

*El procedimiento establecido en el presente Capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal [...].*

*Artículo 40. Inicio del trámite*

*1. Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado*

*Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.*

2. [...] ]

#### *Artículo 41. Procedimiento*

1. [...] La Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo conforme al artículo 40 del presente Capítulo deberá entablar consultas con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de aquéllas, una solución inmediata a la cuestión planteada. [...]

2. Finalizadas las consultas sin que se hubiera alcanzado una solución, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común elevará el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común.

#### *Artículo 42. Intervención del Grupo Mercado Común*

[...]

2. Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, éste se considerará aceptado. En este caso el Grupo Mercado Común procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos [...]

#### *Artículo 43. Grupo de expertos*

1. El grupo de expertos a que se hace referencia en el artículo 42.2 estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común [...]."

#### *Artículo 44. Dictamen del grupo de expertos*

*1. El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común.*

*i) Si en [sic] dictamen unánime se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las [sic] medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo VI del presente Protocolo.<sup>m</sup>*

En estas disposiciones, resulta interesante el procedimiento de transferir una demanda presentada por un particular, por ejemplo un inversor, a un procedimiento entre Estados. Tras un primer requisito de entablar consultas con el objetivo de alentar la búsqueda de soluciones rápidas al conflicto, el Grupo Mercado Común debe examinar la admisibilidad de la demanda desde el punto de vista procesal, antes de nombrar a un grupo de expertos formado por personas con conocimientos especializados sobre el tema objeto de controversia. A continuación, ese grupo decidirá sobre la admisibilidad del tema antes de someterlo al procedimiento arbitral entre Estados. Este enfoque es similar a un proceso en dos etapas.

Lo que tienen en común los enfoques anteriores es que los problemas se abordan por anticipado, y se intenta resolverlos antes de que el inversor recurra al procedimiento de SCIE disponible en el marco del tratado en cuestión. Los mecanismos de SCIE se han instaurado para evitar que se otorgue protección diplomática a una Parte o se ejerza presión sobre la otra. En la práctica, sin embargo, cuando el inicio de una controversia acecha, el embajador del Estado de origen del inversor se dirigirá en general a las autoridades

y solicitará el examen detallado del asunto. La inclusión en un AII de texto específico a efectos de implicar al Estado de origen del inversor en la SCIE podría considerarse como un retroceso hacia la politización de la controversia, cuando la despolitización ha sido el principal interés de todas las partes en años recientes. Sin embargo, esa cuestión podría enfocarse desde la perspectiva de una cooperación más estrecha entre los Estados partes, que comparten la preocupación de que puedan surgir controversias con inversores del otro Estado. Esa cooperación podría prevenir conflictos, evitar que se agraven hasta el punto de llegar a la controversia, o resolver los problemas en una fase temprana.

## **B. Reglas internacionales e instituciones de solución de controversias disponibles a las que se hace referencia en los AII**

Al igual que sucede en el arbitraje, puede ser útil disponer de reglas que orienten a las partes y al tercero neutral a llevar a cabo un proceso ADR fluido y eficaz. Dichas reglas permiten a la parte que inicia el procedimiento realizar una elección informada y garantizar la previsibilidad del proceso, sobre todo cuando en la controversia participa un Estado soberano. El Estado demandado también puede basarse en esas reglas para adoptar una decisión informada sobre el recurso a la mediación o la conciliación. El marco internacional de inversión incluye al menos tres conjuntos de reglas a las que las partes pueden referirse o que pueden utilizar para aplicar un método ADR. Se trata de las reglas establecidas en el marco del Convenio CIADI, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CCI. En la primera parte de esta sección se analizarán dichos reglamentos, entre otros, y se valorará su empleo en las controversias entre inversores y Estados.

Además de las reglas sobre el propio proceso ADR, en la presente sección se examinará la disponibilidad de un marco institucional que proporcione el apoyo y los servicios necesarios a los inversores y

Estados dispuestos a entablar un ADR. Varias instituciones ofrecen servicios tales como la propuesta de un tercero neutral para los fines de la conciliación, o un lugar donde las partes litigantes puedan mantener las reuniones pertinentes. Además de la secretaría del CIADI y la CCI, varios otros centros o instituciones de arbitraje, a nivel regional o nacional, han comenzado a prestar esos servicios.

El **Convenio CIADI** contiene el cuerpo principal de reglas mencionadas en los AII y utilizadas por las partes en las controversias entre inversores y Estados. Entre ellas se incluyen las *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje* (*Reglas de Arbitraje*), que proporcionan el marco procesal para el método más común de solución de controversias entre inversores y Estados, y las *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación* (*Reglas de Conciliación*), que incluyen normas sobre la manera de iniciar el procedimiento de conciliación (CIADI, 2006a). Las Reglas de Conciliación del CIADI se adoptaron en 1967, junto con las Reglas de Arbitraje del CIADI, para su empleo en la resolución de las controversias entre los propios Estados miembros del CIADI y los inversores de dichos Estados. En 1978 se adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario (Reglamento de Conciliación) del CIADI, para su empleo en los casos en que una de las partes en la controversia no es miembro del CIADI o cuando el asunto que se dirime no está directamente relacionado con las inversiones (Onwuamaegbu, 2005). Recientemente, el CIADI también ha considerado la posibilidad de promover la mediación, aunque al parecer ese enfoque se ha abandonado, probablemente debido a la necesidad de más recursos humanos y financieros dado el aumento de los casos de arbitraje.

En el *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio* se describe la diferencia principal entre el arbitraje y la conciliación con arreglo a las reglas del CIADI. Se afirma que "[l]as diferencias entre los dos grupos de disposiciones reflejan la distinción básica entre la conciliación, que persigue poner de acuerdo a las partes, y el arbitraje, que se encamina a una decisión vinculante de la diferencia por parte del Tribunal" (CIADI, 2006a).

Las Reglas de Arbitraje del CIADI, aunque centradas en la solución de controversias mediante arbitraje, prevén la posibilidad de considerar un arreglo amistoso como alternativa. Incluyen la opción de que las partes soliciten la celebración de una audiencia preliminar entre ellas y el tribunal. El capítulo III, regla 21, estipula lo siguiente:

*"2) A solicitud de las partes, una audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes, debidamente representadas por sus representantes autorizados, podrá celebrarse para considerar el objeto de la diferencia a fin de lograr un avenimiento."*

Las Reglas de Conciliación del CIADI, centradas por completo en la conciliación, especifican el modo en que las partes en una controversia seleccionarán a los conciliadores y explican detalladamente cómo se constituye la Comisión de Conciliación. Además, regulan el funcionamiento de la Comisión, integrada por los conciliadores, así como el cumplimiento de su mandato. Por último, las reglas describen varios procedimientos que la Comisión y las partes deberán seguir durante el proceso de conciliación, y especifican cómo concluirán las actuaciones (CIADI, 2006a). Así pues, las Reglas de Conciliación del CIADI establecen un conjunto relativamente formal de procedimientos, y otorgan a la Comisión de Conciliación facultades sustanciales. Por ejemplo, la Comisión de Conciliación tiene ciertas facultades con arreglo a las cuales podrá: a) en cualquier momento, *"recomendar que las partes acepten términos específicos de solución o que se abstengan [...] de realizar actos específicos que pudieran agravar la diferencia; y presentará a las partes los argumentos en que funde sus recomendaciones"* (CIADI, 2006a); b) solicitar declaraciones escritas a las partes; c) dictaminar sobre su propia competencia; d) dictaminar sobre solicitudes de descalificación de conciliadores; e) celebrar vistas y obtener pruebas en forma de documentos o testimonios de testigos; y f) emitir un informe al finalizar el procedimiento. Las reglas actuales de conciliación del CIADI se asemejan a un proceso de arbitraje no vinculante, lo que de hecho puede ser uno de los motivos por los que a las partes les

resulte poco atractiva la conciliación en el CIADI. Esto se aborda más adelante con detalle.

Por último, el CIADI también mantiene un Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A) en el marco de su Reglamento del Mecanismo Complementario. Esas reglas para la comprobación de hechos se establecieron a fin de prevenir controversias, ya que el resultado de un procedimiento de comprobación de hechos proporcionaría a las partes litigantes una valoración imparcial del problema en cuestión (Onwuamaegbu, 2005). Tales procedimientos requieren la constitución de un Comité de investigación y, una vez concluida ésta, la publicación de un informe sobre sus resultados (CIADI, 2006b).

Un ejemplo similar de conjunto de normas aplicables a una conciliación *ad hoc* puede encontrarse en la **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002** (CNUDMI, 2004), que se utiliza conjuntamente con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980 (CNUDMI, 1980). La Ley Modelo ofrece un buen ejemplo de enfoque codificado hacia la conciliación. En resumen, el procedimiento es el siguiente:

Una parte en una controversia solicita conciliación a la institución que presta esos servicios. Si la institución obtiene el acuerdo del otro litigante, nombrará a un conciliador. Los conciliadores tienen amplia discrecionalidad en la gestión del proceso, e invitarán a ambas partes a que expongan sus opiniones sobre la diferencia para luego preparar un informe con una propuesta de solución. Las partes podrán aceptar o rechazar esa propuesta; en este último caso, cualquiera de ellas podrá recurrir al arbitraje. Las partes litigantes también podrán utilizar la propuesta del conciliador como base para futuras negociaciones entre ellas. El proceso de conciliación es confidencial y voluntario, y ambas partes pueden retirarse en cualquier momento.

La **Cámara de Comercio Internacional (CCI)** también prevé un conjunto de normas sobre ADR aplicables a todas las controversias

comerciales (CCI, 2001). Sin embargo, queda por determinar la medida en que ese *Reglamento ADR* puede aplicarse a las controversias entre inversores y Estados. El contenido básico del reglamento de la CCI es similar a los ejemplos facilitados *supra*, que especifican la manera en que la parte demandante entabla los procedimientos de conciliación; el proceso de selección de un tercero neutral; la cobertura de los honorarios y gastos necesarios; información detallada sobre el procedimiento ADR propiamente dicho; y los pasos necesarios para dar por concluidos los procedimientos.

Además de su Reglamento ADR, la CCI también apoya el establecimiento de los denominados "*dispute boards*", que se constituyen en el momento en que dos partes concluyen un contrato de medio a largo plazo. Esos *dispute boards* se mantienen mientras el contrato está en vigor, y cada una de las partes puede dirigirse a ellos en caso de que surja un conflicto. Los *dispute boards* suelen estar integrados por una a tres personas muy familiarizadas con el contrato en cuestión. Su mandato consiste en ayudar a las partes a resolver los conflictos que surjan en el curso del cumplimiento del contrato, formular recomendaciones o incluso proponer decisiones concretas. De forma análoga al Reglamento de Conciliación, la CCI ha publicado un *Reglamento relativo a los dispute boards*, que especifica cómo funcionan. La CCI apoya asimismo el establecimiento de los *dispute boards* por mediación de su Centro de los Dispute Boards. Al igual que sucede con la conciliación, el *Reglamento relativo a los dispute boards* especifica que puede recurrirse al arbitraje formal tras un intento fallido de resolver la controversia mediante el *dispute board* (CCI, 2004). Por lo que se refiere a los plazos, puede considerarse que el *dispute board* supone un intento de anticipar posibles diferencias en el momento de concluir los contratos. La ventaja que pueden aportar es que las partes contratantes que convienen en establecer un *dispute board* son relativamente conscientes del hecho de que pueden surgir desacuerdos, y están preparadas para intentar resolverlos primero mediante métodos alternativos, con la posibilidad de evitar por completo el arbitraje. Habida cuenta de esas posibles ventajas, merece la pena examinar más a fondo la medida en que los *dispute boards*

son aplicables en el contexto de las controversias entre inversores y Estados, y tal vez incluso la inclusión formal de disposiciones al respecto en los AII. Por ejemplo, podría constituirse un *dispute board* cuando un gran inversor llegara al país receptor, o cuando se concluyeran contratos estatales con inversores extranjeros.

Otra institución destacada en la esfera de los ADR es el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**, establecido bajo los auspicios de la American Arbitration Association (AAA). Sus *Procedimientos de arreglo de diferencias internacionales* son similares a los reglamentos de conciliación de las instituciones citadas *supra*, y abarcan el mismo tipo de cuestiones, por ejemplo el inicio de la mediación, el nombramiento y las funciones del mediador, la conclusión de la mediación y la cobertura de los gastos. De nuevo, esas reglas se refieren principalmente a las controversias comerciales, y es preciso examinar la medida en que pueden aplicarse a las necesidades en materia de SCIE (AAA, 2007). Sin embargo, es probable que haya organismos interesados en emplearlas más allá del ámbito de las controversias comerciales.

La **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)** también mantiene reglas sobre arbitraje y mediación. De forma análoga a los reglamentos de conciliación o mediación antes citados, el *Reglamento de Mediación de la OMPI* (efectivo a partir del 1º de octubre de 2002) incorpora directrices sobre el nombramiento y las funciones del mediador; la representación de las partes y su intervención en las reuniones; el procedimiento de mediación propiamente dicho; el carácter confidencial; las cuestiones financieras; y la conclusión del procedimiento de mediación. Las reglas de la OMPI son especialmente pertinentes al arbitraje comercial sobre cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual a nivel transfronterizo (OMPI, 2006).

Además de proporcionar normas que regulan los procedimientos de conciliación y mediación, muchas instituciones también facilitan las instalaciones necesarias para las partes litigantes durante el proceso

de conciliación o mediación, y asumen de esta manera el papel de una organización de apoyo en el curso de los procedimientos. Los motivos de que esas instituciones proporcionen instalaciones son ofrecer ayuda organizativa, administrativa y logística a las partes en la controversia y al tercero neutral durante todo el proceso de conciliación o mediación, y facilitar un foro y un espacio neutrales para que los procedimientos avancen de manera efectiva. Por ejemplo, las partes en una controversia pueden obtener información pertinente, por ejemplo una lista de conciliadores y mediadores acreditados, o autorización para utilizar las instalaciones de la organización de apoyo mientras se llevan a cabo los procedimientos de conciliación o mediación. La organización también puede poner a disposición de los litigantes salas y lugares de reunión.

Actualmente hay un amplio abanico de instituciones de ese tipo, de manera que no es posible incluir una lista exhaustiva sino tan sólo mencionar algunos ejemplos. Entre las instituciones antes mencionadas, el CIADI, la CCI, la AAA y la OMPI facilitan dichas instalaciones y asistencia a las partes en un proceso de conciliación o mediación. Además, asumen también esa función diversos centros regionales y nacionales. Por ejemplo, se establecieron varios centros de arbitraje que dependen de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), una organización intergubernamental fundada, entre otras cosas, para asesorar a los Estados miembros en diversas materias de derecho internacional. El Centro Regional de Kuala Lumpur para el Arbitraje (KLRCA) y el Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional (CRCICA) figuran entre esos centros que dependen de la AALCO. Ambos proporcionan normas e instalaciones para la conciliación y la mediación. El KLRCA ofrece instalaciones y asistencia en los procedimientos de conciliación y mediación, mientras que el CRCICA presta apoyo administrativo<sup>2</sup>. Además, varias instituciones nacionales de arbitraje también ofrecen instalaciones y normas ADR.

Pese a que existen normas e instalaciones para los procedimientos de conciliación y mediación, hasta la fecha su aplicación en el contexto

de las controversias entre inversores y Estados ha sido mínima. Por ejemplo, aunque los reglamentos de arbitraje y conciliación del CIADI se establecieron simultáneamente en 1967, en la práctica el CIADI se ha decantado de forma muy marcada por las normas de arbitraje. Por ejemplo, de los 280 casos registrados en el CIADI hasta finales de 2008, en su sitio web sólo se informa de seis casos de conciliación<sup>3</sup>. Ninguno de ellos se ha registrado en el marco del Reglamento del Mecanismo Complementario. Además, no se han llevado casos ante el CIADI en el marco del Reglamento de Comprobación de Hechos, después de casi treinta años desde que se estableció.

Aunque el objetivo de la conciliación es el acuerdo, el carácter no vinculante del informe emitido tras concluir los procedimientos se ha citado a menudo como uno de los motivos por los que las partes han preferido eludir la conciliación en el CIADI en particular, ya que el proceso en cuestión puede requerir el mismo tiempo y, posiblemente, conllevar costos similares a los de un procedimiento arbitral que concluirá con un laudo vinculante.

Asimismo, se cree que las reglas de conciliación no difieren significativamente de las reglas de arbitraje y no presentan el incentivo de ser sencillas y rápidas. Además, la falta de transparencia, así como la confidencialidad o privacidad de un proceso no vinculante que puede dar lugar al pago voluntario de enormes sumas puede considerarse también un factor disuasorio.

Otro motivo del escaso recurso a la conciliación en el CIADI que ya se ha mencionado es que los posibles usuarios desconocen su existencia. En ocasiones, el CIADI ha intentado abordar esa falta de interés en sus reglamentos de conciliación y comprobación de hechos. También ha considerado la posibilidad de proponer un mecanismo de mediación. En un esfuerzo conjunto con el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), varias controversias en las que dicho organismo ha participado en calidad de asegurador de los riesgos políticos se han resuelto mediante la mediación o el arreglo. No obstante, esos esfuerzos no han tenido continuidad en los últimos

tiempos. De forma análoga, entre 1988 y 1993, la CCI se ocupó de más de 2.000 casos de arbitraje, pero sólo atendió a 54 solicitudes de conciliación. Sólo en 16 de esos casos se convino realmente en la conciliación, y únicamente se nombró a 10 conciliadores, ya que en los 6 casos restantes las partes resolvieron la controversia de otro modo o se retiró la solicitud de conciliación. De los 10 procesos de conciliación, 9 se habían completado para 1994, y 5 de ellos concluyeron con un arreglo completo (Schwartz, 1995). En ninguno de los 10 casos de conciliación intervenía un Estado soberano como parte en la controversia.

A la luz de esa falta de utilización efectiva de las normas vigentes sobre conciliación, incluso cuando se han diseñado específicamente para que el Estado participe en el proceso de conciliación, podría concluirse que el mecanismo de conciliación no es apropiado si participan los Estados. Aunque ese no sea necesariamente el caso, las propias normas pueden constituir un factor sumamente disuasorio debido a su complejidad —casi equivalente a la de las normas de arbitraje— y a que no tienen el efecto vinculante del arbitraje, ni aceleran o abaratan necesariamente el proceso. Se ha argumentado que las partes que deseen evitar el arbitraje podrían aplicar un conjunto de normas básicas y sencillas a tal fin, con lo que lograrían simplificar el proceso al tiempo que reconocerían la necesidad de organizarlo.

Teniendo en cuenta que la conciliación es confidencial, la información pública al respecto es escasa. Parece ser que, en general, no se ha utilizado ampliamente para resolver las controversias entre inversores y Estados, como demuestra la experiencia sobre el Reglamento de Conciliación del CIADI. Sin embargo, de ello no debe inferirse que se recurra poco a la intervención de un tercero en calidad de conciliador o mediador en las controversias internacionales comerciales y sobre inversiones. Es muy posible que, sin haberles asignado formalmente el papel de "conciliadores", los terceros hayan desempeñado una función importante de ayuda a las partes litigantes para solucionar los conflictos.

En este capítulo se han mostrado varias maneras en que los medios alternativos —en particular los ADR— se han incorporado en AII de diversos tipos, y se ha explicado con más detalle su uso limitado. La conclusión principal es que, si bien los ADR se han incluido en los AII y los reglamentos vigentes prevén la opción de la conciliación, el arbitraje sigue siendo el recurso más frecuente de inversores y Estados. Sin embargo, habida cuenta de las numerosas deficiencias que presenta el arbitraje, descritas en el capítulo I, tal vez convendría considerar la posibilidad de que, en el futuro, las disposiciones sobre ADR se incluyan en los AII de manera más detallada y posiblemente vinculante, y de que se recurra en mayor medida a los reglamentos vigentes sobre conciliación.

## Notas

- <sup>1</sup> Versión traducida del acuerdo. El idioma original es el español.
- <sup>2</sup> Véase el sitio web de la AALCO en <http://www.aalco.int/>; el sitio web del KLRCA en <http://www.rcakl.org.my/conciliation-mediation/>; y el sitio web del CRCICA en [http://www.crcica.org.eg/adr\\_rules.html](http://www.crcica.org.eg/adr_rules.html).
- <sup>3</sup> Véase el sitio web del CIADI. Los seis casos de conciliación son: a) *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar* (caso N° CONC/82/1); b) *Tesoro Petroleum Corp. c. Trinidad y Tabago* (caso N° CONC/83/1); c) *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar* (caso N° CONC/94/1); d) *TG World Petroleum Ltd. c. Nigeria* (caso N° CONC/03/1); e) *Togo Electricité c. la República del Togo* (caso N° CONC/05/1); y f) *Shareholders of SESAM c. la República Centroafricana* (caso N° CONC/07/1).

#### **IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS: ENFOQUES BASADOS EN EXPERIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS**

Pese a la importancia de los ADR, su inclusión en los AII y su empleo en los reglamentos internacionales para encontrar formas de solución amistosa de conflictos existentes, el simple hecho de que ya se haya planteado una controversia entre un inversor y un Estado puede considerarse como prueba de fracaso. En otras palabras, cuando se adoptan medidas sólo después de producirse el daño y surgen controversias difíciles de resolver, hay un factor de planificación fallida. En cambio, los Estados saldrían beneficiados si anticiparan las posibles fuentes de conflicto entre inversores y Estados y adoptaran las medidas necesarias mucho antes. Si lo hicieran, podrían eludir por completo las dificultades y los costos, incluso políticos, de recurrir al arbitraje internacional o a los ADR.

De hecho, es probable que la mejor oportunidad para que un inversor extranjero y un organismo gubernamental solucionen una controversia se presente *antes* de que la diferencia sobre la inversión pase a ser una controversia en el marco de un *tratado* de inversión (Legum, 2006). El mejor método para que el Estado receptor evite y prevenga controversias y/o logre resolverlas pronto es aplicar varias políticas de suministro de información, prevención y cooperación institucional. Otro enfoque importante es el de ofrecer al inversor perjudicado interlocutores eficientes en el gobierno en una etapa temprana y/o como alternativa. Varios países han empezado a aplicar tales medidas y políticas, y en la presente sección se examinarán las experiencias y "buenas prácticas" pertinentes en varias regiones. Cabe observar que las "buenas prácticas" no suponen que el Estado en cuestión sea totalmente inmune a la aparición de conflictos, sino más bien que ha adoptado medidas concretas y positivas a fin de prevenir que los conflictos se planteen y cristalicen en controversias plenamente establecidas en el marco de un tratado. En la práctica, varios Estados

se han esforzado en diseñar programas exhaustivos de prevención de controversias o han instaurado marcos institucionales o jurídicos de alcance más limitado. La secretaría de la UNCTAD ha prestado sistemáticamente asistencia técnica a los Estados para la aplicación de MPC, y contribuye al intercambio de experiencias y prácticas entre diversos actores de la comunidad de inversores internacionales.

## **A. Intercambio de información**

Un primer conjunto de políticas se refiere a la prevención de medidas, decisiones o acciones del Estado (en particular en niveles subnacionales u organismos públicos) que podrían suponer el incumplimiento de compromisos asumidos a nivel internacional y perjudicar a un inversor extranjero. El examen de casos recientes indica que aproximadamente la mitad guardan relación con decisiones adoptadas por gobiernos municipales o provinciales u organismos públicos encargados de sectores específicos de la economía. Por ejemplo, la mayoría de los casos planteados a raíz de concesiones de servicios públicos o planes de privatización se basan en presuntas infracciones de una entidad subnacional como un municipio o una provincia. A menudo, dichas entidades actuarán sin conocer esos compromisos internacionales, sin valorar en todo su alcance las consecuencias de sus decisiones, o negándose a adoptar una decisión en favor de un inversor extranjero. Normalmente, los tratados internacionales de inversión se negocian al más alto nivel gubernamental, y su contenido y el nivel de las obligaciones asumidas no suelen comunicarse a las autoridades que están en contacto con los inversores extranjeros en el curso de sus actividades. Mientras que los gobiernos han desplegado enormes esfuerzos para informar a los inversores extranjeros sobre sus compromisos en materia de promoción, protección o liberalización, por mediación de sus organismos de promoción de las inversiones, se ha hecho muy poco para informar a otros actores estatales sobre los pros y los contras del trato con inversores extranjeros.

Un ejemplo interesante de suministro de información a nivel de Estados federales puede encontrarse en el TLCAN. Los países

miembros del TLCAN comprendieron la necesidad de facilitar información a nivel de Estado federal o a nivel provincial, y organizaron reuniones para informar a las partes interesadas de los Estados y las provincias sobre los beneficios de los compromisos de liberalización del comercio y las inversiones para diversos actores económicos. No obstante, el objetivo inicial de esas reuniones informativas no era el de informar a las autoridades estatales o provinciales sobre las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de los tratados, ni sobre las posibles repercusiones de las decisiones relativas a permisos, autorizaciones y contratos de inversión en los derechos del inversor. A medida que los casos de SCIE contra los Estados Unidos pasaron al dominio público, los organismos gubernamentales consultaron con frecuencia al organismo principal encargado de gestionar las controversias a fin de evaluar las posibles repercusiones de las leyes o reglamentaciones.

Desde los inicios del TLCAN, varios países han organizado reuniones descentralizadas con diversas partes interesadas en distintos niveles del gobierno a fin de informarles sobre los compromisos contraídos en el marco del tratado. Además de dirigirse a las autoridades del gobierno central, que suelen estar en contacto con los inversores extranjeros, es recomendable dirigirse en particular a los organismos públicos encargados de sectores específicos o que puedan promulgar medidas en contravención de las disposiciones de los tratados. Varios países latinoamericanos adoptaron recientemente ese enfoque, tras la conclusión del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR)<sup>1</sup>. El Perú también ha organizado eventos similares de intercambio de información tras la conclusión del Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre el Perú y los Estados Unidos.

A fin de mejorar el intercambio de información en una fase temprana de negociación de los tratados, varios países han incluido a un representante del ministerio público en el equipo de negociación. Tal es el caso, por ejemplo, de Malasia o Filipinas. Además, el hecho de entablar amplias consultas entre organismos públicos ya desde la etapa de las negociaciones puede reducir significativamente el riesgo

de que, en una etapa posterior, los organismos y ministerios adopten medidas o emprendan acciones en incumplimiento de las disposiciones de los tratados.

Recientemente, el Gobierno del Perú ha promulgado una ley y ha establecido un sofisticado sistema de información con tres propósitos, a saber:

- En primer lugar, informar a las autoridades provinciales y municipales así como a los organismos estatales sobre los compromisos internacionales contraídos por el gobierno central, por ejemplo, facilitando información detallada sobre el contenido del ALC concertado con los Estados Unidos o sobre los TBI recientemente concluidos.
- Por otra parte, el sistema de información también sirve para que esos niveles subnacionales informen al gobierno central sobre las dificultades o los problemas con los inversores extranjeros, y traten de que colaboren. Este sistema está disponible en un sitio web creado y gestionado por el Ministerio de Economía en su propia página. Además de poner a disposición el sitio web y la información, se han organizado varias reuniones a nivel provincial. El sistema de información creado por el Perú dispone de una función de alerta temprana que permite a la Comisión interministerial encargada de la respuesta del Estado participar en una etapa temprana de la controversia y adoptar las medidas oportunas.
- En tercer lugar, al inversor extranjero el sistema también le sirve de nexo con las autoridades centrales y, más concretamente, con la Comisión interministerial, lo que le permite señalar mejor su problema o buscar una solución a su demanda.

El Perú experimentó su primera controversia entre inversores y Estado en 2003, y desde entonces ha sido objeto de varias demandas basadas en tratados o en contratos de inversión concluidos entre el

Estado y los inversores, por ejemplo los contratos de estabilización que el Perú ha firmado con más de 300 empresas. En diciembre de 2006 se promulgó la Ley N° 28933, por la que se establecía el "Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión"<sup>2</sup>. Los principales objetivos de esa ley son optimizar la defensa del Estado con respecto a las controversias internacionales sobre inversiones; centralizar la información sobre los AII concertados por el Perú; establecer un mecanismo de alerta para advertir sobre la posible aparición de conflictos sobre inversiones; centralizar la información relativa a las controversias internacionales sobre inversiones; coordinar mejor los procedimientos entre entidades públicas que participen en una controversia; y normalizar en mayor medida las disposiciones de SCIE en el marco de los AII del Perú. Las entidades públicas sujetas a esa ley pertenecen a todos los niveles del gobierno nacional, regional y local, y las empresas estatales y otros fondos públicos también deben cumplirla. Por lo tanto, la ley es ampliamente aplicable en todos los niveles del gobierno.

La ley asigna al Ministerio de Economía y Finanzas la función de coordinador al que debe comunicarse toda información sobre los AII y demás acuerdos pertinentes. De forma análoga, las entidades públicas también deben facilitar al coordinador toda información que reciban sobre los conflictos que surjan. Asimismo, la ley establece una Comisión Especial dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas para que represente al Estado en los casos de SCIE. Esa Comisión está presidida por un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, y también la integran representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia y Proinversión, el organismo de promoción de la inversión privada en el Perú. Puede exigirse la incorporación de hasta dos miembros no permanentes en la Comisión, según la naturaleza del caso. Dichos miembros son un representante de la entidad pública parte en la controversia, y el representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, que se incorpora si la controversia se plantea en el marco de un ALC. Entre otras cosas, la Comisión Especial es responsable de evaluar estratégicamente las posibilidades que existan de alcanzar un arreglo amistoso;

obtener información e informes técnicos de las entidades públicas que participan en la controversia; tomar parte en las negociaciones del arreglo; proponer la contratación de abogados; designar árbitros; prestar asistencia en la labor de asesoría externa para la defensa del Estado; aprobar la disponibilidad de fondos para la conciliación o el arbitraje; y determinar la responsabilidad de la entidad pública parte en la controversia a efectos del pago de los costos e indemnizaciones pertinentes.

Además, la ley proporciona directrices para la negociación de disposiciones sobre solución de controversias y establece algunos requisitos para que esas disposiciones se incluyan en los AII, entre ellos la necesidad de un plazo de seis meses para el arreglo amistoso; la definición de las posibilidades de recurrir a sistemas neutrales de solución de controversias; la especificación de la manera de distribuir los costos de los procedimientos de arbitraje y conciliación entre las partes; y la obligación del inversor de notificar al Coordinador del sistema.

Este marco establecido por el Perú para la respuesta a las controversias en el marco de los AII presenta dos características interesantes por lo que respecta al intercambio de información en una etapa temprana. En primer lugar, la ley prevé la obligación de informar y notificar a un organismo central determinado la conclusión de todo acuerdo con un inversor o todo AII que incluya una disposición sobre SCIE. Una de las finalidades de centralizar la recogida de esos datos es consolidar una base de datos de acuerdos y hacer el seguimiento de los compromisos asumidos por el Estado. Otra ventaja es que todas las entidades estatales pertinentes podrán disponer de la información sobre esos compromisos acudiendo a una única fuente. De forma paralela, la ley también prevé un sistema de alerta temprana que permite al Estado del Perú obtener información sobre los problemas relacionados con los inversores extranjeros que puedan desencadenar el recurso al arbitraje internacional. La advertencia oportuna sobre posibles conflictos a las autoridades centrales responsables de gestionar los casos de SCIE permite intervenir de forma rápida y coordinada. Se dispondrá de más

tiempo para la preparación del caso, y la etapa del arreglo amistoso se podrá llevar a cabo de manera más efectiva a fin de encontrar una solución antes de iniciar el arbitraje.

Las autoridades peruanas han adoptado una decisión firme y audaz al organizar la coordinación y la defensa de los casos mediante una ley de aplicación preceptiva. El principal objetivo era asegurar la adopción de medidas coordinadas y que la información estuviese disponible sin demora. Los asuntos presupuestarios y la asignación de los pagos también se gestionan mejor en el marco de una ley. Sin embargo, una posible deficiencia estructural del sistema es que la recogida de información y la gestión de las controversias no están en manos del mismo organismo. Al carecer de un único organismo facultado para esos fines, dicha coordinación colegiada también puede obstaculizar la adopción efectiva de decisiones en la etapa de negociación, y dar lugar a dificultades para crear capacidad interna específica de cara a abordar los casos de SCIE en un organismo.

**Figura 3. Sistema de alerta del Perú**



*Fuente:* Gobierno del Perú.

La práctica de los Estados indica que hay diversas maneras de establecer instrumentos de intercambio de información. Varios países han contraído obligaciones de transparencia e información en los capítulos dedicados a las inversiones en ALC recientes (tales como las disposiciones sobre Transparencia de las Actuaciones Arbitrales en el CAFTA-DR y en los ALC concertados entre los Estados Unidos y el Perú, Singapur y Chile), y ofrecen información sobre tratados y casos de SCIE en sus sitios web oficiales. También suelen crearse páginas web específicas, como en el caso del Perú, con información pertinente para inversores (por ejemplo, datos completos sobre el organismo principal o posibles medidas que adoptar en caso de que surja una diferencia). Sin embargo, la mayoría de esas páginas web no están directamente orientadas a los diversos actores estatales, y podrían mejorar si incluyeran directrices detalladas, listas de puntos de contacto, orientación sobre cómo tratar con un inversor en caso de que surja un problema o incluso indicaciones sobre los pros y los contras.

Otro instrumento de sensibilización frecuentemente empleado es la organización de talleres dirigidos a sectores específicos. Varios países han utilizado este enfoque para sensibilizar a sectores u organismos del gobierno, pero también de forma más práctica para capacitar a sus propios funcionarios en todo lo relacionado con la aplicación de los tratados y la gestión de las controversias entre inversores y Estados (es el caso, por ejemplo, de Colombia y Marruecos).

Una cuestión importante al respecto es la de velar por la continuidad de los flujos de información, en particular en los ministerios, donde hay cambios frecuentes de personal con el riesgo de que se pierdan los canales de información. A tal fin, podría resultar de utilidad incluir talleres informativos, actividades de seguimiento y la actualización de los puntos de contacto en el marco de un programa de intercambio de información.

Por último, para lograr el objetivo de prevenir la aparición o escalada de controversias debe también definirse la clase de programa

de intercambio de información que va a establecerse: voluntario u obligatorio; basado en la asistencia, el diálogo o la obligatoriedad de que todos los actores identificados informen.

## **B. Identificación de los sectores más sensibles**

Los datos empíricos basados en la mayor parte de las controversias sobre inversiones muestran que la inversión extranjera en ciertos sectores y actividades económicas es más "proclive" a las controversias entre inversores y Estados receptores. De igual modo, algunas formas de compromiso jurídico, tales como los contratos estatales complejos sobre concesiones de servicios públicos, los contratos de construcción, explotación y retrocesión (BOT) o los planes de privatización tienden más a suscitar controversias que otros tipos de instrumentos de inversión, lo que depende también del alcance de las obligaciones del Estado.

Se han planteado numerosas controversias en relación con acuerdos de concesión de servicios públicos tales como el suministro de agua o la recogida de residuos. Los proyectos de minería y extracción de petróleo también suelen originar más controversias que la inversión extranjera en otros sectores de la economía.

La experiencia de los países con respecto a las medidas de prevención de controversias indica que un paso importante para su adopción consiste en identificar los denominados sectores sensibles de la economía o los arreglos contractuales sensibles. Esos arreglos contractuales podrían ser el fundamento de leyes, reglamentos y prácticas contractuales a escala nacional y, por supuesto, de los compromisos contraídos en el marco de tratados de inversión, por ejemplo los compromisos anteriores a su establecimiento. La experiencia de otros países también puede resultar útil para identificar los sectores y las actividades más sensibles a la intervención reguladora del Estado receptor.

Una vez identificados, enumerados, examinados y supervisados de cerca, las medidas preventivas pueden orientarse a esos sectores a fin de evitar que se incumplan compromisos o se generen otros tipos de controversia. Cuando se han identificado posibles dificultades, es posible utilizar más eficientemente la información, la prevención y la coordinación específica para alentar buenas prácticas.

Un ejemplo disponible es el examen de las reclamaciones de inversores actualmente llevado a cabo por el organismo de promoción de las inversiones de la República Dominicana en relación con la aplicación del CAFTA-DR. Los exámenes de las políticas de inversión que realiza la UNCTAD a petición de países miembros también pueden proporcionar orientaciones útiles para centrar los esfuerzos y los recursos a fin de elaborar medidas más eficaces de prevención de controversias.

### **C. Fortalecimiento de los procedimientos institucionales y amistosos: examen administrativo**

Otra forma de avanzar a fin de prevenir la escalada de controversias consiste en establecer mecanismos institucionales que permitan a los inversores perjudicados iniciar procedimientos en el Estado receptor para acometer un examen administrativo de la ley o medida que el inversor considere que incumple el tratado en cuestión. Ese examen administrativo tiene la ventaja de que puede permitir llegar a una solución fácil de un problema en principio no identificado por los gobiernos centrales o locales. Como resultado de un examen administrativo, el Estado receptor puede reconocer el conflicto que entraña una medida y, en consecuencia, decidir modificarla o revocarla al menos hasta donde esté dispuesto a hacerlo y en el plazo estipulado para evitar demoras. De manera alternativa, el Estado puede adoptar las medidas adecuadas para reducir el efecto negativo de una medida. Al adoptar esos enfoques, el Estado puede incluso evitar un largo procedimiento arbitral y el pago de una indemnización al inversor.

Así pues, este enfoque no siempre tiene por qué suponer una demora en las actuaciones previas al inicio del arbitraje sino que, en muchos casos, puede reducir sustancialmente el proceso de búsqueda de una solución a la totalidad del problema. Este recurso a un procedimiento administrativo institucional o amistoso puede beneficiar tanto a las administraciones como a los inversores en cuestión. Los gobiernos pueden lograr mejoras en sus marcos jurídicos y administrativos, mientras que al inversor le complacerá la celeridad con que el gobierno del país receptor ha tramitado su demanda.

Algunos AII recientes prevén el recurso a procedimientos internos de examen administrativo antes de acudir al arbitraje. Por ejemplo, el protocolo del TBI entre China y Letonia, de 2004, requiere lo siguiente:

*"La República de Letonia toma nota de la declaración de que la República Popular China exige que el inversor **agote el procedimiento interno de examen administrativo** especificado por las leyes y los reglamentos de la República Popular China, antes de someter la controversia al CIADI en virtud del artículo 9, párrafo 2."* [Sin negrita en el original.]

De igual modo, las disposiciones sobre SCIE del TBI entre Bélgica-Luxemburgo y Colombia, de 2009, estipulan lo siguiente:

*"Con respecto a los actos de una autoridad gubernamental para someter una demanda a arbitraje en virtud del presente artículo, o ante un tribunal local o administrativo, **se agotarán los recursos administrativos locales** si así lo exigiese la legislación de la Parte Contratante. Dicho procedimiento no sobrepasará en ningún caso el plazo de seis meses a contar desde la fecha de su inicio por el inversor..."* [Sin negrita en el original.]

#### **D. Aplicación de los compromisos en materia de SCIE: acceso a la información, arreglos interinstitucionales y facultad para resolver**

Los gobiernos pueden adoptar otra serie de medidas preventivas, además de la firma de tratados de inversión (en particular ALC), y también al concluir dichos tratados. En una amplia mayoría de los tratados de protección de las inversiones, los Estados contraen compromisos en materia de SCIE y dejan que el inversor decida recurrir al arbitraje internacional en caso de que surja una controversia. Al firmar el tratado, los Estados suelen adoptar medidas para eliminar las medidas disconformes y armonizar las leyes y los reglamentos con las disposiciones fundamentales de los tratados de inversión, tales como el trato nacional, los requisitos de cumplimiento, el acceso a incentivos, etc. De igual modo, las disposiciones sobre SCIE pueden estar sujetas a medidas de aplicación específicas, a fin de permitir que el Estado esté plenamente dispuesto y preparado para cumplir tales disposiciones si un inversor decide iniciar un procedimiento arbitral. Este enfoque repercute en la gobernanza, ya que aumenta la previsibilidad cuando el Estado formaliza acuerdos de inversión, y le permite cumplir sus compromisos.

El Gobierno de Colombia ha adoptado ese tipo de enfoque de forma paralela a sus negociaciones sobre tratados de inversión. Recientemente, ha empezado a concertar AII, y en los últimos meses ha negociado ALC con los Estados Unidos y el Canadá, ambos con un capítulo sobre inversiones. Casi al mismo tiempo, el Ministerio de Comercio ha lanzado un programa con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, cuyo objetivo es preparar al país para los casos de controversias entre los inversores y el Estado estableciendo un organismo principal y otros arreglos institucionales con miras a evitar dichas controversias y a disponer de mejores instrumentos para hacerles frente. Un decreto específico, que aún no ha entrado en vigor, otorgará al organismo principal la facultad

de recoger y presentar pruebas de todas las fuentes pertinentes en el Gobierno de Colombia.

El organismo principal constituirá el núcleo de los arreglos institucionales de Colombia para aplicar sus compromisos en materia de SCIE y velar por la defensa del Estado en el arbitraje de sus diferencias con los inversores. Participará en la gestión de todas las cuestiones relacionadas con la interacción de los inversores con el Estado en el contexto de las controversias sobre inversiones, incluidas la recepción de notificaciones sobre controversias incipientes; la coordinación de las consultas entre los inversores, el organismo específico que participa en la controversia en cuestión y otros organismos competentes; y la gestión de los procedimientos arbitrales propiamente dichos. En otras palabras, el organismo principal será la autoridad centralizada a la que se acudirá para todos los asuntos relacionados con las controversias entre los inversores y el Estado, y recogerá toda la información relativa a dichas controversias. Este enfoque simplifica drásticamente la estructura jerárquica entre organismos públicos, con lo que aumentará la transparencia en general.

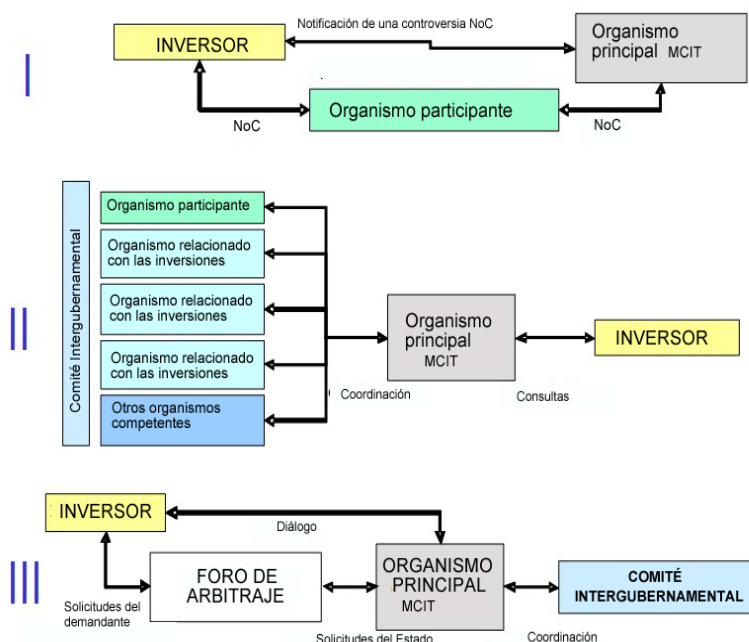
La figura 4 ilustra de manera más detallada el papel que juega el organismo principal, especialmente en relación con el inversor y el organismo que participa, ya que son los otros dos actores más importantes. Dicho organismo es la autoridad gubernamental responsable de aplicar la medida que originó la controversia entre el inversor y el Estado. La figura ilustra las tres funciones distintas del organismo principal, a saber, primero como destinatario de la información sobre las controversias; segundo como órgano coordinador durante el proceso de consultas; y tercero como organismo clave que participa en los procedimientos arbitrales.

La primera función del organismo principal, es decir, recabar información sobre las controversias, aborda las dificultades a que se enfrentan los gobiernos para asegurarse de que los organismos

públicos adecuados reciban la información sobre las reclamaciones presentadas por los inversores a raíz de posibles incumplimientos de compromisos asumidos en el marco de AII. En muchos casos, el inversor que desee transmitir quejas acudirá al organismo participante, que a menudo será una autoridad gubernamental local o incluso remota. Por ello es importante que el organismo participante conozca la manera en que debe responder a las reclamaciones de los inversores extranjeros. La designación de un organismo principal como centro de coordinación y el hecho de darlo a conocer a todos los organismos que puedan formar parte en las controversias sobre inversiones garantizará que el organismo participante transmita la información sobre las posibles controversias a la instancia oportuna en el gobierno nacional. El organismo principal se encargará entonces de coordinar la participación de todas las autoridades competentes. Además, también se puede informar directamente a los inversores sobre la existencia del organismo principal, al que podrán acudir cuando una controversia parezca inminente.

Durante la fase de consultas activas, es probable que al Estado le interese resolver la controversia antes de someterla a arbitraje. El organismo principal puede contribuir a que esto sea posible actuando como intermediario entre el inversor y las autoridades gubernamentales competentes. En primer lugar, el organismo principal actuará como órgano principal en las consultas con el inversor, independientemente de la autoridad gubernamental que participe en una controversia en particular. En el organismo principal puede designarse personal debidamente formado para que participe en todas las consultas en curso con los inversores, quienes podrán así acumular con el tiempo una experiencia muy valiosa de cara a gestionar más eficazmente esas consultas. El organismo principal reunirá toda la información recibida por el organismo participante en una controversia y otros organismos competentes en relación con el caso de que se trate, y la utilizará en el proceso de consultas. Esa agrupación de datos aumentará la eficiencia del gobierno demandado para gestionar las consultas de manera informada y competente.

Figura 4. Preparación: el sistema institucional de Colombia



*Fuente:* Gobierno de Colombia.

*Nota:* Parte I: Conocimiento de la controversia relativa a una inversión. Debe haber un organismo principal que centralice las notificaciones y coordine las respuestas.

Parte II: Consultas entre los inversores y el Estado. El organismo principal debe encargarse de coordinar a los demás organismos públicos que intervienen en la controversia, y también debe ser el punto de contacto entre los inversores y la administración.

Parte III: Procedimientos arbitrales. Incluso durante el arbitraje, el organismo principal debe seguir ejerciendo las funciones descritas *supra*, y toda solución no judicial debe someterse a la aprobación de la Comisión.

En tercer lugar, si un caso termina sometándose a arbitraje, el organismo principal seguirá interviniendo. Por otra parte, coordinará en mayor medida con los organismos públicos participantes y competentes, a la vez que mantendrá el diálogo con el inversor. Asimismo, facilitará la información recopilada sobre el caso a los abogados defensores del Estado.

Colombia ya ha adoptado diversas medidas destinadas a establecer ese sistema. Por ejemplo, se esforzó en identificar a todas las autoridades reguladoras competentes que podrían llegar a intervenir en controversias. Con el fin de facilitar la comunicación entre organismos, en varios de ellos se designaron puntos de contacto (funcionarios encargados) específicos para que se ocuparan de las cuestiones relacionadas con las inversiones. Se otorgarán facultades bien definidas al organismo principal para que recoja y presente pruebas de todas las fuentes pertinentes del Gobierno de Colombia.

Guatemala también está examinando nuevos enfoques institucionales para abordar las controversias sobre inversiones, por ejemplo mediante el Decreto especial N° 128-2009, de 5 de mayo de 2009. El decreto establece temporalmente un mecanismo institucional para abordar dos casos recientes contra el país, mediante una Comisión interinstitucional encargada de gestionarlos. El decreto designó al Ministerio de Economía como organismo coordinador.

Aunque en un principio el programa estaba orientado a preparar la defensa del Estado en los casos de SCIE, también tiene otras funciones directamente relacionadas con la prevención de controversias y el arreglo temprano de las reclamaciones de los inversores. La identificación y asignación de competencias a un organismo principal contribuye a que, en una etapa temprana, puedan mantenerse conversaciones con los inversores perjudicados y obtenerse la cooperación y el apoyo necesarios del organismo público o la entidad subnacional que ha adoptado la medida conflictiva, así como otorgar a dicho organismo principal la autoridad necesaria para negociar y resolver la reclamación cuando sea posible. Con respecto

a esta cuestión en particular, hay que señalar que los funcionarios públicos suelen disponer de menos autoridad y flexibilidad que los ejecutivos del sector privado para negociar arreglos y convenir en una solución determinada. Será difícil que adopten esas medidas sin que antes se les otorguen facultades para ello (posiblemente mediante ley), en particular si interviene otro organismo o entidad subnacional.

### **E. Facultades para negociar y resolver: la autoridad presupuestaria**

En el núcleo de las políticas del Estado para evitar conflictos con los inversores extranjeros, y como consecuencia inmediata de la identificación de un organismo principal o comisión coordinadora, está el empoderamiento de los funcionarios públicos para que mantengan conversaciones con los inversores, propongan o respondan a propuestas de contactos directos, y entablen negociaciones directamente o con la ayuda de terceros neutrales.

Algunos países aplican normas internas sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que pueden incluir responsabilidades personales y monetarias. Por consiguiente, los funcionarios públicos encargados de velar por la aplicación de los compromisos contraídos en el marco de tratados de inversión o programas de prevención de controversias no sólo necesitan que se les otorguen las facultades necesarias a tal fin, sino también que se les tranquilice con respecto a los posibles cargos que podrían imputárseles. Lo ideal sería que esto formara parte integrante de los programas de prevención de controversias, y que se proporcionaran orientaciones y normas estrictas a los funcionarios públicos que negocian soluciones o participan en procesos de mediación que pueden dar lugar a decisiones.

Tal como sugiere Legum (2006), además de la identificación de un organismo principal y de la autoridad y las facultades que se le confieran para que negocie y posiblemente resuelva el caso, el organismo principal necesitará algún tipo de autorización

presupuestaria (jurídica o específica) que permita a los funcionarios acceder a las arcas públicas. Por lo general, esa autorización existe cuando los tribunales nacionales dictan sentencias contra el Estado, pero no es necesariamente el caso en las reclamaciones resultantes de un arbitraje internacional. Cuando falta dicha autorización, el poder legislativo deberá emitir una autorización específica que permita realizar el pago. A menudo basta con cierto grado de incertidumbre con respecto a la autorización oficial de la liquidación de las reclamaciones derivadas de controversias entre inversores y Estados para que los funcionarios públicos se vean disuadidos de recurrir a la conciliación como una opción viable.

Asimismo, podría generar incertidumbre la falta de claridad sobre cuál es el organismo que debe asumir la carga financiera de la liquidación. Habida cuenta de que las reclamaciones en el marco de tratados de inversión siguen siendo relativamente recientes en la mayoría de los Estados, es posible que los gobiernos no estén seguros de quién debe asumir el pago, si el organismo responsable del incumplimiento del tratado o contrato en cuestión, el organismo responsable de las negociaciones de los AII, el organismo responsable de defender al Estado o algún otro organismo. Esta cuestión no carece de importancia ya que, para realizar el pago, el organismo puede verse obligado a reducir otros gastos que normalmente habría incluido en su presupuesto anual. Dicha incertidumbre sobre quién asumirá la carga financiera aumentará las dificultades a que se enfrentan los funcionarios públicos cuando autorizan una liquidación (Legum, 2006).

## **F. Evaluación de la reclamación: entrega puntual de toda la documentación pertinente al organismo principal**

El Profesor Coe ha observado que "en una etapa temprana, [los nuevos organismos participantes] no dispone[n] de suficiente información con la que evaluar de manera responsable el fondo" de una controversia (Coe, 2005: 41). Es esencial que el organismo principal o la comisión encargada reciban lo antes posible todas las

pruebas documentales de los hechos y los documentos judiciales para que puedan hacerse una idea clara del problema en cuestión, evaluar el riesgo de escalada, supervisar el tiempo disponible y adoptar las medidas y los procedimientos estipulados en el tratado o el contrato de inversión. La información sobre la posible magnitud del caso, el riesgo que conlleva, y las posibles repercusiones de un arreglo temprano no sólo está basada en las cuestiones jurídicas respecto de las que puede obtenerse asesoramiento de abogados externos, sino también en una evaluación de carácter más político relacionada con la adopción de la decisión correcta en el momento oportuno.

Al inicio de los casos, el flujo de información suele ser lento en la mayoría de los gobiernos. Las solicitudes de información del organismo principal, o de la comisión encargada de la defensa o a la que se ha otorgado la facultad para resolver el caso amistosamente, deben pasar por un canal oficial y preceptivo. A menudo, los funcionarios encargados del caso se enfrentarán a reticencias, e incluso a la ocultación de hechos y documentos, por parte de la entidad u organismo público que interviene. La falta de cooperación creará tensiones e imposibilitará una evaluación clara, que podría conducir a una negociación o arreglo amistoso con el inversor.

Los arreglos interinstitucionales establecidos por ley o en el marco de un sistema en el gobierno receptor, tales como la Comisión constituida en la legislación del Perú o el sistema organizado por Colombia, tienen por objeto facilitar la adopción de decisiones para resolver el caso en una etapa temprana, sobre la base de información completa y oportuna y de las facultades y la autoridad presupuestaria adecuadas. También facilitarán que el inversor perjudicado identifique cuanto antes el procedimiento más conveniente para entablar conversaciones amistosas con miras a encontrar una solución. El inversor puede hacerlo antes de que las partes hayan empezado a invertir sumas cuantiosas en la preparación de su defensa, con lo que se evita perder el tiempo y que el conflicto se agrave. Si esa clase de sistema se establece por ley también mejoran la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los actores gubernamentales.

Recientemente, varios gobiernos de Latinoamérica han aplicado amplias políticas de SCIE. La secretaría de la UNCTAD ha prestado asistencia al Gobierno del Perú en la elaboración de la Ley N° 28933, y está ayudando a los Gobiernos de Guatemala, Panamá y la República Dominicana a adoptar medidas similares. El intercambio de experiencias en esa esfera forma parte de la asistencia técnica de la UNCTAD, y es una característica destacada de los cursos anuales de *Gestión de controversias relacionadas con la inversión*<sup>3</sup>.

## **G. Respuesta institucional: defensores y servicios de mediación**

Además de los servicios más clásicos de seguimiento de la inversión, incluida la asistencia continua que los organismos de promoción de las inversiones prestan a los inversores extranjeros una vez la inversión está en marcha (UNCTAD, 2007a), varios países receptores ofrecen una respuesta institucional a los problemas con que se enfrentan los inversores a través de defensores y servicios de mediación. El establecimiento de una oficina del defensor o el nombramiento de un defensor que haga las veces de ventanilla única para las reclamaciones puede dar buenos resultados. Tal como suele definirse, un defensor es un "funcionario nombrado por el poder legislativo para atender las reclamaciones presentadas contra medidas administrativas y judiciales", que desempeña una función de "vigilante" con respecto a esas medidas a la vez que aplica y mantiene la independencia, sus conocimientos especializados, la imparcialidad, la accesibilidad y sus poderes de persuasión en lugar de ejercer el control (Wiegand, 1996: 98).

Para los inversores, la oficina del defensor representa un interlocutor institucional al que dirigirse, así como un canal oficial para abordar cuestiones y problemas en una etapa temprana. Si bien es posible que se mantenga a nivel informal, también puede representar un enfoque más oficial para el gobierno receptor como instancia a la que solicitar la solución del problema. Puede ser un canal preceptivo o estar a disposición del inversor como opción adicional. Puede

funcionar con arreglo a procedimientos estrictos o estar disponible de manera más flexible. En cualquier caso, la oficina del defensor puede ser una vía para que el inversor intente encontrar una solución rápida, oportuna, y posiblemente económica y amistosa, con respecto a un problema relativo a su inversión.

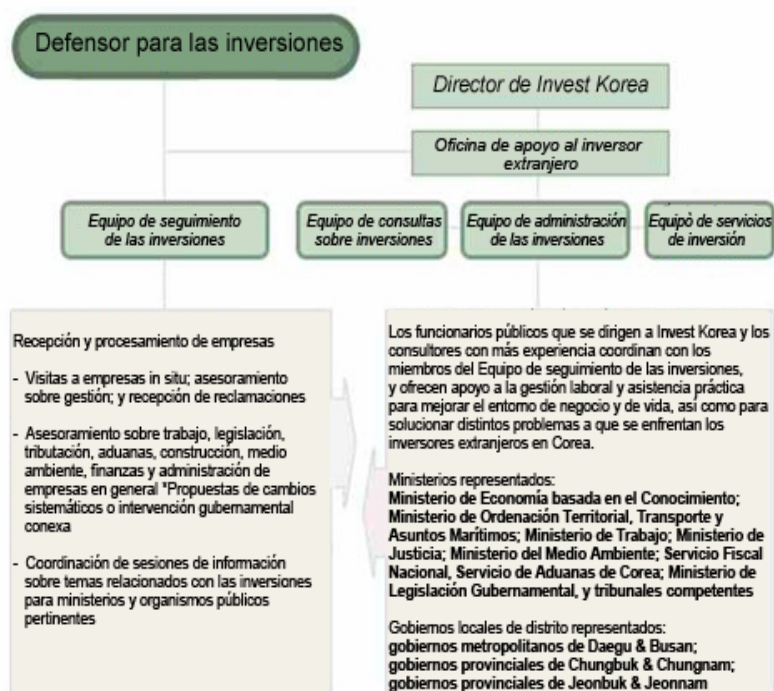
Para los Estados receptores, el defensor o la oficina del defensor constituyen un primer punto de contacto o acceso para abordar un problema con que ha tropezado un inversor extranjero. La oficina del defensor puede facilitar información a las autoridades y permitirles evaluar el problema en una etapa temprana. En caso necesario, también puede facilitar una intervención temprana que permita a las autoridades corregir el problema antes de que se agrave.

La capacidad del defensor o de la oficina del defensor para adoptar medidas correctivas o solicitar que las adopte otro organismo o autoridad pública a nivel subnacional dependerá del lugar que ocupe entre las instituciones del gobierno. En la práctica, la oficina del defensor puede encontrarse entre los organismos de promoción de las inversiones, en los niveles central o regional; en un ministerio; o como entidad separada que depende directamente del Primer Ministro o del Presidente. Puede adoptar la forma de autoridad única, o de comisión integrada por diversos organismos. También puede establecerse en el marco de un tratado en forma de comisión conjunta integrada por representantes de los Estados miembros del tratado. Por ejemplo, la Comisión de Cooperación Ambiental ayuda a prevenir posibles conflictos relacionados con el comercio y el medio ambiente en el marco del TLCAN, y puede adaptarse a posibles controversias sobre inversiones. En varios TBI concertados por China pueden encontrarse comisiones conjuntas a las que se haya encomendado algún tipo de función preventiva, según se ha explicado en el capítulo anterior.

El enfoque adoptado por la República de Corea es un ejemplo de dónde ubicar la oficina del defensor. En este caso, se adscribió estratégicamente al KOTRA, organismo de promoción de las inversiones de la República de Corea, si bien con total independencia ya que sólo rinde cuentas directamente ante el Primer Ministro. En 1999

se estableció la Oficina del Defensor para las Inversiones Extranjeras (OIO), tras la aprobación de la Ley de promoción de las inversiones extranjeras el año anterior. La OIO se creó como organización sin ánimo de lucro adscrita al KOTRA. Su principal objetivo es apoyar a los inversores extranjeros que se enfrentan a dificultades en la administración de sus negocios en la República de Corea, identificando y solucionando problemas, y trabajando continuamente para mejorar el entorno general de inversión del país (figura 5).

**Figura 5. Oficina del Defensor para las Inversiones Extranjeras de la República de Corea**



Fuente: Sitio web del Defensor para las Inversiones.

Además, la OIO incluye un equipo de seguimiento de las inversiones integrado por los denominados "doctores nacionales", que son expertos en diversos sectores industriales de la República de Corea. Prestan ayuda individualizada a los inversores extranjeros que se enfrentan a reclamaciones de cualquier tipo en la República de Corea. Además, incluye un equipo de servicios de inversión que vela por que el entorno de inversión sea en general favorable a los inversores extranjeros, entre otras cosas abordando las preocupaciones cotidianas de los directivos extranjeros y otras personas a nivel particular.

El mandato de la OIO está consagrado en la legislación de la República de Corea, que exige que todos los organismos competentes del Gobierno de la República de Corea que cooperen con la OIO puntualmente. El párrafo 3 del artículo 21-3 del Decreto de aplicación de la Ley de promoción de las inversiones extranjeras especifica lo siguiente:

*"El defensor puede solicitar al organismo administrativo competente o al organismo conexo de promoción de las inversiones extranjeras que coopere a efectos de resolver los problemas que experimenten las empresas con participación de capital extranjero y desempeñar las funciones que ello conlleva. En tal caso, el organismo al que se solicita la cooperación notificará su dictamen sobre el asunto objeto de examen en el plazo de siete días contados a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud."*<sup>4</sup>

La OIO también es miembro de dos organismos del Gobierno de la República de Corea que se ocupan de asuntos relacionados con las inversiones, a saber, el Comité de Inversiones Extranjeras, que es la principal autoridad responsable en materia de formulación de políticas de inversión, y el Comité de Reforma de la Reglamentación, encargado de llevar a cabo la reforma de la reglamentación. En su calidad de miembro de esos dos organismos, la OIO puede prestar un apoyo efectivo cuando se abordan las cuestiones que afectan a los

inversores extranjeros en la República de Corea o asesorar sobre el entorno de inversión de la República de Corea en general.

Las estadísticas disponibles indican que los inversores extranjeros utilizan con frecuencia los servicios de la OIO. Desde los años 2000 a 2007, la OIO recibió más de 3.200 reclamaciones de inversores extranjeros en la República de Corea, que abarcaban una serie de cuestiones relativas a diversos sectores industriales. En 2007 se presentaron 370 reclamaciones, de las que 298 fueron resueltas por "doctores nacionales", lo que representa el 80,5% de todas las reclamaciones presentadas ese año.

Normalmente, la OIO se sirve de dos procedimientos concretos para abordar las reclamaciones que le notifican los inversores extranjeros, según la naturaleza de la reclamación. Por una parte, el problema puede resolverse mediante asesoramiento empresarial de carácter general, incluida la prestación de servicios consultivos y de apoyo al inversor extranjero con respecto a la manera de cumplir las leyes nacionales, las dificultades de gestión, etc., con objeto de ayudarlo a resolver los problemas con que tropieza en el entorno de inversión de la República de Corea. Por otra parte, si el perjuicio se produce como resultado de leyes inadecuadas u obstáculos administrativos por parte del Gobierno de la República de Corea, la OIO puede ir más allá del asesoramiento al inversor y dirigirse directamente a las autoridades y organismos competentes para promover mejoras en las políticas, los procedimientos administrativos o las leyes y reglamentos en materia de inversión de la República de Corea. En esos casos en particular, la función del defensor para las inversiones es crucial, como lo es su independencia. La competencia y los valores personales parecen jugar también un papel importante en el éxito de la República de Corea en esa esfera<sup>5</sup>.

El establecimiento de un servicio de mediación en materia de inversiones constituye un enfoque similar al mencionado *supra*. El gobierno receptor puede adoptarlo instituyendo un servicio de mediación disponible para los inversores extranjeros o nombrando a un mediador cuya función consistirá en tramitar las reclamaciones,

reunir a las partes, facilitar el diálogo y posiblemente resolver el problema antes de que se convierta en una controversia que sólo pueda solucionarse en los tribunales o recurriendo al arbitraje internacional. La idea es similar a la de un defensor. Un mediador para las inversiones estaría "por encima" de la controversia (o posible controversia). Las funciones del mediador consistirían en comunicar, asesorar, facilitar —no se trata de un administrador ni de un juez— y, en teoría, podría responder a las solicitudes del gobierno, así como a las de los inversores.

En la práctica, varios Estados han establecido instituciones para prestar servicios internos de mediación o han designado mediadores oficiales a los que pueden recurrir los inversores extranjeros. De nuevo, una comisión o una persona pueden desempeñar las funciones de mediador. Un buen ejemplo son los servicios de mediación que el Reino de Marruecos pone a disposición de los inversores tanto a nivel regional, a través de los centros regionales de inversión descentralizados, como a nivel del Gobierno central, mediante una Comisión sobre Inversiones. El propio Primer Ministro preside una vez al mes la Comisión, en la que participan o están representados los ministros más importantes. La secretaría de la Comisión se ha confiado a la Dirección de Inversiones, entidad pública encargada de los proyectos y las políticas de inversión. La Dirección de Inversiones señalará a la atención de la Comisión los problemas y los casos que se presenten, y deberá aplicar las decisiones que adopte.

La imparcialidad, la competencia y la credibilidad, así como la capacidad real de resolver los problemas, serán una garantía para el inversor y el gobierno.

## **H. Cooperación entre Estados para prevenir controversias**

Otra manera de prevenir la aparición de controversias e impedir que deba recurrirse al arbitraje internacional consiste en que los Estados cooperen más cuando se abordan las cuestiones más

pertinentes. En cierta medida, la comunicación y la interacción entre Estados sobre las cuestiones relativas a los acuerdos de inversión y a las controversias entre inversores y Estados han sido una práctica frecuente en el pasado, que ha proporcionado enseñanzas importantes de cara a examinar los enfoques más adecuados para formalizarla en mayor medida. Al mismo tiempo, se podrían establecer nuevos canales de cooperación entre Estados a fin de evitar la percepción de que se vuelve a la protección diplomática de otros tiempos.

Es importante observar que no sólo los países que importan más capital han manifestado interés por encontrar formas de impedir que las controversias tengan que someterse al arbitraje internacional. En ocasiones, también los países que exportan capital realizan actividades en nombre de sus inversores con el fin de impedir que las controversias se agraven. En general, lo más probable es que al inversor le interese mucho que su demanda se tramite y su reclamación se resuelva de manera rápida y sin complicaciones, antes que tener que recurrir a procedimientos de SCIE que son costosos y requieren mucho tiempo.

El constructo actual del arbitraje internacional para la solución de controversias entre inversores y Estados con arreglo al Convenio CIADI se ha establecido a fin de eliminar la presión política sobre esas controversias y resolver los casos en un marco jurídico. Sin embargo, como se ha mencionado, ha sido una práctica común entre los Estados que los diplomáticos del país de origen presentaran reclamaciones al gobierno del país receptor en nombre del inversor perjudicado, es decir, que el embajador "llamaba a las puertas" del ministerio competente del país receptor. El artículo 27 del Convenio CIADI (CIADI, 2006a) permite explícitamente dicha participación de los diplomáticos, aunque establece limitaciones claras:

*"1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, [...]"*

2) *A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia."*

No obstante, los intercambios diplomáticos en materia de controversias sobre inversiones parecen en general procesos *ad hoc* sin fundamento alguno en el derecho o los acuerdos internacionales en vigor. Si bien los contactos diplomáticos y la participación de diplomáticos destacados que ofrecen sus "buenos oficios" en nombre de un inversor pueden tener algún efecto en el gobierno receptor, es probable que ese enfoque se enfrente a limitaciones, ya que genera la percepción de que se ha ejercido presión diplomática sobre el gobierno del país receptor, de forma similar a la politización y a la diplomacia "de cañón" antes descritas. Además, esos esfuerzos diplomáticos carecen de la formalidad de un proceso institucional entre Estados, que cuenta con canales de acción bien definidos para responder a las reclamaciones. Por tanto, si se utilizan canales diplomáticos para abordar posibles controversias entre los inversores y el Estado receptor, es preciso vigilar que se acaten los procedimientos previamente acordados en un espíritu de cooperación más que de confrontación.

Cabe añadir que el objetivo de despolitizar las controversias sobre inversiones mediante mecanismos de SCIE puede no ser aplicable a todos los tipos de controversia. Algunas controversias tienen carácter político, y en tal caso será imposible ignorar esa dimensión. Entre ellas figuran las que se derivan de transacciones basadas en arreglos intergubernamentales entre los Estados partes. Dichas controversias pueden abordarse mejor de Estado a Estado, y pueden requerir que se eviten situaciones puramente de ganancia o pérdida, más propias de las decisiones arbitrales.

Además, los países desarrollados exportadores de capital también promueven los intereses de sus inversores por medios distintos de los canales diplomáticos. Por ejemplo, el Gobierno de Alemania, a través de su plan de seguros para inversores extranjeros (Hermes), presta la respectiva asistencia a todas las empresas alemanas aseguradas que

invierten en Estados receptores con los que el Gobierno ha concertado un AII. El Gobierno de Estados Unidos también utiliza un enfoque similar en nombre de las inversiones aseguradas por la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC). Aparentemente, esto conlleva diversas tareas de promoción frente al gobierno del país receptor. No es posible evaluar la frecuencia de estos casos, porque en su mayoría no son de dominio público. No obstante, es probable que sean bastante habituales.

Tal vez sea más prometedor el papel de las comisiones conjuntas entre Estados o tipos similares de instituciones que se establecen para atender las demandas de los inversores, y canalizarlas a los organismos públicos adecuados a fin de que las examinen más detenidamente. Como se ha mencionado *supra*, la finalidad y las responsabilidades de las comisiones conjuntas pueden incluso especificarse en los AII. Los inversores pueden acudir al representante de la comisión conjunta en su país de origen, que entablará entonces las respectivas consultas con su homólogo en el Estado receptor para tratar de solucionar cuanto antes la diferencia que empieza a perfilarse. Todo el procedimiento podría por tanto constituir otro tipo más de mecanismo de alerta temprana, en este caso no sólo entre las instituciones nacionales sino con un alcance más internacional.

## **I. Capacidad de resolver durante un procedimiento arbitral**

En vista del carácter confidencial que suele tener esa clase de arreglos, no se dispone de estadísticas completas y precisas sobre arreglos negociados de conflictos entre inversores y Estados. No obstante, se estima que, durante los dos últimos decenios, dichos arreglos superaron con creces los 317 casos de arbitraje entre inversores y Estados que se registraron hasta finales de 2008. De esos casos, 48 se abandonaron tras el arreglo, lo que supuso que el tribunal no tuvo que imponer una solución vinculante para las partes (UNCTAD, 2009). Se cree que el 30% de todos los casos registrados en el CIADI se resuelven mediante negociaciones, en lugar de un laudo vinculante

dictado por un tribunal de arbitraje (Coe, 2005). Aproximadamente dos tercios de todos los casos de arbitraje presentados ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se resuelven mediante negociaciones antes de que se dicte un laudo arbitral (Schwartz, 1995).

Las negociaciones pueden incluso continuar después de haberse iniciado el arbitraje. Por ejemplo, en 2006, un caso llevado ante el CIADI por Western NIS Enterprise Fund contra Ucrania concluyó cuando ambos litigantes convinieron en un arreglo por el que Ucrania reembolsó al Fondo determinados préstamos que le había concedido. Varios casos contra la Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Bolivariana de Venezuela y el Ecuador se han resuelto directamente entre las partes durante el procedimiento arbitral, sin recurrir a un procedimiento paralelo de mediación o conciliación. Investigaciones recientes indican que tal vez se adopte una norma transnacional sobre esta cuestión, para que un árbitro solicite a ambos litigantes su consentimiento informado a efectos de entablar el proceso y para que, en su calidad de actor imparcial, vele por las debidas garantías procesales y la igualdad de trato a los litigantes (Kaufmann-Kohler, 2009).

## Notas

- <sup>1</sup> Este enfoque fue adoptado por Costa Rica, la República Dominicana y Guatemala.
- <sup>2</sup> Complementa esta ley el Decreto Supremo N° 125-2008-EF, que aclara en mayor medida los procedimientos exactos que deben seguirse.
- <sup>3</sup> Véase el sitio web de la UNCTAD: [www.unctad.org/ia](http://www.unctad.org/ia).
- <sup>4</sup> Véase <http://www.investkorea.org/InvestKoreaWar/work/ombsman/eng/au/index.jsp?num=3>; consulta realizada el 28 de junio de 2010.
- <sup>5</sup> Ibid.; UNCTAD 2002.

## V. CONCLUSIÓN

En el presente estudio se han puesto de relieve algunos problemas y deficiencias a que se enfrentan las partes en un arbitraje basado en tratados de inversión, que han apuntado a la necesidad de explorar y desarrollar enfoques alternativos para resolver o incluso prevenir las controversias sobre inversiones. A continuación se han introducido y explorado varias de esas alternativas disponibles para que los Estados e inversores solucionen sus controversias. Se ha distinguido entre las alternativas al arbitraje sobre inversiones a las que pueden recurrir para resolver controversias ya existentes (técnicas ADR como la mediación y la conciliación) y los enfoques innovadores para prevenir que surjan diferencias (presentados en el estudio como MPC). Si bien es preciso alentar a todos los actores en la esfera de la inversión internacional a que consideren más exhaustivamente tales enfoques alternativos en el futuro, la naturaleza de su participación diferirá en muchos aspectos. Por consiguiente, en los párrafos siguientes se identificarán los enfoques y las opciones posibles para los diversos actores.

Los **Estados partes** en AII que se han visto o pueden verse afectados por controversias con inversores disponen de diversas opciones normativas para responder a las dificultades planteadas por tales controversias, permaneciendo fuera del ámbito del arbitraje sobre inversiones en general, a saber:

- Los Estados pueden tener más en cuenta las técnicas ADR como alternativas al arbitraje convencional basado en tratados de inversión, permitiendo que estén disponibles y creando la capacidad y autoridad necesarias en el seno del gobierno para que sea posible aplicarlas de manera adecuada. Esto incluye la delegación de facultades, incluida la autoridad sobre el presupuesto, a los funcionarios públicos o autoridades competentes en el nivel adecuado del gobierno, para que puedan resolver las reclamaciones mediante el arreglo amistoso, la conciliación, la mediación u otras técnicas pertinentes, así como la protección y las salvaguardas necesarias en el marco de la legislación. Cuando un gobierno

adopta esa clase de enfoque transmitirá implícitamente a los inversores que la mediación o la conciliación son opciones viables que merecen tenerse en cuenta como alternativas al arbitraje, y no meros obstáculos burocráticos adicionales que impiden la pronta respuesta a un problema con las autoridades estatales.

- Los Estados pueden considerar la posibilidad de que los textos de sus AII se redacten en términos más favorables al arreglo amistoso y a la mediación o conciliación. Además, si un acuerdo modelo se redacta en esos términos, el futuro homólogo en un tratado ya conocerá las intenciones del Estado durante la etapa de negociación. En los AII también pueden estipularse plazos suficientes que permitan establecer un contacto significativo entre el inversor y los decisores autorizados del Estado, antes del inicio de un procedimiento arbitral. Asimismo, en los AII pueden incluirse disposiciones que alienten una mayor cooperación entre los Estados partes en lo que respecta a la información, los debates o la búsqueda de soluciones adecuadas a los problemas derivados de la aplicación del tratado.
- Los países en desarrollo que suscriben AII se beneficiarían de la inclusión de MPC activas en los compromisos de aplicación asumidos al concluir los AII o en los paquetes de medidas de cooperación que forman parte del resultado negociado de un tratado de inversión. La inclusión de tales disposiciones facilitaría la adopción de medidas adecuadas por parte del Estado, y posiblemente mejoraría el apoyo de la otra parte o partes contratantes en el diseño y la aplicación de esas medidas. Esto podría conseguirse mediante el intercambio de experiencias o la asignación de fondos a tal empeño.
- Los Estados que suscriben AII, sean países en desarrollo o desarrollados, pueden iniciar una cooperación internacional en la esfera de la prevención de controversias. En particular, esto se aplica a los países que tengan interés en ampliar los beneficios de desarrollo de esos acuerdos. Si bien el papel de los AII en el

desarrollo de un país receptor ha sido con frecuencia objeto de debate, es incuestionable que la multiplicación de las controversias sobre inversiones sólo puede tener un efecto negativo en el desarrollo económico de un país. El motivo es que si en un país se plantean numerosas controversias sobre inversiones, se transmitirá una imagen negativa de su clima de inversión que puede llegar a reducir las corrientes de entrada de IED que el país intenta atraer para cumplir sus objetivos de desarrollo. Además, se puede afirmar que, a largo plazo, el equilibrio entre los gastos derivados de los procesos de SCIE y las corrientes de entrada de capital en el marco de importantes proyectos de inversión, posiblemente como resultado de la conclusión de AII, puede dejar de ser positivo en muchos Estados. De hecho, las cuantiosas sumas en concepto de indemnizaciones a los inversores y los costos de la defensa en los casos de SCIE están siendo una carga para el presupuesto de los Estados. Esos fondos podrían destinarse en cambio a proyectos de desarrollo económico y a mejorar el capital humano de los países en desarrollo. Si el Estado receptor adoptara medidas de prevención adecuadas, preferentemente con el apoyo del interlocutor en un AII, sus efectos serían muy positivos en este contexto.

- El Estado receptor de la inversión extranjera puede establecer un programa completo de prevención de controversias que incluya medidas destinadas a prevenir que surjan problemas con los inversores, y que éstos lleguen a convertirse en controversias formales sobre inversiones. También pueden adoptarse medidas a fin de establecer un mecanismo institucional adecuado para abordar las controversias sobre inversiones, como parte de ese programa de prevención. Tal como ha mostrado el presente estudio, el primer paso en la prevención activa de las controversias sobre inversiones es la sensibilización con respecto a los compromisos asumidos en el marco de los AII por todos los actores del Estado que están en contacto con los inversores. Es preciso sensibilizar a todos los actores sobre el posible impacto de sus decisiones, medidas y actos, o de la ausencia de ellos, sobre tales compromisos. Por lo tanto, velar por que existan canales adecuados de información

que lleguen a todas las oficinas y los organismos competentes del gobierno debe ser una prioridad. El presente estudio también ha mostrado los aspectos positivos de establecer una organización institucional adecuada, ya que puede facilitar las corrientes de información, proporcionar un marco para establecer mecanismos de alerta temprana y designar a un interlocutor al que los inversores puedan acudir cuando se enfrenten con problemas en el Estado receptor.

- El Estado puede informar a los inversores, de manera más directa y en el momento en que realizan su inversión, sobre los medios alternativos que el gobierno ha puesto a su disposición. Esto resulta de particular importancia con respecto a las MPC. Los inversores deben ser conscientes de que realmente existen instituciones tales como los servicios del defensor, los organismos principales o las disposiciones sobre ADR en el marco de los AII. Sólo entonces se les alentará a que empleen esos medios y, en consecuencia, buscarán soluciones amistosas a los conflictos en una etapa temprana. Por ejemplo, los organismos de promoción de las inversiones (OPI) pueden asumir esa función de informar a los inversores sobre la existencia de tales medidas e instituciones.
- Puede otorgarse un papel importante a los OPI en relación con la prevención de controversias sobre inversiones. Hoy en día, muchos OPI no sólo se dedican a atraer y prestar apoyo a nuevos inversores, sino también a prestar servicios de seguimiento a las inversiones para velar por que los inversores establecidos y los directivos extranjeros estén satisfechos con el entorno de inversión (UNCTAD, 2007a). Esa clase de paquete de medidas de seguimiento de las inversiones puede incluir el apoyo a inversores insatisfechos con el entorno de inversión o que se enfrenten a perjuicios de algún tipo. Puede ofrecerse a los inversores la opción de acudir al OPI cuando tengan preocupaciones concretas, para que éste se ocupe de ellas en una etapa temprana haciendo partícipes a los organismos públicos competentes. De ese modo puede impedirse efectivamente que los conflictos entre el Estado

y el inversor lleguen a convertirse en controversias formales. Además, los OPI también pueden asesorar e informar sobre las opciones ADR a los inversores que ya son parte en controversias sobre inversiones concretas.

Sin embargo, no bastará con que el Estado emprenda una labor activa de formulación de políticas sobre enfoques alternativos. Los **inversores** también deberán desempeñar un papel activo:

- El presente estudio ha planteado diversas razones por las que los inversores se beneficiarían del empleo de enfoques alternativos. Por consiguiente, los inversores que son partes en una controversia sobre inversiones o tienen quejas sobre la política del gobierno podrían tener más en cuenta los medios alternativos. En particular, las pequeñas y medianas empresas que no puedan permitirse recurrir al arbitraje internacional pueden plantear sus preocupaciones ante las instituciones establecidas con el fin de prevenir las controversias.
- Sería conveniente que los inversores recurrieran ampliamente a las instituciones de prevención de controversias establecidas por el gobierno del país receptor a fin de convertir las MPC en un medio fructífero para reducir el número de casos de SCIE. Los inversores deben dirigirse a los OPI y recurrir ampliamente a los servicios del defensor, los organismos principales y otras instituciones disponibles cuando tengan preocupaciones con respecto a las políticas gubernamentales. Incluso las preocupaciones menores pueden llegar a convertirse en problemas más complejos, y tanto el inversor como el gobierno deben optar por abordarlas en una etapa temprana.

Los **abogados** que ejercen su profesión en la esfera del derecho internacional sobre inversiones, es decir, que asesoran a los inversores o asumen la defensa del Estado, así como los árbitros, también pueden desempeñar un papel importante al considerar el empleo de enfoques alternativos. Habida cuenta de que la comunidad de profesionales del

derecho constituye el nexo entre las partes en las controversias sobre inversiones, con su labor de asesoramiento para inversores y Estados y su participación en la búsqueda de las soluciones más convenientes a ambas partes, dicha participación puede ser especialmente importante:

- Los abogados pueden sensibilizar a los inversores y los Estados sobre las alternativas disponibles al arbitraje basado en tratados de inversión, en particular cuando ambas partes no conocen todas las instituciones y normas existentes en esa esfera. Los abogados pueden incluso alentar el empleo de enfoques alternativos en los casos en que parezcan especialmente viables. Una promoción más frecuente del empleo de enfoques alternativos, junto con la publicación de los casos que han podido resolverse a través de la mediación, la conciliación o la prevención de controversias, puede llegar a cambiar las mentalidades en la comunidad del derecho internacional sobre inversiones en pro de una actitud más favorable a los enfoques alternativos.
- La comunidad de abogados debe mejorar su capacidad de hacer frente a un aumento en el empleo de medios alternativos, en particular por lo que respecta a las técnicas ADR. Esto requiere que los abogados se familiaricen en mayor medida con las particularidades de la mediación, la conciliación y otros métodos de solución de controversias sobre inversiones. Además de la comunidad de árbitros existente, deben aparecer nuevos profesionales del derecho con conocimientos especializados en derecho internacional sobre inversiones y experiencia sustantiva en el empleo de técnicas ADR.

**Las instituciones de arbitraje**<sup>1</sup> también tendrán un papel que desempeñar en la generalización del empleo de medios alternativos en la comunidad del derecho internacional sobre inversiones:

- Las instituciones de arbitraje pueden proponer normas simplificadas para el empleo de ADR o prever una mayor flexibilidad con respecto a las normas sobre conciliación,

mediación y comprobación de hechos, a fin de que resulten más atractivas para quienes deseen emplearlas en los procedimientos judiciales en la esfera de las inversiones.

- Las instituciones de arbitraje también pueden facilitar el acceso a procedimientos ADR mediante el desarrollo de capacidad o fomentando la inclusión en sus listas de expertos en técnicas ADR. Además de esos expertos, en las listas también puede incluirse a personalidades con un perfil alto, que puedan desempeñar un papel en la mediación sobre controversias.
- Las instituciones de arbitraje también pueden apoyar en mayor medida a las partes que deseen acogerse a un procedimiento ADR. Ese apoyo puede ser logístico o adoptar la forma de secretaria o lista de reserva, entre otras cosas.

Por último, **las organizaciones internacionales** pueden desarrollar una importante función de sensibilización de la comunidad del derecho internacional y, en particular, de los Estados, con respecto a las posibles ventajas de recurrir a enfoques alternativos al arbitraje basado en tratados de inversión. Esto podría hacerse creando capacidad e intensificando las actividades de asistencia técnica en esa esfera:

- Dicha asistencia técnica puede incluir la elaboración de instrucciones sobre el empleo adecuado de las técnicas ADR para la solución de controversias sobre inversiones.
- El asesoramiento sobre el diseño, el establecimiento y la aplicación de políticas adecuadas de prevención y previsión de controversias también puede formar parte de esa asistencia técnica. Esto permitirá a los Estados fortalecer sus marcos institucionales para la prevención de controversias sobre inversiones.

\* \* \*

El presente estudio ha demostrado que la comunidad del derecho internacional sobre inversiones se encuentra en una encrucijada en lo que respecta al empleo de métodos adecuados de solución de controversias sobre inversiones internacionales. De cara al futuro, pueden preverse dos direcciones principales. Por una parte, es posible que el arbitraje internacional se manifieste como enfoque predominante para resolver controversias sobre inversiones, mientras que el examen de otras posibilidades siga siendo solamente marginal. Sin embargo, también es posible que se cree un entorno y un marco conceptual generales que den cabida al examen simultáneo de varias posibilidades para la solución de las controversias entre inversores y Estados, ya desde el momento en que aparezcan esos conflictos, incluidos tanto el arbitraje como el empleo de técnicas ADR o MPC. Corresponde a todas y cada una de las partes interesadas de la comunidad del derecho internacional sobre inversiones determinar qué camino se seguirá en el futuro. No obstante, debido al importante aumento de los casos de SCIE registrados, es posible que la segunda dirección resulte más económica y favorable a los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo que dan la bienvenida a los inversores extranjeros y que, en consecuencia, participen activamente en la conclusión de AII.

### Notas

- <sup>1</sup> Las instituciones de mediación tales como el Instituto de Mediación Internacional (IMI) pueden desempeñar funciones similares.

## REFERENCIAS

American Arbitration Association (AAA) (2007). *Mediation: An Informal and Effective Approach to Settlement*. Disponible en <http://www.adr.org/si.asp?id=4424>.

Arrow K., Mnookin R., Ross L., Tversky A. and Wilson R. (eds.) (1995). *Barriers to Conflict Resolution*. New York: W.W. Norton.

Bjorklund A. K. (2008). "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante". UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158.

Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2001). *Reglamento ADR* (París). Disponible en [http://www.iccwbo.org/drs/english/adr/pdf\\_documents/spanish.pdf](http://www.iccwbo.org/drs/english/adr/pdf_documents/spanish.pdf)

CCI (2004). *Reglamento relativo a los dispute boards* (París). Publicación de la CCI No. 829. Disponible en [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute\\_boards/db\\_rules\\_spanish.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute_boards/db_rules_spanish.pdf).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (2006a). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. Washington, D.C.

CIADI (2006b). *CIADI, Reglamento del Mecanismo Complementario*. Washington, D.C.

CNUDMI (2004). *2002 – Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización*, Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta. S.05.V.4. Nueva York: Naciones Unidas.

Coe J. J. Jr. (2005). "Toward a complementary use of conciliation in investor–State disputes: A preliminary sketch". *Journal of International Law and Policy*. (University of California, Davis), vol. 12: 7-46.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (1980). Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1980Conciliation\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html)

Franck S. (2005). "The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions". *Fordham Law Review*. Vol. 73: 1521.

Franck S. (2007). "Integrating investment treaty conflict and dispute settlement design". *Minnesota Law Review*. Vol. 92: 161.

Franck S. (2008a). "Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration". *North Carolina Law Review*. Vol. 86: 1.

Franck S. (2008b). "Challenges facing investment disputes: reconsidering dispute resolution in international investment agreements"; in Sauvant K. with Chiswick-Patterson M. (eds.). *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. Oxford University Press: 143-192.

Harvard Business School (2001). *GE's Early Dispute Resolution Initiative*. Harvard Business School Case N9-801-395 (Boston: Harvard Business School).

Kaufmann-Kohler G. (2007). "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture". *Arbitration International*. Vol. 23, No. 3: 357-378.

Kaufmann-Kohler G. (2009). "When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard". *Arbitration International*. Vol. 25, No. 2: 187-205.

Kolb D. (1983). *The Mediators*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Legum B. (2006). *"The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack C. Coe's 'Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes – A preliminary sketch'"*. 21:4 *Mealey's Arbitration Rep.* 72 (2006), reprinted in 2:2 *Mediation Committee Newsletter* 27 (International Bar Association 2006).

Ley N° 28933 del Perú por la que se establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

Menkel-Meadow C., et al. (2006). *Negotiation: Processes for Problem Solving*. Aspen, Colorado: Aspen Publishers.

Moore C. W. (2003). *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*. San Francisco: Wiley, John & Sons.

Muchlinski P. T. (2007). *Multinational Enterprises & the Law*. New York: Oxford University Press.

Nurick L. and Schnably S. J. (1986). "The first ICSID conciliation: *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*." *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 1: 340–353.

O'Connell M. E. (ed.) (2003). *International Dispute Settlement*. Dartmouth: Ashgate.

Onwuamaegbu U. (2005). "The role of ADR in investor–State dispute settlement: The ICSID experience". *News from ICSID*, Vol. 22 (Winter), No. 2: 12–15.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2009). *Reglamentos de Arbitraje y Mediación y Cláusulas Recomendadas por la OMPI, el Baremo de Tasas y Costas*. (Ginebra, Suiza). Disponible en [http://www.wipo.int/freepublications/es/arbitration/446/wipo\\_pub\\_446.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/es/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf).

Pawlak D. A. and Rivas J. A. (2008). "Managing investment treaty obligations and investor-State disputes: a guide for government officials"; in Carbonneau T. E. and Mourra M. H. (eds.). *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*. Kluwer Law International 2008.

Polasek M. (2006). "The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure". *News from ICSID*. Vol. 23 (Summer), No. 1: 14-17.

Redfern A. and Hunter M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell.

Reif L. C. (1991). "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes". *Fordham International Law Journal*, Vol. 14: 578-638.

Salacuse J. W. (1999). "From developing countries to emerging markets: A new role for law in the third world". *The International Lawyer*. 33: 875-890.

Salacuse J. W. (2002). "Mediation in international business", in Bercovitch J (ed.). *Studies in International Mediation: Essays in Honor of Jeffrey Z. Rubin*. London and New York: Palgrave/Macmillan: 213-228.

Salacuse J. W. (2003). *The Global Negotiator: Making, Managing, and Mending Deals Around the World in the Twenty-First Century*. New York: Palgrave MacMillan.

Salacuse J. W. (2007). "Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution". *Fordham International Law Journal*. Vol. 31, No. 1: 138-185.

Salacuse J. W. and Sullivan N. P. (2005). "Do BITs really work: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain", *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, pp. 67-130.

Sauvant K. (2002). "Mediation is the key for future investment". *FDI Magazine*. 2 April. Disponible en [http://www.fdimagazine.com/news/fullstory.php/aid/108/mediation\\_is\\_the\\_key\\_for\\_future\\_investment.html](http://www.fdimagazine.com/news/fullstory.php/aid/108/mediation_is_the_key_for_future_investment.html).

Schwartz E. (1995). "International conciliation and the ICC". *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 10: 98-119.

Smith S. and Martinez J. (2009). "An Analytic Framework for Dispute Systems Design". *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 14: XX.

Sornarajah M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Stevens M. and Love B. (2010). "Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions". *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Vol. 3: 389-417.

UNCTAD (2002). *World Investment Report 2002: Transnational Corporations & Export Competitiveness*. United Nations publication. Sales No. E.02.II.D.4. New York and Geneva.

UNCTAD (2003a). *Dispute Settlement: Investor-State*. United Nations publication. Sales No. E.03.II.D.5. New York and Geneva.

UNCTAD (2003b). *Dispute Settlement: State-State*. United Nations publication. Sales No. E.03.II.D.6. New York and Geneva.

UNCTAD (2003c). *World Investment Report 2003: FDI Policies For Development: National and International Perspectives*. United Nations publication. Sales No. E.03.II.D.8. New York and Geneva.

UNCTAD (2004). *Contratos de Estado*. Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta: S.05.II.D.5. Nueva York y Ginebra.

UNCTAD (2005a). *World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D*. United Nations publication. Sales No. E.05.II.D.10. New York and Geneva: United Nations.

UNCTAD (2005b). "Latest developments in investor–State dispute settlement". *IIA Monitor*, No. 4. Available at [http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052_en.pdf).

UNCTAD (2006a). "Latest developments in investor–State dispute settlement". *IIA Monitor No. 4*.

UNCTAD (2006b). *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. United Nations publication. Sales No.E.06.II.D.11. New York and Geneva.

UNCTAD (2007a). *Aftercare: A Core Function in Investment Promotion*. Investment Advisory Series, Series A, No. 1. United Nations publication. New York and Geneva.

UNCTAD (2007b). *Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. United Nations publication. Sales No. E.07.II.D.10. New York and Geneva.

UNCTAD (2008a). "Latest developments in investor–State dispute settlement", *IIA Monitor No. 1*.

UNCTAD (2008b). *Determinación de los elementos básicos de los acuerdos de inversión de la región del APEC*. Publicación de las Naciones Unidas. Número de venta: S.08.II.D.27. Nueva York y Ginebra.

UNCTAD (2009). "Latest developments in investor-State dispute settlement". *IIA Monitor No. 1*.

Van Harten G. (2005). "Private authority and transnational governance: The contours of the international system of investor state protection". *Review of International Political Economy*. Vol. 12, No. 4: 600-623.

Veeder V. (1998). "The Lena Goldfields arbitration: The historical roots of three ideas". *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47: 747-792.

Wälde T. W. (2006). "Efficient management of transnational disputes: mutual gain by mediation or joint loss in litigation". *Arbitration International*. Vol. 22, No. 2: 205-232.

Whitsitt E. (2008). "*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*: Honesty is the Best Policy". *Investment Treaty News*. 1 October: 1-2.

Wiegand S. (1996). "A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 12, No. 1: 95-145.

# SELECTED UNCTAD PUBLICATIONS ON INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

(For more information, please visit [www.unctad.org/en/pub](http://www.unctad.org/en/pub))

## *Joint Publications on Investment Issues*

UNCTAD and OECD (2010). *Third Report on G20 Investment Measures*. 14 June 2010.

[http://www.unctad.org/en/docs/unctad\\_oecd2010\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/unctad_oecd2010_en.pdf)

UNCTAD, OECD and WTO (2010). *Report on G20 Trade and Investment Measures (September 2009 to February 2010)*. 8 March 2010.

[http://www.unctad.org/en/docs/wto\\_oecd\\_unctad2010d1\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wto_oecd_unctad2010d1_en.pdf)

UNCTAD, OECD and WTO (2009). *Report on G20 Trade and Investment Measures*. 14 September 2009.

[http://www.unctad.org/en/docs/wto\\_oecd\\_unctad2009\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wto_oecd_unctad2009_en.pdf)

## *Investment Policy Monitors*

*Investment Policy Monitor*. A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 2, 20 April 2010.

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102_en.pdf)

*Investment Policy Monitor*. A Periodic Report by the UNCTAD Secretariat. No. 1, 4 December 2009.

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911_en.pdf)

## *IIA Monitors and Issues Notes*

*IIA ISSUES NOTE No. 1 (2010): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement*.

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 3 (2009): Recent developments in international investment agreements (2008–June 2009).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 2 (2009): Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 1 (2009): Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 2 (2008): Recent developments in international investment agreements (2007–June 2008).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 1 (2008): Latest Developments in Investor– State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 3 (2007): Recent developments in international investment agreements (2006 – June 2007).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 2 (2007): Development implications of international investment agreements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 1 (2007): Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 4 (2006): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/sections/dite\\_pcbb/docs/webiteiia200611\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia200611_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 3 (2006): The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20069\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20069_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 2 (2006): Developments in international investment agreements in 2005.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 1 (2006): Systemic Issues in International Investment Agreements (IIAs).***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20062\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20062_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 4 (2005): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20052\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20052_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 2 (2005): Recent Developments in International Investment Agreements.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20051\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20051_en.pdf)

***IIA MONITOR No. 1 (2005): South-South Investment Agreements Proliferating.***

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20061\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20061_en.pdf)

***World Investment Reports***

(For more information visit [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir))

***World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development.*** Sales No. E.09.II.D.15. \$80. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2009\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf).

***World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge.*** Sales No. E.08.II.D.23. \$80. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2008\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf).

***World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development.*** Sales No. E.07.II.D.9. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2007\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf).

***World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development.*** Sales No. E.06.II.D.11. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf).

***World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D.*** Sales No. E.05.II.D.10. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2005\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf).

***World Investment Report 2004. The Shift Towards Services.*** Sales No. E.04.II.D.36. \$75. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2004\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf).

***World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives.*** Sales No. E.03.II.D.8. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf).

***World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness.*** 352 p. Sales No. E.02.II.D.4. \$49. [http://www.unctad.org/en/docs/wir2002\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf).

***World Investment Report 2001: Promoting Linkages.*** 356 p. Sales No. E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

***Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI.*** UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

***World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development.*** 368 p. Sales No. E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

### ***International Investment Instruments***

(For more information visit <http://www.unctad.org/iaa>)

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIV.*** Sales No. E.05.II.D.8. 326 p. \$60.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XIII.*** Sales No. E.05.II.D.7. 358 p. \$60.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XII.*** Sales No. E.04.II.D.10. 364 p. \$60.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. XI.*** 345 p. Sales No. E.04.II.D.9. \$60. [http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/dite4volxi_en.pdf).

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. X.*** 353 p. Sales No. E.02.II.D.21. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IX.*** 353 p. Sales No. E.02.II.D.16. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v9.en.pdf>.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VIII.*** 335 p. Sales No. E.02.II.D.15. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v8.en.pdf>.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VII.*** 339 p. Sales No. E.02.II.D.14. \$60. <http://www.unctad.org/en/docs/psdited3v7.en.pdf>.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. VI.*** 568 p. Sales No. E.01.II.D.34. \$60. [http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6\\_p1.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ps1dited2v6_p1.en.pdf) (part one).

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. V.*** 505 p. Sales No. E.00.II.D.14. \$55.

***International Investment Instruments: A Compendium. Vol. IV.*** 319 p. Sales No. E.00.II.D.13. \$55.

***International Investment Policies for Development***  
(For more information visit <http://www.unctad.org/iaa>)

***The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries.*** 161 p. Sales No. E.09.II.D.20. \$22.

***The Protection of National Security in IIAs.*** 170 p. Sales No. E.09.II.D.12. \$15.

***Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC Regions.*** 134 p. Sales No. E.08.II.D.27. \$15.

***International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward.*** 124 p. Sales No. E.08.II.D.1. \$15.

***Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements.*** 103 p. Sales No. E.08.II.D.5. \$15.

***Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking.*** 110 p. Sales No. E.07.II.D.10. \$30.

***Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Investment Rulemaking.*** 172 p. Sales No. E.06.II.D.16. \$30.

***Investment Provisions in Economic Integration Agreements.*** 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

***Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations.*** 104 p. Sales No. E.06.II.D.14. \$15.

***International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues.*** 110 p. Sales No. E.06.II.D.03. \$15.

***Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review.*** 106 p. Sales No. E.06.II.D.1 \$15

***South-South Cooperation in Investment Arrangements.*** 108 p. Sales No. E.05.II.D.26 \$15.

***International Investment Agreements in Services.*** 119 p. Sales No. E.05.II.D.15. \$15.

***The REIO Exception in MFN Treatment Clauses.*** 92 p. Sales No. E.05.II.D.1. \$15.

***Issues in International Investment Agreements***  
(For more information visit <http://www.unctad.org/iaa>)

***International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III.***  
Sales no.: E.05.II.D.6. \$65.

***State Contracts.*** 84 p. Sales No. E.05.II.D.5. \$15.

***Competition.*** 112 p. E.04.II.D.44. \$ 15.

***Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary.*** 232 p. Sales No. E.04.II.D.31. \$15.

***Incentives.*** 108 p. Sales No. E.04.II.D.6. \$15.

***Transparency.*** 118 p. Sales No. E.04.II.D.7. \$15.

***Dispute Settlement: State-State.*** 101 p. Sales No. E.03.II.D.6. \$15.

***Dispute Settlement: Investor-State.*** 125 p. Sales No. E.03.II.D.5. \$15.

***Transfer of Technology.*** 138 p. Sales No. E.01.II.D.33. \$18.

***Illicit Payments.*** 108 p. Sales No. E.01.II.D.20. \$13.

***Home Country Measures.*** 96 p. Sales No.E.01.II.D.19. \$12.

***Host Country Operational Measures.*** 109 p. Sales No E.01.II.D.18. \$15.

***Social Responsibility.*** 91 p. Sales No. E.01.II.D.4. \$15.

***Environment.*** 105 p. Sales No. E.01.II.D.3. \$15.

***Transfer of Funds.*** 68 p. Sales No. E.00.II.D.27. \$12.

***Flexibility for Development.*** 185 p. Sales No. E.00.II.D.6. \$15.

***Employment.*** 69 p. Sales No. E.00.II.D.15. \$12.

***Taxation.*** 111 p. Sales No. E.00.II.D.5. \$12.

***Taking of Property.*** 83 p. Sales No. E.00.II.D.4. \$12.

***National Treatment.*** 94 p. Sales No. E.99.II.D.16. \$12.

***Admission and Establishment.*** 69 p. Sales No. E.99.II.D.10. \$12.

***Trends in International Investment Agreements: An Overview.*** 133 p. Sales No. E.99.II.D.23. \$12.

***Lessons from the MAI.*** 52 p. Sales No. E.99.II.D.26. \$10.

***Fair and Equitable Treatment.*** 85 p. Sales No. E.99.II.D.15. \$12.

***Transfer Pricing.*** 71 p. Sales No. E.99.II.D.8. \$12.

***Scope and Definition.*** 93 p. Sales No. E.99.II.D.9. \$12.

***Most-Favoured Nation Treatment.*** 57 p. Sales No. E.99.II.D.11. \$12.

***Investment-Related Trade Measures.*** 57 p. Sales No. E.99.II.D.12. \$12.

***Foreign Direct Investment and Development.*** 74 p. Sales No. E.98.II.D.15. \$12.

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Please consult your bookstore or write:

For Africa, Asia and Europe to:

Sales Section  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations  
CH-1211 Geneva 10  
Switzerland  
Tel: (41-22) 917-1234  
Fax: (41-22) 917-0123  
E-mail: [unpubli@unog.ch](mailto:unpubli@unog.ch)

For Asia and the Pacific, the Caribbean, Latin America and North America to:

Sales Section  
Room DC2-0853  
United Nations Secretariat  
New York, NY 10017  
United States  
Tel: (1-212) 963-8302 or (800) 253-9646  
Fax: (1-212) 963-3489  
E-mail: [publications@un.org](mailto:publications@un.org)

All prices are quoted in United States dollars.

For further information on the work of the Division on Investment and Enterprise, UNCTAD, please address inquiries to:

United Nations Conference on Trade and Development  
Division on Investment and Enterprise  
Palais des Nations, Room E-10054  
CH-1211 Geneva 10, Switzerland  
Telephone: (41-22) 917-5651  
Telefax: (41-22) 917-0498  
<http://www.unctad.org>

## CUESTIONARIO

### **Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration**

Sales N° S.10.II.D.11.

In order to improve the quality and relevance of the work of the UNCTAD Division on Investment, Technology and Enterprise Development, it would be useful to receive the views of readers on this publication. It would therefore be greatly appreciated if you could complete the following questionnaire and return it to:

Readership Survey  
UNCTAD Division on Investment and Enterprise  
United Nations Office at Geneva  
Palais des Nations, Room E-9123  
CH-1211 Geneva 10, Switzerland  
Fax: 41-22-917-0194

1. Name and address of respondent (optional):

---

---

2. Which of the following best describes your area of work?

|                             |                          |                                  |                          |
|-----------------------------|--------------------------|----------------------------------|--------------------------|
| Government                  | <input type="checkbox"/> | Public enterprise                | <input type="checkbox"/> |
| Private enterprise          | <input type="checkbox"/> | Academic or research institution | <input type="checkbox"/> |
| International organization  | <input type="checkbox"/> | Media                            | <input type="checkbox"/> |
| Not-for-profit organization | <input type="checkbox"/> | Other (specify) _____            |                          |

3. In which country do you work? \_\_\_\_\_

4. What is your assessment of the contents of this publication?

|           |                          |          |                          |
|-----------|--------------------------|----------|--------------------------|
| Excellent | <input type="checkbox"/> | Adequate | <input type="checkbox"/> |
| Good      | <input type="checkbox"/> | Poor     | <input type="checkbox"/> |

5. How useful is this publication to your work?

|             |                          |                 |                          |
|-------------|--------------------------|-----------------|--------------------------|
| Very useful | <input type="checkbox"/> | Somewhat useful | <input type="checkbox"/> |
| Irrelevant  | <input type="checkbox"/> |                 |                          |

6. Please indicate the three things you liked best about this publication:

---

---

---

7. Please indicate the three things you liked least about this publication:

---

---

---

8. If you have read other publications of the UNCTAD Division on Investment, Enterprise Development and Technology, what is your overall assessment of them?

|                    |                          |                                        |                          |
|--------------------|--------------------------|----------------------------------------|--------------------------|
| Consistently good  | <input type="checkbox"/> | Usually good, but with some exceptions | <input type="checkbox"/> |
| Generally mediocre | <input type="checkbox"/> | Poor                                   | <input type="checkbox"/> |

9. On average, how useful are those publications to you in your work?

Very useful ☐

Somewhat useful ☐

Irrelevant ☐

10. Are you a regular recipient of *Transnational Corporations* (formerly *The CTC Reporter*), UNCTAD-DITE's tri-annual refereed journal?

Yes ☐

No ☐

If not, please check here if you would like to receive a sample copy sent to the name and address you have given above: ☐