



Asamblea General

Distr. limitada
11 de junio de 2019
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
38º período de sesiones
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Documento presentado por el Gobierno del Brasil

Nota de la Secretaría

Por la presente nota se transmite un documento recibido del Gobierno del Brasil el 28 de marzo de 2019, en preparación del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo III.



Anexo

Prevención de controversias en el Modelo de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) del Brasil

I. Antecedentes

1. Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) del Brasil surgieron en el contexto de una creciente insatisfacción con los tratados bilaterales de inversión (TBI) tradicionales que prevén cláusulas sobre SCIE. La falta de evidencia de que los TBI promuevan la inversión extranjera directa, la naturaleza controvertida de los acuerdos de inversión que protegen indebidamente a los inversionistas a expensas del derecho de los países anfitriones de ejercer sus facultades de reglamentación en aras del interés público y la creciente demanda de que se adopte un criterio más equilibrado entre inversionistas y Estados reforzaron la decisión del Brasil de elaborar un modelo que subsanara las deficiencias de que adolecían los TBI tradicionales.

2. La creación de los ACFI brasileños responde a una demanda del sector privado nacional de ofrecer un sistema alternativo basado en la prevención de controversias. En las consultas amplias cursadas con empresas multinacionales brasileñas, el Gobierno advirtió que los inversionistas estaban más interesados en que mejorara el marco institucional de inversiones con los Gobiernos extranjeros que en soluciones que pudieran aplicarse una vez consumados los hechos y que conducirían a la sustanciación de pleitos prolongados y onerosos.

3. Los encargados de la elaboración de políticas en el Brasil estaban convencidos de que la cantidad excesiva de pleitos que eran consecuencia de los TBI perjudicaban el entorno empresarial y menoscababan los esfuerzos que se realizaban por atraer inversiones a los países en desarrollo, así como la capacidad de regulación del Estado para procurar satisfacer intereses de políticas legítimos en esferas como la salud, el medio ambiente y la seguridad pública. En ese contexto, la prevención de controversias se convierte en la alternativa de regulación que se prefiere adoptar, tanto en lo que respecta a la atracción como a la retención de las inversiones. Al centrarse en la prevención de controversias y en mejorar el marco empresarial, el Gobierno anfitrión tendrá la responsabilidad fundamental de ayudar a resolver controversias de forma amistosa y hacer que los mecanismos de SCIE se vuelvan menos importantes para las empresas nacionales que inviertan en el extranjero y para los inversionistas extranjeros que inviertan en el país.

4. Al concebir los ACFI, el Gobierno del Brasil consideró preferible poner mecanismos de prevención de controversias a disposición de los inversionistas extranjeros para que pudieran resolver posibles situaciones de conflicto antes de que estas llegaran a plantearse en una instancia de arbitraje de inversiones. En razón de esas consideraciones, en los ACFI se prevén mecanismos de cooperación institucional para que las partes eviten controversias y logren resolver posibles conflictos en una etapa temprana. A fin de alcanzar ese objetivo, los compromisos que se asumen en los ACFI inducen a las partes a actuar antes de que se produzcan daños y de que surjan controversias que serán difíciles de resolver más adelante. Así, el país anfitrión prevería las causas que podrían derivar en el uso del arbitraje de inversiones y adoptaría las medidas necesarias con mucha mayor antelación. Al proceder de esta manera, podrían evitarse por completo dificultades y costos, incluidos los costos políticos.

5. Los ACFI del Brasil se basan en marcos de referencia internacionales, como la Oficina del Ombudsman para Inversiones Extranjeras de Corea. El Brasil consideró que la experiencia de Corea en el sentido de ofrecer apoyo posterior a la contratación a los inversionistas que enfrentaban conflictos en la gestión cotidiana de sus negocios y de velar por que el entorno de inversión fuera el adecuado era el camino ideal para el Brasil. Otra característica de la Oficina del Ombudsman para Inversiones Extranjeras de Corea que pareció adecuarse a las necesidades del Brasil fue la posibilidad de “solicitar cooperación a la oficina administrativa competente o al organismo encargado de gestionar inversiones extranjeras para resolver los problemas que afrontan las empresas

en que se invierte capital extranjero y desempeñar las obligaciones relacionadas con estas". Además, las estadísticas actuales, que muestran que los inversionistas extranjeros utilizan con frecuencia los servicios de la Oficina del Ombudsman de Corea, ayudaron a afianzar la idea de que el enfoque del Brasil debería hacer un fuerte hincapié en la prevención de controversias.

II. Prevención de controversias: el Ombudsman y el Comité Conjunto

6. El mecanismo de prevención de controversias previsto en los ACFI consiste en un diálogo bilateral que se lleva a cabo por conducto del Ombudsman y el Comité Conjunto, encargados del examen preliminar de cuestiones específicas planteadas por la otra parte o los inversionistas de la otra parte. Ese mecanismo constituye el núcleo institucional de los ACFI, dado que contribuye al cumplimiento de los compromisos asumidos en el acuerdo y al fortalecimiento del diálogo entre las partes respecto de las inversiones y la asistencia adecuada a los inversionistas.

7. El papel del Ombudsman es actuar como facilitador de la relación entre los inversionistas y el Gobierno del país anfitrión, dialogando con las autoridades competentes y prestando apoyo al Gobierno, con el fin último de mejorar el entorno empresarial para atraer y retener inversiones. En el Brasil, la función de Ombudsman fue establecida por decreto federal.

8. Las principales responsabilidades del Ombudsman son realizar un seguimiento de las solicitudes y las consultas hechas por la otra parte o los inversionistas de la otra parte ante las autoridades competentes e informar a los interesados sobre los resultados de sus acciones. También compete al Ombudsman evaluar, en consulta con las autoridades gubernamentales competentes, las reclamaciones recibidas de la otra parte o los inversionistas de la otra parte y formular recomendaciones al Comité Conjunto sobre las medidas que sería necesario adoptar para mejorar el entorno de inversión.

9. El Comité Conjunto, compuesto por representantes gubernamentales de ambas partes, es el encargado de la vigilancia de la aplicación del acuerdo, el intercambio de información sobre oportunidades de inversión, la cooperación bilateral en materia de inversiones y las iniciativas de facilitación y, sobre todo, es el encargado de colaborar para prevenir controversias y lograr el arreglo amistoso de cualquier cuestión relacionada con las inversiones bilaterales. El Comité Conjunto, a fin de cumplir sus funciones minuciosamente y trabajar de cerca con los inversionistas, tiene la posibilidad de establecer grupos de trabajo *ad hoc* y de invitar al sector privado a participar en él.

III. De la prevención a la solución de controversias

10. El mecanismo de prevención de controversias previsto en los ACFI comprende dos fases diferenciadas. En la primera, el Ombudsman evalúa proactivamente las reclamaciones recibidas de la otra parte o los inversionistas de la otra parte y recomienda que se adopten medidas adecuadas para encontrar una solución. En la segunda, el Comité Conjunto interviene de forma reactiva, al recibir una solicitud por escrito en que se le consulta sobre la incompatibilidad entre una medida determinada y el acuerdo de que se trate.

11. Si una parte considera que determinada medida adoptada por la otra constituye incumplimiento del acuerdo, presentará una solicitud por escrito a la otra parte en la que señalará la medida concreta de que se trate, invocará el derecho aplicable y expondrá los hechos que alega. Después, el Comité Conjunto se reunirá dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Posteriormente, el Comité Conjunto examinará la solicitud en el plazo acordado en el texto del ACFI (normalmente 60 días), que es prorrogable por mutuo acuerdo, y publicará un informe en que se señalará la medida en cuestión, el presunto incumplimiento del acuerdo y las inversiones afectadas.

12. En su informe, el Comité Conjunto intentará encontrar una solución amistosa en relación con la medida de que se trate, que puede incluir, por ejemplo, una recomendación a la oficina gubernamental competente para que modifique la medida de

modo que se ajuste a las disposiciones del ACFI. Solo una vez que la parte reclamante haya agotado el procedimiento de prevención de controversias por conducto del Ombudsman y el Comité Conjunto sin haber logrado resolver la controversia satisfactoriamente, pueden las partes entablar un proceso arbitral entre Estados.

13. Otra medida innovadora de los ACFI, que es digna de mención y está orientada a aumentar la transparencia del procedimiento de prevención de controversias, es la posibilidad de invitar a otros interesados, cuando ello sea pertinente para el examen la medida, a participar como *amicus curiae*, presentarse ante el Comité Conjunto y dar su opinión sobre ella. De ese modo, los ACFI atienden a la crítica que se plantea desde hace tiempo de que las controversias en materia de inversiones se solucionan a puertas cerradas, sin someterlas al escrutinio que es deseable que ejerzan la sociedad y otros interesados.

14. La cláusula de los ACFI sobre solución de controversias prevé que se presente una reclamación ante un tribunal arbitral *ad hoc* una vez que se hayan agotado todas las medidas de prevención posibles. El modelo brasileño no se aplica a las siguientes cuestiones: i) excepciones por razones de seguridad; ii) observancia de la legislación nacional por parte de los inversionistas; iii) responsabilidad social de las empresas; iv) medidas de inversión orientadas a combatir la corrupción y la ilegalidad; y v) disposiciones sobre inversiones y medio ambiente, asuntos laborales y salud. Además, los ACFI establecen criterios específicos para el nombramiento de árbitros (tres) y el procedimiento que debe seguirse ante los tribunales arbitrales, que puede reflejar, subsidiariamente, las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que se encuentren vigentes en la fecha de entrada en vigor del acuerdo. La decisión del tribunal arbitral, que ha de dictarse en un plazo de nueve meses (prorrogable por 90 días), es definitiva y vinculante para las partes, con arreglo a los términos del ACFI.

IV. Conclusión

15. En conclusión, los ACFI constituyen una alternativa innovadora a los acuerdos de inversión tradicionales en la que se procuran subsanar las limitaciones de estos y evitar un enfoque litigioso promoviendo una interacción más dinámica, constructiva y duradera entre las partes y sus inversionistas. Al establecer un canal permanente de diálogo (el Ombudsman) y exigir una consulta previa con el Comité Conjunto antes de que se inicie un proceso arbitral, los ACFI facilitan una aproximación a una solución amistosa de las controversias. En el modelo también se reconoce el papel esencial que desempeñan los Gobiernos al alentar la creación de un entorno propicio a la inversión que satisfaga tanto las necesidades del sector privado como las prioridades de desarrollo de los países anfitriones.