



Asamblea General

Distr. limitada
19 de enero de 2023
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)
45º período de sesiones
(Nueva York, 27 a 31 de marzo de 2023)

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

Proyecto de guía legislativa sobre la prevención y mitigación
de controversias relativas a inversiones

Nota de la Secretaría

Índice

	Página
I. Introducción	3
II. Proyecto de guía legislativa sobre la prevención y mitigación de controversias	3
1. Finalidad y ámbito de aplicación	4
2. Definiciones	4
3. Comunicación eficaz con los inversionistas	5
4. Coordinación intergubernamental	6
5. Organismo coordinador y órganos públicos pertinentes	8
6. Mandato y competencias del organismo coordinador	9
7. Estructura operativa del organismo coordinador	10
8. Garantía de un criterio armonizado respecto de los instrumentos en materia de inversiones	11
9. Garantía de la coherencia en la aplicación	13
10. Mecanismo de recepción de agravios de los inversionistas	14
11. Mitigación de controversias	15
12. Gestión eficaz de las controversias	16
13. Recursos financieros y costas del procedimiento	17
14. Exención de responsabilidad de los funcionarios públicos	17



15. Confidencialidad	18
16. Incorporación de la tecnología y una herramienta de seguimiento	18
17. Participación de los inversionistas en debates sobre políticas	19
18. Espacio de políticas públicas	19
19. Creación de capacidad	20
20. Coordinación intergubernamental	21

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en octubre de 2020, el Grupo de Trabajo emprendió un examen preliminar del tema de la prevención y mitigación de controversias basándose en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.190](#) y tomó nota del interés general en que la secretaría siguiera trabajando sobre este tema ([A/CN.9/1044](#), párr. 23). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que trabajara con las delegaciones y organizaciones interesadas para reunir y compilar información pertinente que estuviera fácilmente disponible sobre las mejores prácticas ([A/CN.9/1044](#), párr. 26). Al respecto, se observó que los Estados, el Grupo Banco Mundial y otras organizaciones intergubernamentales, además de organizaciones no gubernamentales, ya habían realizado esa labor ([A/CN.9/1044](#), párr. 24). Por ello, se solicitó a la secretaría que examinara cómo se podrían aplicar esas mejores prácticas de manera más congruente y que sugiriera la forma en que podrían aplicarse esas mejores prácticas ([A/CN.9/1044](#), párr. 26). En la página web del Grupo de Trabajo se han recopilado y resumido las mejores prácticas¹.

2. El capítulo II de la presente nota contiene un proyecto de guía legislativa sobre la prevención y mitigación de controversias (la “Guía”) con recomendaciones y comentarios. La Guía, preparada junto con el Grupo Banco Mundial, refleja los rasgos comunes de los mecanismos concebidos por Estados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales. Como en el caso de todos los documentos de trabajo, la presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema², y no se pretende con ella expresar una opinión sobre el elemento de reforma, ya que esa es una cuestión que el Grupo de Trabajo habrá de considerar. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar también la posible forma y presentación de la Guía.

II. Proyecto de guía legislativa sobre la prevención y mitigación de controversias

3. La Guía pretende ayudar a los Estados a implantar y aplicar un sistema coherente de prevención³ y mitigación de controversias (denominado el “sistema”), cuya base puede encontrarse en un único texto legislativo o en diferentes instrumentos legislativos (leyes, reglamentos, decretos), en función del estilo legislativo de cada Estado. En aras de la simplicidad, se emplea el término “legislación” en la presente Guía para referirse a las distintas posibilidades de aplicación legislativa. La Guía no aborda o trata situaciones en las que se ha presentado formalmente una demanda ante un órgano

¹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/dispute_prevention_compilation.pdf.

² La presente nota se ha preparado a partir de la recopilación de mejores prácticas y utilizando como referencia una amplia variedad de información publicada sobre el tema como los siguientes documentos: Energy Chárter Conferencie, “Modelo Instrumento en Management o Inwestimento Disputes”, diciembre de 2018; Bonica, J. & Williams Z., “Inwestimento Dispute Prevención and Management Agencies: Howard a more informe policía discusión”, informe del International Instituto foro Sustentable Development (IISD), enero de 2022; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “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”, 2010; UNCTAD, “Investor-State Disputes: Prevención and Alternatives to Arbitration II, Proceedings o the Joint Symposium en International Inwestimento and Alternative Dispute Resolution”, 2011; UNCTAD, “Best Practices in Inwestimento foro Development - How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru”, colección de publicaciones sobre asesoramiento para inversiones, colección B, número 10, 2011; UNCTAD, “Inwestimento Policy Framework foro Sustentable Development”, 2015; Grupo Banco Mundial, “Retention and Expansion o Foreign Direct Inwestimento: Political Risk and Policy Responses”, 2019 (“World Bank Retention”); Grupo Banco Mundial, “Managing Investor Issues through Retention Mechanisms”, 2021 (“World Bank Managing”); Grupo Banco Mundial, “Global Inwestimento Competitiveness Report 2019/2022: Rebuilding Investor Confidence in Times o Uncertainty”, 2020 (“World Bank Global”).

³ Concepto que en la Guía también se expresa con las palabras “evitar controversias”.

judicial o un tribunal arbitral (situaciones que reciben la denominación de “controversia jurídica”) si bien una institución o un mecanismo establecido a efectos de prevenir y mitigar controversias también podría gestionar esos procesos para dirimir una controversia relativa a inversiones.

1. Finalidad y ámbito de aplicación

Recomendación 1: Finalidad y ámbito de aplicación del sistema de prevención y mitigación de controversias y su marco jurídico

1. *Se establecerá un sistema para dar respuesta a los agravios y prevenir y mitigar las controversias relativas a una inversión o resultantes de ella.*

2. *Los agravios o las controversias podrán fundamentarse en los siguientes instrumentos:*

(a) *un tratado de promoción y protección de inversiones o inversionistas (“tratado de inversión”);*

(b) *una ley o reglamento que regule las inversiones (“leyes relativas a inversiones”), o*

(c) *un contrato de inversión.*

4. En la recomendación 1 se afirma que se establecerá un sistema para dar respuesta a los agravios que presenten los inversionistas y prevenir y mitigar las controversias relativas a una inversión o resultantes de ella (denominadas en la Guía “controversias relativas a inversiones”). En la Guía no se distingue entre inversiones nacionales e inversiones extranjeras, sino que se tratan ambas. En función de las políticas y las necesidades de un Estado, el sistema podría ampliarse para ocuparse de la retención y la expansión de las inversiones⁴. En la recomendación también se presupone la existencia de un marco jurídico (ya se trate de una única ley o de múltiples leyes o reglamentos) para que el sistema pueda funcionar debidamente.

5. En la recomendación 1 se señala además que los agravios o las controversias pueden fundamentarse en tratados de inversión, leyes nacionales relativas a inversiones o contratos de inversión (denominados en conjunto en la Guía “instrumentos en materia de inversiones”).

2. Definiciones

Recomendación 2: Definiciones

A los efectos del sistema y la legislación:

a) *Por “agravio” se entenderá un problema sin atender a que haga frente un inversionista debido a la conducta del Estado o un órgano público y que todavía no se haya convertido en una controversia;*

b) *Por “controversia” se entenderá un agravio que se haya convertido en un desacuerdo formal o de contenido jurídico entre un inversionista y un Estado o un órgano público;*

c) *Por “controversia jurídica” se entenderá un desacuerdo definido y específico entre un inversionista y un Estado o un órgano público formulado en términos jurídicos con la expectativa de obtener una reparación, que se presenta formalmente ante un órgano judicial o un tribunal arbitral sobre la base de un instrumento en materia de inversiones (“proceso arbitral o judicial”);*

⁴ Véase “World Bank Global”, pág.128, donde se indica que las medidas de prevención y mitigación de controversias están estrechamente vinculadas con la retención y la expansión de las inversiones.

d) Por “prevención de controversias” se entenderán las medidas adoptadas para evitar que un agravio se convierta en una controversia por diversos medios;

e) Por “mitigación de controversias” se entenderán las medidas adoptadas para evitar una controversia jurídica resolviendo la controversia por medios administrativos y métodos alternativos no vinculantes de solución de controversias;

f) Por “gestión de controversias” se entenderán las medidas adoptadas para tramitar una controversia jurídica y las actuaciones relativas a esa controversia.

6. En la recomendación 2 se hace hincapié en la necesidad de explicar el significado de términos fundamentales a los efectos del sistema y el marco jurídico subyacente. Esto ayudará a quienes implanten y utilicen el sistema a tener una idea clara. Las definiciones enunciadas en la recomendación 2 se basan en gran medida en las definiciones usadas por el Grupo Banco Mundial en sus trabajos sobre la prevención de controversias⁵. Los términos reflejan las diferentes etapas de agravios, controversias y controversias jurídicas (que a menudo se solapan y tienen límites imprecisos), así como las medidas que pueden tomarse para darles una respuesta. Los términos y sus definiciones tendrían que adaptarse a las prácticas de cada Estado.

7. Si bien la distinción entre agravio, controversia y controversia jurídica pretende diferenciar el funcionamiento de la prevención, la mitigación y la gestión de controversias, resulta particularmente útil cuando hay distintos órganos públicos responsables en las distintas etapas y no existe un único organismo encargado de la comunicación interna con los órganos públicos y la comunicación externa con los inversionistas.

8. La prevención de controversias se define como el manejo de los “agravios” antes de que el desacuerdo entre el inversionista y el Estado o el órgano público se formule en términos jurídicos. Los desacuerdos se suelen formular en términos jurídicos cuando se expresa la intención de acudir al arbitraje o a un proceso judicial. Una vez que se ha comunicado esa intención, comienza la etapa de mitigación de la controversia. La mitigación de la controversia termina cuando el inversionista presenta formalmente una solicitud de arbitraje o incoa una demanda ante los órganos judiciales, lo que eleva la controversia a la categoría de “controversia jurídica”, momento en el que se inicia la etapa de gestión de la controversia.

9. Los Estados tal vez deseen estudiar la posibilidad de definir otros términos, como “inversionista”, “inversión”, “órgano, organismo o entidad pública” y “contratos de inversión”, lo que podría aportar claridad a las partes interesadas.

3. Comunicación eficaz con los inversionistas

Recomendación 3: Comunicación eficaz con los inversionistas

1. El sistema establecerá una comunicación eficaz con los inversionistas.

2. El sistema velará por que se informe a los inversionistas de las leyes relativas a inversiones pertinentes según se definen en la recomendación 1 y de los órganos públicos que se ocupan de las inversiones y los inversionistas (“órganos públicos competentes”).

3. El sistema velará por que los inversionistas puedan informar con facilidad a los órganos públicos competentes de los problemas a que hagan frente sin necesidad de incoar un proceso arbitral o judicial.

10. La recomendación 3 trata de la necesidad de que el sistema establezca una línea clara y abierta de comunicación con los inversionistas para prevenir controversias. Los inversionistas, que son la principal parte interesada en toda labor de prevención de controversias, deberían tener la posibilidad de contactar con el órgano u órganos

⁵ “World Bank Retention”, págs. 41 a 43, y World Bank Managing, págs. 8 y 9.

públicos competentes para transmitirles sus agravios. Antes de realizar una nueva inversión (etapa previa al establecimiento), deberían garantizarse canales de comunicación eficaz, que deberían mantenerse a lo largo del ciclo de vida de la inversión.

11. Durante la etapa previa al establecimiento, los futuros inversionistas deberían tener acceso a la información sobre el modo de establecer su inversión y deberían tener la posibilidad de informarse acerca del marco regulador que rige las inversiones. Normalmente un organismo de promoción de inversiones (OPI) facilita esa información y presta esa asistencia. Un OPI responde a preguntas sobre las leyes relativas a inversiones y los procedimientos de cumplimiento aplicables y facilita información sobre los órganos públicos competentes con los que los inversionistas tal vez tengan que tratar a lo largo del ciclo de vida de su inversión. Un OPI puede facilitar la comunicación poniendo directamente en contacto a los inversionistas con los órganos públicos competentes o puede mantenerse como punto de contacto y servir de enlace. La segunda opción tiene la ventaja de simplificar los flujos de la comunicación y evitar a los inversionistas la molestia de navegar por las complejas estructuras burocráticas de la administración pública. Tal ventaja es mayor en sectores sumamente regulados como la energía, en que existen múltiples órganos públicos competentes con mandatos que pueden solaparse.

12. Convendría facilitar información actualizada sobre el marco regulador del Estado incluso después de que se haya realizado la inversión (etapa posterior al establecimiento) para ayudar a los inversionistas con una posible expansión o diversificación. Además, debería establecerse una línea eficaz de comunicación para que los inversionistas pudieran informar a los órganos públicos competentes de los problemas a que hicieran frente (véase la recomendación 10). Así, se podrían explorar soluciones para dar una respuesta a los agravios y resolver las controversias.

13. Es necesario que se haga llegar a los órganos públicos pertinentes información sobre los problemas a que hace frente un inversionista para que se pueda actuar de manera coordinada. El seguimiento de las comunicaciones y la mejora de la coordinación entre los órganos públicos competentes (denominada “coordinación intergubernamental”) permiten atender un agravio antes de que se exacerbe (véase la recomendación 4). Ese mecanismo podría albergarse en el seno de un OPI o una defensoría, que se ocuparía de atender los agravios de los inversionistas.

4. Coordinación intergubernamental

Recomendación 4: Coordinación intergubernamental

1. El sistema establecerá canales claros de comunicación y velará por la coordinación y la cooperación entre los órganos públicos competentes.

2. El sistema velará por que los órganos públicos competentes compartan e intercambien información, incluida la que haga referencia a lo siguiente:

a) las obligaciones establecidas en los instrumentos en materia de inversiones;

b) los agravios y las controversias anteriores fundamentadas en instrumentos en materia de inversiones, y

(c) la interpretación hecha por los órganos judiciales y los tribunales arbitrales respecto de los instrumentos en materia de inversiones y las obligaciones establecidas en ellos.

3. El sistema debería fijar claramente las responsabilidades de los órganos públicos competentes y la distribución de facultades entre ellos.

14. En la recomendación 4 se trata la coordinación y la cooperación entre órganos públicos o coordinación intergubernamental, incluido el establecimiento de líneas claras de comunicación. En función de la estructura de la administración pública y de la

inversión, pueden ser varios los órganos públicos que interactúen con los inversionistas, como aquellos que participan en la prevención y mitigación de controversias (denominados en la Guía “organismo” u “organismos”). Los órganos públicos también comprenden aquellos cuyas medidas pueden afectar a los inversionistas (lo que incluye los que se encuentran en el nivel subnacional, como las provincias, los estados y los municipios) y aquellos que intervienen en la negociación y celebración de instrumentos en materia de inversiones.

15. Por ejemplo, si un problema al que hace frente un inversionista extranjero guarda relación con un instrumento en materia de inversiones negociado o celebrado por un órgano público, esa entidad debería participar en el proceso de coordinación. Los conocimientos de la entidad acerca del instrumento y de las obligaciones jurídicas enunciadas en él serán fundamentales a la hora de evaluar el problema y encontrar posibles soluciones. Así podría suceder en particular en el caso de los contratos de inversión, puesto que los antecedentes y el contexto de las negociaciones de los contratos pueden ser cruciales. Del mismo modo, el recorrido legislativo de las leyes relativas a inversiones y el historial de negociación de los tratados de inversión también permitirían comprender mejor los problemas y facilitarían soluciones de avenencia.

16. La coordinación y la cooperación pueden revestir formas diferentes y pueden producirse en varios niveles, siendo lo más habitual que se intercambie y se comparta información. La información compartida puede referirse a los problemas a que hacen frente los inversionistas, pero también a las cuestiones enumeradas en el párrafo 2 de la recomendación. Puede ser necesaria la coordinación en relación con los instrumentos en materia de inversiones (véase la recomendación 8) y cuando los órganos públicos adoptan decisiones de política que pueden afectar a inversionistas en distintos sectores. El motivo radica en que la incongruencia entre las decisiones de política y los instrumentos en materia de inversiones puede ser en ocasiones la causa de agravios y controversias.

17. A efectos del intercambio y la puesta en común de información, convendría designar un órgano al que los demás órganos públicos faciliten la información pertinente. De esta manera, el órgano designado podrá consolidar la información a nivel nacional y distribuirla entre los órganos públicos y se facilitará el intercambio de experiencias y la puesta en común de ideas sobre cuestiones recurrentes. Por ejemplo, quienes se ocupen de negociar los tratados de inversión podrán preparar el texto con mayor claridad, lo que puede reducir las cuestiones abiertas a interpretación. El organismo que se ha de ocupar de los agravios podrá detectarlos con mayor rapidez y determinar los que presentan un mayor riesgo de convertirse en controversias. El organismo al frente de la gestión de controversias puede utilizar la información facilitada por los órganos públicos que negociaron el tratado de inversión correspondiente, al igual que los organismos de prevención de controversias pueden utilizar información sobre la solución que se dio a controversias similares o el motivo por el que no se pudieron resolver.

18. Los funcionarios de los órganos públicos pueden dudar a la hora de compartir información con otros órganos, lo que puede dificultar el proceso de coordinación. Por ello, sería importante obligar a los órganos públicos a compartir información con otros órganos públicos y, cuando haya un órgano designado, a proporcionarle la información. Este órgano designado también debería estar facultado para recopilar esa información.

19. Si bien sería posible designar distintos órganos públicos para la coordinación de agravios o controversias (de forma que uno de ellos podría ser el coordinador de referencia o los organismos se podrían alternar en esa función), sería aconsejable atribuir esa función de coordinación a un organismo encargado de prevenir y mitigar controversias o, si no existe, establecer tal organismo. En las recomendaciones 5 a 8 se profundiza en esta cuestión.

5. Organismo coordinador y órganos públicos pertinentes

Recomendación 5: Organismo coordinador y órganos públicos pertinentes

1. *La legislación establecerá o designará un organismo encargado de la prevención y mitigación de controversias (“el “organismo coordinador”).*
2. *La legislación indicará los órganos públicos competentes que se ocuparán de las inversiones, los inversionistas o la gobernanza de las inversiones. Esos órganos públicos podrán incluir, por ejemplo, órganos públicos que negocien instrumentos en materia de inversiones u órganos cuyas acciones o medidas puedan afectar a las inversiones o los inversionistas.*

20. En la recomendación 5 se sugiere establecer o designar un órgano público a los efectos de prevenir y mitigar las controversias (el “organismo coordinador”). En la recomendación 6 se exponen el mandato y las funciones del organismo coordinador y en la recomendación 7 se describe su estructura. Una de las principales funciones del organismo coordinador consistiría en velar por la coordinación intergubernamental mencionada en el párrafo 4.

21. Existen diversas formas de establecer o designar un organismo coordinador. De hecho, no hay una estructura única de la que pueda dotarse a ese organismo en todos los casos. La configuración institucional tendrá que modificarse según las necesidades del Estado y adaptarse a la estructura de la administración pública. Sería sumamente importante ganarse la confianza de los inversionistas y los órganos públicos.

22. La experiencia pone de manifiesto que existen cuatro posibles configuraciones.

- i) Un único organismo. Una posibilidad sería crear un nuevo órgano público o establecer el organismo coordinador en el seno de un ministerio u otro órgano público, por ejemplo, un OPI.
- mi) Múltiples organismos. Otra posibilidad pasaría por distribuir las funciones de prevención y mitigación de controversias entre varios organismos existentes de modo que cada uno de los organismos designados estuviera facultado para ocuparse de determinados agravios y controversias. En una estructura de esa índole, sería necesario implantar y ajustar un canal de comunicación eficaz con los inversionistas, así como la cooperación intergubernamental.
- mi) Un comité o una comisión interinstitucional. También sería posible establecer un comité o una comisión integrada por los órganos públicos competentes en que uno de los órganos designados desempeñaría la funciones de secretaría.
- vi) Una comisión intergubernamental. Podría constituirse asimismo el organismo coordinador bajo la forma de órgano intergubernamental o comisión mixta. Esa estructura tendría que estar prevista en un tratado de inversión o en otro acuerdo celebrado entre los Estados en cuestión. Los inversionistas y los Estados tendrían que acudir a la comisión en el caso de que se planteara un agravio o surgiera una controversia.

23. En el párrafo 2 de la recomendación se hace hincapié en la necesidad de determinar qué órganos públicos han de ser objeto de coordinación con el fin de facilitar la función del organismo coordinador. Si bien puede resultar relativamente fácil determinar qué órganos públicos se encargan de los instrumentos en materia de inversiones y tienen facultades para celebrarlos o promulgarlos, tal vez resulte más difícil determinar los órganos públicos cuyas medidas podrían tener efectos en los inversionistas. Puede tratarse de órganos públicos tanto en el nivel nacional como subnacional, así como de múltiples órganos diferentes. Por ejemplo, un inversionista tal vez necesita el permiso de una autoridad municipal para llevar a cabo sus operaciones. Si la autoridad municipal deniega el permiso a pesar de las garantías concedidas por el Estado, la situación puede desembocar en un agravio. Probablemente, la autoridad municipal sería la primera

autoridad con la que se pondría en contacto el inversionista, por lo que sería la primera en tener conocimiento de una posible controversia.

24. En el párrafo 2 se sugiere que se indique una amplia variedad de órganos públicos (o de categorías de órganos públicos) sin que se prepare necesariamente una lista exhaustiva. Sin embargo, sería aconsejable incluir los órganos públicos que pudieran estar en el origen de las medidas que afectan a los inversionistas y los órganos que puedan tener conocimiento de una posible controversia en una etapa más bien temprana.

6. Mandato y competencias del organismo coordinador

Recomendación 6: Mandato y competencias del organismo coordinador

1. La legislación dispondrá que el organismo coordinador desempeñe las siguientes funciones:

- a) archivo central de los instrumentos en materia de inversiones y realización de análisis cualitativos pertinentes para prevenir y mitigar controversias relativas a inversiones;*
- b) comunicación con los inversionistas (véase la recomendación 3) y prestación de la asistencia necesaria;*
- c) coordinación intergubernamental (véase la recomendación 4);*
- d) mecanismo de recepción de agravios de los inversionistas (véase la recomendación 10);*
- e) mitigación de controversias (véase la recomendación 11);*
- f) creación de capacidad (véase la recomendación 19), y*
- g) coordinación intergubernamental (véase la recomendación 20).*

2. La legislación dispondrá que, a fin de desempeñar las tareas mencionadas en el párrafo 1, el organismo coordinador esté autorizado a realizar, entre otros, los siguientes actos:

- a) solicitar y recopilar información de los órganos públicos competentes;*
- b) solicitar la cooperación de los órganos públicos competentes y sus funcionarios;*
- c) dictar [recomendaciones a][decisiones vinculantes para] los órganos públicos competentes y hacer un seguimiento de su aplicación, y*
- d) recabar información de los inversionistas.*

25. En la recomendación 6 se dan ejemplos de funciones que puede desempeñar el organismo coordinador. El sistema puede fijar el nivel de facultades políticas y jurídicas que el organismo coordinador puede ejercer en la prevención de controversias.

26. El apartado a) se refiere al hecho de que el organismo coordinador ejerza de archivo de información sobre los instrumentos en materia de inversiones, incluidas sus cláusulas sobre solución de controversias y las obligaciones jurídicas dimanantes de ellos. También se podría recopilar la información correspondiente a la interpretación que hagan los tribunales arbitrales y los órganos judiciales locales de esas disposiciones (véase la recomendación 4, párr. 2). La legislación también debería contemplar la realización de análisis cualitativos pertinentes para la prevención y mitigación de las controversias relativas a inversiones, como la identificación de los elementos siguientes: i) los sectores económicos con mayores probabilidades de dar pie a controversias, ii) los agravios y las controversias recurrentes, iii) las principales obligaciones jurídicas enunciadas en los instrumentos en materia de inversiones y iv) carencias de la legislación nacional para cumplir con las obligaciones jurídicas contenidas en los tratados de inversión.

27. Si se recopilara y detallara esa información se minimizarían los supuestos en que podrían formularse agravios y plantearse controversias, puesto que los órganos públicos competentes (en particular los órganos subnacionales y las entidades especializadas) conocerían las obligaciones y las posibles consecuencias de su incumplimiento. Es a menudo esa falta de conocimientos la que da lugar a un incumplimiento. Por ejemplo, un contrato de inversión puede contener una cláusula de estabilización fiscal⁶, que podría ser anulada por un reglamento posterior dictado por las autoridades fiscales al ignorar la existencia de esa obligación contractual. El seguimiento continuo puede hacer que el organismo coordinador tenga constancia rápidamente de cualquier agravio.

28. Los apartados b) y c) prevén dos competencias fundamentales del organismo coordinador, a saber, la comunicación con los inversionistas y la coordinación intergubernamental. Constituyen el fundamento del mecanismo de recepción de agravios y de la mitigación de controversias, funciones previstas en los apartados d) y e).

29. Los apartados f) y g) prevén que el organismo coordinador desempeñe un papel en la creación de capacidad y la coordinación intergubernamental.

30. En el párrafo 2 se enumeran las facultades necesarias para que el organismo coordinador cumpla el mandato que le ha sido conferido con arreglo al párrafo 1.

7. Estructura operativa del organismo coordinador

Recomendación 7: Estructura operativa del organismo coordinador

La legislación establecerá la estructura operativa del organismo coordinador con, entre otros, los siguientes elementos:

- a) su estatuto [independiente] en el seno de la administración pública y su relación con otros órganos públicos competentes;*
- b) la estructura organizativa, incluida la designación de la persona que dirigirá el organismo coordinador y la dotación de personal;*
- c) el presupuesto y la fuente de esos recursos financieros;*
- d) el establecimiento de sedes y oficinas regionales;*
- e) el mecanismo al que se comunicarán las actividades del organismo coordinador y que hará un seguimiento de estas (trimestral o anualmente), incluido el órgano público al que se comunicarán, y*
- f) la responsabilidad jurídica y la protección del organismo coordinador y su personal.*

31. Si bien la configuración institucional del organismo coordinador puede diferir de un Estado a otro (véanse los párr. 21 y 22 *supra*), es importante que la legislación establezca con claridad la estructura operativa del organismo coordinador. De esta forma se garantizará el funcionamiento eficaz del organismo coordinador y sus actividades.

32. En la recomendación 7 se enumeran ejemplos de aspectos que habrían de regularse en la legislación. Por ejemplo, se tendrá que establecer el estatuto jurídico del organismo coordinador en el seno de la administración pública, incluida su independencia respecto de otros órganos públicos. Se tendrá que prever la estructura organizativa del organismo coordinador, incluida la posición de su dirigente dentro de la jerarquía gubernamental, así como la estructura de personal. En la legislación también tendrán que fijarse el presupuesto necesario para el correcto funcionamiento sin contratiempos y las fuentes de financiación, que deberán garantizar el funcionamiento eficaz del sistema en su conjunto. La legislación debería contemplar asimismo un mecanismo de presentación de informes que dotara al organismo coordinador de mayor legitimidad y a sus actividades de mayor transparencia. Además, en la legislación podría disponerse que el

⁶ Esas cláusulas establecen que los tipos impositivos o las exenciones otorgadas al inversionista no cambiarán durante un período determinado.

organismo coordinador y su personal no estén sujetos a responsabilidad por el desempeño de sus funciones excepto en el caso de falta deliberada de conducta o negligencia grave (véase la recomendación 14).

33. En efecto, es fundamental que el sistema en su conjunto se gane la confianza de las partes interesadas, motivo por el cual el organismo coordinador debería contar con mecanismos para hacer frente a posibles conflictos de intereses y con sistemas de rendición de cuentas para ganarse esa confianza. La inquietud por los posibles conflictos de intereses y la falta de rendición de cuentas obedece en parte a la centralización de poder y autoridad en una sola entidad. Se trata de un riesgo que puede atenuarse si se constituye el organismo coordinador bajo la forma de comisión interinstitucional, en lugar de entidad integrada por personal de una institución, lo que dispersa las sedes de poder y autoridad. Otra opción consiste en implantar un mecanismo de presentación de informes en el que el organismo coordinador responda ante un órgano interinstitucional o interministerial como se prevé en la recomendación 7 e).

8. Garantía de un criterio armonizado respecto de los instrumentos en materia de inversiones

Recomendación 8: Garantía de un criterio armonizado respecto de los instrumentos en materia de inversiones

1. *El sistema velará por que haya un criterio armonizado en la negociación y celebración de tratados de inversión y contratos de inversión. Ese criterio también debería estar reflejado en la redacción de las leyes relativas a inversiones a fin de fomentar la armonización de los instrumentos en materia de inversiones.*

2. *La legislación preverá la preparación de un tratado modelo de inversión, que se actualizará periódicamente. Al preparar y actualizar el tratado modelo de inversión, los órganos públicos competentes se coordinarán en cuanto al contenido del tratado teniendo en cuenta su experiencia con los inversionistas, las dificultades encontradas y las controversias que se hayan planteado.*

3. *La legislación preverá que los órganos públicos encargados de negociar y celebrar contratos de inversión preparen cláusulas contractuales modelo, que se actualizarán periódicamente.*

4. *[La legislación preverá que un órgano público encargado de negociar y celebrar un contrato de inversión esté obligado a informar al organismo coordinador de la correspondiente negociación y a implicarlo en ella.] o [La legislación preverá que se recabe la aprobación del organismo coordinador antes de celebrar un contrato de inversión y que el organismo coordinador participe en su revisión o renegociación con un inversionista.]*

5. *La legislación preverá que se armonicen las cláusulas sobre la prevención y mitigación de controversias y sobre la solución de controversias en los instrumentos en materia de inversiones.*

34. En la recomendación 8 se indica que conviene adoptar un criterio armonizado cuando se negocian y preparan diferentes tipos de instrumentos en materia de inversiones.

Tratado modelo de inversión

35. La preparación de un tratado modelo de inversión permitiría al Estado armonizar la redacción de los tratados con los objetivos de su política de inversiones. En el caso de que el Estado disponga de un tratado modelo de inversión, el órgano público que negocia los tratados intentará que las negociaciones den lugar a un instrumento lo más parecido posible a las disposiciones del modelo. Por ello, el tratado modelo puede facilitar considerablemente la preparación de las negociaciones de futuros tratados. Si un tratado de inversión contiene disposiciones claras y bien delimitadas, será menos susceptible de controversias que queden fuera de su ámbito de aplicación o que guarden

relación con conductas gubernamentales no protegidas por las garantías que contiene. Además, en el caso de que se surja una controversia jurídica, habría menos cuestiones abiertas a interpretación.

Cláusulas contractuales modelo

36. En lo que se refiere a los contratos de inversión (en particular, aquellos que implican alianzas público-privadas (APP)), la implicación de entidades que pueden celebrar ese tipo de contratos facilitaría la difusión de buenas prácticas en la redacción de esos acuerdos y evitaría que se incorporasen disposiciones que pudieran ser perjudiciales para el Estado. La redacción armonizada de las salvaguardias sustantivas y las disposiciones sobre solución de controversias garantizaría la coherencia con los tratados de inversión y la legislación nacional y podría reducir el riesgo de controversias. En ese sentido, una posibilidad sería que los Estados elaboraran contratos modelo de inversión que contuvieran opciones para las cláusulas de solución de controversias compatibles con el tratado modelo de inversión. En efecto, los estudios realizados ponen de manifiesto que una parte importante de los agravios proceden de los inversionistas que participan en APP u otros contratos públicos y que las controversias jurídicas suelen plantearse en servicios en que las APP son habituales, así como en los sectores que explotan recursos naturales, en los que son habituales los contratos de concesión e inversión⁷. La coordinación en la redacción y renegociación de los contratos de inversión puede contribuir a reducir el número de controversias.

37. En función de los conocimientos especializados del organismo coordinador, la revisión del contrato también podría contribuir a encontrar compromisos adquiridos por el Estado en que se promete demasiado, disposiciones perjudiciales e incongruencias. Si el organismo coordinador se alberga en el seno de un organismo que también se ocupa de las APP, se le podría encargar que llevara un registro de las APP e hiciera un seguimiento de su desempeño.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debería ser obligatorio que el organismo coordinador aprobara los contratos de inversión. El objetivo de esta recomendación es que se consulte debidamente al organismo coordinador. Sin embargo, ello puede añadir un elemento más a un proceso de negociación del contrato de por sí complejo que puede generar disconformidad entre los inversionistas. De mantenerse la recomendación, se puede disponer que el proceso de aprobación sea acelerado.]

38. Estas medidas de armonización facilitarían que se introdujeran nuevas políticas de inversión de manera coherente en los distintos instrumentos jurídicos y acuerdos. Sin embargo, para que esta armonización sea plenamente beneficiosa, debería venir acompañada de un fortalecimiento de la capacidad de las entidades públicas que aplican esos instrumentos (recomendaciones 9 y 19). Ese fortalecimiento limitaría las controversias surgidas por la aplicación impropia de las obligaciones existentes y las actuaciones públicas contradictorias.

Cláusulas modelo de solución de controversias en instrumentos en materia de inversiones

39. Los instrumentos en materia de inversiones suelen contener cláusulas de solución de controversias, que deberían uniformarse.

40. Una cláusula de esa índole podría incluir, entre otros, los elementos siguientes: i) los datos de contacto del organismo coordinador o de cualquier otro órgano público con el que se tuviera que contactar en caso de agravio para que fuera tratado desde el inicio por el órgano competente; ii) la presentación de un agravio o una controversia ante el organismo coordinador; iii) en el caso de que se presente ante otro foro de solución de controversias diferente, la obligación de notificar al organismo coordinador o la autoridad pertinente; iv) la definición de los tipos de controversias que pueden someterse a arbitraje; v) el alcance del arbitraje; vi) el período de espera y su utilización

⁷ "World Bank Retention", pág. 60.

para acudir a métodos alternativos no contenciosos de solución de controversias como la mediación; vio) la utilización de métodos alternativos y su disponibilidad a lo largo del ciclo de vida de la inversión, es decir, antes, durante y después del proceso contencioso; vio) el requisito de someter el asunto a un proceso judicial interno o agotar los recursos internos como condición previa para acudir al arbitraje (o la ausencia de dicho requisito); ir) el consentimiento previo al arbitraje o el consentimiento según cada caso; x) la descripción del proceso arbitral, y xi) la confidencialidad y transparencia.

9. Garantía de la coherencia en la aplicación

Recomendación 9: Garantía de la coherencia en la aplicación

1. *La legislación velará por la aplicación coherente de los instrumentos y las políticas en materia de inversiones.*
2. *El sistema establecerá un sistema adecuado de gestión de los conocimientos que garantice la transmisión y la preservación de los conocimientos de los funcionarios públicos que se ocupen de las cuestiones relativas a los inversionistas y lleven un registro de las soluciones utilizadas para resolver los agravios y de los argumentos esgrimidos en controversias anteriores.*
3. *El sistema informará a los inversionistas de cualquier cambio pertinente en los instrumentos y políticas en materia de inversiones, el motivo de los cambios y el efecto de los cambios en los derechos de los inversionistas.*

41. La recomendación 9 trata de la aplicación coherente. Dado que un proyecto de inversión tiene en promedio una vida de 20 a 30 años, es fundamental aplicar las leyes y los reglamentos de manera coherente para prevenir controversias. Puede resultar difícil mantener la coherencia debido a los cambios en el gobierno o la incorporación o la jubilación de funcionarios públicos. Si bien los cambios son inevitables, los cambios frecuentes pueden traducirse en riesgos políticos más elevados. También es fundamental para el organismo coordinador que exista un sistema sólido de gestión de los conocimientos que lleve un registro del modo en que se manejaron los agravios y de los argumentos que se esgrimieron en controversias anteriores.

42. Si en los órganos públicos competentes se evitan nombramientos políticos y se implantan estructuras burocráticas en que se realicen nombramientos técnicos, pueden reducirse los cambios repentinos o arbitrarios que desencadenan controversias.

43. Los cambios políticos pueden comportar un cambio de criterio respecto de los inversionistas, en particular los inversionistas extranjeros. Las estructuras burocráticas protegerían al organismo coordinador y a los órganos públicos competentes de la politización. Por ejemplo, tal vez se nombre al personal que trabaja en el organismo coordinador a partir de una lista de burócratas en lugar de nombrarlo siguiendo criterios políticos. Los nombramientos de larga duración y los sistemas de gestión de los conocimientos propician que se preserve la memoria institucional de un órgano. Además, al tramitar agravios o controversias, el organismo coordinador puede, en caso necesario, acudir a empleados jubilados, que participaron en la operación que se encuentra en el origen del agravio o la controversia, para que coopere en la solución de esta.

44. Se puede garantizar asimismo la coherencia llevando un registro de todos los argumentos aducidos en controversias anteriores, también por medio del sistema de gestión de los conocimientos. De esta manera, el Estado podría mantener una política coherente (lo que incluye la aplicación coherente del tratado) y establecer su posición con claridad. Los argumentos anteriores pueden sentar las bases de las decisiones futuras y mermar las posibilidades de que los inversionistas denuncien sesgo o discriminación. También se facilitaría que se estableciera una estrategia clara al evaluar la fortaleza de argumentos anteriores, se identificaran las decisiones de política conflictivas y se ajustaran en consecuencia las relaciones futuras con los inversionistas.

45. Se podría seguir un criterio similar para manejar los agravios: si se llevara un registro de los agravios y las soluciones propuestas, se podría facilitar el manejo de futuros agravios, determinar cuestiones recurrentes y prevenir agravios similares en el futuro.

46. En cuanto a los cambios en las políticas y leyes relativas a inversiones, deberían comunicarse con claridad a los inversionistas. Si los derechos de los inversionistas se ven afectados, la comunicación debería hacer referencia a todo compromiso o ley anterior que haya sido modificada o anulada. Se deberían transmitir abiertamente los motivos que justificaran esas nuevas leyes para dar pie a denuncias de sesgo o discriminación y disipar toda duda respecto a la creación de barreras ocultas a los inversionistas (véase la recomendación 17).

10. Mecanismo de recepción de agravios de los inversionistas

Recomendación 10: Mecanismo de recepción de agravios de los inversionistas

1. *El sistema dispondrá de un mecanismo por el que los inversionistas puedan comunicar sus agravios al organismo coordinador.*
2. *La legislación dispondrá que el organismo coordinador pueda actuar de enlace entre los inversionistas agraviados y el órgano público competente.*
3. *La legislación debería especificar el procedimiento:*
 - a) *para comunicar el agravio al organismo coordinador;*
 - b) *para que el organismo coordinador registre, filtre y evalúe el agravio;*
 - c) *para que el inversionista y los órganos públicos implicados en el agravio compartan información sobre este;*
 - d) *para que el organismo coordinador resuelva el agravio;*
 - e) *para que el organismo coordinador eleve el agravio a un órgano competente superior, de ser necesario;*
 - f) *para que el organismo coordinador haga un seguimiento de la aplicación de la solución o la decisión, si procede;*
 - g) *para implantar un mecanismo de apelación, en el caso de que el organismo coordinador dicte decisiones;*
 - h) *para el seguimiento y la evaluación de los servicios prestados por el organismo coordinador.*
4. *La legislación preverá la cooperación de los órganos públicos competentes a fin de que compartan información sobre los problemas a que hagan frente los inversionistas y las cuestiones planteadas por los instrumentos en materia de inversiones*
5. *La legislación preverá los procedimientos que habrán de seguir los órganos públicos para informar al organismo coordinador de esos agravios desde el principio.*

47. En la recomendación 10 se aconseja establecer un mecanismo de recepción de agravios que ponga a disposición de los inversionistas un procedimiento fiable para transmitir sus preocupaciones (también denominado mecanismo de alerta temprana). Cuanto antes se aborden los problemas, más probable es que se solucionen. Un mecanismo de esa índole podría estar gestionado por el organismo coordinador o por otro organismo especializado. Podría servir de punto de contacto para que los inversionistas presentaran los agravios que pudieran tener, incluidos los agravios referidos a la denegación de permisos por parte de las autoridades municipales o los efectos negativos de los proyectos de ley.

48. A fin de dotar de eficacia al mecanismo de recepción de agravios, la legislación debería especificar el procedimiento por el que los inversionistas informarían al organismo coordinador de los agravios, así como los procedimientos internos para gestionar los agravios, y más específicamente los plazos para tramitar los agravios. También podrían establecerse plazos según cada caso, en función de la complejidad de la cuestión. En ese supuesto, se comunicaría el plazo estimado a los inversionistas, a quienes también se mantendría al día. La legislación debería instar asimismo a los órganos públicos implicados en el agravio a transmitir información sobre este a fin de que el organismo coordinador pudiera evaluar el agravio y sus implicaciones y proponer soluciones adecuadas.

49. Las recomendaciones o decisiones deberían comunicarse preferiblemente por escrito y su cumplimiento o ejecución debería ser objeto de seguimiento. El organismo coordinador podría coordinar la labor de seguimiento y aplicación. En el caso de que los inversionistas no obtengan el resultado deseado, debería ponerse a su disposición el razonamiento, que debería ser objetivo e imparcial. Idealmente, los inversionistas deberían tener la posibilidad de recurrir las decisiones adoptadas por el organismo coordinador, que podría informarlos de los recursos alternativos. Asimismo, el organismo coordinador no debería usar la falta de información o el incumplimiento de los requisitos procesales como pretexto para denegar la solicitud en su totalidad, a menos que el inversionista no les hubiera dado cumplimiento tras haber sido requerido para ello.

50. Debería implantarse un mecanismo para elevar los agravios en los supuestos en que el organismo coordinador no fuera capaz de resolver la cuestión por falta de cooperación de otros organismos o por la gran sensibilidad política de la cuestión subyacente. En ese supuesto, el organismo coordinador podría elevar la cuestión a una autoridad política superior (por ejemplo, un comité interministerial o la Oficina del Primer Ministro o del Presidente).

51. Se podría solicitar a determinados órganos públicos que facilitaran información con carácter excepcional o se les podría imponer la obligación de transmitir periódicamente información sobre su interacción con los inversionistas para señalar posibles controversias o controversias reales. Por ejemplo, los órganos públicos que hubieran rechazado recientemente la concesión o la renovación de una licencia o un permiso a un inversionista extranjero podrían tener la obligación de comunicarlo al organismo coordinador.

52. La obligación de informar al organismo coordinador enunciada en el párrafo 4 se podría limitar a determinados sectores propensos a generar controversias. En efecto, podría resultar difícil en la práctica hacer cumplir la obligación general en ambos extremos del espectro, puesto que los órganos públicos tal vez no estén dispuestos a cumplirla y el organismo coordinador tal vez se vea abrumado por la cantidad de información.

53. A falta de un organismo coordinador, los órganos públicos deberían tener la obligación de hacer un seguimiento de los problemas relacionados con las inversiones de conformidad con un procedimiento, de modo que se redujeran los casos en que se dejaran sin atender esos problemas.

11. Mitigación de controversias

Recomendación 11: Mitigación de controversias

1. La legislación preverá medios administrativos y métodos alternativos no vinculantes de solución de controversias (como la negociación, la mediación, la evaluación neutral temprana o la constitución de paneles de expertos) en los tratados de inversión celebrados por los Estados, como requisito previo al inicio de un proceso arbitral.

2. La legislación establecerá de manera clara los plazos de los medios administrativos y métodos alternativos no vinculantes de solución de controversias.

3. *La legislación determinará el órgano público facultado para elegir y conducir medios administrativos y métodos alternativos no vinculantes de solución de controversias e indicará los representantes facultados para llegar a un acuerdo en nombre de la administración pública.*

4. *El organismo coordinador identificará los sectores específicos propensos a las controversias y se asegurará de que los inversionistas tengan la obligación de notificar las controversias en esos sectores al organismo coordinador. El órgano público competente [hará todo lo posible por notificar] [notificará] al organismo coordinador cualquier controversia en un plazo de 30 días a partir de la fecha en la que tuviera constancia de ella.*

54. En la recomendación 11 se trata la posible mitigación de las controversias. Si el Estado es conocedor de las controversias planteadas por los inversionistas en una etapa temprana, se puede tratar de solucionar la controversia sin recurrir al arbitraje en materia de inversiones.

55. Una de las maneras de intentarlo consiste en resolver el problema por medios administrativos, en los cuales el órgano público en cuestión ajusta su política o modifica su decisión.

56. Al margen de los medios administrativos, también pueden usarse otros métodos para tratar de dirimir la controversia, como la negociación o la mediación. Es importante que la elección del método de solución de controversias sea compartida por el organismo coordinador y el órgano público pertinente, de un lado, y el inversionista, por el otro. Probablemente lo más eficaz sea confiar este asunto al organismo coordinador.

57. El Estado también podría estudiar la posibilidad de utilizar paneles de expertos o la evaluación neutral temprana en el caso de que necesitara una evaluación. Se podría incorporar el recurso a esos métodos de solución de controversias en varios instrumentos en materia de inversiones. Así, se evitaría que las controversias incipientes se convirtieran en procesos contenciosos prolongados y costosos.

58. Además, en vista de que esos métodos pretenden resolver la controversia, la legislación determinará de antemano qué órgano o funcionario público tiene la facultad y el mandato para representar a la administración pública y llegar a acuerdos en nombre de ella.

59. Los acuerdos alcanzados por medio de la negociación o la mediación pueden conllevar que el Estado abone al inversionista una determinada suma de dinero. Ese tipo de pagos puede suscitar dudas, por lo que el sistema debería aclarar el procedimiento para acceder al presupuesto del Estado y el órgano público que debería soportar la carga financiera de un acuerdo.

60. A fin de garantizar en mayor medida la existencia de un fundamento jurídico para utilizar métodos alternativos de solución de controversias, el organismo coordinador también podría recomendar o incluso solicitar la inclusión de esos métodos en la cláusula modelo de solución de controversias que se fuera a utilizar en los instrumentos jurídicos (véase la recomendación 8).

12. Gestión eficaz de las controversias

Recomendación 12: Gestión eficaz de las controversias

El sistema preverá procedimientos para gestionar con eficacia las controversias jurídicas, lo que comprenderá una evaluación temprana de la controversia jurídica con el fin de diseñar una estrategia sólida, la determinación de las implicaciones financieras, la constitución de un equipo jurídico integrado por funcionarios públicos y abogados internos y externos (incluida su contratación) y la selección de decisores, en caso necesario.

61. A pesar de todos los esfuerzos por prevenirlas, las controversias son inevitables. Por ello, es necesario prepararse para esas situaciones.

62. La gestión de controversias también puede correr a cargo del organismo coordinador encargado de la prevención y mitigación de controversias. Sin embargo, la combinación de las funciones de gestión y prevención puede ir en detrimento de las funciones de prevención si no se destinan recursos suficientes a la prevención de controversias.

63. El papel del organismo coordinador en la gestión de controversias puede incluir el análisis de las implicaciones de la controversia, su magnitud, su complejidad y los recursos que requiere. El organismo coordinador puede coordinar la respuesta del Estado, y se debería constituir un equipo que incluyera a los funcionarios públicos pertinentes y a abogados internos y externos, lo cual es especialmente necesario cuando hay plazos estrictos. Por ello, cuanto antes se nombre al equipo, mejor. Del mismo modo, la existencia de un equipo negociador permanente para explorar formas alternativas de solución de controversias con el inversionista puede ser sumamente ventajoso.

13. Recursos financieros y costas del procedimiento

Recomendación 13: Recursos financieros y costas del procedimiento

1. *La legislación preverá un presupuesto que permita a los órganos integrantes del sistema tener acceso sin demora a financiación y recursos para la prevención y mitigación de controversias.*

2. *Pueden asignarse recursos financieros con que sufragar las costas del proceso arbitral o judicial al presupuesto del órgano público encargado, o se puede dar al organismo coordinador acceso al presupuesto del Estado.*

64. La recomendación 13 pretende garantizar el acceso sin demora a la financiación. En el supuesto de que un Estado decidiera crear un organismo coordinador, este tendría que afrontar gastos relacionados con su establecimiento y funcionamiento (véase la recomendación 7). Los gastos también podrían comprender el monto de las indemnizaciones que pudiera adeudar a un inversionista fruto de un acuerdo. Estos gastos podrían generarse con carácter excepcional y no seguirían necesariamente los ciclos presupuestarios de los Estados. Por ello, resulta aconsejable que se tomen medidas especiales para dar acceso a financiación y recursos.

65. Un método posible para financiar la prevención de controversias podría consistir en asignar los gastos al presupuesto del órgano público encargado del agravio o la controversia. Podría procederse a esa asignación si se determinara que el agravio o la controversia es consecuencia de su acción u omisión. Otra alternativa sería asignar un presupuesto determinado al organismo coordinador.

14. Exención de responsabilidad de los funcionarios públicos

Recomendación 14: Exención de responsabilidad de los funcionarios públicos

La legislación dispondrá que los funcionarios de los órganos públicos competentes (incluido el organismo coordinador) no estén sujetos a responsabilidad por los actos o las omisiones en relación con la prevención y mitigación de controversias, excepto en el supuesto de falta deliberada de conducta o negligencia grave.

66. En la recomendación 14 se tiene presente el papel fundamental que desempeñan los funcionarios del Estado en el proceso de prevención de controversias. Su intervención puede ir desde prestar testimonio hasta sustanciar una mediación oficiosa. Sin embargo, el temor a que se les exija responsabilidad por sus actos, como las acusaciones de corrupción, puede dificultar que participen plenamente. A fin de evitar

repercusiones jurídicas, los funcionarios del Estado podrían abstenerse de tomar decisiones, lo que demoraría los esfuerzos por prevenir controversias.

67. Por ello, el hecho de protegerlos de toda responsabilidad por las declaraciones formuladas en el marco de la prevención de controversias debería ser un elemento tranquilizador y debería facilitar la cooperación de los funcionarios públicos. En cambio, la opción de amenazar a los funcionarios del Estado con el riesgo de incurrir en responsabilidad por falta de cooperación podría no ser un incentivo para las actuaciones necesarias. Por ejemplo, obligar a los funcionarios del Estado a prestar testimonio podría tener como efecto que facilitaran información limitada para protegerse.

68. La protección frente a la exigencia de responsabilidades debería hacerse extensiva a situaciones en las que los funcionarios del Estado formulan declaraciones u ofrecen su cooperación en el contexto de los medios alternativos de solución de controversias como la negociación, las consultas o la mediación utilizada para prevenir controversias.

15. Confidencialidad

Recomendación 15: Confidencialidad

La legislación dispondrá que la información intercambiada durante el proceso de prevención y mitigación de controversias sea confidencial.

69. Para que se tramiten satisfactoriamente los agravios y las controversias, el inversionista y el Estado deben tener la garantía de que no se publicará la información intercambiada a menos que acuerden otra cosa.

16. Incorporación de la tecnología y una herramienta de seguimiento

Recomendación 16: Incorporación de la tecnología y una herramienta de seguimiento

El sistema utilizará la tecnología para simplificar y optimizar el proceso de prevención y mitigación de controversias. Ello incluye la creación de un portal único con múltiples funciones con el que los inversionistas podrán acceder a la información sobre los requisitos reglamentarios de la inscripción de sociedades, entre otros, y podrán presentar agravios, obtener respuestas a preguntas frecuentes, contactar con órganos y funcionarios públicos pertinentes y hacer un seguimiento de los avances en cualquier solicitud referida a los agravios.

70. En la recomendación 16 se sugiere incorporar la tecnología para hacer más eficiente en general al sistema de prevención y mitigación de controversias.

71. Por ejemplo, se podría crear un portal único, como una aplicación o un sitio web, que podría funcionar como ventanilla electrónica que, por ejemplo, podrían utilizar los inversionistas para presentar solicitudes utilizando formularios y documentos electrónicos (incluidas copias digitales autenticadas de documentos en lugar de documentos originales). Si se implanta un canal para transmitir agravios, los inversionistas deberían tener la posibilidad de presentar sus agravios a través de la ventanilla electrónica y hacer un seguimiento de los avances en la petición que haya presentado por un agravio. Se pueden incorporar *chatos* para que respondan preguntas frecuentes de los inversionistas o los dirijan a los órganos o funcionarios públicos pertinentes.

72. Los datos recopilados por el uso de la ventanilla electrónica por parte de los inversionistas pueden utilizarse para elaborar otras estrategias de prevención de controversias. Los datos pueden usarse para medir el desempeño del organismo coordinador llevando un registro del número de agravios recibidos, tramitados y resueltos satisfactoriamente, del tiempo requerido y de los resultados de las encuestas de satisfacción de los inversionistas. La herramienta de seguimiento podría medir

asimismo datos sobre las inversiones y los puestos de trabajo conservados, a partir de la información facilitada por los inversionistas.

17. Participación de los inversionistas en debates sobre políticas

Recomendación 17: Participación de los inversionistas en debates sobre políticas

1. El sistema identificará los inversionistas y las inversiones que puedan verse afectados por la aprobación de leyes o reglamentos relacionados con preocupaciones emergentes en materia de políticas, como la salud pública, el cambio climático, el desarrollo sostenible y la elaboración de estrategias preventivas para evitar agravios o controversias.

2. El sistema introducirá un procedimiento de consulta para recabar el punto de vista de los inversionistas antes de introducir cambios en las leyes o reglamentos y antes de introducir medidas específicas que pudieran llegar a afectar los derechos de los inversionistas.

73. En la recomendación 17 se contempla que los inversionistas puedan verse afectados por cambios en el marco jurídico y la introducción de medidas específicas, en particular las que guarden relación con preocupaciones emergentes en materia de políticas, como la salud pública, el cambio climático y el desarrollo sostenible. En primer lugar, hay que identificar a esos inversionistas, a quienes habrá que consultar para que se elaboren estrategias preventivas a fin de atender posibles inquietudes. Esas estrategias pueden consistir, entre otras cosas, en la aplicación progresiva de la nueva ley o reglamento a fin de que los inversionistas dispongan de tiempo suficiente para adaptarse. De no ser posible, pueden entablarse negociaciones para llegar a un acuerdo mediante una indemnización.

74. Si se toma la iniciativa en este sentido, se limitarán los efectos negativos que las controversias tienen para los Estados y se podrá llegar a un acuerdo que resulte beneficioso tanto para el inversionista como para el Estado, evitando así un proceso judicial costoso y prolongado.

75. A modo de medida preventiva, en la recomendación se prevé un procedimiento de consulta para que los inversionistas participen en los debates sobre políticas, ya que se pueden neutralizar los agravios de los inversionistas desde su origen si estos participan en esos debates. La organización de las consultas a menudo corre a cargo del OPI del Estado a través del departamento encargado de los servicios de promoción y las reformas en el clima de inversión. Las consultas también pueden mantenerse estableciendo una plataforma de diálogo público-privada vinculada al OPI.

76. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la entidad encargada de organizar las consultas también debería evaluar sistemáticamente los efectos reguladores de la ley o reglamento propuestos. Esa evaluación podría sentar las bases de los debates y las decisiones respecto del texto definitivo.

18. Espacio de políticas públicas

Recomendación 18: Espacio de políticas públicas

El sistema reconocerá la necesidad de que un Estado regule en pro del interés público.

77. En la recomendación 18 se pone de relieve la necesidad de respetar que se persigan objetivos de política legítimos. Al implicar a los inversionistas en los debates sobre políticas desde el principio y adoptar medidas simples en una etapa temprana (véanse las recomendaciones 10 y 17), los Estados pueden evitar que los inversionistas agraviados presenten demandas judiciales al tiempo que se preservan los objetivos de política.

78. La resolución de una controversia puede conllevar que un órgano público haga ajustes administrativos o introduzca cambios en las decisiones administrativas. Es probable que ello levante suspicacias de por qué el órgano público introdujo esos cambios o ajustes. El órgano público en cuestión debería comunicar con claridad los motivos que llevaron a modificar la política.

79. La prevención y mitigación de controversias no debería tener como único objetivo que se evitaran controversias ([A/CN.9/1044](#), párr. 23). El organismo coordinador, informado y consciente de los problemas a que hacen frente los inversionistas extranjeros gracias a la coordinación intergubernamental y los diálogos de políticas con los inversionistas, estará en condiciones de analizar el problema ponderando múltiples intereses y de perseguir diversos fines más allá de la prevención de controversias.

19. Creación de capacidad

Recomendación 19: Creación de capacidad

La legislación preverá la consolidación y difusión de la información pertinente para la prevención y mitigación de las controversias relativas a inversiones.

80. La recomendación 19 trata de la creación de capacidad afirmando que la legislación debería prever no solo la consolidación de la información pertinente para la prevención y mitigación de las controversias relativas a inversiones (véase la recomendación 6, párr. 26), sino también la distribución de esa información a varios órganos públicos. En efecto, las funciones de archivo contribuyen a acumular conocimientos relacionados con las inversiones. Sin embargo, sigue habiendo una brecha de conocimientos entre las entidades que debe reducirse.

81. La información puede ponerse en común de varias formas: diversas entidades pueden enviar información al organismo coordinador para su consolidación; el organismo coordinador puede recabar información directamente de los inversionistas, y el organismo coordinador puede difundir información entre diversas entidades por medio, por ejemplo, de programas de creación de capacidad.

82. Con la información recopilada, el organismo coordinador debería llevar a cabo programas de creación de capacidad, que pueden consistir en programas de formación, en la difusión de publicaciones periódicas como manuales o el mantenimiento de una página web que contenga información actual y pertinente.

83. Es especialmente importante que las entidades subnacionales como las provincias, los estados y los municipios participen en las actividades de creación de capacidad. Es fundamental implicar a las entidades subnacionales, puesto que sus actuaciones incompatibles constituyen uno de los principales factores que dan pie a controversias. Del mismo modo, los funcionarios públicos de varios niveles (central, provincial, municipal) tienen que ser conscientes de los compromisos adquiridos por los Estados en los instrumentos en materia de inversiones. De esta forma, podrán identificar posibles medidas incompatibles y asegurarse de que la conducta de la administración pública es compatible con sus obligaciones en materia de inversiones.

84. Además, el organismo coordinador podría ayudar al órgano público pertinente a evaluar los inversionistas y las inversiones de acuerdo con la diligencia debida. Esta evaluación no debería consistir en un proceso de preselección, sino que debería ser una evaluación de la seriedad y la capacidad del inversionista. Además del examen del plan de negocio y las razones para invertir, la debida diligencia debería conllevar una evaluación de la legitimidad de las inversiones.

85. Puede crearse capacidad de cara a las negociaciones de los contratos de inversión y las APP. Pueden surgir controversias si los gobiernos asumen compromisos que no pueden respetar a largo plazo. La creación de capacidad de cara a las negociaciones reduciría el riesgo de que surgieran agravios o controversias. Sin embargo, para ello hacen falta conocimientos específicos y experiencia de los que quizás no disponga el Estado en cuestión.

20. Coordinación intergubernamental

Recomendación 20: Coordinación intergubernamental

1. *El sistema establecerá e institucionalizará la coordinación con las autoridades de otros Estados para garantizar la cooperación eficaz y la asistencia recíproca en la prevención y mitigación de controversias.*

2. *El sistema dispondrá que una vía para lograr esa coordinación consista en la constitución de una comisión mixta en el marco de cada tratado de inversión, que podrá asumir las siguientes funciones:*

- a) formulación de declaraciones interpretativas del tratado de inversión;*
- b) facilitación de la mitigación de controversias por medios alternativos no vinculantes de solución de controversias (como la negociación, las consultas, la mediación y la evaluación neutral temprana), esté prevista o no en el tratado de inversión;*
- c) intercambio de información y mejores prácticas [con Estados partes], y*
- d) realización de exámenes periódicos del tratado de inversión [con Estados partes].*

86. La recomendación 20 refleja la importancia de la coordinación intergubernamental para prevenir y mitigar controversias, con respecto a la cual el organismo coordinador podría desempeñar un papel (véase la recomendación 6, párr. 1 g)).

87. En el párrafo 2 se sugiere, como vía para garantizar la coordinación, que se constituyan comisiones mixtas en el contexto de los tratados de inversión. Las comisiones mixtas podrían facilitar la armonización de las normas de protección de las inversiones y otras disposiciones convencionales por medio de declaraciones interpretativas. También supondrían una vía de aplicación efectiva del tratado de inversión al facilitar el intercambio de información y mejores prácticas con vistas a adaptarse a los cambios en las inquietudes en materia de políticas por medio de exámenes periódicos.

88. Las comisiones mixtas pueden fomentar la comunicación entre Estados y la solución de las controversias entre Estados partes, así como entre un inversionista y el Estado anfitrión.