Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.210

Asamblea General

Distr. limitada
10 de noviembre de 2021
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)
41er período de sesiones
Viena, 15 a 19 de noviembre de 2021

Resumen de la reunión entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) presentado por la República Popular China

En la presente nota se reproduce una comunicación del Gobierno de la República Popular China que contiene un resumen de la reunión entre períodos de sesiones sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) celebrada los días 28 y 29 de octubre de 2021 en Hong Kong (Región Administrativa Especial de China) (RAE de Hong Kong). La versión en inglés del resumen se presentó el 10 de noviembre de 2021y en el anexo de la presente nota figura la traducción al español del texto recibido por la Secretaría.

V.21-08321 (S) 221221 221221

Se ruega reciclar

Anexo

Introducción

1. La reunión entre períodos de sesiones, que tuvo por tema el uso de la mediación en la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), fue organizada conjuntamente por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Departamento de Justicia de Hong Kong (Región Administrativa Especial de China) (RAE de Hong Kong) y la Asian Academy of International Law (AAIL), con el apoyo del Gobierno Central del Pueblo de la República Popular China[1]. En la reunión entre períodos de sesiones, cuyo formato híbrido combinó la participación virtual y presencial, se dieron cita 640 participantes inscritos procedentes de 94 jurisdicciones de todo el mundo.

2. La reunión entre períodos de sesiones en la RAE de Hong Kong, de dos días de duración (28 y 29 de octubre de 2021), estuvo precedida por una reunión virtual previa a la reunión entre períodos de sesiones celebrada el 9 de noviembre de 2020, en la que las delegaciones del Grupo de Trabajo y otras partes interesadas en la reforma del sistema de SCIE examinaron la manera de superar las dificultades relativas al uso de la mediación en la SCIE, el proceso de solución de controversias de varios niveles (protocolo de mediación), los modelos híbridos para solucionar controversias internacionales en materia de inversiones y la forma en que debía procederse respecto de la mediación como opción de reforma del sistema de SCIE[2].

3. La reunión entre períodos de sesiones, en la que prosiguieron las deliberaciones de la reunión previa entre períodos de sesiones, consistió en un debate, un taller práctico y sesiones de mesas redondas.

Observaciones iniciales

4. Inauguró la reunión entre períodos de sesiones la Sra. Li Yongjie (Directora General del Departamento de Tratados y Derecho del Ministerio de Comercio de la República Popular China), que destacó los avances positivos del Grupo de Trabajo III en la promoción del uso de la mediación en la SCIE y la necesidad de adoptar un enfoque integral y coherente respecto de la reforma. La Sra. Li dijo que la reunión entre períodos de sesiones podría aprovechar los esfuerzos colectivos de la CNUDMI, las delegaciones del Grupo de Trabajo III y los expertos que colaboren entre sí en labores relacionadas con la mediación.

5. La Sra. Anna Joubin-Bret (Secretaria de la CNUDMI) dio las gracias al Gobierno Central del Pueblo de la República Popular China por acoger la reunión entre períodos de sesiones y a los coorganizadores por sus esfuerzos. La Sra. Joubin-Bret destacó las ventajas de la mediación y explicó que la reunión entre períodos de sesiones tenía dos objetivos, a saber: i) obtener información acerca de los dos proyectos de notas sobre la mediación preparados por la Secretaría en relación con las cláusulas modelo y las directrices de mediación[3]; y ii) analizar la manera en que se podría utilizar el actual marco de mediación de la CNUDMI para mejorar la mediación entre inversionistas y Estados.

6. La Sra. Teresa Cheng (Secretaria de Justicia de la RAE de Hong Kong formuló el discurso de recapitulación del primer día y el discurso de apertura del segundo día. Dijo que era alentador que la reunión entre períodos de sesiones se celebrase por primera vez en la RAE de Hong Kong y señaló que la mediación seguía avanzando en tres direcciones principales, a saber: i) dotarse de los marcos adecuados; ii) superar las barreras psicológicas mediante la educación; y iii) activar las sinergias entre la mediación y otras opciones de reforma del sistema de SCIE. La Sra. Cheng también

[1] El programa y otra información relacionada con la reunión entre períodos de sesiones se puede consultar en https://2021-uncitral-wg-iii-intersessional.net.

[2] Las actas de la reunión virtual previa a la reunión entre períodos de sesiones se pueden consultar en https://www.doj.gov.hk/en/publications/pdf/2020_pre_intersessional_meeting_proceedings_e.pdf.

[3] Los dos proyectos de notas están disponibles en https://uncitral.un.org/es/strengtheningmechanisms.

manifestó la disposición de la RAE de Hong Kong a prestar asistencia para facilitar la labor del Grupo de Trabajo relacionada con la mediación.

Resumen del debate: "Compartir opiniones y experiencias de organizaciones internacionales"

7. Este debate estuvo moderado por el Dr. Anthony Neoh (Presidente de la AAIL).

8. La Sra. Frauke Nitschke (Abogada Principal y Jefa de Equipo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)) presentó a grandes rasgos el proceso de mediación del CIADI y sus Reglas de Mediación, cuya aprobación está prevista para principios de 2022. También mencionó la posibilidad de que las partes conviniesen en aplicar las Reglas de Mediación del CIADI en su forma actual u otros reglamentos como, por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, recientemente aprobado, y solicitasen la asistencia administrativa del CIADI. Además, el CIADI servía de plataforma de concienciación y creación de capacidad desde 2017 mediante la organización de varias series de webinarios, actividades de capacitación y cursos propios, y estaba planeando otras actividades, como una actividad de capacitación sobre la mediación entre inversionistas y Estados para principios de 2022 junto con el Departamento de Justicia de la RAE de Hong Kong, la AAIL, el Centro para la Solución Eficaz de Controversias (CEDR) y la Secretaría de la Carta Internacional de la Energía.

9. El Dr. Joerg Weber (Jefe de la Subdivisión de Políticas de Inversión de la División de la Inversión y la Empresa de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)) expuso varias iniciativas de la UNCTAD en su presentación sobre las mejores prácticas en el uso de la mediación para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones. Por ejemplo, la UNCTAD puso en marcha su Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible, que abarca cuestiones relacionadas con la reforma del régimen de los acuerdos internacionales de inversión y la solución de controversias por vías alternativas, en particular la mediación. El Dr. Weber mencionó las guías de la UNCTAD tituladas "Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje", en las que se establecen algunas mejores prácticas sobre la mediación con fines de referencia[4]. El orador abordó varias opciones de políticas para reforzar la mediación, como la definición de períodos de espera adecuados, el establecimiento de la obligatoriedad de la mediación o las referencias explícitas a su uso.

10. El Dr. Alejandro Carballo-Leyda (Consejero Jurídico y Jefe del Centro de Solución de Controversias de la Carta Internacional de la Energía) compartió sus opiniones sobre cómo elaborar directrices y cláusulas legislativas para uso de los Gobiernos en la preparación de un marco que propicie la mediación como método para solucionar las controversias entre inversionistas y Estados, en particular en lo tocante a la experiencia de utilización del Instrumento Modelo sobre la Gestión de Controversias en materia de Inversiones elaborado por la Carta Internacional de la Energía. Destacó que para que la mediación tuviera un fundamento jurídico claro y preciso, se deberían establecer, entre otras cosas, la facultad para solucionar controversias de ese modo y un proceso y mecanismo claros para abordar las posibles cuestiones financieras. Asimismo, formuló algunas sugerencias sobre cómo mejorar la gestión de los casos, por ejemplo, mediante la realización de una evaluación independiente de la controversia en una etapa temprana antes de decidir sobre el posible método de solución, y el establecimiento de una base de datos organizada y centralizada para la solución y prevención de controversias.

11. La Sra. Priyanka Kher (Especialista en el Sector Privado de la Dependencia de Clima para la Inversión del Grupo Banco Mundial) habló sobre la experiencia del Banco Mundial respecto del desarrollo de la capacidad de los Gobiernos para prevenir las controversias entre inversionistas y Estados. La Sra. Kher señaló cinco elementos fundamentales para mejorar la capacidad de los Gobiernos al respecto, a saber: i) la

[4] Las orientaciones de la UNCTAD se pueden consultar en https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_sp.pdf y https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20108_en.pdf (en inglés).

intervención temprana de un organismo coordinador encargado de la mediación; ii) la definición de un conjunto de procedimientos operativos claros que el organismo coordinador debería seguir; iii) la aplicación de técnicas eficaces para solucionar problemas; iv) la capacitación sobre técnicas de mediación para alcanzar soluciones basadas en los intereses de las diversas partes; y v) la necesidad de que el organismo coordinador se encargue de las labores de seguimiento y supervisión. Al referirse, más en concreto, a la esfera de la capacitación, explicó que el Banco Mundial ofrecía programas de prevención de controversias destinados a mejorar la comprensión de las obligaciones en materia de inversiones por parte de los funcionarios gubernamentales, las técnicas de resolución de problemas, y la recopilación y el análisis de datos.

Resumen del taller práctico sobre la mediación entre inversionistas y Estados

12. El 29 de octubre de 2021, en paralelo a la reunión entre períodos de sesiones, se celebró un taller práctico sobre la superación de obstáculos y la creación de capacidad en materia de mediación en la SCIE. El taller práctico estuvo moderado por el Dr. James Ding (Comisionado de la Oficina Inclusiva para la Prevención y Solución de Controversias del Departamento de Justicia de la RAE de Hong Kong).

13. El taller práctico comenzó con una exposición a cargo del Sr. Martin Rogers (socio y presidente del bufete de abogados Davis Polk en Asia) sobre las barreras psicológicas de los inversionistas y los Gobiernos respecto del uso de la mediación en la SCIE. Clasificó esas barreras psicológicas en tres categorías, a saber: i) las barreras externas (por ejemplo, la falta de claridad del marco de mediación); ii) las barreras internas (por ejemplo, las dificultades de índole psicológica que tienen los funcionarios gubernamentales para celebrar acuerdos de transacción con inversionistas); y iii) la ineficiencia de los procesos, que podría conllevar el fracaso de la mediación. No obstante, a fin de superar esas barreras psicológicas, el Sr. Rogers instó al sector jurídico a que se esforzase más por generar datos empíricos que demostrasen las ventajas de la mediación en cuanto a tiempo y costo.

14. A continuación, el Sr. Ronald Sum (Jefe del Departamento de Solución de Controversias del bufete de abogados Addleshaw Goddard LLP en Asia) habló sobre la experiencia y la práctica en materia de mediación para solucionar controversias internacionales relativas a inversiones. El Sr. Sum se refirió a diversos modelos como la mediación-facilitación, la mediación-evaluación, la conciliación y la comediación. En particular, el Sr. Sum compartió su experiencia práctica respecto del régimen de mediación en las inversiones previsto en el acuerdo de inversión celebrado en el marco del Acuerdo para establecer una asociación económica más estrecha entre China y Hong Kong (China), en que se adoptó un modelo de comediación por tres mediadores y se siguió el principio de la voluntariedad.

15. El Sr. Wolf von Kumberg (mediador y árbitro internacional) examinó diversas maneras de aprovechar el potencial de la mediación mediante la creación de capacidad. Sugirió que se podrían invertir esfuerzos en la promoción de la legitimidad internacional de la mediación mediante la inclusión de esta como proceso opcional en los acuerdos internacionales de inversión y su respaldo público como instrumento eficaz de solución de controversias por parte de las organizaciones internacionales. Destacó además la utilidad de la formación especializada de los mediadores en controversias entre inversionistas y Estados, y añadió que era fundamental crear uno o varios grupos de mediadores a los que los inversionistas y los funcionarios gubernamentales pudieran acudir para seleccionar a mediadores que tuvieran la credibilidad y capacidad adecuadas. El Sr. von Kumberg también se hizo eco de la importancia de las estadísticas sobre cómo se resolvían las controversias entre inversionistas y Estados y si en dichos arreglos se recurría a la mediación.

16. La Sra. May Tai (socia gerente del bufete de abogados Herbert Smith Freehills en Asia) expuso sus opiniones sobre la función de los profesionales del derecho en la promoción de un mayor uso de la mediación en la SCIE. Según su experiencia, en las primeras etapas de la controversia era probable que esta se solucionase de manera satisfactoria, y el hecho de que la inmensa mayoría de los casos no llegasen hasta el

arbitraje demostraba la voluntad y el compromiso de las partes de encontrar una solución sin recurrir a los mecanismos oficiales de solución de controversias. La Sra. Tai también sugirió que los abogados podrían promover el uso de la mediación mediante la obtención de una evaluación independiente de las controversias en una etapa temprana, con objeto de determinar los diferentes desenlaces que estas podrían tener y el costo de oportunidad que tendría un arbitraje prolongado. Además de una evaluación jurídica, la Sra. Tai también recomendó la intervención de peritos en relación con otros aspectos de la controversia, por ejemplo, los efectos sobre el clima de inversión, las consecuencias del crecimiento del sector y la repercusión política de toda decisión o arreglo.

17. El profesor Hi-Taek Shin (catedrático emérito de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Seúl) compartió sus conocimientos sobre las sinergias entre los instrumentos de prevención de las controversias y la mediación. En opinión del profesor Shin, la creación, en el seno del Gobierno, de un organismo coordinador dedicado a la prevención de las controversias aumentaba las posibilidades de que estas se solucionasen mediante un arreglo negociado antes de que se agravasen o se politizasen. Dicho organismo coordinador podría acumular experiencia y conocimientos, aumentando así la calidad de la toma de decisiones de los funcionarios con el paso del tiempo. En relación con las disposiciones de los tratados, el profesor Shin sugirió que en los procedimientos previstos en ellos se incluyesen los requisitos de la mediación obligatoria o el diálogo institucionalizado entre los Gobiernos del Estado anfitrión y del Estado del inversionista (por ejemplo, por conducto de una comisión o comité conjunto), a fin de abordar las preocupaciones por las críticas o los riesgos personales que podrían derivarse de la participación en la mediación.

18. El Dr. Thomas So (Presidente del Centro Internacional de Solución de Controversias en Línea eBRAM) disertó sobre la posible aplicación de la solución de controversias en línea a la mediación en las controversias internacionales relativas a las inversiones. El Dr. So señaló que el uso de la solución de controversias en línea y tecnologías avanzadas, como la tecnología de videoconferencia, la transmisión segura de datos, la inteligencia artificial para la traducción, el uso de las cadenas de bloques y el almacenamiento en la nube, podían facilitar el uso de la mediación en controversias entre inversionistas y Estados. A este respecto, el Dr. So también se refirió a las iniciativas más recientes del eBRAM, en particular el régimen de solución en línea de controversias relacionadas con la enfermedad por coronavirus y la plataforma para la solución de controversias en línea del Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico.

19. Durante el debate mantenido en el marco del taller práctico, suscitó un gran interés la cuestión de si las mediaciones se convertirían en un elemento habitual del proceso de la SCIE en el futuro. Se expresó optimismo respecto del interés que podría suscitar la mediación como complemento del arbitraje. También se dijo que la participación activa de los profesionales, las instituciones y los representantes de los Gobiernos en esta reunión entre períodos de sesiones indicaba una tendencia muy positiva de la comunidad jurídica a estudiar la posibilidad de usar la mediación en la SCIE. La aparición de varias directrices y marcos sobre la mediación en las inversiones durante los últimos años demostraba los impresionantes avances en favor de ese método de solución de controversias.

20. Con respecto a la superación de los principales obstáculos o dificultades para combinar el uso de los instrumentos de prevención de controversias y las mediaciones, se recalcó de nuevo que había que cambiar la mentalidad de los funcionarios gubernamentales mediante el fomento de la capacidad y la formación a nivel internacional. Se sugirió que sería útil contar con un modelo de gráfico detallado, pero sencillo, sobre el proceso de mediación, a fin de proporcionar una visión general de la forma de vincular los instrumentos de prevención de controversias con la mediación. Se señaló que sería necesario cambiar la mentalidad de los usuarios incluso respecto de la solución de controversias en línea, y que también deberían abordarse las cuestiones relacionadas con la facilidad de uso de la plataforma y la seguridad de los datos.

21. Sobre la base de los debates mantenidos en el taller práctico, el Dr. James Ding resumió las claves para el aprovechamiento del potencial de la mediación, a saber: i) vehicular la actuación de las partes litigantes a través de marcos de mediación claros y precisos; ii) empoderar a las partes y a los mediadores mediante actividades de capacitación en materia de mediación; y iii) analizar opciones innovadoras, como los instrumentos de prevención y mitigación de controversias y la solución de controversias en línea, para enriquecer la práctica de la mediación. El Dr. Ding también mencionó la Plataforma Mundial Inclusiva de Innovación Jurídica (iGLIP) para la solución de controversias en línea; la CNUDMI confirmó, en su período de sesiones anual de 2021, que la plataforma seguiría colaborando con el Departamento de Justicia de la RAE de Hong Kong.

Resumen de las sesiones de mesas redondas

22. Las sesiones de mesas redondas estuvieron moderadas por el Presidente, la relatora del Grupo de Trabajo III y la Secretaría.

Cláusulas modelo de mediación

23. Se convino en general que podría ser útil contar con procedimientos concisos y cláusulas claras para convencer a los inversionistas y los funcionarios gubernamentales de que recurriesen a la mediación. En relación con la redacción de las cláusulas y reglamentos de mediación, se sugirió que era necesario lograr un equilibrio entre prescriptividad y flexibilidad al concebir las cláusulas modelo de mediación.

24. En el plano internacional, se señalaron como ejemplos el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, las Reglas de Mediación del CIADI y el Reglamento de Mediación de la International Bar Association. Algunas jurisdicciones también incorporaron cláusulas y reglamentos detallados de mediación en sus acuerdos y arreglos internacionales de inversión[5]. Un ejemplo reciente eran las cláusulas y el reglamento de mediación previstos en el acuerdo de inversión celebrado en el marco del Acuerdo para establecer una asociación económica más estrecha entre China y la RAE de Hong Kong (China)[6], en los que se adoptó un singular modelo de comisión formada por tres mediadores inspirado en el mecanismo por el que las partes nombraban a los árbitros que conocían de casos relativos a las inversiones.

25. Con respecto a la creación de capacidad, en el debate se llegó al consenso de que la capacitación era fundamental para superar las barreras psicológicas al uso de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados, y se hizo hincapié en la necesidad de diversificar el grupo de mediadores con experiencia en dichas controversias. Se señaló que las propias cláusulas modelo de mediación podrían ser un instrumento de capacitación que permitiera a los Estados comprender los principales elementos de la mediación y familiarizarse más con el proceso de mediación.

Examen de cada una de las cláusulas modelo de mediación

26. Tras el análisis de las observaciones generales, la mesa redonda pasó a examinar cada una de las cláusulas del proyecto de cláusulas modelo contenido en el proyecto de nota preparado por la Secretaría. Actualmente, los acuerdos internacionales de inversión no suelen contener referencias explícitas a las mediaciones. En el proyecto de cláusulas modelo de mediación preparado por la Secretaría, se ofrecían tres opciones para el proyecto de la cláusula 1, a saber: i) la opción 1, en que se indicaba expresamente la posibilidad de recurrir a la mediación para solucionar las controversias; ii) la opción 2,

[5] Algunos ejemplos mencionados son los recientes acuerdos de inversión de la Unión Europea, el capítulo de inversiones del Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia, y el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre la RAE de Hong Kong y los Emiratos Árabes Unidos.

[6] Se puede consultar el texto del acuerdo de inversión celebrado en el marco del Acuerdo para establecer una asociación económica más estrecha y su reglamento de mediación en https://www.tid.gov.hk/english/cepa/legaltext/files/cepa14_main.pdf y https://www.tid.gov.hk/english/cepa/investment/files/HKMediationRule.pdf.

en que se establecía el compromiso de iniciar la mediación y procurar solucionar la controversia por este método; y iii) la opción 3, en que se imponía una forma estricta de mediación obligatoria durante un período de tiempo determinado.

27. Con respecto a las cláusulas modelo de mediación, la opinión general fue que esas cláusulas debían concebirse de tal manera que preservasen la voluntariedad de la mediación. En relación con la opción 1, se consideró en general que no añadiría demasiado valor al régimen en vigor. De forma preliminar, se expresaron opiniones a favor de las opciones 2 y 3, en las que se establecía la obligatoriedad de la mediación y con ello se aprovechaba el potencial de este método en un momento en que los funcionarios gubernamentales y los inversionistas aún trataban de familiarizarse con el proceso de mediación. La diferencia entre las opciones 2 y 3 residía en el nivel de compromiso con la mediación que se exigía a las partes. Algunas delegaciones indicaron que incorporaban cláusulas similares a las de las opciones 2 y 3 en sus acuerdos internacionales de inversión.

28. El tema de la mediación obligatoria suscitó mucho interés en la mesa redonda. Se señaló que la principal cuestión que había que abordar era qué objetivos trataba de conseguir la mediación obligatoria. Se observó además que las controversias entre inversionistas y Estados entrañarían en general decisiones de política pública y que deberían garantizarse los elementos de buena fe en todos los procesos de negociación. A este respecto, se explicó asimismo que el requisito de la mediación obligatoria, especialmente en relación con la opción 3, debería incluir como mínimo la posibilidad de que una o ambas partes pusieran fin al procedimiento de mediación, por ejemplo mediante una notificación por escrito, cuando fuera evidente que no se podría llegar a ningún acuerdo.

29. En relación con el proyecto de cláusula 2 de las cláusulas modelo, la reflexión se centró en la cuestión del plazo. Se sugirió que una opción sería que la mediación obligatoria tuviese lugar durante el período de espera, ya sea en sustitución de la negociación directa o como complemento de esta, lo que no demoraría mucho el inicio del procedimiento arbitral en el caso de que fracasara la mediación. También se sugirió que se pudiera hacer uso de la mediación en cualquier etapa de la controversia, aun cuando hubiera comenzado un procedimiento arbitral. Por otro lado, se expresaron algunas preocupaciones por la posibilidad de que esto plantease el problema de la dilación si, por ejemplo, las partes litigantes recurriesen a la mediación en una etapa muy avanzada del proceso. No obstante, se aclaró que ofrecer la posibilidad de recurrir a la mediación en todo momento podría aumentar las probabilidades de que las partes solucionasen la controversia por este medio, y su interés por hacerlo, incluso después de que hubieran iniciado un procedimiento arbitral.

30. Se expresó interés por que se elaborasen cláusulas más específicas en relación con el proyecto de cláusula 2, a fin de aclarar las interacciones entre la mediación y el procedimiento arbitral en curso, por ejemplo, si se suspendería el procedimiento arbitral y durante cuánto tiempo. Se sugirió que valdría la pena examinar con mayor detalle otras cuestiones como las consecuencias de una utilización infructuosa de la mediación, y si el incumplimiento de los requisitos relativos a la mediación obligatoria repercutiría en la admisibilidad de una controversia entre inversionistas y Estados o la competencia respecto de esta.

31. El proyecto de cláusula 3 de las cláusulas modelo, en el que se aborda el reglamento de mediación aplicable, planteó el interrogante de si habría que elaborar un reglamento de mediación independiente para las controversias entre inversionistas y Estados. Se consideró que habría que examinar con mayor detenimiento esta cuestión, dado que ya se disponía de reglamento.

32. Algunos participantes plantearon la cuestión de qué tratamiento se debería dar a la información comunicada y reunida durante la mediación cuando hubiese un procedimiento judicial o arbitral en curso. Aparentemente, esas preocupaciones eran cuestiones que se abordaban con arreglo a la cláusula ”sin perjuicio” prevista en el proyecto de cláusula 5 de las cláusulas modelo.

33. En el proyecto de cláusula 6 se abordaba el conflicto entre la confidencialidad y la transparencia del proceso de mediación en las controversias entre inversionistas y Estados. La opinión general fue que había que lograr un equilibrio entre la confidencialidad y las obligaciones de revelar información. Se sugirió también que, si bien los Estados tenían diferentes niveles de exigencia y reglamentación respecto de las consideraciones de política pública, parecía suficiente el nivel de transparencia previsto en el proyecto de cláusula 6, que requeriría que se pusiese a disposición del público la solución mutuamente convenida.

34. Se formularon otras sugerencias para la elaboración de las cláusulas modelo, como hacer referencia a la Junta de Solución de Controversias o la Junta de Prevención y Solución de Controversias, previstas en las condiciones de 2017 de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) aplicables a las controversias importantes y complejas en materia de construcción, así como estudiar la posibilidad de instaurar un procedimiento de solución de controversias de varios niveles basado en el principio de "primero la mediación y luego el arbitraje".

35. Además de las cláusulas modelo, se volvió a hacer énfasis en la función que la CNUDMI y otras organizaciones internacionales desempeñaban para impartir capacitación, intercambiar las mejores prácticas y ofrecer asistencia técnica a los Estados sobre el establecimiento de marcos.

Directrices sobre mediación

36. En la mesa redonda también se abordaron las directrices sobre mediación contenidas en el proyecto de nota preparado por la Secretaría.

37. Se consideró que las directrices ofrecían una visión precisa del proceso de mediación y daban a las partes litigantes una idea del funcionamiento de la mediación, de manera que estas pudieran tomar una decisión informada y optar oficialmente por recurrir a este método. Por consiguiente, las directrices serían útiles para que los funcionarios gubernamentales solventasen las posibles preocupaciones relacionadas con las denuncias de corrupción y las críticas públicas, ya que, en comparación con los inversionistas, su decisión requeriría en general más seguridad de que la decisión tomada se ajustaba a derecho y cumplía los protocolos del Gobierno. Se sugirió que lo más importante para que la mediación fuera eficaz era tener un mediador concienzudo y proactivo que pudiera preparar un proceso adecuado y orientar constantemente a las partes hacia el logro de una solución.

38. En lo referente a la cuestión de si las directrices debían contener explicaciones sobre las cláusulas modelo de los tratados, los participantes se mostraron en general favorables a esa idea porque las directrices respondían a la voluntad de concienciar sobre la posibilidad de utilizar la mediación como una de las opciones para solucionar controversias. Se sugirió además que las directrices también podrían contener más información sobre el papel que desempeñan las instituciones en el fomento de la mediación, por ejemplo, en lo que atañe a la educación general o el apoyo administrativo y logístico, entre otras cuestiones.

39. Se examinaron los vínculos entre la mediación y otras opciones de reforma del sistema de SCIE y se mencionaron algunos ejemplos como la financiación por terceros, la creación de un centro de asesoramiento sobre el derecho internacional de las inversiones, los instrumentos multilaterales, los mecanismos permanentes y la elaboración de un código de conducta. Se estuvo de acuerdo, en general, en que en las directrices se podrían detallar de manera más exhaustiva estos vínculos.

40. En relación con el marco institucional, la experiencia del Perú en la labor de prevención y gestión de controversias entre inversionistas y Estados, que se basaba en un modelo de comisión interministerial, se citó como ejemplo de facilitación del uso de la mediación. Otro ejemplo mencionado fue el Tratado de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre el Brasil y la India, que no contenía ninguna cláusula sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados, pero establecía dos niveles para solucionar las controversias, a saber, una comisión conjunta y un *ombudsman* de

inversiones para que las partes litigantes solucionasen sus controversias por conducto de la mediación.

41. Si bien en la mesa redonda se reconoció la importancia de crear un centro de asesoramiento, algunos participantes preguntaron si este debía desempeñar una función amplia en la mediación y se sugirió que se definiese cuidadosamente el vínculo entre el centro de asesoramiento y el proceso de mediación, por ejemplo, limitando la función de ese centro al asesoramiento de los Estados sobre la mejor forma de iniciar un proceso de mediación y proporcionar asesoramiento adecuado durante dicho proceso, sin actuar como centro de mediación.

42. En relación con la creación de un código de conducta para mediadores, se formularon algunas observaciones en el sentido de que debía trazarse una línea clara entre los mediadores y los árbitros o jueces, ya que sus funciones eran sustancialmente diferentes. Se observó también que si los Estados preferían aplicar un conjunto separado de códigos de conducta a los mediadores, tendrían la libertad de incorporarlos en sus tratados.

43. Además, se sugirió que en las directrices se podría explicar con más detalle la cuestión de la ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación, lo que podría ser una consideración importante para las partes litigantes. Se mencionó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación como un aspecto importante. También se señaló la posibilidad de que los acuerdos de transacción resultantes de la mediación se registrasen como un laudo arbitral consentido y, por lo tanto, se ejecutasen en virtud de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI. Además, se señaló que se debía lograr un equilibrio entre los mecanismos de ejecución y la necesidad de garantizar el cumplimiento voluntario de los acuerdos de transacción, y se consideró que esto era una cuestión que tal vez habría que abordar en las cláusulas modelo.

Observaciones finales

44. Para concluir, el Presidente del Grupo de Trabajo expresó su agradecimiento a la República Popular China por acoger la reunión entre períodos de sesiones y su gratitud por la propuesta formulada por la Secretaria Cheng de que la RAE de Hong Kong prestase más asistencia en la labor relacionada con la mediación.