

**Asamblea General**

Distr. limitada
13 de julio de 2022
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)**
43º período de sesiones
Viena, 5 a 16 de septiembre de 2022

**Posible reforma del sistema de solución de controversias entre
inversionistas y Estados (SCIE)****Proyecto de disposiciones sobre mediación****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)	1
I. Introducción	2
II. Información de antecedentes	3
A. La mediación en tratados de inversión vigentes	3
B. Necesidad de fomentar el uso de la mediación en la SCIE	6
III. Proyecto de disposiciones sobre el uso de la mediación	7
A. Disponibilidad de la mediación y grado de intervención del mediador (Disposición 1)	8
B. Relación con el arbitraje y otros procedimientos de solución de controversias (Disposición 2)	11
C. Solicitud para iniciar la mediación (Disposición 3)	12
D. Reglamento de mediación aplicable (Disposición 4)	14
E. Disposición “without prejudice” (Disposición 5)	14
F. Confidencialidad	15
G. Transparencia (Disposición 6)	15
H. Acuerdo de transacción (Disposición 7)	16



I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que había un interés general en que se siguiera trabajando sobre la cuestión de los métodos de solución de controversias por vías alternativas, incluida la mediación, a fin de que se pudiera hacer un uso más eficaz de esos métodos (A/CN.9/1044, párr. 35). Se señaló que esos métodos se seguían infrautilizando en gran medida en la solución internacional de controversias relativas a inversiones y que existían obstáculos estructurales, legislativos y de política para su utilización específicos para los Estados (A/CN.9/1044, párr. 35). El Grupo de Trabajo, por lo tanto, solicitó a la secretaría que trabajara con organizaciones interesadas, entre ellas con la secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), para elaborar o adaptar: i) reglamentos de mediación para la solución de controversias entre inversionistas y Estados; ii) cláusulas modelo en que se previera el recurso a la mediación, que podrían utilizarse en tratados de inversión o en un posible instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE, y iii) orientaciones para una utilización eficaz de la mediación (A/CN.9/1044, párrs. 36 a 40).

2. El Reglamento de Mediación de la CNUDMI, por el que se actualizó el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980, fue aprobado por la Comisión en su 54º período de sesiones de 2021. Dado que el Reglamento de Mediación de la CNUDMI es de carácter genérico, puede utilizarse para la SCIE. También existen normas especialmente diseñadas para la SCIE, como las Reglas de Mediación del CIADI (2022)¹, recientemente aprobadas, y las Reglas sobre Mediación entre Inversionistas y Estados (2012) de la International Bar Association (IBA)². Al respecto, el Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si convendría elaborar un conjunto específico de disposiciones sobre la mediación en materia de inversiones que, no obstante, tal vez fueran redundantes, si se tenía en cuenta la normativa vigente. Por lo tanto, la presente nota se centra en la elaboración de disposiciones modelo para tratados, lo que aumentaría las probabilidades de que se sometiera una controversia a mediación (véase la secc. III *infra*). En el documento A/CN.9/WG.III/WP.218 figura un proyecto de directrices sobre mediación, que también tiene por finalidad fomentar la utilización de la mediación en el contexto de la SCIE.

3. Al igual que en otros documentos presentados al Grupo de Trabajo, para la preparación de la presente nota se tomó como referencia una gran variedad de información publicada sobre el tema³. La presente nota no tiene como finalidad expresar

¹ Véanse las *Reglas de Mediación del CIADI*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que pueden consultarse en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation_SPA.pdf.

² Véanse las *IBA Rules for Investor-State Mediation*, International Bar Association, que pueden consultarse en <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C>.

³ Entre la bibliografía que se ha consultado, puede citarse “Guide on Investment Mediation”, de la Conferencia de la Carta de la Energía, Secretaría de la Carta de la Energía, de 2016 (aprobada el 19 de julio de 2016), https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/Guide_Investment_Mediation.pdf; “Model Instrument on Management of Investment Disputes”, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf; “Background Paper on Investment Mediation”, del CIADI, de julio de 2021, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf; “Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation” (ICSID overview), de julio de 2021, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf; “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, de K. Fan, *Journal of Dispute Resolution* (2020), núm. 2, págs. 327 a 342, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3549661; “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, de C. Kessedjian, A. van Aaken, R. Lie, L. Mistelis, *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16* (5 de marzo de 2020), <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/isds-af-mediation-paper-16-march-2020.pdf> (Estudio del Foro Académico); y “The ICSID Conciliation Rules in Practice”, de F. Nitschke, editado por C. Titi, K. Fach Gómez, en *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, pág. 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031 (Nitschke).

una opinión sobre las opciones de reforma, que es una cuestión que compete decidir al Grupo de Trabajo.

II. Información de antecedentes

4. La mediación se ha mencionado como un elemento de reforma en las comunicaciones presentadas por los Estados (en adelante, “las comunicaciones”) en preparación de la tercera parte del mandato del Grupo de Trabajo. En prácticamente todas las comunicaciones relativas a la mediación se subrayó que esta conllevaba costos inferiores e insumía menos tiempo que el arbitraje, y que utilizarla con más frecuencia aliviaría las inquietudes relativas al costo y la duración de los procesos de SCIE⁴. Además, se consideraba que la mediación ofrecía a las partes litigantes un grado elevado de flexibilidad y autonomía y permitía el mantenimiento de las relaciones a largo plazo, lo cual cumplía el propósito de evitar las controversias e impedir que se agravaran los conflictos (A/CN.9/1044, párr. 27)⁵.

5. A continuación se presenta una reseña de los tratados de inversión vigentes en los que se contempla la mediación. En los casos en que los tratados no aluden a la mediación, los Estados a menudo afrontan dificultades para recurrir a ella.

A. La mediación en tratados de inversión vigentes

6. La gran mayoría de los tratados de inversión establecen un plazo determinado que debe transcurrir antes de que un demandante pueda presentar una demanda de arbitraje⁶. La finalidad es que las partes puedan llegar a una solución amistosa; en algunos tratados, el vencimiento del plazo constituye una condición previa para iniciar el arbitraje⁷. El plazo, a menudo conocido como “plazo de espera” o “plazo para llegar a una solución amistosa”, varía entre tres meses y dos años⁸. Sin embargo, habida cuenta de que es necesario que haya coordinación entre la labor de los distintos organismos, un plazo entre tres y seis meses resulta en general demasiado breve para iniciar y concluir una mediación.

7. Si bien en algunos tratados no se establece la manera en que debe utilizarse ese plazo, en algunos sí se dispone expresamente que debe recurrirse a la mediación⁹. A continuación se presenta una reseña de los distintos criterios que se utilizan en los tratados de inversión vigentes:

- no hacer referencia a la mediación ni a ninguna otra forma no vinculante de solución de controversias por vías alternativas;

⁴ Comunicaciones del Gobierno de Tailandia (A/CN.9/WG.III/WP.147, párr. 7); los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón (A/CN.9/WG.III/WP.163, pág. 7, anexo I); el Gobierno de Türkiye (A/CN.9/WG.III/WP.174, pág. 3, punto 7); el Gobierno de Sudáfrica (A/CN.9/WG.III/WP.176, párrs. 40 y 41); los Gobiernos de Chile, Israel, el Japón, México y el Perú (A/CN.9/WG.III/WP.182, pág. 7, anexo).

⁵ Comunicación del Gobierno de China (A/CN.9/WG.III/WP.177, pág. 5, punto 4).

⁶ En el estudio del Foro Académico se estima que más del 70 % de los tratados de inversión contienen una cláusula de ese tipo.

⁷ En algunos tratados más antiguos se establece que los inversionistas tienen la obligación de elegir entre recurrir a la conciliación o al arbitraje. Esa elección excluyente podría ser la razón por la cual no se utilizaba la conciliación (véase Nitschke, pág. 3).

⁸ Además, algunos tratados exigen que se agote el uso de las vías de recurso locales (véanse, por ejemplo, el tratado bilateral de inversión (TBI) entre la India y Kirguistán (2019), art. 15; el TBI entre Belarús y la India (2018), art. 15, y el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016), art. 26.5).

⁹ En el estudio del Foro Académico se indica que en el 44 % de los tratados en que se prevé un período de espera no se establece que deba recurrirse a ningún medio de solución de controversias en particular, en el 42 % se menciona la negociación, en el 10 % la celebración de consultas, en el 3 % la conciliación y en el 1 % la mediación.

- indicar en general que las partes en la controversia deben intentar resolver la controversia “amigablemente” durante el plazo establecido¹⁰;
- hacer referencia a la mediación como: i) una de las formas de llegar a una solución amistosa de la controversia¹¹; ii) junto con la celebración de consultas y las negociaciones¹², o iii) junto con una disposición por la que se permite a los inversionistas elegir la mediación entre distintas opciones con el consentimiento previo del Estado demandado, de modo que la mediación es optativa para el inversionista¹³;
- imponer la obligación a las partes en la controversia de considerar favorablemente la solicitud de la otra parte en la controversia de someter la controversia a mediación¹⁴;
- establecer la obligación para ambas partes en la controversia de someter esta a mediación como condición previa a la presentación de una demanda de arbitraje¹⁵, y

¹⁰ Por ejemplo: el TBI entre el Perú y el Reino Unido (1993), art. 10; el TBI entre Indonesia y los Países Bajos (1994), art. 9, y el TBI entre Georgia e Israel (1995), art. 8.

¹¹ Véase el TBI entre Austria y Kirguistán (2016), art. 20; el TBI entre el Iraq y la Arabia Saudita (2019), art. 12, párr. 1, y el TBI entre Austria y Nigeria (2013), art. 20.

¹² Véase el TBI entre Colombia y Singapur (2013), art. 13, párr. 2; el TBI entre Malí y Marruecos (2014), art. 9, párrs. 1 y 2; el TBI entre Egipto y Mauricio (2014), art. 10, párr. 1; el TBI entre Kazajstán y los Emiratos Árabes Unidos (2018), art. 10, párr. 1; el TBI entre Türkiye y Ghana (2016), art. 14, y el TBI modelo de los Países Bajos (2019), art. 17. Véase también el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018) (TIPAT), art. 9.18 (“Consulta y negociación 1. En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que puede incluir el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación o mediación”).

¹³ Por ejemplo, el TBI entre Bahrein y la Federación de Rusia (2014), art. 8, y el Acuerdo de Inversiones relativo al Arreglo para Establecer una Asociación Económica más Estrecha entre China continental y Hong Kong (CEPA 2017), arts. 19 y 20.

¹⁴ Véase, por ejemplo, el TBI modelo de los Países Bajos (2019), art. 17.1 en que se establece lo siguiente: “[una] parte en la controversia considerará favorablemente la solicitud que formule la otra parte en la controversia de negociar o utilizar la conciliación o la mediación”. Tanto el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), art. 3.2, como entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), art. 3.2, contienen disposiciones en que se establece que la parte a la que se dirija la solicitud la considerará favorablemente y contestará a ella por escrito, aceptándola o rechazándola en un plazo de diez días desde su recepción. El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (2016) contiene una disposición similar (Anexo 29(C), art. 2, párr. 2).

¹⁵ El TBI entre Costa Rica y los Emiratos Árabes Unidos (2017), art. 14, párr. 1, prevé dos etapas antes de que el inversionista tenga derecho a pasar al arbitraje: la primera consiste en la celebración de consultas y negociaciones (para lo cual se reservan tres meses); más adelante en el TBI se señala lo siguiente: “deberá someterse a un procedimiento de terceras partes como la conciliación o mediación ante un centro autorizado de la Parte demandada en la controversia”. El art. 14, párr. 4, establece que: “[p]ara mayor certeza, el cumplimiento de los requisitos conforme los párrafos 1, 2 y 3 respecto a consulta y negociación y procedimientos de terceras partes es obligatorio y una condición previa a la presentación de la controversia a arbitraje”. Véase también el TBI entre Rwanda y los Emiratos Árabes Unidos (2017), art. 12: “Mediación y conciliación: 1. En lugar del requisito de negociación obligatoria, o además de este, las partes en la controversia entre inversionistas y Estados podrán acordar someter su controversia a mediación o conciliación, sin perjuicio de los derechos, reclamaciones y defensas que se prevean en el presente Acuerdo. 2. Las partes en la controversia entre inversionistas y Estados acordarán las normas que serán aplicables a: i) la mediación o conciliación de la controversia, y ii) el método de nombramiento del mediador o conciliador”. Véase, además, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), en que se establece un procedimiento de tres etapas para la solución de controversias: negociaciones o mediación; consultas y, si la controversia no se resuelve, las partes en la controversia pueden recurrir al arbitraje. El art. 3.31, párr. 1, establece que “las partes en la diferencia podrán acordar en cualquier momento recurrir a la mediación”. Tras establecer este método de tres etapas para la solución de la controversia, en el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019) también se condiciona, en el artículo 3.35, la presentación de una demanda de arbitraje no solo i) a que hayan transcurrido al menos seis meses desde que se entregara la solicitud de consultas y tres meses

- establecer la obligación para el inversionista demandante de participar en una mediación (o conciliación), a elección del Estado¹⁶.

8. La mayoría de los tratados de inversión prevén la mediación en la etapa previa al arbitraje o en el período de espera. Sin embargo, algunos tratados destacan que las partes en la controversia pueden, de mutuo acuerdo, someter sus diferencias a mediación *ad hoc* o institucional, antes o durante el proceso arbitral¹⁷, lo que permite que la mediación tenga lugar en cualquier momento, con la única condición de que exista un acuerdo entre el inversionista y el Estado de recurrir a ella¹⁸.

- *Orientaciones relativas al procedimiento*

9. La inmensa mayoría de las disposiciones de los tratados de inversión que prevén expresamente la mediación u otros métodos de solución alternativa de controversias no establecen reglas detalladas que las partes puedan aplicar. Suelen tratar uno o dos aspectos procesales y la orientación que proporcionan es mínima¹⁹.

10. No obstante, algunos tratados celebrados recientemente incluyen disposiciones detalladas sobre el procedimiento de mediación. En los casos en que se han incluido disposiciones pormenorizadas en los tratados de inversión, estas han tratado sobre el inicio del proceso y la relación entre el procedimiento de mediación y otros tipos de procesos sobre la misma controversia²⁰.

desde que se entregase el anuncio de intención de presentar una demanda, sino también ii) a la condición de que “la base jurídica y fáctica de la diferencia haya sido objeto de consulta previa”.

¹⁶ El Acuerdo Integral de Asociación Económica (CEPA) entre Indonesia y Australia (2019) prevé que se celebren consultas en la etapa inicial y establece, en el art. 14.23, párr. 1, que “si la controversia no puede resolverse dentro de 180 días contados desde la fecha de recepción por la parte contendiente de una solicitud de consultas presentada por escrito, la parte contendiente [es decir, el Estado parte en la controversia] puede iniciar un procedimiento de conciliación, que será obligatorio para el inversionista en la controversia, con miras a alcanzar un arreglo amistoso”. En el art. 14.26, párr. 2 b), se condiciona además el inicio de una mediación a que hayan transcurrido 120 días desde que el Estado entabló el procedimiento de conciliación, en los casos en que el Estado haya elegido hacerlo. Las cláusulas del CEPA entre Indonesia y la República de Corea (2020) son similares. El TBI entre Mauricio y los Emiratos Árabes Unidos (2015) también prevé la celebración de “consultas y negociaciones” en la primera etapa y, de ahí en más, establece la obligatoriedad de la mediación o conciliación para los inversionistas, a elección del Estado. El art. 10, párr. 3, establece que “cuando lo exija una Parte Contratante, si la controversia no puede resolverse amigablemente dentro de los tres meses contados a partir de la fecha de recepción del aviso por escrito, se someterá la controversia a la autoridad competente de esa Parte Contratante o centros de arbitraje de esa Parte Contratante a efectos de conciliación y mediación”. En el art. 10, párr. 4, se establece que el inversionista puede iniciar un arbitraje “si la controversia no puede resolverse amigablemente dentro de los seis meses contados desde la fecha en que se inició el procedimiento de conciliación y mediación”. El TBI entre Armenia y los Emiratos Árabes Unidos (2016) contiene disposiciones similares.

¹⁷ Véase también el TBI entre Colombia y Türkiye (2014), art. 12, párr. 4, que dice lo siguiente: “[n]ada en este Artículo se entenderá en el sentido de impedir a las partes contendientes, por mutuo acuerdo, de acudir a una mediación o conciliación *ad hoc* o institucional, antes o durante el procedimiento de arbitraje”. Véase también el TBI entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos (2017), art. 15, párr. 2, y el TBI entre el Japón y Marruecos (2020), en cuyo art. 16, párr. 3 se dispone que “[n]ada de lo dispuesto en este párrafo impide el uso de procedimientos no vinculantes de terceros, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación”.

¹⁸ Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y China (2015), art. 15, párr. 6; Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Económica Euroasiática y Viet Nam (2015), art. 14.5; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), anexo 6, art. 2, párr. 1, y Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), anexo 9, art. 3, párr. 1. Cabe citar como otros ejemplos el TBI entre Burkina-Faso y el Canadá (2015), art. 23; el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) (2016), art. 8.20; el TBI modelo de los Países Bajos (2019), art. 17, párr. 1, y el TBI modelo de Tailandia (2012), art. 10, párr. 4.

¹⁹ Entre los tratados comprendidos en esta última categoría cabe citar el Acuerdo de Inversiones de COMESA (2007), art. 26, párr. 4, y el TBI modelo entre Bélgica y Luxemburgo (2019), art. 19(C), que dispone que el Secretario General del CIADI será autoridad designadora para nombrar un mediador cuando las partes así lo soliciten (véase también el CETA (2016), art. 8.20).

²⁰ Como ejemplo podría citarse el CETA (2016), Anexo 29(C); el Acuerdo Global entre la Unión Europea y México (acuerdo en principio de 2018), sección sobre la solución de controversias

B. Necesidad de fomentar el uso de la mediación en la SCIE

11. Aunque los datos sugieren que alrededor del 20 % de los casos de SCIE se resuelven, no es posible determinar si los acuerdos de transacción se han alcanzado como consecuencia de haberse recurrido a la mediación²¹. El Grupo de Trabajo señaló que uno de los obstáculos a la utilización de la mediación eran las dificultades que se planteaban en relación con la coordinación entre los organismos gubernamentales competentes cuando se negociaban arreglos amistosos de las controversias; la seguridad jurídica que debía existir para que los funcionarios intervinieran en dichos arreglos y la necesidad de que se estableciera el proceso de aprobación necesario y, en particular, que quienes negociaran los arreglos dispusieran de la facultad necesaria para acordarlos. Se observó que sería necesario elaborar o reforzar las políticas y los marcos jurídicos que alentarán el recurso a la mediación (A/CN.9/1044, párr. 29; véase también el documento A/CN.9/WG.III/WP.190, párrs. 29 a 48)²².

12. Como se ha indicado anteriormente (véanse los párrs. 6 y 7), son muy pocos los tratados que prevén la posibilidad de recurrir a la mediación y menos aun los que regulan el procedimiento de mediación. Si el tratado de inversión no hace referencia a la

relativas a inversiones, art. 4; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), anexo 6, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), anexo 9. Algunas cláusulas de SCIE que figuran en tratados de inversión celebrados recientemente han aclarado el plazo en el que se puede recurrir a la mediación y su relación con otros métodos de solución de controversias: por ejemplo, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), en que se establece que las partes podrán acordar en cualquier momento recurrir a la mediación, y que dispone expresamente que esa opción puede ejercerse incluso si ya se ha iniciado un procedimiento de arbitraje, y que, si ya se ha constituido un tribunal arbitral en el momento de la mediación, el tribunal arbitral deberá suspender el proceso hasta la fecha en que cualquiera de las partes en la diferencia decida poner fin a la mediación mediante una carta enviada al mediador y a la otra parte en la diferencia.

²¹ Según la IIA Issues Note titulada “Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020”, de septiembre de 2021 (https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf), pág. 3, alrededor del 20 % de los casos se resuelven, pero no se da más detalle. Las estadísticas del CIADI indican que alrededor del 34 % de los casos del CIADI se solucionaron o abandonaron por alguna razón, lo que podría indicar que las partes utilizan, en cierta medida, mecanismos alternativos de solución de controversias (véase la Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, edición 2021-2, pág. 13, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>). Hasta la fecha, el CIADI ha registrado 12 procedimientos de conciliación, incluidos 2 casos de conciliación tramitados de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario, y ninguno tramitado de conformidad con el Reglamento de Comprobación de Hechos del CIADI. Hasta la fecha, ni la Corte Permanente de Arbitraje ni la Secretaría de la Carta de la Energía han administrado procedimientos de mediación por aplicación de un tratado, y la SCC tampoco ha administrado ninguna mediación entre inversionistas y Estados. La Cámara de Comercio Internacional (ICC) solo ha administrado una mediación basada en un tratado, que no prosperó debido a la dificultad que implicaba hacer participar en el procedimiento a todos los organismos pertinentes de la parte que era un Estado, así como a las elecciones generales que dieron lugar a un cambio de administración y de los representantes de los organismos involucrados (A/CN.9/WG.III/WP.190, párr. 43).

²² En un estudio sobre los obstáculos que se presentaban para concertar acuerdos en casos de SCIE se concluyó que podía resultar difícil para los Estados alcanzar esos acuerdos, por múltiples razones: el temor a las críticas de la sociedad, especialmente si se trataba de un asunto sensible o politizado que recibiera amplia cobertura en los medios de comunicación; el temor a que se alegara corrupción o a ser enjuiciado por corrupción; el temor de sentar un precedente y dificultades para acceder a fondos públicos para organizar la defensa, así como dificultades para coordinar la acción entre oficinas de gobierno en plazos breves. Estos problemas podrían ser especialmente generalizados en los casos en que intervienen múltiples partes interesadas que cumplen funciones en organismos y ministerios en varios niveles de gobierno, que pueden tener la obligación de aprobar o, como mínimo, opinar sobre el acuerdo (Informe titulado “Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes”, National University of Singapore, NUS Centre for International Law Working Paper 18/01, por Chew, S., Reed, L., Thomas, J.C. QC, disponible en <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/09/NUS-CIL-Working-Paper-1801-Report-Survey-on-Obstacles-to-Settlement-of-Investor-State-Disputes.pdf>; véase también Echandi, R. “Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention”, págs. 15 a 19).

mediación o no incluye una disposición que obligue a las partes en la controversia a someter su disputa a mediación, se requerirá un acuerdo de mediación *ad hoc* para utilizarla. Concertar un acuerdo de este tipo constituye un paso procesal adicional, requiere esfuerzos y tiempo y exige que los funcionarios de gobierno tengan las facultades necesarias para participar en una mediación voluntaria. Por lo tanto, una condición importante tanto para los Estados como para los inversionistas es que se contemple mejor la posibilidad de que las partes puedan proponer que se someta la controversia a mediación.

III. Proyecto de disposiciones sobre el uso de la mediación

13. Cuando la mediación está prevista en el tratado de inversión en que se funda la controversia, existe una base normativa clara para llevarla a cabo (A/CN.9/1044, párr. 29). Por lo tanto, los Estados deberían considerar la posibilidad de contemplar la mediación en sus tratados de inversión²³ a fin de establecer condiciones que favorecieran su uso²⁴. No ha dado realmente buenos resultados dejar la decisión de recurrir a la mediación totalmente en manos de las partes, a pesar de que estas deberían ser quienes se encontraran en las mejores condiciones de evaluar si sería adecuado utilizar la mediación. Existen diferentes opciones para elaborar disposiciones modelo a fin de que sean incorporadas en los tratados de inversión, algo que, como se indica a continuación, podría favorecer el uso de la mediación por las partes en la controversia.

14. Al preparar el proyecto de disposiciones sobre la mediación para fomentar su uso, el Grupo de Trabajo podría tener en cuenta lo siguiente:

- si convendría incluir la mediación como una de las opciones que pueden elegir las partes en la controversia o si convendría que la mediación fuera una opción independiente;
- cómo se haría para que el procedimiento de mediación fuera suficientemente previsible de modo que los Estados y los inversionistas tuvieran confianza en la mediación;
- si se prevería el recurso a la mediación en todo momento o si debería haber un plazo específico que fuera adecuado y suficiente para recurrir a la mediación, y
- la interrelación con otros medios de solución de controversias.

15. Los siguientes proyectos de disposiciones se han preparado para que puedan ser incorporados en los tratados de inversión o en un instrumento multilateral sobre la

²³ Véase, por ejemplo, la Ley núm. 206 de Italia, de 26 de noviembre de 2021, titulada “Delegación de facultades al Gobierno para dar mayor eficacia a los procesos civiles y la revisión de la disciplina de los instrumentos de solución alternativa de controversias y medidas urgentes para la racionalización de los procedimientos relativos a los derechos de los individuos y las familias, así como a la ejecución forzosa”. (21G00229) (Gazzetta Ufficiale, Serie General núm. 292, del 9 de diciembre de 2021). El artículo 1, párr. 4 g), establece lo siguiente: “4. En el ejercicio de la delegación de facultades a la que se hace referencia en el párrafo 1, el decreto o decretos legislativos que modifiquen disposiciones sobre mediación y negociación asistida deberán respetar los siguientes principios y directrices: [...] g) disponer para los representantes de las administraciones públicas a los que se refiere el artículo 1, párrafo 2, del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, que la conciliación que tenga lugar en el procedimiento de mediación o ante órganos judiciales no generará responsabilidad respecto de los aspectos contables, salvo en caso de dolo o negligencia grave, que constituya una negligencia inexcusable consecuencia de una infracción grave a la ley o de una tergiversación de los hechos” (sin cursiva en el original). Véase también el ejemplo del Ecuador, en el Suplemento del Registro Oficial núm. 524, 26 de agosto 2021), Última Reforma: Decreto 165 (Suplemento del Registro Oficial 524, 26 de agosto de 2021), Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Decreto núm. 165).

²⁴ Los Estados podrían también adaptar su legislación interna y sus contratos de inversión. Además, deberían contar con una legislación adecuada que garantizara que los funcionarios públicos tuvieran las facultades necesarias para administrar un procedimiento de mediación y no fueran personalmente responsables del procedimiento de mediación ni de su resultado.

reforma de SCIE, y tal vez sea necesario adaptarlos si pasaran a formar parte del reglamento de mediación o la legislación nacional.

A. Disponibilidad de la mediación y grado de intervención del mediador (Disposición 1)

1. Disponibilidad de la mediación (Opción A)

16. La Opción A se refiere a la mediación como un medio que puede utilizarse para resolver las controversias sobre inversiones internacionales. Dado que las disposiciones se centran únicamente en la mediación, no se mencionan otros métodos de solución de controversias no contradictorios.

Opción A

1. Las partes en la controversia podrán, en cualquier momento, incluso después de iniciado cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones, acordar que someterán su controversia a mediación.

2. Una parte en la controversia puede solicitar a otra parte en cualquier momento que se someta su controversia a mediación de conformidad con la disposición 3. La parte invitada deberá considerar favorablemente la solicitud y aceptarla o rechazarla por escrito dentro de los [15] días siguientes a la recepción de esa solicitud.

3. El acuerdo de someter la controversia a mediación deberá constar por escrito y ser firmado por las partes en la controversia. Las partes en la controversia podrán determinar en dicho acuerdo el reglamento de mediación que aplicarán.

4. Las partes en la controversia procurarán ponerse de acuerdo sobre el mediador. Si no pudieran ponerse de acuerdo sobre el mediador dentro de los 15 días siguientes a su acuerdo de someter la controversia a mediación, podrán solicitar que lo seleccione una institución o persona acordada por las partes.

17. En la Opción A, se menciona expresamente la mediación como un posible medio de solución de controversias. Ofrecer la posibilidad de recurrir a la mediación cuando surgen las primeras desavenencias puede ayudar a evitar que se agrave la controversia, ya que la mediación suele facilitar que las partes encuentren una solución de mutuo acuerdo.

18. Permitir expresamente la mediación durante un proceso de arbitraje puede también facilitar que las partes resuelvan algunos aspectos de la controversia o tal vez toda la controversia. Ello reduciría consiguientemente el alcance de las cuestiones que quedarían pendientes y respecto de las cuales sería necesario que se dictara una decisión vinculante y, por tanto, ahorraría costos y tiempo y aseguraría la mayor flexibilidad posible para las partes en la controversia, manteniendo el respeto por las garantías procesales. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de aclarar en la disposición que las partes también pueden someter a mediación solo partes de una controversia más amplia. En el párrafo 1 se hace referencia a la “solución de controversias internacionales relativa a inversiones” según la definición actual que se da del término en el proyecto de código de conducta²⁵.

19. Mientras que en el párrafo 1 se prevé que las partes en la controversia acordarían someterla a mediación, en el párrafo 2 se establece que la mediación podría comenzar por invitación (o “solicitud”) de una parte y aceptación de la otra. En la segunda oración del párrafo 2 se dispone que quien recibe la solicitud debe responder en un plazo determinado. Prever esa obligación puede conducir a que se establezca una línea de comunicación temprana, lo que aumentaría las posibilidades de que se llegara a un

²⁵ Véase [A/CN.9/WG.III/WP.216](#), art. 1 a).

acuerdo amistoso. Tanto la solicitud como la aceptación deben hacerse por escrito (véase la disposición 3, párr. 1).

20. Si bien en la Opción A se prevé que la mediación sea un método al que se pueda recurrir en cualquier momento, el Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de fijar un plazo dentro del cual se alentaría que se utilizara la mediación, antes de que se someta la controversia a arbitraje. Recurrir a la mediación en una etapa temprana puede constituir un método alternativo, ya que la controversia no se ha cristalizado y tal vez sea más fácil encontrar soluciones creativas para resolverla, no limitadas a una indemnización económica. En la Opción A, una parte en la controversia puede retirarse de la mediación en cualquier momento.

Acuerdo de someter la controversia a mediación y procedimiento de mediación

21. Si bien la mediación constituye un método flexible para resolver las controversias relativas a inversiones, es importante orientar suficientemente a las partes desde el principio y definir los pasos precisos que deben seguirse. Por lo tanto, en el párrafo 3 se sugiere que las partes acuerden cuál será el reglamento de mediación aplicable, ya que en este suelen figurar todas las normas pertinentes, entre ellas las relativas a la apertura del procedimiento, el nombramiento de mediadores, los deberes de confidencialidad y transparencia, el desarrollo de las comunicaciones y la conclusión del procedimiento.

22. El Grupo de Trabajo podría considerar qué información debería incluirse en el acuerdo de someter una controversia a mediación, y si el acuerdo debería hacerse por escrito y estar firmado por las partes (véase la disposición 4).

2. Inicio automático de la mediación y obligación de celebrar una reunión (Opción B)

23. La Opción B sería más conducente al uso de la mediación, ya que obliga a las partes a iniciarla. Aunque preserva la flexibilidad del procedimiento, la participación en ese procedimiento sería obligatoria.

Opción B

1. *Para iniciar la mediación, una parte deberá enviar una solicitud a la otra parte de conformidad con la disposición 3.*

2. *Las partes en la controversia deberán acordar que nombrarán un mediador dentro de los [20] días siguientes a la recepción de la solicitud, o en cualquier otro plazo que acuerden. Si las partes no hubieran nombrado conjuntamente un mediador dentro de ese plazo, deberán acordar, en un plazo de 14 días, una institución o persona que las asista en la selección de un mediador.*

3. *El mediador convocará una reunión a la que deberán asistir todas las partes en la controversia. Si alguna de las partes deseara retirarse de la mediación después de haber asistido a esa reunión o en cualquier momento posterior, deberá comunicarlo por escrito al mediador, quien dará por concluida la mediación.*

4. *Las partes podrán recurrir a la mediación de la controversia en todo momento, incluso después de iniciado cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones.*

24. En la Opción B se prevé el inicio automático de la mediación, a instancia de una de las partes. Mientras que en la Opción A solo se destaca que la mediación es un recurso disponible, con la Opción B se iría un poco más lejos, puesto que en ella se establece la obligación para las partes de nombrar un mediador y asistir al menos a una primera reunión, preferiblemente conjunta, organizada por el mediador. El propósito de la primera reunión es informar a las partes sobre la mediación, dar una oportunidad a la mediación y velar por que las partes al menos la intenten y sepan que existe esa posibilidad. En la segunda oración del párrafo 3 se pretende dar a las partes la libertad necesaria para poder retirarse de la mediación en cualquier momento después de la

primera reunión. En el párrafo 4 se destaca que la mediación puede utilizarse en cualquier momento.

3. Inicio automático de la mediación y plazo determinado para llegar a un acuerdo (Opción C)

25. El Grupo de Trabajo podría considerar la Opción C, que es idéntica a la Opción B, excepto por el párrafo 3. Mientras que en la Opción B se prevé el inicio automático de la mediación y la celebración de una primera reunión obligatoria, en la Opción C se prevé el inicio automático de la mediación, pero se lo combina con un plazo de nueve meses durante el cual deberán explorarse adecuadamente las posibilidades que ofrece la mediación. El procedimiento de mediación en sí mismo sigue siendo consensual, lo que significa que las partes conservan el derecho de retirarse de la mediación en cualquier momento y mantienen el control respecto de la posibilidad de llegar a un acuerdo y los términos de este. Sin embargo, solo se puede recurrir al arbitraje una vez transcurrido el plazo de nueve meses, a menos que el mediador determine que no hay probabilidades de que se llegue a una solución de la controversia a través de la mediación.

Opción C

1. *Para iniciar la mediación, una parte deberá enviar una solicitud a la otra parte de conformidad con la disposición 3.*
2. *Las partes en la controversia deberán acordar que nombrarán un mediador dentro de los [20] días siguientes a la recepción de la solicitud, o en cualquier otro plazo que acuerden. Si las partes no hubieran nombrado conjuntamente un mediador dentro de ese plazo, deberán acordar, en un plazo de 14 días, una institución o persona que las asista en la selección de un mediador.*
3. *Si las partes en la controversia no pudieran llegar a un acuerdo de transacción dentro de los [nueve] meses siguientes a la recepción de la solicitud de mediación, o si el mediador determinara que no es probable que se llegue a una solución recurriendo a la mediación, la controversia podrá someterse a cualquier otro procedimiento internacional de solución de controversias relativas a inversiones.*
4. *Las partes podrán recurrir a la mediación de la controversia en todo momento, incluso después de iniciado cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones.*

26. El plazo previsto en el párrafo 3 debería otorgar a las partes tiempo suficiente para intentar llegar a una solución para su controversia a través de la mediación, y solo después podrán comenzarse otros procedimientos de solución de controversias internacionales relativas a inversiones. En el párrafo 3 se sugiere un período de nueve meses en consonancia con los plazos que se establecen en los tratados vigentes para la solución amistosa de controversias y porque sería un plazo razonable para que el inversionista y el Estado llevaran a cabo una mediación, y se aseguraría al mismo tiempo que los gastos conexos fueran limitados. Dado que solo es obligatorio dar comienzo a la mediación, ninguna de las partes está obligada a participar en una mediación durante todo el plazo de nueve meses. Incluso si las partes no resuelven la totalidad de la controversia a través de la mediación, el procedimiento puede conducir a un acuerdo parcial y ayudar a las partes a comprender mejor la fuerza y la debilidad de sus argumentos. En el párrafo 4 se aclara que si la mediación que se entabla obligatoriamente no deriva en un acuerdo, las partes seguirán teniendo derecho a iniciar un procedimiento de mediación, voluntariamente, en cualquier momento posterior.

4. Combinación de las Opciones B y C

27. Los criterios que se presentan en las opciones B y C rara vez se utilizan en los tratados de inversión. Sin embargo, adoptar cualquiera de las dos opciones aseguraría que las partes en la controversia recurrieran a la mediación. Podrían combinarse las dos,

lo que supondría que la mediación se iniciaría automáticamente, que la primera reunión sería obligatoria y que se prevería un plazo de nueve meses para la mediación.

28. Cualquiera de las opciones, o una combinación de ellas, podría servir para aliviar la inquietud de que proponer o aceptar una mediación pueda ser un signo de debilidad. También proporcionaría una base normativa clara para que el Estado pudiera participar en una mediación²⁶. Encuadrar la mediación en un marco jurídico también eliminaría las inquietudes que pudieran existir acerca de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos que participaran en ella.

29. En el contexto nacional, establecer la obligación de iniciar una mediación ha dado buenos resultados en varias jurisdicciones. Esta solución legislativa también se considera la opción más conducente al uso de la mediación y la que mejor asegura que las partes se familiaricen más con esta última. Un estudio reveló que establecer la obligatoriedad de una “etapa de mediación obligatoria” sería visto con buenos ojos²⁷. Sin embargo, una cuestión que ha suscitado algún debate es la relación que existe entre la negociación directa y la mediación, y en particular si esta última debería ser obligatoria solo después de haberse negociado directamente. Sin embargo, se ha considerado ineficiente aplicar el criterio de establecer más de una etapa, es decir, negociaciones directas primero y una mediación obligatoria después. Esto parece sugerir que podría preverse la mediación obligatoria en lugar de la negociación directa, o además de esta, en el período de espera²⁸.

30. El Grupo de Trabajo podría examinar la situación en que una de las partes se niega a participar seriamente en el procedimiento de mediación, y considerar si se debería permitir a la otra parte (que fuera diligente) someter la controversia a algún otro método de solución de controversias internacionales relativas a inversiones: i) tras el transcurso de un breve plazo (por ejemplo, dos meses), o ii) únicamente una vez que el mediador hubiera determinado que seguir adelante con la mediación no contribuiría, en su opinión, a resolver la controversia, como se dispone en el párrafo 3 de la Opción C.

B. Relación con el arbitraje y otros procedimientos de solución de controversias (Disposición 2)

31. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de incluir una disposición que tratara sobre el recurso a la mediación paralelamente a la celebración de un proceso arbitral o judicial. Algunos tratados de inversión recientes han abordado este tema²⁹, así como las consecuencias que tendría en los plazos el iniciar y llevar adelante una mediación³⁰.

²⁶ Véase la nota explicativa del “Model Instrument on Management of Investment Disputes”, pág. 17, disponible en: https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf.

²⁷ “2020 QMUL-CCIAG Survey: Investors’ Perceptions of ISDS MUL investors’ survey”, disponible en <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf>, págs. 24 y 25.

²⁸ Véase el estudio del Foro Académico, pág. 7.

²⁹ Por ejemplo, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), que establece en su artículo 3.31, que las partes pueden recurrir a la mediación en cualquier momento aunque ya se haya iniciado un proceso arbitral, y que ordena que, si ya se ha constituido un tribunal arbitral en el momento de la mediación, este “deberá suspender el proceso hasta la fecha en la que cualquiera de las partes en la diferencia decida poner fin a la mediación mediante carta enviada al mediador y a la otra parte en la diferencia”.

³⁰ Por ejemplo, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019) establece un plazo para el inicio de “consultas” (que a su vez sigue a la etapa inicial de “negociaciones o de mediación” en la cláusula de tres etapas prevista en ese tratado). El tratado establece expresamente que el plazo se suspenderá mientras se sustancie cualquier mediación voluntaria que tenga lugar antes de las “consultas” (artículo 3.31).

32. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar la disposición 2.

Disposición 2

1. *A menos que las partes acuerden otra cosa, la mediación continuará mientras la controversia siga examinándose en cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones.*

2. *Si las partes en la controversia acuerdan en someter la controversia a mediación mientras se está sustanciando cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones, con sujeción a las normas de procedimiento aplicables, las partes en la controversia podrán solicitar que se suspenda ese procedimiento hasta que concluya la mediación.*

33. La disposición 2 prevé que los procesos arbitrales o judiciales continúen y que se pueda solicitar la suspensión de esos procesos mientras se inicia la mediación. La finalidad es proporcionar un marco para que la mediación pueda tener lugar en cualquier momento.

C. Solicitud para iniciar la mediación (Disposición 3)

34. Debería haber una disposición clara sobre cómo debe iniciarse la mediación, que incluyera la solicitud de mediación y un acuse de recibo de esa solicitud y, si fuera necesario, un acuerdo de someter la controversia a mediación que, entre otras cosas, estableciera qué entidades del Estado deben o deberían estar representadas o participar en ella.

35. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar la disposición 3 relativa a la solicitud de inicio de la mediación:

Disposición 3

1. *Para iniciar la mediación, una parte en la controversia deberá comunicar a la otra u otras partes en la controversia una solicitud escrita de mediación ("la solicitud").*

2. *En la solicitud se hará constar la información siguiente:*

a) *el nombre y el domicilio de esa parte y de su(s) letrado(s) patrocinante(s) y, cuando se presente una solicitud en nombre de una persona jurídica, el nombre, el domicilio y el lugar de constitución de la persona jurídica;*

b) *una descripción detallada de los hechos en que se basa la controversia;*

c) *una indicación de los organismos y entidades de la Parte Contratante que hayan intervenido en los asuntos que dieron lugar a la controversia, y*

d) *una explicación de las medidas anteriores que se hubieran adoptado para resolver esos asuntos, que contenga información sobre las reclamaciones pendientes.*

36. La disposición 3 trata de la solicitud de mediación, cuestión que a menudo se encuentra regulada en los reglamentos de mediación. En el párrafo 1 se establece que la solicitud puede ser enviada por cualquiera de las partes.

37. La solicitud de mediación suele consistir en una notificación escrita, separada de la notificación escrita en que se expresa la intención de someter una controversia a arbitraje.

38. El Grupo de Trabajo podría considerar si en la disposición 3 no convendría simplemente establecer la obligación de presentar la solicitud por escrito (párr. 1), sin

prescribir su contenido³¹. Ello presentaría la ventaja de que las partes podrían iniciar rápidamente la mediación, sin tener que reunir información ni exponer de forma clara y exhaustiva los fundamentos jurídicos en que basan su posición, lo que les permitiría proteger esta última.

39. Otra posibilidad sería exigir que se incluyera determinada información en la solicitud (párr. 2). Ello permitiría a las partes en la controversia tener una visión global de los asuntos de que se trate, comprender y evaluar la controversia, y reunir información de las entidades involucradas en ella, para que la participación en la mediación fuera constructiva.

40. En los tratados de inversión se han adoptado diferentes enfoques en lo que respecta a la solicitud de inicio de la mediación³², especialmente en cuanto a la información que ha de incluirse en ella. A modo de ejemplo, algunas disposiciones de tratados: i) exigen que la solicitud vaya “acompañada de un memorando suficientemente detallado” o que incluya “información pormenorizada de los hechos y el fundamento jurídico” de la controversia³³; ii) establecen una norma cualitativa que especifica la información que debe contener esa solicitud escrita³⁴, o iii) establecen el contenido que debe tener una solicitud de inicio de la mediación, que podría incluir una descripción de los hechos de la controversia, información relativa al inversionista, una indicación de las disposiciones supuestamente infringidas, el resultado que se pretende obtener o la medida de reparación solicitada, y/o documentos justificativos³⁵. En un pequeño número de tratados de inversión se exige que el destinatario de esa solicitud la conteste³⁶.

41. El Grupo de Trabajo podría considerar si se debería acusar recibo de la solicitud de inicio de la mediación y si sería necesario establecer otro acuerdo posterior en que, entre otras cosas, se señalaría qué entidades del Estado deben o deberían estar

³¹ Por ejemplo, el TBI entre Australia y Hong Kong (2019), en su art. 23, párr. 1, dispone que las partes deben “tratar inicialmente de resolver la controversia relativa a inversiones mediante consultas, que pueden incluir el uso de procedimientos no vinculantes de terceros, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación”. Y el art. 23, párr. 2, exige que la parte que toma la iniciativa “entregue al demandado una solicitud de consultas por escrito en la que se exponga una breve descripción de los hechos relativos a la medida o medidas de que se trate”.

³² El artículo 152 del Acuerdo de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda (2008) exige la presentación de una solicitud por escrito para el inicio del procedimiento amistoso de solución de diferencias que se haya designado: “la solicitud de consultas y negociaciones se hará por escrito...”. En el TIPAT (2018), art. 9.18, párr. 2, se utiliza un criterio similar.

³³ Por ejemplo, el TBI entre Bélgica, Luxemburgo y Montenegro (2010), art. 12, párr. 1; el TBI entre China y Colombia (2008), art. 9, párr. 2, y el Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y las Repúblicas de Centroamérica (2018), art. 9.16.

³⁴ Por ejemplo, el art. 14, párr. 6, del TBI modelo de Noruega (2015), en que se establece la obligación de cursar una notificación consistente en una solicitud de consulta que “incluya suficiente información para presentar claramente las cuestiones que sean objeto de controversia de modo que las partes y la sociedad se familiaricen con ellas”.

³⁵ Por ejemplo, el art. 20, párr. 4, del TBI entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (2018) en que se establece que “[l]os inversores que persigan la celebración de consultas presentarán una solicitud escrita de consultas, en la que deberán especificar: a) el nombre y domicilio del inversor y, en caso de que el reclamo se realice en nombre de una empresa, el nombre, domicilio y lugar de constitución de la empresa; b) la disposición de este Acuerdo presuntamente violada y cualquier otra disposición aplicable; c) las cuestiones de hecho y de derecho en relación con cada reclamo; d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados; y e) las pruebas que respaldan la condición de inversor de la otra Parte y la existencia de la inversión”. Véase también el CEPA (2017), anexo 8, art. 2.

³⁶ Por ejemplo, el art. 17.1 del TBI modelo de los Países Bajos (2019) establece que las controversias deben resolverse amigablemente, en primer lugar, mediante negociaciones, conciliación o mediación, y dispone que “una parte contendiente deberá considerar favorablemente una solicitud de negociaciones, conciliación o mediación que haga la otra parte en la controversia”. Tanto el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (2018), anexo 6, art. 2, párr. 2, como el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (2019), anexo 9, art. 3, párr. 2, incluyen disposiciones que obligan a quien reciba la solicitud a considerarla favorablemente y responder por escrito, aceptándola o rechazándola, dentro de los diez días de haberla recibido. El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) (2016) contiene una disposición similar en que se hace referencia a que la solicitud “se considerará de buena fe” (Anexo 29(C), art. 2, párr. 2).

representadas en la mediación o participar en ella, algo que podría depender de la opción elegida para la disposición 1.

D. Reglamento de mediación aplicable (Disposición 4)

42. Sería prudente que las partes se pusieran de acuerdo sobre el reglamento de mediación que aplicarían al procedimiento, lo que proporcionaría la claridad y las orientación necesarias en cuanto al procedimiento. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar la disposición 4 en relación con este aspecto.

Disposición 4

La mediación se llevará a cabo de conformidad con las [presentes disposiciones] y uno de los siguientes reglamentos:

- a) el Reglamento de Mediación de la CNUDMI;*
- b) las Reglas de Mediación del CIADI;*
- c) las Reglas de la IBA sobre Mediación entre Inversionistas y Estados, o*
- d) cualquier otro reglamento que acuerden aplicar las partes en la controversia.*

43. La disposición 4 establece que la mediación se llevaría a cabo de conformidad con las disposiciones y uno de los reglamentos de mediación. El reglamento de mediación aseguraría que hubiera un marco general de normas de procedimiento sobre mediación y evitaría lagunas en el procedimiento. En el apartado d) se contempla la posibilidad de que las partes convengan en aplicar cualquier otro reglamento, que es el criterio que se sigue en algunos tratados³⁷.

44. Otra posibilidad es que las partes elijan una institución, como el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), para que administren la mediación. La mayoría de los reglamentos institucionales otorgan a las partes un alto grado de flexibilidad, a la vez que prestan un sólido apoyo administrativo. Cabe señalar que la elección de un reglamento de mediación puede implicar la elección de una institución, por ejemplo, elegir las Reglas de Mediación del CIADI tendría como consecuencia que la mediación sería administrada por ese centro.

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee debatir si en la disposición 4 deberían tratarse otros elementos, por ejemplo, si se debería exigir a las partes que sometieran su controversia a mediación de buena fe, lo que podría asegurar que las discusiones fueran constructivas.

E. Disposición “without prejudice” (Disposición 5)

46. En un procedimiento de mediación, las partes suelen intercambiar sugerencias y expresar su opinión sobre las propuestas que se formulan para llegar a un acuerdo, reconocen hechos o indican que están dispuestas a aceptar un arreglo. Si, pese a esos esfuerzos, la mediación no resulta en un arreglo y alguna de las partes entabla un proceso arbitral o de otro tipo, debería velarse por que esas opiniones, sugerencias, admisiones o muestras de disposición para aceptar un arreglo no se invoquen en perjuicio de la parte que las haya formulado o expresado.

47. En algunos tratados de inversión que prevén la mediación figura una cláusula expresa (cláusula “without prejudice”) en que se destaca lo siguiente: i) la participación en el procedimiento de mediación no se entenderá como una concesión respecto de la

³⁷ Véanse el TBI entre Armenia y los Emiratos Árabes Unidos (2016), art. 10, párr. 3, y el TBI entre Mauricio y los Emiratos Árabes Unidos (2015), art. 10, párr. 3.

jurisdicción si la controversia se somete a arbitraje³⁸ y ii) la información suministrada durante la mediación no podrá utilizarse en detrimento de la posición jurídica de ninguna de las partes en ningún otro procedimiento³⁹. Esta cuestión también se aborda en los reglamentos de mediación vigentes⁴⁰.

48. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente proyecto de disposición:

Disposición 5

Participar en una mediación no afectará a la posición jurídica ni los derechos de ninguna de las partes en la controversia en cualquier otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones.

F. Confidencialidad

49. Un marco que prevea la confidencialidad y el intercambio sincero de opiniones entre las partes constituye el fundamento de unas negociaciones constructivas, lo que significa asegurar la confidencialidad de los documentos y las opiniones que se intercambien entre las partes. Los reglamentos de mediación vigentes suelen abordar la cuestión de la confidencialidad⁴¹. La legislación nacional puede contener disposiciones acerca de la confidencialidad y también establecer la obligación de revelar información. Al respecto, el Grupo de Trabajo podría evaluar si sería necesario preparar una disposición detallada sobre la confidencialidad⁴².

G. Transparencia (Disposición 6)

50. El Grupo de Trabajo podría examinar si resultaría útil una disposición que permitiera a las partes revelar el hecho de que se está celebrando o se la ha celebrado y de hacer público su resultado.

Disposición 6

1. A menos que las partes en la controversia acuerden otra cosa, una parte podrá revelar que se celebró o se está celebrando una mediación.

2. A menos que las partes en la controversia acuerden otra cosa, el resultado de la mediación, incluido cualquier acuerdo de transacción, puede hacerse público. No obstante, no se divulgará ninguna información que sea confidencial o esté protegida.

³⁸ Ejemplos de este tipo de cláusulas figuran, entre otros, en el TBI entre la Argentina y el Japón (2018), art. 25, párr. 1, y en el TIPAT (2018), art. 9.18, párr. 3. Otros tratados, como el CETA (2016), no limitan esta advertencia a la cuestión de la jurisdicción, sino que estipulan que “[p]odrá recurrirse a mediación sin perjuicio de la situación jurídica o de los derechos de cualquiera de las partes en la diferencia con arreglo al presente capítulo” (art. 8.20, párr. 2).

³⁹ Tratado de Libre Comercio entre Nueva Zelandia y el Reino Unido (2022), art. 31.20, y Tratado de Libre Comercio entre Chile y el Paraguay (2021), art. 17.19.

⁴⁰ Por ejemplo, Reglas de Mediación del CIADI, Regla 11, y Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7, párr. 1.

⁴¹ Por ejemplo, Reglas de Mediación del CIADI, Regla 10; Reglas de la IBA sobre Mediación entre Inversionistas y Estados, art. 10, y Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7, párr. 1.

⁴² Los tratados de inversión tratan a veces la cuestión de la confidencialidad y la revelación de información en los procedimientos de mediación. Cabe citar, por ejemplo, el TBI modelo de Tailandia (2012), en cuyo art. 10, párr. 4, se establece que la mediación será confidencial. Otro ejemplo es el CETA (2016), en cuyo anexo 29(C), art. 4, párr. 6, se dispone que el procedimiento de mediación será confidencial, excepto la celebración de la mediación en sí; en este último acuerdo también se establece que “las soluciones mutuamente acordadas se harán públicas”, salvo la información que alguna de las partes señale que es confidencial.

51. Con respecto al párrafo 1, el Grupo de Trabajo podría considerar si los Estados tendrían la flexibilidad de decidir en qué momento desean hacer público el hecho de que una mediación tuvo o está teniendo lugar⁴³.

52. En el párrafo 2 se establece que el resultado de la mediación o el acuerdo de transacción que resulte de ella podrían hacerse públicos. Tal vez el Grupo de Trabajo quiera considerar si habrá alguna limitación, por ejemplo, si se podrá hacer pública la totalidad del acuerdo o solo una versión en que parte del texto se haya eliminado. El Grupo de Trabajo podría tener en cuenta que algunos deberes de revelar información previstos en el derecho interno podrían resultar aplicables a los acuerdos de transacción resultantes de la mediación, como los que figuran en las leyes relativas al presupuesto y el gasto público, las alianzas público-privadas o la libertad de información.

H. Acuerdo de transacción (Disposición 7)

53. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar la siguiente disposición en relación con los acuerdos de transacción.

Disposición 7

1. *Las partes no iniciarán ni continuarán ningún otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones que se refiera a la totalidad o parte de la controversia que sea objeto de mediación en la medida en que las partes en la controversia hayan concertado un acuerdo de transacción.*

2. *Las partes en la controversia se asegurarán de que todo acuerdo de transacción resultante de la mediación cumpla con los requisitos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada el 20 de diciembre de 2018 (“Convención de Singapur sobre la Mediación”).*

54. En el párrafo 1 se aclara que si las partes resolvieron la controversia o parte de ella como consecuencia de una mediación, no podrán iniciar ningún otro procedimiento de solución de controversias internacionales relativas a inversiones a partir de entonces y suspenderán todo otro proceso en curso.

55. El párrafo 2 señala a la atención de las partes el marco internacional vigente en materia de ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación. La finalidad es facilitar la ejecución del acuerdo de transacción en cualquier Estado parte en la Convención de Singapur que no haya formulado la reserva prevista en el artículo 8, párrafo 1 a) de ese instrumento en que se dispone que una parte “no aplicará la presente Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración”.

⁴³ Véanse las Reglas de la IBA sobre Mediación entre Inversionistas y Estados, art. 10, párr. 3. En las Reglas de Mediación del CIADI (regla 10, párr. 2), se utiliza un criterio diferente ya que, a menos que las partes acuerden otra cosa, el hecho de que las partes estén celebrando una mediación o la hayan celebrado es confidencial.