

**Asamblea General**

Distr. limitada
20 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 directrices sobre la mediación de inversiones****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Proyecto de directrices sobre mediación de inversiones	3
A. Finalidad.	3
B. Disponibilidad de la mediación en el contexto de las inversiones	3
C. Ponderación de si la mediación es la vía adecuada	3
D. Consentimiento para someter la controversia a mediación.	4
E. Marco temporal	5
F. Referencia a reglamentos de mediación	5
G. Papel de las instituciones	5
H. El mediador: función, cualificaciones y nombramiento	5
I. Papel de las partes y otros participantes en la mediación	7
J. Sustanciación de la mediación de inversiones	9
K. Principios generales: prohibición de invocar lo actuado en la mediación en un proceso ulterior, confidencialidad y deber de revelar información	9
L. Acuerdo de transacción.	10
M. Interés público en la mediación	11
N. Medidas para fomentar el uso de la mediación	11



I. Introducción

1. En el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en octubre de 2020, se sugirió que se prepararan directrices para alentar a las partes en las controversias a explorar la mediación y otros métodos alternativos de solución de controversias de manera proactiva (A/CN.9/1044, párr. 30). En ese sentido, se puso de relieve que los mecanismos que promovían la utilización de métodos alternativos al arbitraje debían estar concebidos para garantizar su congruencia con las normas de buena gobernanza, entre otras cosas, con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 (A/CN.9/1044, párr. 31).

2. El Grupo de Trabajo destacó que la mediación seguía infrautilizada en gran medida en el contexto de la SCIE porque se presentaban obstáculos estructurales, legislativos y de política (A/CN.9/1044, párr. 35). Observando que deberían realizarse esfuerzos por reforzar la creación de capacidad y la concienciación, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que preparara orientaciones sobre la mediación de inversiones en que se abordaran, entre otras, las siguientes cuestiones: i) una visión general del proceso; ii) los aspectos organizativos que tal vez deberían considerarse en el plano nacional para reducir al mínimo los obstáculos estructurales o de política y lograr que la mediación pudiera utilizarse con eficacia; iii) la representación del interés público en la mediación, y iv) la elaboración de listas de mediadores cualificados en el ámbito de la SCIE (A/CN.9/1044, párr. 39).

3. Consiguientemente, en la presente nota figura un proyecto de directrices sobre mediación de inversiones para que sea sometido al examen del Grupo de Trabajo. El proyecto de directrices se ha preparado con el apoyo sustantivo del Secretariado del CIADI, a partir de los debates que tuvieron lugar durante la elaboración del Reglamento de Mediación de la CNUDMI y de las Reglas de Mediación del CIADI, así como de las aportaciones de los delegados de los Estados, expertos, mediadores y otros interesados, en particular durante la quinta reunión entre períodos de sesiones sobre el uso de la mediación en la SCIE (véase A/CN.9/WG.III/WP.210) y otras reuniones oficiosas¹.

4. En cuanto al posible alcance y formato del proyecto de directrices, el Grupo de Trabajo podría considerar lo siguiente:

- si el comentario del proyecto de disposiciones sobre mediación (A/CN.9/WG.III/WP.217) debería formar parte del proyecto de directrices;
- si las directrices deberían explayarse más sobre la perspectiva del inversionista, ya que en su preparación se han tenido principalmente en cuenta las necesidades y limitaciones de los Estados, y
- si debería formar parte del proyecto de directrices una lista de actividades de fomento de la capacidad y concienciación, que requeriría una actualización constante (tarea que tal vez podría llevar a cabo el centro de asesoramiento, si se lo creara y una vez que estuviera creado)².

5. Será necesario actualizar y adaptar las directrices en función de los debates que se celebren acerca del proyecto de disposiciones sobre mediación. Habría que examinar las directrices detenidamente junto con la labor que se está llevando a cabo para desarrollar opciones de reforma sobre la prevención de controversias. También es posible que deban modificarse a la luz de la labor que se llevando a cabo en relación con un centro de asesoramiento, al que se le podría encomendar la prestación de servicios de mediación,

¹ Por ejemplo, el “Forum for Further Preparatory Work on Investment Mediation” (Foro para avanzar la labor preparatoria sobre la mediación de inversiones): <https://uncitral.un.org/en/content/uncitral-working-group-iii-isds-reform-forum-further-preparatory-work-investment-mediation-5>. Para más información, véase también <https://uncitral.un.org/es/strengtheningmechanisms>.

² El Grupo de Trabajo podría tener en cuenta los cursos de formación y las iniciativas que se llevan a cabo en el ámbito de la mediación de inversiones, como las actividades de la Academia de la CNUDMI, que se realizan en Singapur una vez al año (véase <https://uncitral.un.org/es/events/singapore-convention-week-and-uncitral-academy>).

posiblemente limitados a servicios de asesoramiento o patrocinio letrado, y un mecanismo permanente de solución de controversias en materia de inversiones. Podría ser necesario que se incorporaran en las directrices, en una mayor medida, otras opciones de reforma que están siendo examinadas por el Grupo de Trabajo (por ejemplo, la reglamentación de la financiación por terceros y sus efectos en la negociación y concertación de acuerdos de transacción).

II. Proyecto de directrices sobre mediación de inversiones

A. Finalidad

6. El objetivo de las directrices sobre la mediación de inversiones (en adelante, las “directrices”) es explicar cómo podría utilizarse la mediación para resolver controversias relativas a inversiones. Dada la naturaleza flexible de la mediación, las presentes directrices no tienen por finalidad promover ninguna práctica en particular, sino más bien plantear en general las cuestiones que deberían tenerse en cuenta al iniciarse una mediación de inversiones. Las directrices no son vinculantes para las partes y tienen un carácter puramente explicativo.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo podría examinar si las directrices deberían referirse específicamente a las inversiones o los inversionistas extranjeros].

B. Disponibilidad de la mediación en el contexto de las inversiones

7. La mediación es un proceso flexible en el que un tercero (el “mediador”) asiste a las partes en sus negociaciones con el objetivo de llegar a una solución amistosa de las cuestiones en litigio. Por lo tanto, constituye una herramienta eficaz para resolver las controversias sobre inversiones, ya que el mediador estructura y facilita el diálogo entre las partes en esas controversias. La intervención del mediador ofrece las salvaguardias que necesitan los funcionarios de gobierno y los inversionistas que participan en la negociación, en particular cuando el resultado de la mediación es objeto de escrutinio o se lo cuestiona de alguna manera, por ejemplo, por motivos de corrupción. Como forma de negociación asistida, la mediación puede utilizarse como herramienta de solución de controversias siempre que se considere apropiado facilitar las negociaciones entre las partes. La mediación puede tener lugar no solo después de que la controversia se haya consolidado formalmente, sino también antes de ese momento. Por lo tanto, puede emplearse como herramienta a lo largo del ciclo de vida de la inversión y de la controversia cuando surjan cuestiones que la ameriten: antes de que se plantee una reclamación, o simultáneamente a la celebración de un proceso arbitral o judicial, e incluso una vez concluido ese proceso (por ejemplo, en relación con la ejecución del laudo dictado como consecuencia del arbitraje).

C. Ponderación de si la mediación es la vía adecuada

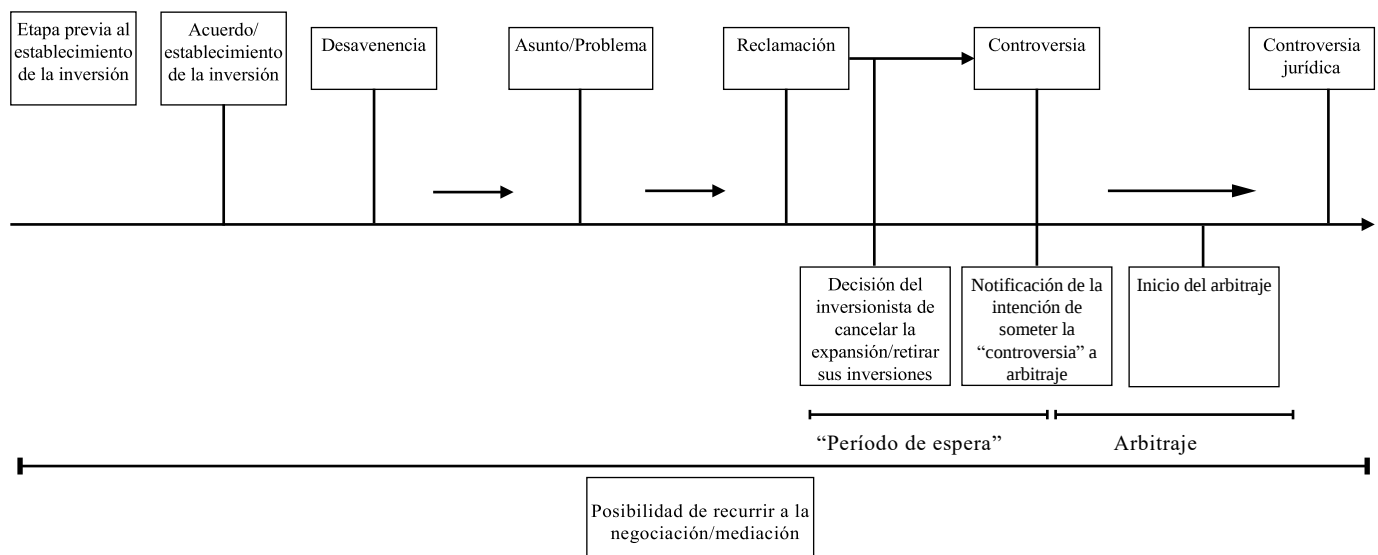
8. A la hora de considerar si la mediación es adecuada para resolver cualquier controversia que surja a raíz de una inversión, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- a) la conveniencia de mantener la relación entre las partes, por ejemplo, con miras a resguardar la inversión o a realizar posibles inversiones futuras;
- b) la voluntad de las partes de entablar una negociación o un diálogo;
- c) la conveniencia de alcanzar una solución eficaz;
- d) la conveniencia de adoptar un mecanismo formal de solución de controversias en que intervenga un tercero;
- e) la conveniencia de mantener el control sobre el resultado;

- f) la conveniencia de buscar soluciones creativas adaptadas al caso concreto en lugar de recurrir a vías de recurso jurídicas;
- g) las consecuencias presupuestarias y financieras;
- h) la complejidad de las cuestiones objeto de controversia y la urgencia de abordarlas;
- i) el número de partes implicadas, incluidas aquellas que tal vez tuvieran intereses diferentes, y
- j) la necesidad de entender la posición de las otras partes y de hacer posible que las partes simplifiquen las cuestiones que son objeto de la controversia.

9. La finalidad de la lista de verificación precedente es asistir a las partes para que determinen si la mediación es adecuada para una controversia en particular, para lo cual no es necesario tener en cuenta todos los factores. Si la mediación es adecuada o no a la controversia es una apreciación que podría variar en función de las perspectivas que tuviera cada una de las partes. Mientras que algunas partes pueden considerar que la mediación resulta adecuada al principio, por ejemplo, en el momento en que se ejecutan las operaciones del proyecto, otras pueden considerar que la mediación resulta adecuada tras una determinada etapa del proceso arbitral o judicial (por ejemplo, después de presentar declaraciones escritas o después de una audiencia).

10. La apreciación de si la mediación resulta adecuada que puede variar a lo largo del tiempo, según evolucionen las circunstancias. El cuadro siguiente muestra que la mediación puede utilizarse en cualquier momento, si las partes desearan entablar negociaciones facilitadas por un mediador.



D. Consentimiento para someter la controversia a mediación

11. La mediación es un proceso consensuado que requiere el acuerdo de las partes. Las partes son libres de acordar que recurrirán a la mediación en cualquier momento. Los Estados pueden expresar su consentimiento de someter las controversias que se surjan a mediación en los tratados de inversión ofreciendo la mediación como opción para resolver las reclamaciones que se funden en ellos. Asimismo, las partes pueden expresar su consentimiento en sus contratos de inversión, que también puede incluirse en una cláusula de solución de controversias escalonada. En algunos casos, se puede establecer que las partes están obligadas a participar en la mediación. Sin embargo, por lo general tendrán derecho a abandonar el procedimiento de mediación en cualquier momento (véase el párr. 41).

E. Marco temporal

12. Si la mediación tiene lugar en una etapa temprana de la controversia, es posible que la controversia no se haya cristalizado, y podría ser más fácil encontrar soluciones creativas que fueran mutuamente aceptables para las partes. La mediación suele concebirse como un método de solución de controversias que se utiliza antes de recurrir a otros métodos más contradictorios. Es posible que se haya establecido un plazo determinado para que las partes lleguen a un acuerdo amistoso (a menudo denominado “período de espera”) y, en algunos casos, que haya transcurrido ese plazo constituye un requisito previo para que pueda iniciarse el arbitraje. Ese plazo no debería ser demasiado breve y debería alcanzar para llevar a cabo la mediación (por ejemplo, seis meses). También debería ser posible que las partes participaran en la mediación incluso una vez iniciados otros procedimientos contradictorios.

F. Referencia a reglamentos de mediación

13. Cuando las partes acuerdan someter su controversia a mediación, podrían remitir a un reglamento, como el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, que es más general, o a reglamentos que están más orientados a la mediación de inversiones, como las Reglas de Mediación del CIADI de 2022 o las Reglas del IBA. Esos reglamentos de mediación proporcionan un marco procesal general para la mediación y evitan que se produzcan lagunas procesales u omisiones involuntarias, a la vez que proporcionan flexibilidad a las partes para adaptar el procedimiento a sus necesidades. Se podría hacer referencia a esos reglamentos en los tratados de inversión, en los contratos de inversión o en la legislación nacional, todos los cuales podrían contener también disposiciones sobre mediación.

G. Papel de las instituciones

14. La mediación, como forma de negociación facilitada, puede ser *ad hoc*, es decir, no tener el apoyo administrativo de una institución o, por el contrario, contar con ese apoyo.

15. El apoyo administrativo que podrían proporcionar las instituciones incluye, por ejemplo: i) información general y formación sobre la mediación de inversiones y orientación sobre las etapas del procedimiento; ii) asistencia para comunicar a la otra parte la propuesta de someter la controversia a mediación; iii) asistencia en la selección y el nombramiento de los mediadores; iv) asistencia en todos los aspectos administrativos y logísticos del procedimiento de mediación, incluidos la organización de reuniones y el apoyo técnico para las reuniones en línea; v) servicios relativos a los aspectos financieros de una mediación (por ejemplo, solicitar, retener y gestionar los anticipos efectuados por las partes para sufragar el costo de la mediación, tramitar los honorarios del mediador y los gastos); vi) la emisión de una certificación que confirme que la mediación tuvo lugar, lo que puede ser útil a las partes que buscan cumplir los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Solución Internacional Resultantes de la Mediación (la “Convención de Singapur”) u otros requisitos que se establecen en los tratados de inversión (por ejemplo, podría utilizarse como prueba de que la mediación tuvo lugar antes de interponer una demanda de arbitraje).

H. El mediador: función, cualificaciones y nombramiento

1. El papel del mediador

16. El mediador facilita las negociaciones entre las partes y las ayuda a llegar a una solución que sea aceptable para ambas. Por consiguiente, el mediador no resuelve ni zanja la controversia en lugar de las partes, sino que las apoya para que resuelvan las cuestiones por sí mismas por medio de una negociación. En el ejercicio de esta función,

el mediador puede reunirse con las partes conjuntamente o por separado. Facilitar las negociaciones celebrando reuniones por separado es una característica habitual de la mediación, que permite al mediador explorar libremente con cada parte, sus intereses e inquietudes y examinar posibles opciones para llegar a un acuerdo.

17. Hay ciertas funciones que el mediador no suele asumir, como adoptar decisiones o llegar a cualquier conclusión relacionada con la solución de cuestiones de fondo en la controversia. El mediador no emite juicios sobre conductas pasadas ni ofrece asesoramiento jurídico, financiero ni profesional de ningún otro tipo. Sin embargo, puede ayudar a las partes a evaluar las fortalezas y debilidades de sus opiniones, ponderando con realismo la situación y utilizando técnicas de evaluación de riesgos.

2. Cualificaciones y requisitos para ser mediador

18. Habida cuenta de la función del mediador, es esencial seleccionar a un profesional con experiencia y reconocida competencia para que conduzca el procedimiento de mediación y acompañe a las partes, que se encuentre capacitado para utilizar diversos estilos de comunicación y negociación y herramientas para asistir a las partes en la elaboración de soluciones aceptables para ambas y que tenga en cuenta las necesidades, intereses, preocupaciones, limitaciones y motivaciones de estas.

19. *Imparcialidad e independencia.* En la mediación de inversiones, que quizás sea objeto de escrutinio público, podría ser de particular importancia para los Estados que el mediador fuera imparcial e independiente (véanse las Reglas de Mediación del CIADI de 2022, regla 12, párr. 1 y las Reglas de la IBA sobre Mediación entre Inversionistas y Estados (Reglas de la IBA), art. 3) o que, como mínimo, estuviera obligado a revelar la información pertinente para que las partes tomaran conocimiento de cualquier conflicto de intereses (véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 6, y las Reglas de Mediación del CIADI de 2022, regla 14, párr. 3 b)).

20. *Competencia.* El mediador debería poseer ciertas competencias para llevar a cabo una mediación de inversiones³, a saber:

- a) experiencia práctica como mediador;
- b) formación en mediación, lo que incluye cualquier acreditación que tenga como mediador que haya sido emitida por una organización internacionalmente reconocida;
- c) experiencia en la solución internacional de controversias entre Estados u organismos del Estado en materia de inversiones y otras cuestiones, como experiencia en la utilización de distintas formas de negociación, mediación y conciliación;
- d) experiencia por haber trabajado en Gobiernos u organismos públicos o con ellos;
- e) comprensión del contexto y marco de las controversias entre inversionistas y Estados, lo que incluye consideraciones de tipo económico, jurídico, social y cultural;
- f) experiencia en el manejo de relaciones interculturales, y
- g) capacidad para llevar a cabo la mediación de forma oportuna.

21. *Nacionalidad.* La nacionalidad no suele tenerse en cuenta a la hora de nombrar un mediador. Por lo tanto, las partes pueden nombrar un mediador que sea de la misma nacionalidad que una de las partes en la controversia, y que estuviera familiarizado con

³ Por ejemplo, las competencias pertinentes se mencionan en el Apéndice B de las Reglas de la IBA (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C>); en la Investment Mediation Guide (2016), de la Secretaría de la Carta de la Energía (<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>), y en “Competency Criteria for Investor-State Mediators” (2016) del International Mediation Institute (IMI) (<https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf>).

el idioma, las costumbres y la cultura de esa parte. Las partes también pueden ponerse de acuerdo en excluir a determinados nacionales.

22. *Conocimientos especializados en el ámbito del derecho de las inversiones.* Poseer conocimientos especializados en el derecho de las inversiones podría ser útil para ponderar las fortalezas y las debilidades de las posiciones de cada una de las partes. Sin embargo, no sería esencial poseer conocimientos jurídicos, ya que el mediador no adoptaría ninguna decisión sobre la controversia y, por consiguiente, no sería necesario que fuera un experto en la materia. Si las partes o el mediador necesitaran un dictamen jurídico, pueden nombrar a un experto jurídico para que asista al mediador. Además, los letrados patrocinantes de las partes pueden proporcionar a sus clientes una evaluación de cualquier solución propuesta desde el punto de vista jurídico (véase el párr. 23).

3. Nombramiento del mediador

23. El mediador suele ser nombrado por las partes (Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 2; Reglas de Mediación del CIADI (2022), regla 13, párr. 1, y Reglas de la IBA, art. 4, párr. 5). Las partes pueden convenir en un mediador o en un procedimiento para su nombramiento, que puede implicar a un tercero o a una institución (Reglamento de la CNUDMI, art. 3, párr. 3; Reglas de Mediación del CIADI de 2022, regla 13, párr. 3; Reglas de la IBA, art. 4, párr. 6). Si las partes no han nombrado un mediador o mediadores o no pueden ponerse de acuerdo al respecto en un plazo determinado, pueden solicitar que un tercero o una institución realice el nombramiento de conformidad con una disposición supletoria (por ejemplo, el Secretario o Secretaria General del CIADI, de conformidad con las Reglas de Mediación del CIADI, regla 13, párr. 4, o el Secretario o Secretaria General de la Corte Permanente de Arbitraje, de conformidad con las Reglas de la IBA, art. 4, párr. 7).

Mediación conjunta

24. Las partes pueden considerar la posibilidad de nombrar dos mediadores (algo que se conoce como comediación): una posibilidad es que los mediadores sean nombrados *conjuntamente* por las partes; otra es que cada parte proponga un mediador. La comediación requiere que los mediadores posean habilidades que les permitan trabajar en equipo para poder facilitar entre ambos las negociaciones entre las partes. Dado que tal vez los mediadores tengan formación distinta o se especialicen en áreas diferentes, la comediación podría resultar útil para resolver controversias complejas, en casos en que intervengan múltiples partes o cuando haya que salvar diferencias entre las culturas de las partes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo podría considerar si sería necesario ampliar más el examen de las ventajas que aportaría la comediación, incluyendo los factores que deberían tenerse en cuenta cuando las partes decidieran utilizarla].

I. Papel de las partes y otros participantes en la mediación

25. Además del mediador y las partes, participan en la mediación los letrados patrocinantes de las partes, expertos y, en algunos casos, terceros que no son parte en la controversia. La finalidad es que estas personas ayuden a las partes a alcanzar una solución amistosa, aunque también intervienen cuando pueden hacer aportaciones que contribuyan a resolver la controversia.

26. *Papel de las partes.* En la mediación es necesario que las partes participen activamente, sin lo cual, no es posible avanzar. Es necesario que las partes trabajen con el mediador para explorar las cuestiones que se discuten y concebir ideas y posibles opciones para llegar a un acuerdo. Esas discusiones pueden realizarse de forma conjunta, con todas las partes presentes, o en sesiones separadas, que celebra el mediador con una de las partes.

27. *Composición de los equipos de las partes.* El tamaño y la composición del equipo de las partes suelen discutirse entre ellas y el mediador cuando se inicia la mediación. Si bien es deseable que uno de los integrantes de cada equipo esté facultado para concertar un acuerdo de transacción y esté presente durante todo el procedimiento de mediación, ello no siempre será posible (por ejemplo, cuando la parte que es un Estado necesite la aprobación o la firma de un ministerio o ministerios, o la parte del inversionista necesita esa aprobación o firma de un directorio o de un órgano de vigilancia). Es deseable que al menos uno de los integrantes del equipo mantenga una línea de comunicación clara con la persona u el organismo facultados para suscribir el acuerdo. En una etapa temprana de la mediación se solicitará a las partes que informen al mediador información quién está facultado para celebrar acuerdos y cuál es el procedimiento aplicable a la aprobación de acuerdos, si lo hubiera.

28. *Papel de los letrados patrocinantes.* En la mediación, el papel de los letrados patrocinantes difiere del papel que desempeñan en un proceso que debe dirimirse mediante una resolución emitida por una autoridad, como ocurre en el arbitraje. En un proceso contradictorio, los letrados patrocinantes suelen centrarse en los argumentos jurídicos y las pruebas orientadas a demostrar si se han cumplido ciertas obligaciones jurídicas en el pasado con el objetivo de persuadir a un tribunal facultado a dictar una resolución vinculante. En cambio, en una mediación, deberían asumir una función de colaboración que ayudara a la parte que asesoran a explorar sus intereses y objetivos y a promoverlos con miras a alcanzar una solución orientada al futuro. Entre las tareas de los letrados patrocinantes figuran instruir a la parte que asesoran sobre la mediación y los reglamentos de mediación de inversiones que podrían utilizarse; realizar una evaluación realista de las fortalezas y debilidades que se presentan en el caso; asistir en la redacción de declaraciones escritas, y determinar cuáles serán los documentos que se utilizarán en la mediación, y reunirlos. Los letrados patrocinantes también participan en la discusión de cuestiones de procedimiento, la preparación de las declaraciones de apertura y la redacción pormenorizada de las cláusulas del acuerdo de transacción que se celebrara.

29. En la mayoría de los casos, el costo del patrocinio letrado en la mediación es menor que el costo de un procedimiento contradictorio, sobre todo porque la controversia se resuelve en un plazo más breve. Consiguientemente, los Estados pueden considerar la posibilidad de ofrecer incentivos económicos para que los letrados patrocinantes tengan interés en participar en la mediación.

30. *Papel de los expertos.* En una mediación, los equipos de las partes pueden estar integrados por expertos en la materia de que se trate, por ejemplo, expertos que asesoren a la parte sobre cuestiones financieras o sobre cuestiones de otro tipo que sean pertinentes para formular propuestas, o que contribuyan a la redacción detallada de las cláusulas del acuerdo. Las partes también pueden considerar la posibilidad de nombrar conjuntamente un experto independiente, que podría hacer aportaciones útiles durante la negociación de una solución mutuamente acordada. En ese caso, el tipo de participación y el alcance de la aportación que haga el experto deberán ser determinados por las partes en consulta con el mediador.

31. *Papel de las partes no contendientes.* Las aportaciones que pudieran hacer las partes no que no fueran parte en la controversia, como los Estados parte en el tratado de inversión en que se funde la controversia, podrían ser pertinentes y/o útiles para alcanzar una solución amistosa utilizando la mediación. La flexibilidad del procedimiento de mediación permite a las partes decidir si desean que participe alguna de las partes no contendientes y determinar el alcance y el marco procesal de esa participación. El alcance de esa participación será decidida por las partes, y podría variar. Se puede consultar a las partes no contendientes durante el procedimiento respecto de cuestiones específicas, se les puede pedir que proporcionen declaraciones escritas para que sean examinadas por las partes o pueden desempeñar un papel más activo en el procedimiento, si así lo acuerdan las partes y el mediador. Es posible que una inversión y las controversias relacionadas con ella afecten a determinados grupos, o que sean de interés para la sociedad civil o para otras partes interesadas. Por lo tanto, se puede tener

en cuenta a esos terceros a los efectos de decidir a quién invitar a participar en la mediación.

J. Sustanciación de la mediación de inversiones

Sinopsis

32. Una posibilidad sería que la mediación se desarrollara en las siguientes cinco etapas⁴:

- i) una etapa de “preparación”, durante la cual las partes proporcionan al mediador declaraciones iniciales por escrito con una breve descripción de las cuestiones controvertidas y las opiniones de las partes sobre ellas. El mediador discutirá con las partes los aspectos procesales de la mediación;
- ii) una etapa de “apertura”, durante la cual cada parte (o su representante) realiza una declaración de apertura;
- iii) una etapa de “exploración”, durante la cual el mediador trabaja con las partes para encontrar una base para el acuerdo y realizar un esbozo de las soluciones que serían aceptables para ambas partes;
- iv) una etapa de “negociación”, durante la cual el mediador ayuda a las partes a elaborar opciones para llegar a un acuerdo y facilita el intercambio de propuestas iniciales. A continuación, el mediador asiste a las partes a evaluar las contraofertas y a superar las situaciones de estancamiento, si las hubiera, y
- v) una etapa de “conclusión”, durante la cual las partes registran los términos detallados de su acuerdo de transacción y se aseguran de que cumpla con todos los requisitos previstos en la ley aplicable.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si debería proporcionarse más orientación sobre la ley aplicable].

Reuniones de mediación presenciales y en línea

33. Las reuniones que tengan lugar en el procedimiento de mediación pueden celebrarse en persona o en línea. Si bien muchas mediaciones se han llevado a cabo con reuniones presenciales, la utilización de la tecnología para la mediación en línea ha aumentado considerablemente en los últimos años. Mientras que las reuniones que se celebran en persona permiten que haya una interacción directa entre las partes, las reuniones en línea ahorran tiempo y dinero y no requieren que los participantes se desplacen. Por lo tanto, las reuniones en línea podrían ser útiles para programar partes de las reuniones de mediación o la totalidad del procedimiento. Al iniciarse la mediación, las partes y el mediador deberían discutir si las reuniones se celebrarán en persona o en línea.

K. Principios generales: prohibición de invocar lo actuado en la mediación en un proceso ulterior, confidencialidad y deber de revelar información

Principio por el que se prohíbe invocar lo actuado en la mediación en un proceso ulterior - utilización de la información en otros procedimientos

34. Para que la mediación tenga éxito, las partes deben poder entablar libremente negociaciones sin preocuparse por que la información que se intercambie durante la mediación sea utilizada por la otra parte en otro procedimiento como prueba o de algún otro modo. Con esa finalidad, las partes suelen acordar que se aplicará el principio según el cual la información que se intercambie durante la mediación no podrá utilizarse en

⁴ Véase CEDR, “Seminar on Investment Mediation for Government Officials: The Conduct of Mediation” en <https://slideplayer.com/slide/13240515/>.

detrimento de la posición futura de las partes, es decir, que una parte no podrá fundar su posición en ningún documento, declaración, admisión de hechos u oferta de acuerdo realizada por una de las partes, ni en ninguna de las observaciones del mediador, en ningún otro procedimiento. Este criterio ha sido adoptado en los reglamentos de mediación ya citados (Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7; y Reglas de Mediación del CIADI de 2022, regla 11), así como en varios acuerdos de inversión recientes⁵.

Confidencialidad, límites de la confidencialidad y obligación proactiva de revelar información

35. La confidencialidad es fundamental para que las partes discutan con franqueza sus diferencias sin que ello tenga ninguna consecuencia negativa posterior. Por lo tanto, en general en una mediación toda la información relativa a la mediación será confidencial para todos los que participen en el procedimiento, excepto cuando la ley imponga la obligación de revelarla (o cuando sea necesario divulgarla para aplicar el acuerdo). Los límites de ese deber de confidencialidad y la obligación proactiva de revelar determinada información pueden establecerse en distintos instrumentos jurídicos, entre ellos el marco jurídico nacional aplicable a la mediación y sus participantes, por ejemplo, la normativa nacional aplicable a los letrados patrocinantes o mediadores (la obligación de revelar información puede encontrarse establecida, por ejemplo, en las leyes nacionales aplicables a las alianzas público-privadas⁶, en la normativa aplicable a la gestión de las finanzas públicas, en las leyes sobre la transparencia en el presupuesto, o en las leyes sobre la libertad de información).

36. Las partes a quienes preocupara la confidencialidad de la mediación, incluida la información que se compartiera durante el procedimiento y en el acuerdo de transacción, pueden acordar esas cuestiones, entre otras cosas, fundándose en los reglamentos sobre mediación de inversiones o las disposiciones contenidas en ellos. Entre los aspectos que las partes tal vez quieran regular figuran los siguientes: i) si será confidencial el hecho de que se ha celebrado una mediación, ii) si la información relativa a la mediación u obtenida durante esta será confidencial, y iii) si los acuerdos pactados serán confidenciales y en qué medida (véase en ese contexto el art. 10, párr. 3, de las Reglas de la IBA, que limita el deber de confidencialidad al hecho de que se ha iniciado una mediación y que esta ha sido concluida o interrumpida).

L. Acuerdo de transacción

37. En general, las partes cumplen voluntariamente las obligaciones establecidas en el acuerdo de transacción y, por lo tanto, no es necesario exigir ese cumplimiento. No obstante, las partes deberían contemplar todos los requisitos relacionados con la forma (en particular, los requisitos de idioma), el contenido, la comunicación, el registro o la entrega del acuerdo de transacción previstos en la ley de mediación aplicable, y la ley pertinente del lugar o lugares de ejecución, así como el reglamento de mediación aplicable. Por ejemplo, la Convención de Singapur y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Ley Modelo sobre Mediación”) incluyen ciertos requisitos que deben cumplirse. Por lo tanto, las partes deberían tomar en consideración estos requisitos a la hora de redactar los acuerdos de transacción. Los Estados que son parte en la Convención de Singapur y los Estados que han promulgado legislación

⁵ Por ejemplo, el art. 25, párr. 1, del TBI entre la Argentina y el Japón (2018), y el art. 9.18, párr. 3, del TIPAT (2018); véase también el art. 8.20, párr. 2, del CETA (2017).

⁶ El “Marco para la divulgación de información en las alianzas público-privadas” del Banco Mundial constituye un ejemplo de los objetivos y el alcance que pueden tener esos regímenes sobre el deber de revelar información. Véase, por ejemplo, Grupo Banco Mundial, CoST y PPIAF, “Marco para la divulgación de información en las alianzas público-privadas: orientación técnica para la divulgación de información sistemática y proactiva antes y después de las adquisiciones” (agosto de 2015) en <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/563661454510650675-0100022016/original/PPPCSAFrameworkDisclosureSpanish.pdf>.

basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Ley Modelo sobre Mediación”), se enumeran en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas y en el sitio web de la CNUDMI⁷, respectivamente.

M. Interés público en la mediación

38. *Estado de derecho.* La participación del Estado en la mediación constituye un acto administrativo de gobierno, similar a los actos de gobierno que realizan los Estados al negociar una concesión o licencia cuando se inicia el ciclo de vida de la inversión, es decir, en el momento en que comienza la inversión. Por lo tanto, los actos que realice el Estado a lo largo de la mediación deben respetar el marco jurídico correspondiente.

39. *Revelación de información.* Es posible que exista legislación nacional sobre la información que deba revelarse, que salvaguarde el interés público e incluya la publicación de cualquier compromiso acordado o la divulgación continua del cumplimiento de ese compromiso, así como las condiciones del acuerdo que se hubieran renegociado⁸. Esa obligación de revelar información podría servir para asegurar que no se cuestionara el resultado de la mediación, y que las personas que participaran en el procedimiento estuvieran protegidas contra acusaciones de corrupción o actos de corrupción. No es inusual que las partes en la controversia acuerden un protocolo especial para proporcionar información actualizada a los medios de comunicación o al público y/o a las partes interesadas durante la mediación (véase el párr. 31 *supra*).

40. *Participación de partes que no son parte en la controversia.* La flexibilidad de la mediación y la posibilidad de que participen en el procedimiento terceros que no sean parte en la controversia (como las comunidades locales afectadas por la inversión, la controversia o cualquier acuerdo que pudiera negociarse) también permiten que el interés público se vea representado en una mediación (véase el párr. 26).

41. *Efectos en la autoridad reguladora del Estado.* A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, la celebración de una mediación de inversiones no tiene como consecuencia imponer ninguna resolución vinculante al Estado. Al contrario, el Estado desempeña un papel activo en la negociación y decide plenamente si desea aceptar un acuerdo de transacción y en qué condiciones. Por consiguiente, la celebración voluntaria de un acuerdo de transacción, cuyos términos fueron acordados por el Estado en su calidad de negociador, no afectaría a la actividad reguladora del Estado ni daría lugar ninguna forma de “parálisis normativa”.

N. Medidas para fomentar el uso de la mediación

42. Se podría considerar la posibilidad de adoptar algunas medidas adicionales en el ámbito nacional e internacional para que se reduzcan al mínimo los obstáculos que podrían desalentar el uso de la mediación y para que un Estado pudiera participar efectivamente en la mediación y utilizarla como herramienta para resolver desacuerdos, problemas, quejas o disputas relacionados con la inversión. Entre esas medidas podrían incluirse un marco nacional e internacional que habilite la mediación, así como medidas de fomento de la capacidad y medidas organizativas.

43. *Marco jurídico nacional.* La existencia de un marco jurídico claro en el derecho interno que previera la aprobación por el Estado de la mediación como herramienta de solución de controversias de inversiones permitiría que el Estado participara en ese procedimiento y aliviaría las inquietudes que han expresado los funcionarios de

⁷ Los Estados que son parte en la Convención de Singapur figuran en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en. Además, los Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Ley Modelo sobre Mediación”) figuran en la siguiente página: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

⁸ *Ibid.*

gobierno acerca de su participación en negociaciones facilitadas. En ese marco jurídico no solo se contemplaría la posibilidad de que un Estado u organismo estatal participara en una mediación, sino que se aclararía la cadena de mando, la representación del Estado en los procesos oficiales u oficiosos de solución de controversias, y otras cuestiones (véanse los párrs. 43 a 49)⁹.

44. *Marco jurídico internacional.* Los Estados podrían también fundar la mediación en sus acuerdos internacionales de inversión, habilitándola en cualquier momento del ciclo de vida de la inversión.

45. Aunque la tasa de cumplimiento de los acuerdos resultantes de una mediación es elevada, la existencia de un marco de ejecución puede ser, sin embargo, un elemento que deba tenerse en cuenta a la hora de considerar cuáles serían los mecanismos de solución de controversias que sería adecuado utilizar. El elemento central del marco de aplicación de la mediación es la Convención de Singapur. La Convención de Singapur posibilita, en general, que las partes ejecuten directamente los acuerdos de transacción que son el resultado de una mediación¹⁰. Hacerse parte en la Convención de Singapur mostrará la voluntad del Estado de participar en mediaciones. La adopción universal de la Convención de Singapur aseguraría la ejecución de los acuerdos de transacción, lo que beneficiaría a inversionistas y Estados.

46. *Inicio de la mediación como requisito previo para la utilización de otros medios de solución de controversias.* Los Estados podrían considerar si sería útil establecer la obligatoriedad del recurso a la mediación en sus tratados de inversión, sus contratos de inversión o su legislación interna (véase A/CN.9/WG.III/WP.217, párrs. 23 a 30). Cuando la mediación es obligatoria, las partes están obligadas a participar en el procedimiento de mediación. Sin embargo, las partes suelen tener el derecho de abandonar el procedimiento en cualquier etapa, a menos que estén obligadas a seguir participando en la mediación durante un tiempo determinado, o hasta una etapa determinada del procedimiento (véase el art. 9, párr. 4, de las Reglas de la IBA, en que se establece que las partes tienen la obligación de participar en la conferencia de gestión de la mediación). Adoptar ese criterio permitiría apreciar todas las ventajas que presenta la mediación. Las investigaciones sugieren que la mediación a las que las partes se someten voluntariamente en el plano interno ha tenido poca aceptación en algunos Estados, mientras que la proporción de mediaciones obligatorias que resultan en un acuerdo ha aumentado considerablemente¹¹.

47. *Aumento de la concienciación y formación.* Concienciar acerca de los beneficios que conlleva la mediación y fomentar la capacidad puede alentar aún más a que se utilice la mediación como medio de solución de controversias relativas a inversiones. Debería ofrecerse periódicamente formación para funcionarios de gobierno, así como para mediadores y otros grupos pertinentes, para que se comprenda mejor lo que significa e implica la mediación, a fin de que esta pueda utilizarse como una herramienta eficaz para la gestión de las controversias relativas a inversiones.

⁹ La Secretaría de la Carta de la Energía ha llevado a cabo una investigación para comparar ejemplos de marcos jurídicos nacionales claros, que se han plasmado en el Instrumento Modelo sobre Gestión de Disputas de Inversión. Véase, Secretaría de la Carta de la Energía, “Model Instrument on Management of Investment Disputes” (2018) en https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf.

¹⁰ Las partes en la controversia podrían tomar nota de si las jurisdicciones pertinentes han formulado una declaración de conformidad con el art. 8, párr. 1 a), de la Convención de Singapur, según el cual toda Parte en la Convención podrá declarar que no aplicará la Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte.

¹¹ N.A. Walsh y A. Kupfer Schneider, “The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration” (2013) 18 Harv. Negot. L. Rev. 71, 122. Véase también Anna Howard, *EU Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputants – Changing the Frame: Framing the Changes*, pág. 28 (2021).

48. *Líneas de comunicación claras.* Las controversias relativas a inversiones afectan a una amplia gama de actividades económicas¹² y podrían involucrar a organismos y dependencias en los planos municipal, estatal o federal de todos los poderes del Estado en relación con una variedad de instrumentos jurídicos, como los contratos de inversión, las leyes de inversión y los tratados bilaterales y multilaterales. Habida cuenta de la multitud de circunstancias, sectores económicos, organismos e instrumentos jurídicos de que podría tratarse, deberían establecerse estructuras orgánicas y líneas de comunicación claras en el Gobierno que ayudaran al Estado a utilizar y participar eficazmente en mediaciones. La reunión y el intercambio de información, la creación de una o varias dependencias especializadas que estuvieran encargadas de la gestión de las controversias relativas a inversiones y de fomentar la capacidad en el Gobierno serían de utilidad para asistir a los Estados en la solución de controversias relativas a inversiones¹³.

49. *Reunión de información y evaluación del proceso de solución de controversias.* La reunión de información acerca de los hechos, las partes interesadas, los problemas, las circunstancias económicas y los intereses del Estado y el análisis de todo ello resulta útil para comprender cabalmente las cuestiones controvertidas y permitir al Estado parte evaluar los mecanismos de solución de controversias más adecuados para resolver una controversia determinada —entre ellos, la mediación— y adoptar una decisión fundada al respecto. Los Estados aprovechan el intercambio eficaz de información interna utilizando mecanismos de alerta temprana o de alguna otra manera para que las personas o los organismos competentes tomen conocimiento de los problemas que se han presentado con los inversionistas tan pronto como surjan¹⁴.

50. *Establecimiento de un organismo u organismos para la gestión de controversias.* Los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer uno o varios organismos para supervisar la gestión de las controversias relativas a inversiones¹⁵. Ese organismo o esos organismos también podrían ser los principales encargados de reunir información y evaluar cuál de los mecanismos de solución de controversias sería más adecuado utilizar en las circunstancias del caso y representaría al Estado a lo largo del proceso de solución de controversias (tanto en los procesos oficiales como en los oficiosos, como las negociaciones, la mediación y el arbitraje).

51. Es probable que la estructura que se elija difiera de un Estado a otro, según cuál sea la estructura organizacional y administrativa de cada Estado y otros requisitos jurídicos¹⁶. El organismo responsable puede estructurarse como un organismo autónomo, una dependencia dentro de un departamento o ministerio existente, una comisión interministerial o una entidad totalmente diferente.

52. El organismo debería desempeñar las siguientes funciones:

- a) servir de punto de contacto para los inversionistas o entidades estatales cuando surjan desacuerdos o problemas;
- b) reunir datos para determinar en su origen qué actos del Estado podrían acarrear riesgos políticos; averiguar qué cuestiones, sectores u organismos pueden

¹² Carga de casos del CIADI - Estadísticas (2020-2), pág. 12: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20\(2020-2%20Edition\)%20SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20(2020-2%20Edition)%20SPA.pdf).

¹³ Véase la nota 10 *supra*.

¹⁴ P. Kher y D. Chun, Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI, FCI In Focus. Washington, D.C., 2020, Grupo del Banco Mundial, en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34380>, pág. 17.

¹⁵ Véase la nota 18 *supra*.

¹⁶ Como ejemplo de las distintas opciones que existirían para establecer ese organismo o esos organismos, y la función, estructura y composición que podrían tener, véase la Secretaría de la Carta de la Energía (nota 10 *supra*). Véase también, Grupo Banco Mundial y Comisión Europea, “Retention and Expansion of Foreign Direct Investment - Political Risk and Policy Responses” (The World Bank Group 2019): <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33082/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ayudar a fomentar una capacidad específica y mantener un repositorio de datos centralizado;

- c) comprender integralmente las cuestiones controvertidas;
- d) comunicarse y coordinar la labor con los organismos y ministerios que guarden relación con la controversia a efectos de reunir datos y aprovechar los conocimientos técnicos del Estado acerca de las cuestiones que sean objeto de una controversia;
- e) manejar los contactos y las comunicaciones con los inversionistas de que se trate;
- f) determinar cuáles son los mecanismos de gestión de conflictos adecuados (negociación, mediación, elevación del asunto a un organismo gubernamental de alto nivel, etc.) y, más adelante, participar en ellos;
- g) precisar el interés del Estado en relación con la inversión y el conflicto de que se trate;
- h) preparar resúmenes, dictámenes jurídicos y evaluaciones económicas pertinentes a la controversia para uso del Gobierno;
- i) dirigir las negociaciones, representar al Estado y preparar la estrategia de este a lo largo de la mediación u otros procedimientos oficiales de solución de controversias (como los procedimientos de decisión de experto, la evaluación neutral temprana, el arbitraje);
- j) unificar las declaraciones públicas que se formulen en relación con la controversia y asegurar que se cumplan con el deber de revelar información;
- k) participar en las deliberaciones orientadas a resolver la controversia (ya sea en ejercicio de facultades suficientes para celebrar un acuerdo o manteniendo una línea clara de comunicación con el órgano o los órganos que sean competentes para celebrarlo);
- l) solicitar información, asesoramiento y cooperación de todos los organismos del Estado que intervengan en la controversia o en su posible solución;
- m) aprobar fondos y contratar apoyo profesional, por ejemplo, expertos y asesoramiento externo, y
- n) diseñar y dirigir actividades orientadas al fomento de la capacidad para todos los organismos que deban cumplir obligaciones del Estado relacionadas con inversiones a fin de reducir al mínimo la posibilidad de que el Estado realice, de forma recurrente, actos que puedan dar lugar a una controversia relativa a inversiones que concierna al Estado.

53. Entre los principales factores que contribuirían a que la labor de ese organismo especializado diera buenos resultados cabe mencionar los siguientes: i) la existencia de un apoyo efectivo de las esferas más altas del Gobierno; ii) la capacidad para facilitar la reunión y el análisis sistemáticos de datos; iii) la existencia un marco legislativo claro, que sirva de apoyo; y iv) el énfasis que se ponga en el fomento de la capacidad, tanto en el organismo especializado como en otras áreas de gobierno, para concienciar sobre el correcto cumplimiento de las obligaciones del Estado dimanantes de los acuerdos de inversión u otros instrumentos aplicables.

54. El marco institucional orientado a la gestión eficaz de las controversias contribuiría a seguir fomentando el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 de las Naciones Unidas, a saber: “[p]romover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”.