Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.227

Asamblea General

Distr. limitada
17 de enero de 2023
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados)
45º período de sesiones
Nueva York, 27 a 31 de marzo de 2023

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

Proyecto de directrices sobre la mediación de inversiones

Nota de la Secretaría

Índice

Página

Introducción 2
Anexo: Proyecto de directrices sobre la mediación de inversiones 3
A. Finalidad 3
B. Disponibilidad de la mediación para resolver controversias relativas a inversiones 3
C. Adecuación de la mediación para resolver controversias relativas a inversiones 3
D. Consentimiento para someter la controversia a mediación 4
E. Momento de inicio y duración de la mediación 4
F. Reglamentos de mediación 5
G. Papel de las instituciones 5
H. Papel, cualificación y nombramiento del mediador 6
I. Papel de las partes y otros participantes en la mediación 8
J. Sustanciación de la mediación de inversiones 9
K. Tratamiento de la información intercambiada: principio “sin perjuicio”, confidencialidad y deber de revelar información 10
L. Acuerdo de transacción 11
M. Fomento del uso de la mediación 12

V.23-00797 (S) 130223 130223

Se ruega reciclar

Introducción

1. En el 39º período de sesiones, celebrado en octubre de 2020, se sugirió que se prepararan directrices para alentar a las partes en las controversias y a los tribunales arbitrales a explorar la mediación 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 16 (Paz, justicia e instituciones sólidas) (A/CN.9/1044, párr. 31).

2. En el 43er período de sesiones, celebrado en septiembre de 2022, el Grupo de Trabajo examinó el documento A/CN.9/WG.III/WP.218, que contenía el proyecto de directrices sobre la mediación de inversiones (las "directrices"). En ese período de sesiones, se expresó amplio apoyo a la idea de preparar las directrices, que podrían constituir una herramienta útil a efectos educativos y de concienciación para fomentar el uso de la mediación (A/CN.9/1124, párr. 173).

3. En el anexo de la presente nota figura una versión revisada de las directrices a partir de las deliberaciones sostenidas en el 43er período de sesiones (A/CN.9/1124, párrs. 173 a 200). Tal como solicitó el Grupo de Trabajo, las directrices se centran fundamentalmente en las necesidades y las limitaciones de los Estados en relación con el uso de la mediación (A/CN.9/1124, párr. 199). También se han preparado las directrices como documento autónomo, independiente del proyecto de disposiciones sobre mediación que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.226 (A/CN.9/1124, párr. 173).

4. Tras examinar el anexo, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cómo se han de presentar las directrices, así como el título. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de presentar las directrices con el título "Notas de la CNUDMI sobre la mediación de inversiones", estableciendo un vínculo con las *Notas de la CNUDMI sobre la mediación* (2021), un texto explicativo sobre la organización del procedimiento de mediación en términos generales en que se expone una lista anotada de cuestiones que pueden suscitarse en la mediación.

Anexo

Proyecto de directrices sobre la mediación de inversiones

A. Finalidad

1. La finalidad de las directrices sobre la mediación de inversiones (en adelante, las "directrices") es explicar cómo puede utilizarse la mediación para resolver controversias relativas a inversiones. Las directrices no tienen por finalidad promover ninguna práctica en particular, sino más bien enumerar y describir brevemente las cuestiones que deberían tenerse en cuenta al sustanciarse una mediación de inversiones. Dada la naturaleza flexible de la mediación, pueden variar los estilos procesales, las prácticas y los métodos que lleven a las partes a dirimir una controversia. Las directrices pretenden ayudar a los Estados a entender los distintos aspectos de la mediación de inversiones, los matices del proceso y los posibles beneficios. Las directrices no son vinculantes para las partes y tienen un carácter puramente explicativo.

B. Disponibilidad de la mediación para resolver controversias relativas a inversiones

2. La mediación es un proceso flexible y no formalista en el que un tercero (el "mediador") ayuda a las partes a negociar una solución amistosa de las cuestiones en litigio. Constituye una herramienta eficaz para resolver las controversias sobre inversiones, ya que el mediador estructura y facilita el diálogo entre los inversionistas y los funcionarios públicos. La mediación permite a las partes ejercer control sobre el proceso, llegar a un resultado adaptado a sus necesidades y preservar su relación. Además, la intervención de un mediador ofrece las salvaguardias necesarias para que se respeten las garantías procesales, lo cual es importante por cuanto el resultado que arrojen las negociaciones puede ser objeto de fiscalización o impugnación por parte de la ciudadanía. Al ser una forma de negociación asistida o facilitada, la mediación puede resultar útil cuando se considere que las negociaciones entre las partes son la vía más idónea de dirimir una controversia.

C. Adecuación de la mediación para resolver controversias relativas a inversiones

3. A la hora de considerar si la mediación es adecuada para dirimir cualquier cuestión o conflicto que surja a raíz de una inversión, deberían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) la conveniencia de mantener la relación entre las partes, también en vista de la conservación de las inversiones actuales y de la posibilidad de atraer inversiones futuras;

b) la voluntad de las partes de entablar un diálogo o una negociación y comprender las posiciones de la otra parte;

c) el número de partes implicadas, incluidas aquellas que tal vez tengan intereses diferentes;

d) la conveniencia de resolver una controversia ahorrando tiempo y costos;

e) el carácter de la controversia y el perjuicio en que esta se base (A/CN.9/1124, párr. 174);

f) la complejidad de las cuestiones objeto de controversia y la urgencia de abordarlas;

g) la utilidad de que las partes simplifiquen las cuestiones controvertidas;

h) la conveniencia de que intervenga un tercero;

i) la conveniencia de que las partes tengan control sobre el proceso de resolución y el resultado;

j) la conveniencia de buscar soluciones creativas adaptadas al caso concreto, y

k) las consecuencias presupuestarias y financieras de dar cumplimiento al acuerdo de transacción que se concierte.

4. Si bien la lista de verificación precedente puede asistir a las partes para que determinen si la mediación es adecuada para resolver una cuestión o una controversia, no es necesario tener en cuenta todos los aspectos. 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, antes de que una cuestión adquiera proporciones propias de una controversia, otras pueden considerar que resulta adecuada una vez iniciado el proceso arbitral o judicial o en una etapa posterior de esos procesos (por ejemplo, después de presentar declaraciones escritas o después de una audiencia).

D. Consentimiento para someter la controversia a mediación

5. La mediación es un proceso consensual basado en el acuerdo de las partes. Los Estados pueden expresar su consentimiento de someter las controversias que surjan a mediación en los tratados de inversión[1], los contratos de inversión o en su derecho interno. El consentimiento se puede expresar como parte de una cláusula de solución de controversias escalonada, según la cual, cuando surge una controversia, las partes tienen la obligación de realizar determinados actos, por ejemplo, acudir a la mediación antes de iniciar un proceso arbitral.

6. No es necesario expresar el consentimiento para someter la controversia a mediación antes de que surja. Una parte que desee someter la controversia a mediación puede hacer llegar a la otra parte una invitación a entablar una mediación, que podrá acompañarse de una exposición general del asunto controvertido, una copia de los documentos de los cuales resulte la controversia y la indicación del posible fundamento de la mediación, el reglamento que se aplicaría y el plazo para aceptar la invitación.

7. Puede haber casos en que las partes tengan la obligación de participar en la mediación antes de iniciar un proceso arbitral o judicial. Sin embargo, al tratarse de un proceso consensual, las partes suelen tener libertad para abandonar el procedimiento de mediación en cualquier momento. En algunos reglamentos de mediación y tratados se dispone que, una vez iniciada la mediación, debería mantenerse durante un período determinado o hasta que se alcance un etapa determinada del proceso (A/CN.9/1124, párr. 177)[2].

E. Momento de inicio y duración de la mediación

8. El hecho de que la mediación sea o no adecuada puede variar en función de las circunstancias, pero es una vía disponible en cualquier momento: en la etapa en que existe un mero perjuicio, antes de que cristalice la controversia, antes de que se inicie otro procedimiento de solución de controversias, en el transcurso de ese otro procedimiento o con posterioridad a este (por ejemplo, en relación con el cumplimiento de un laudo arbitral). Por tanto, puede utilizarse como un instrumento a lo largo del ciclo de vida de una inversión siempre que se planteen dificultades o conflictos. Los tratados y contratos de inversión pueden especificar un período durante el cual se anima a las partes a llegar a una solución amistosa (denominado período “de espera”). En

[1] Véase un análisis de la práctica convencional en el documento A/CN.9/WG.III/WP.217, párrs. 6 a 10.

[2] Por ejemplo, en el art. 9, párr. 4, de las Reglas sobre Mediación entre Inversionistas y Estados de la International Bar Association de 2012 (Reglas de la IBA) se exige que las partes participen en la conferencia de gestión de la mediación.

determinados supuestos, el transcurso del período de espera puede ser una condición previa para iniciar un proceso arbitral.

9. Si la mediación tiene lugar en el momento en que se produce un perjuicio, es posible que la controversia no se haya materializado. La mediación puede resolver algunas de las cuestiones subyacentes, lo cual podría contribuir a desinflar la controversia o a limitarla. En general, es más fácil encontrar soluciones creativas que sean aceptables para ambas partes si la mediación tiene lugar antes de que las partes hayan adoptado posturas contenciosas.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: la versión anterior del proyecto de directrices contenía un cuadro en que se indicaban los momentos en que estaría disponible la mediación. Sin embargo, resultaría demasiado complicado elaborar un cuadro de esa índole de modo tal que reflejara las distintas situaciones y consideraciones de las partes. Por ello, se ha suprimido el cuadro (A/CN.9/1124, párr. 176).*]

10. Cuando las partes convengan en someter la controversia a mediación, tal vez deseen fijar un período durante el cual participarán en la mediación. Ese período no debería ser demasiado breve, sino que debería ser suficiente para sustanciar la mediación de manera eficiente y simplificada (por ejemplo, seis meses).

F. Reglamentos de mediación

11. Cuando las partes expresan su consentimiento para someter la controversia a mediación o convienen en hacerlo, también pueden acordar un reglamento que regirá el procedimiento de mediación. Las Reglas de Mediación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones de 2022 (Reglas de Mediación del CIADI)[3] y las Reglas de la IBA son ejemplos de reglamentos adaptados a las controversias relativas a inversiones. Las partes también podrían remitirse al Reglamento de Mediación de la CNUDMI, de carácter genérico, aprobado en 2021[4] o a cualquier otro reglamento de mediación compatible con las normas internacionales (A/CN.9/1124, párr. 179). Podría hacerse referencia a ese reglamento en el consentimiento de las partes para someter la controversia a mediación (véanse los párrs. 5 y 6 *supra*). El reglamento establecería el marco de la mediación, lo que podría prevenir que hubiera lagunas procesales y, al mismo tiempo, dar flexibilidad a las partes para que adaptasen el procedimiento a sus necesidades. Sin embargo, en los supuestos en que ese reglamento o el acuerdo de las partes fuera incompatible con las disposiciones de la ley aplicable a la mediación cuya aplicación las partes no pudieran excluir, prevalecerían las disposiciones de la ley aplicable (A/CN.9/1124, párr. 179)[5].

G. Papel de las instituciones

12. Al ser una forma de negociación facilitada, la mediación puede llevarse a cabo con o sin el apoyo administrativo de instituciones, que se establecen con el fin de resolver controversias relativas a inversiones o ayudar a los Estados a gestionar esas controversias.

13. El apoyo ofrecido por las instituciones incluye, entre otros, los elementos siguientes: i) orientación respecto de los aspectos procesales; ii) asistencia para comunicarse con la otra parte, incluida la transmisión de la oferta para someter la controversia a mediación; iii) identificación de una lista de mediadores y asistencia para seleccionar y nombrar al mediador (A/CN.9/1124, párr. 180); iv) asistencia en los aspectos logísticos de la mediación, como la organización de reuniones presenciales y

[3] Disponible en la dirección siguiente: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation_SPA.pdf.

[4] Texto disponible en la dirección https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_rules.pdf.

[5] Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 1, párr. 5; las Reglas de Mediación del CIADI, art. 3, párr. 3, y Reglas de la IBA, art. 1, párr. 3.

a distancia, así como la protección de datos y las medidas de ciberseguridad; v) servicios relativos a los aspectos financieros de la 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), y vi) la emisión de una certificación que confirme que la mediación tuvo lugar [6]. Esas instituciones también pueden concienciar sobre la disponibilidad de la mediación, facilitar información general y llevar a cabo actividades de creación de capacidad para las partes interesadas y los posibles mediadores (A/CN.9/1124, párr. 180).

H. Papel, cualificación y nombramiento del mediador

1. El papel del mediador

14. 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 decide cómo deberá dirimirse la controversia, sino que apoya a las partes para que resuelvan las cuestiones por sí mismas por medio de una negociación. El mediador crea un entorno neutral para que las partes discutan, superen las situaciones de estancamiento y lleguen a una solución.

15. El mediador debería abstenerse en general de adoptar decisiones o sugerir una solución para zanjar la controversia. Tampoco debería emitir juicios sobre la conducta anterior de las partes que llevó a la controversia ni ofrecer asesoramiento jurídico a las partes. Sin embargo, puede ayudar a las partes a evaluar las fortalezas y debilidades de sus argumentos, ponderando con realismo la situación y utilizando técnicas de evaluación de riesgos.

2. Cualificaciones y otros requisitos para ser mediador

16. Habida cuenta del papel descrito, el mediador debería ser un profesional experimentado con competencia reconocida en la sustanciación de mediaciones. Debería tener experiencia en el uso de diversos medios de comunicación y diferentes estilos de negociación y ser capaz de utilizar herramientas para asistir a las partes en la elaboración de soluciones aceptables para ambas. Debería tener en cuenta las necesidades, intereses, preocupaciones, limitaciones y motivaciones de todas las partes.

17. *Competencia*. El mediador debería poseer, entre otras, las siguientes experiencias y competencias (A/CN.9/1124, párrs. 181 y 183)[7]:

a) experiencia práctica como mediador y capacidad de conducir la mediación con eficacia;

b) formación en mediación, lo que incluye cualquier acreditación que tenga;

c) experiencia práctica por haber trabajado en Gobiernos u organismos públicos o con ellos;

d) experiencia práctica en distintas formas de solución de controversias en que fueran partes Gobiernos u organismos públicos;

e) conocimientos especializados en el ámbito del derecho de las inversiones o en el sector correspondiente (véase el párr. 20 *infra*);

[6] Esa certificación puede ayudar a las partes en la ejecución de un acuerdo de transacción conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Convención de Singapur”) o el cumplimiento de otros requisitos que se establecen en los tratados de inversión (por ejemplo, podría utilizarse como prueba de que tuvo lugar la mediación a fin de iniciar un proceso arbitral).

[7] Véase una lista de competencias, por ejemplo, en el apéndice B de las Reglas de la IBA, en la guía sobre la mediación de inversiones de la secretaría de la Carta de la Energía (2016) y en los criterios de competencias para los mediadores entre inversionistas y Estados del International Mediation Institute (2016).

f) comprensión del contexto y marco de las controversias relativas a inversiones, lo que incluye consideraciones de tipo económico, jurídico, social y cultural, y

g) conocimiento de uno o más idiomas para comunicarse de manera eficaz con las partes y comprender las cuestiones objeto de controversia.

18. *Imparcialidad e independencia*. El mediador deberá ser imparcial e independiente, puesto que tanto el procedimiento de mediación como el resultado pueden ser objeto de fiscalización pública[8]. Por tanto, el mediador debería revelar información pertinente para que las partes puedan tener conocimiento de la existencia de cualquier conflicto de intereses[9].

19. *Nacionalidad*. La nacionalidad del mediador también podría ser un factor que tener en cuenta. Por ejemplo, sería aconsejable seleccionar un mediador que no tuviera la nacionalidad de las partes para evitar toda percepción de sesgo. Sin embargo, cuando una parte siente la necesidad de que el mediador esté familiarizado con su idioma, costumbres y cultura, se puede nombrar un mediador de la misma nacionalidad, incluso como comediador (véase el párr. 22 *infra*).

20. Si bien los conocimientos especializados en la materia o el conocimiento del derecho de las inversiones pueden resultar beneficiosos a la hora de explorar las fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes, esos conocimientos jurídicos tal vez no sean las competencias fundamentales en la mediación de inversiones teniendo presente que la principal tarea del mediador consiste en facilitar la negociación entre las partes. En el supuesto de que fuera necesario el dictamen jurídico en la mediación, se podría nombrar un jurista para que asistiera al mediador y los representantes legales de las partes podrían proporcionar a sus clientes una evaluación jurídica de la controversia o de las soluciones propuestas (véase el párr. 26 *infra*).

3. Nombramiento del mediador

21. Las partes suelen nombrar al mediador[10]. Pueden convenir en un mediador o en un procedimiento para su nombramiento, lo cual puede implicar a un tercero o a una institución[11]. Con arreglo a determinados reglamentos, si las partes no han nombrado un mediador o no pueden ponerse de acuerdo al respecto en un plazo determinado, pueden solicitar que un tercero o una institución realice el nombramiento[12].

Número de mediadores y comediación

22. Las partes tienen libertad para acordar el número de mediadores y tal vez deseen estudiar la posibilidad de nombrar dos mediadores (lo que se denomina “comediación”). Ambos mediadores pueden ser nombrados conjuntamente por las partes o cada parte puede nombrar 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 o especializaciones distintas, la comediación podría resultar útil para resolver controversias complejas, en los casos en que intervengan múltiples partes o en los casos en que haya que salvar diferencias entre las culturas de las partes.

23. Al considerar a posibles mediadores, especialmente comediadores, las partes deberían tratar de tener en cuenta la diversidad geográfica y el equilibrio de género[13],

[8] Véanse las Reglas de Mediación del CIADI, art. 12, párr. 1, y las Reglas de la IBA, art. 3.

[9] Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 6; las Reglas de Mediación del CIADI, art. 14, párr. 3 b), y las Reglas de la IBA, art. 3, párrs. 3 y 4.

[10] Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 2; Reglas de Mediación del CIADI, art. 13, párr. 1, y Reglas de la IBA, art. 4, párr. 5.

[11] Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 3; Reglas de Mediación del CIADI, art. 13, párr. 3, y Reglas de la IBA, art. 4, párr. 6.

[12] Por ejemplo, el Secretario General del CIADI de conformidad con las Reglas de Mediación del CIADI, art. 13, párr. 4, y el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de conformidad con las Reglas de la IBA, art. 4, párr. 7.

[13] Véase el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 5.

elementos que podrían facilitar las negociaciones entre las partes y prevenir o eliminar la percepción de sesgo (A/CN.9/1124, párr. 182).

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

24. La mediación exige la participación activa de las partes, sin la cual el procedimiento no puede avanzar. Es necesario que las partes trabajen juntas y con el mediador para explorar las cuestiones que se discuten y concebir posibles soluciones. Esas discusiones pueden realizarse de forma conjunta, con todas las partes presentes, o en reuniones separadas, que celebra el mediador con una de las partes. 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.

25. *Composición de los equipos de las partes*. Cada parte debe determinar el tamaño y la composición del equipo que participará en el procedimiento de mediación. Convendría que las partes analizaran esos aspectos con el mediador al inicio del procedimiento. También sería importante incluir un miembro facultado para concertar un acuerdo de transacción que estuviera presente a lo largo del procedimiento. Sin embargo, quizás ello no siempre sea posible si, por ejemplo, el Estado necesita la aprobación o la firma de un ministerio, de varios ministerios o del consejo de ministros o si el inversionista necesita esa aprobación o firma de una junta directiva o de un órgano de vigilancia. En cualquier caso, es deseable incluir un miembro que mantenga una línea de comunicación clara con la persona u el organismo facultados para suscribir el acuerdo. Debería informarse al mediador y las demás partes sobre la facultad para concertar acuerdos de transacción y los procesos de aprobación o firma aplicables en una etapa inicial del procedimiento de mediación.

26. *Papel de los representantes legales*. El papel de los representantes legales en la mediación difiere del papel que tienen en los procesos contenciosos. Por ejemplo, en el arbitraje, los representantes legales suelen centrarse en exponer relatos fácticos y argumentos jurídicos con el objetivo de persuadir al tribunal arbitral para que dicte un laudo favorable a sus clientes. En cambio, en la mediación, los representantes legales adoptan un enfoque de colaboración al ayudar a sus respectivos clientes a determinar sus intereses y objetivos y a explorar soluciones orientadas hacia el futuro (A/CN.9/1124, párr. 185). En ese sentido, los representantes legales orientan a las partes a lo largo del procedimiento. Los representantes legales también pueden prestar asesoramiento jurídico (por ejemplo, informando a las partes de la posibilidad de la mediación y los reglamentos de mediación disponibles), prestar asistencia realizando una evaluación realista de las fortalezas y debilidades que se presentan en el caso y ayudar a las partes a redactar declaraciones escritas, así como determinar cuáles serán los documentos que se utilizarán en la mediación y reunirlos. Los representantes legales también pueden participar en la discusión de cuestiones de procedimiento, la preparación de las declaraciones de apertura y la redacción de las cláusulas del acuerdo de transacción que se concierte.

27. También pueden participar en el procedimiento de mediación expertos y partes que no sean litigantes. Su participación puede resultar beneficiosa para las partes y puede ayudarlas a alcanzar una solución amistosa.

28. *Papel de los expertos*. Los equipos de las partes pueden incluir expertos en una materia que asesoren a las partes, por ejemplo, en cuestiones financieras pertinentes para preparar ofertas o redactar las cláusulas de un acuerdo de transacción. Las partes también pueden considerar la posibilidad de nombrar conjuntamente un experto, que podría hacer aportaciones útiles durante la negociación de una solución aceptable para ambas partes. El tipo de participación y el alcance de la aportación que haga el experto serán determinados normalmente por las partes en consulta con el mediador.

29. *Papel de las partes que no son litigantes*. La flexibilidad de la mediación permite la participación en el procedimiento de partes que no sean litigantes, una vía para tener en cuenta el interés público en las controversias relativas a inversiones que puede

contribuir a alcanzar una solución amistosa (A/CN.9/1124, párr. 191). Las partes que no sean litigantes pueden ser, entre otros, Estados partes en el tratado de inversión en cuyo marco se plantea la controversia que no son partes en ella; comunidades locales afectadas por la inversión, la controversia o la solución que se haya negociado; la sociedad civil en su conjunto, o cualquier otra parte interesada. El alcance y el marco procesal de la participación de las partes que no sean litigantes deberían ser determinados por las partes. Durante el procedimiento se pueden consultar cuestiones específicas a las partes que no sean litigantes, a las cuales también se puede pedir que presenten declaraciones escritas para someterlas a la consideración de las partes.

J. Sustanciación de la mediación de inversiones

Diferentes etapas

30. La mediación puede constar de diferentes etapas en función de las cuestiones objeto de controversia[14].

Etapas				
	Diálogo facilitado			
Preparación/consulta inicial	*Apertura*	*Exploración*	*Elaboración de opciones*	*Conclusión acuerdo/terminación*
Las partes proporcionan al mediador declaraciones iniciales por escrito con una breve descripción de las cuestiones controvertidas y sus opiniones al respecto. El mediador discutirá con las partes los aspectos procesales. En esta etapa, se discute el procedimiento que se seguirá, así como el enfoque y el estilo del mediador.	Cada parte (o su representante) realiza una declaración de apertura.	El mediador trabaja con las partes para encontrar una base para el acuerdo y realizar un esbozo de la solución que sería aceptable para ambas partes.	El mediador ayuda a las partes a elaborar opciones para llegar a un acuerdo.	Las partes registran los términos de su acuerdo de transacción y se aseguran de que cumpla con los requisitos previstos en la ley aplicable. Si fracasa la mediación, debería darse por concluida, lo cual debería quedar registrado con claridad por cuanto podría constituir el fundamento de procedimientos ulteriores o tener repercusiones en los plazos de prescripción.

Mediación presencial y en línea

31. Las reuniones mantenidas durante la mediación pueden celebrarse en formato presencial o a distancia utilizando medios electrónicos. Aunque la mediación se ha sustanciado tradicionalmente en persona, la tecnología ha permitido que en los últimos años haya aumentado notablemente el número de mediaciones en línea. Si bien las reuniones presenciales permiten una interacción directa entre las partes y el mediador, las reuniones en línea a distancia no exigen desplazamientos y pueden solventar conflictos en el calendario, lo que lleva a un proceso que ahorra tiempo y costos. Las reuniones en línea podrían servir para sustanciar el procedimiento de mediación en su totalidad o de manera parcial, mientras que la mediación presencial podría ser beneficiosa al permitir que el mediador y las partes establecieran una relación, lo que quizás facilitaría las negociaciones.

32. Sin embargo, es importante señalar que la mediación en línea puede plantear dificultades en materia de protección de datos y ciberseguridad, lo que podría afectar a la integridad del procedimiento. Tal vez sea necesario aplicar algunas medidas para

[14] Véase CIADI, “Background Paper on Investment Mediation” (julio de 2021), pág. 12, disponible en la siguiente dirección: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf.

garantizar un elevado nivel de seguridad a quienes utilicen plataformas en línea. Las partes deberían tener conocimiento de las políticas de privacidad aplicables y estudiar si las políticas de procesamiento y conservación de los datos de las plataformas están en consonancia con sus intereses. A fin de garantizar la integridad del procedimiento en línea se pueden implantar, entre otras, las siguientes salvaguardias: i) medidas para garantizar la privacidad en las actuaciones (por ejemplo, minimización de datos, cifrado y certificación digital) y ii) una cláusula contractual que prohíba a las otras partes difundir o utilizar información confidencial en audiencias contenciosas posteriores. Se pueden acordar otras medidas en arreglos de confidencialidad, por ejemplo, sobre el uso de conferencias protegidas mediante contraseñas y la prohibición de grabaciones de sonido e imagen de las negociaciones (véase el párr. 36 *infra*).

33. En cualquier caso, las partes y el mediador deberían discutir al inicio de la mediación las ventajas y los inconvenientes de la mediación presencial y en línea (A/CN.9/1124, párr. 188).

K. Tratamiento de la información intercambiada: principio “sin perjuicio”, confidencialidad y deber de revelar información

Principio “sin perjuicio”: 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 o las declaraciones que se formulen durante el procedimiento sea utilizada por la otra parte en otro procedimiento, por ejemplo como prueba. A tal fin, las partes suelen acordar que el principio “sin perjuicio” se aplicará a la información que intercambien durante la mediación y a todas las personas que hayan participado en el procedimiento de mediación[15]. La aplicación de este principio fomenta el debate al impedir que las declaraciones formuladas o la información intercambiada en un intento genuino de dirimir una controversia sean invocadas por la otra parte en otro procedimiento. Sin embargo, si la información o el documento está disponible con independencia de la mediación, esa información no dejará de ser admisible por el hecho de haber sido utilizada en la mediación[16].

Confidencialidad y transparencia

35. Es necesario mantener la confidencialidad del procedimiento de mediación y de los documentos intercambiados para poder mantener un debate abierto y franco. La obligación de confidencialidad impuesta a las partes suele empezar a regir con el inicio de la mediación. Las partes deben tener la garantía de que pueden intercambiar información confidencial y debatir las cuestiones sin temor a sufrir consecuencias negativas. Por ello, la confidencialidad es un atractivo importante y una de las fortalezas de la mediación; en otras palabras, todos los participantes en la mediación deben mantener la confidencialidad de toda la información derivada de la mediación y relacionada con ella (A/CN.9/1124, párr. 189).

36. Las partes a quienes preocupe la confidencialidad de la mediación, incluida la información intercambiada durante el procedimiento y el acuerdo de transacción, pueden acordar esas cuestiones remitiéndose a los reglamentos de mediación o las disposiciones contenidas en ellos. Los aspectos que las partes tal vez deseen regular son, entre otros, los siguientes: i) si el hecho de que se celebró la mediación ha de ser

[15] Este criterio ha sido adoptado en varios reglamentos de mediación (Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7; Reglas de Mediación del CIADI, art. 11), así como en diversos acuerdos de inversión recientes como, por ejemplo, en el art. 25, párr. 1, del tratado bilateral de inversión celebrado entre la Argentina y el Japón (2018) y en el art. 9.18, párr. 3, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) (2018); véase también el art. 8.20, párr. 2, del Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (CETA) (2016).

[16] Véase, por ejemplo, el art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “Ley Modelo sobre Mediación”) (2018).

confidencial; ii) si la información relacionada con la mediación u obtenida en el transcurso de ella ha de ser confidencial; iii) si los acuerdos de transacción han de ser confidenciales y en qué medida lo han de ser[17], y iv) en qué medida se ha de imponer la confidencialidad a las partes que no sean litigantes y los expertos que participen en la mediación.

37. También se han hecho cada vez más llamamientos a dotar de transparencia a las controversias relativas a inversiones y su resolución en vista de los intereses públicos y el posible uso de fondos públicos. Por regla general, a fin de fomentar la aceptación pública y aumentar la legitimidad de la mediación de inversiones en que interviene un Estado, debería lograrse un equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia.

Límites de la confidencialidad y obligaciones proactivas de revelar información

38. Las disposiciones o reglas aplicables a la mediación de inversiones pueden imponer limitaciones a la confidencialidad e incluir obligaciones proactivas de revelar información como vía para atender el interés público y respetar los principios de transparencia y debido proceso (por ejemplo, la revelación de información puede ser una exigencia establecida en la legislación nacional, en los acuerdos internacionales o en el reglamento de mediación). En esos casos, el compromiso contractual de confidencialidad es anulado por la obligación proactiva de revelar información. Pueden encontrarse otros ejemplos en el marco jurídico interno aplicable a la operación subyacente o la controversia (como la legislación nacional que regula las alianzas público-privadas[18], las reglamentaciones sobre la gestión de las finanzas públicas, la legislación en materia de transparencia presupuestaria o la legislación relativa a la libertad de información) y en el marco aplicable a los participantes en la mediación, incluidos los mediadores o los representantes legales.

39. Hay casos en que la legislación nacional sobre la revelación de información, que tiene por objetivo salvaguardar el interés público, obligue a la publicación de cualquier compromiso acordado o a la divulgación continua del cumplimiento de ese compromiso, así como las condiciones del acuerdo que se hubieran renegociado. También puede suceder que las partes acuerden un protocolo especial para proporcionar información actualizada a los medios de comunicación o al público y a las partes interesadas durante la mediación. A ese respecto, las partes tal vez deseen estudiar el alcance de la revelación de información en el supuesto de que la mediación infructuosa dé lugar a un procedimiento contencioso.

L. Acuerdo de transacción

40. Dado el carácter voluntario de la mediación, las partes cumplen por lo general las condiciones del acuerdo de transacción negociado. Sin embargo, las partes deberían tener presentes los requisitos relativos a la forma, el contenido, la comunicación, el registro y la entrega del acuerdo de transacción a fin de ejecutarlo en caso de incumplimiento. Por ejemplo, la Convención de Singapur y la Ley Modelo sobre Mediación incluyen esos requisitos (como la firma del acuerdo de transacción por las partes y la disposición sobre las pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación). Por lo tanto, las partes deberían esforzarse por dar cumplimiento a estos requisitos a la hora de redactar los acuerdos de transacción.

---

[17] Véanse las Reglas de la IBA, art. 10, párr. 3 b), según el cual la confidencialidad no se hace extensiva a las condiciones de un acuerdo o un acuerdo parcial.

[18] 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, Construction Sector Transparency Initiative (CoST) y Fondo de Asesoría en Infraestructura Público-Privada (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.

41. Además, las partes no deberían iniciar ni continuar 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 hayan concertado un acuerdo de transacción.

42. En la mediación, las partes tienen el control sobre el proceso y se espera que participen activamente en las negociaciones. Esto quiere decir que no se imponen a las partes ni el acuerdo de transacción ni sus condiciones hasta que estas lo pacten. En ese sentido, el procedimiento de mediación y su resultado no limitarían ni afectarían negativamente al organismo regulador de un Estado que participara en el procedimiento.

M. Fomento del uso de la mediación

43. En las secciones B a L se explica cómo puede recurrirse a la mediación para dirimir controversias relativas a inversiones. Además, puede que los Estados deseen estudiar maneras de eliminar los obstáculos al uso de la mediación a fin de facilitar aún más su utilización, de modo que tanto inversionistas como Estados puedan participar de manera eficaz en la mediación. Entre esas medidas podría incluirse la creación de un marco jurídico nacional e internacional propicio, así como la aplicación de medidas de fomento de la capacidad.

44. *Marco jurídico nacional*. La existencia de una base jurídica clara en el derecho interno que hiciera referencia a la aprobación por el Estado de la mediación como herramienta para dirimir controversias, incluidas las controversias relativas a inversiones, advertiría a los inversionistas de la posibilidad de recurrir a la mediación. Esa legislación también permitiría a los Estados y los organismos públicos participar en la mediación y, por ende, dar respuesta a posibles inquietudes de los funcionarios públicos, por ejemplo, las derivadas del miedo a ser considerados responsables a título personal o a ser acusados de corrupción. Esa legislación también podría aclarar la cadena de mando, la representación del Estado en los procesos oficiales u oficiosos de solución de controversias y otras cuestiones[19].

45. Al crear un marco jurídico que propicie la mediación, los Estados tal vez deseen estudiar la posibilidad de incorporar la Ley Modelo sobre Mediación (A/CN.9/1124, párr. 193), que establece normas uniformes respecto del procedimiento de mediación y pretende fomentar el uso de la mediación y garantizar una mayor previsibilidad y seguridad al recurrir a ella[20].

Marco jurídico internacional

46. *Convención de Singapur y Ley Modelo sobre Mediación*. Como se ha señalado (véase el párr. 41 *supra*), no se plantea la necesidad de ejecutar un acuerdo de transacción con tanta frecuencia ya que las partes suelen atenerse a las condiciones fijadas en él. Sin embargo, la disponibilidad de un mecanismo de ejecución es un elemento que debe tenerse en cuenta al elegir el mecanismo de solución de controversias más adecuado. Un Estado que incorpore la Ley Modelo sobre Mediación reconocería el carácter vinculante y la ejecutabilidad de un acuerdo de transacción (véase el art. 15 de la Ley Modelo sobre Mediación), y el acuerdo podría ser ejecutado por sus tribunales (véase el art. 18 de la Ley Modelo sobre Mediación)[21]. En lo que respecta a la ejecución

[19] 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 Controversias relativas a Inversiones. 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.

[20] Puede consultarse en la dirección siguiente: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

[21] Además, los Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo sobre Mediación figuran en la siguiente página: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.

transfronteriza de acuerdos de transacción, la Convención de Singapur permite que las partes soliciten la ejecución de los acuerdos de transacción ante los tribunales de un Estado parte en la Convención[22]. Si un Estado adquiere la condición de parte en la Convención de Singapur, pondrá de manifiesto que reconoce la mediación como mecanismo de solución de controversias adecuado y que está dispuesto a cumplir cualquier resultado al que se llegue[23].

47. *Disposiciones sobre mediación en tratados de inversión y cláusulas de mediación en contratos de inversión*. Los Estados pueden incluir disposiciones en sus tratados de inversión o cláusulas en sus contratos de inversión que habiliten la mediación antes, durante y después de un procedimiento contencioso, en otras palabras, en cualquier momento durante el ciclo de vida de una inversión. Las disposiciones y cláusulas que destacan la disponibilidad de la mediación instarían a las partes a considerar una mediación. Una alternativa sería que los Estados estudiaran la posibilidad de exigir que se iniciara una mediación para promover un diálogo constructivo temprano y se sustanciara durante un período determinado o hasta alcanzar una etapa determinada.

48. *Divulgación y capacitación*. Si se conciencia sobre la mediación como herramienta para solucionar controversias relativas a inversiones y sus posibles beneficios, se puede fomentar más su uso. En este sentido, se podría ofrecer la formación y capacitación periódicas de los funcionarios públicos, así como de los mediadores y otros grupos pertinentes a los que podría dirigirse esa labor.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: se podría incluir una lista de actividades de formación y capacitación llevadas a cabo en el plano internacional como anexo de las directrices, pero, en tal caso, sería necesario que la actualizaran los organizadores de esos eventos (A/CN.9/1124, párr. 197).*]

49. *Marco institucional para la gestión eficaz de los conflictos*. Los Estados tal vez deseen plantearse un enfoque integral para gestionar eficazmente los conflictos con los inversionistas, dentro del cual la mediación sería una herramienta importante. Ese enfoque incluiría, por ejemplo, la recopilación de información y la evaluación del proceso de solución de controversias con carácter sistemático, a fin de que el Estado pudiera tener fácilmente conocimiento de las cuestiones controvertidas[24], comprenderlas y evaluarlas cabalmente, así como elegir con fundamento el mecanismo de solución de controversias más adecuado, incluida la mediación. También podría incluir el establecimiento de líneas de comunicación claras que ayudaran a los Estados en su conjunto a participar de manera eficaz en la mediación, aclararan quién tiene facultad para celebrar un acuerdo y qué entidad u organismo se encargaría de dar cumplimiento al resultado. Es un aspecto particularmente importante, puesto que las inversiones suelen implicar a diversas entidades y organismos a nivel federal, estatal o municipal y a todos los poderes del Estado y pueden referirse a múltiples instrumentos jurídicos diferentes, como contratos de inversión, leyes en materia de inversiones y tratados bilaterales y multilaterales de inversión.

[22] 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. Las partes también deberían tomar nota de las declaraciones formuladas al amparo del art. 8, párr. 1 a), de la Convención de Singapur, según el cual una Parte podrá declarar que no aplicará la Convención de Singapur a los acuerdos de transacción en que sea parte.

[23] En el caso de los Estados preocupados por que la Convención de Singapur se aplique 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, es posible formular una reserva con arreglo al art. 8, párr. 1 a), de la Convención. Para más información, consúltese https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en.

[24] P. Kher y D. Chun, “Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI”, en la serie “Finance, Competitiveness and Innovation in Focus”, 2020, Grupo Banco Mundial, disponible en https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34380, pág. 17.

50. Los Estados tal vez deseen estudiar la estructura organizativa y el marco institucional para la gestión eficaz de los conflictos y la prevención de controversias, que deberían propiciar la mediación. La gestión eficaz de los conflictos podría contribuir a seguir fomentando el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 de las Naciones Unidas promoviendo sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitando el acceso a la justicia para todos y construyendo a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.