
Directrices de la CNUDMI sobre la Mediación de Controversias Internacionales relativas a Inversiones

A. Finalidad

1. La finalidad de las Directrices de la CNUDMI sobre la Mediación de Controversias Internacionales relativas a Inversiones (en adelante, las “Directrices”) es explicar cómo puede utilizarse la mediación para resolver ese tipo de controversias internacionales. Las Directrices no tienen por finalidad promover las mejores prácticas, sino más bien enumerar y describir brevemente las cuestiones que deberían tenerse en cuenta al llevarse a cabo la mediación de controversias internacionales relativas a inversiones. Dada la naturaleza flexible de la mediación, pueden variar los estilos procesales, las prácticas y los métodos que utilicen las partes para dirimir una controversia. Las Directrices ayudan a las partes a comprender los distintos aspectos de la mediación de controversias internacionales relativas a inversiones, los matices del proceso y los beneficios que pueden obtenerse. Las partes y el mediador pueden valerse de estas Directrices o remitirse a ellas a su criterio y en la medida que estimen conveniente, sin tener que adoptar ningún elemento de ellas en particular ni tener que aducir razones para no hacerlo. Las Directrices no imponen ninguna obligación jurídica vinculante para las partes o para el mediador y tampoco sirven para ser utilizadas como reglamento de mediación.

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

2. La mediación es un proceso flexible, 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 controversias, ya que el mediador estructura y facilita el diálogo entre las partes. La mediación permite a las partes ejercer control sobre el proceso, llegar a un resultado que se adapte 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 fiscalizado o cuestionado por 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 para dirimir una controversia. Por lo tanto, la mediación también puede constituir una herramienta eficaz para resolver las controversias internacionales relativas a inversiones.

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

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

- a) la conveniencia de mantener la relación entre las partes, teniendo en cuenta la conservación de las inversiones actuales y 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 que haya dado lugar a la disputa;
 - 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 solución de controversias y su resultado;
 - j) la conveniencia de que las partes busquen soluciones creativas adaptadas al caso concreto;
 - k) las consecuencias que tendría cumplir con cualquier acuerdo de transacción, incluidas las consecuencias políticas, económicas, sociales y financieras.

4. Si bien la lista de verificación precedente puede ayudar a las partes a determinar si la mediación es adecuada para resolver una cuestión o una controversia, tal vez no todos esos aspectos resulten pertinentes en el caso concreto. 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 las 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 para someter a mediación sus controversias en los tratados de inversión, los contratos de inversión, en su derecho interno o de cualquier otra manera. El consentimiento para someter una controversia a mediación también se puede expresar como parte de una cláusula de solución de controversias escalonada, que disponga, por ejemplo, que 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 consentimiento para someter la controversia a mediación antes de que surja la controversia. La parte que desee someter la controversia a mediación puede invitar a la otra parte a celebrar una mediación; la invitación podrá incluir una descripción de los hechos en que se funde la controversia que sean suficientes para individualizar las cuestiones que dieron origen a la controversia, y una descripción de las medidas que se hubieran adoptado anteriormente para resolverla, entre ellas, información sobre reclamaciones pendientes.

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 mediación¹ y tratados se dispone que, una vez iniciada la mediación, debe seguirse durante un período de tiempo determinado o hasta que se alcance una etapa determinada del proceso.

¹ Por ejemplo, en el art. 9, párr. 4, de las Reglas sobre Mediación entre Inversionistas y Estados de la IBA se exige que las partes participen en la conferencia de gestión de la mediación.

E. Momento de inicio y duración de la mediación

8. Si bien la conveniencia de realizar una mediación puede cambiar según cambian las circunstancias, puede recurrirse a la mediación en cualquier momento. Por lo tanto, puede utilizarse como herramienta a lo largo del ciclo de vida de una inversión siempre que se planteen dificultades o controversias. Los tratados y contratos de inversión pueden especificar un período de tiempo durante el cual se anima a las partes a llegar a una solución amistosa, incluso tal vez recurriendo a la mediación. En determinados supuestos, el transcurso de ese plazo puede ser una condición previa para iniciar un proceso arbitral.

9. La mediación puede resolver algunas de las cuestiones que dieron lugar a la controversia, algo que podría contribuir a reducir la intensidad de la controversia o a limitar esta última. En general, es más fácil encontrar soluciones que sean aceptables para todas las partes si la mediación tiene lugar antes de que las partes hayan adoptado posturas antagónicas.

10. Cuando las partes convengan en someter la controversia a mediación, tal vez deseen establecer un plazo durante el cual participarán en la mediación. Ese plazo no debería ser demasiado breve, y debería ser suficiente para que la mediación se sustancie de manera eficiente y simplificada.

F. Reglamentos de mediación

11. Cuando las partes manifiestan su consentimiento para someter la controversia a mediación o convienen en hacerlo, también deberían acordar el reglamento que regirá el procedimiento de mediación y hacer referencia a él. Las Reglas de Mediación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones de 2022 (Reglas de Mediación del CIADI)² y las Reglas sobre Mediación entre Inversionistas y Estados de la International Bar Association de 2012 (Reglas de la IBA) son ejemplos de reglamentos adaptados a controversias internacionales relativas a inversiones. Las partes también pueden remitirse al Reglamento de Mediación de la CNUDMI adoptado en 2021³, que es genérico, o a cualquier otro reglamento de mediación. El reglamento de mediación establece un marco procesal para la mediación, ayuda a las partes a evitar lagunas procesales y, al mismo tiempo, les otorga flexibilidad para adaptar 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 que rige la mediación cuya aplicación las partes no pudieran excluir, prevalecerían las disposiciones de la ley aplicable⁴.

G. Papel de las instituciones

12. La mediación, como forma de negociación facilitada, puede llevarse a cabo con el apoyo de instituciones administrativas o sin ese apoyo. El apoyo administrativo ofrecido por las instituciones incluye, entre otros, los elementos siguientes: a) orientación respecto de los aspectos procesales; b) asistencia para comunicarse con la otra parte, incluida la transmisión del ofrecimiento de someter la controversia a mediación; c) confección de una lista de mediadores y asistencia para seleccionar y nombrar al mediador; d) asistencia en relación con los aspectos logísticos de la mediación, como la organización de reuniones presenciales y a distancia, así como la protección de datos y las medidas de ciberseguridad; e) servicios financieros (por ejemplo, solicitar, retener y gestionar los anticipos efectuados por las partes para

² Pueden consultarse en <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/mediacion>.

³ Pueden consultarse en <https://uncitral.un.org/es/texts/mediation>.

⁴ Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 1, párr. 5; Reglas de Mediación del CIADI, Regla 3, párr. 3; Reglas de la IBA, art. 1, párr. 3.

sufragar el costo de la mediación, tramitar los honorarios y los gastos del mediador), y f) la emisión de una certificación que confirme que la mediación tuvo lugar⁵.

13. Estas instituciones también pueden sensibilizar sobre la posibilidad de recurrir a la mediación, proporcionar información general —por ejemplo, sobre las mejores prácticas— y llevar a cabo actividades de capacitación para las partes interesadas y los posibles mediadores.

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 la discusión entre las partes, y para que estas superen situaciones de estancamiento y lleguen a una solución.

15. El mediador debería abstenerse de adoptar decisiones y no debería emitir juicios sobre la conducta anterior de las partes que llevó a que se produjera una controversia ni ofrecer asesoramiento jurídico a las partes. Sin embargo, puede ayudar a estas a examinar las fortalezas y debilidades de sus argumentos.

2. Cualificaciones y demás requisitos para ser mediador

16. Habida cuenta del papel del mediador que se ha descrito, el mediador debería ser un profesional experimentado con competencia reconocida en la celebración 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 que fueran aceptables para ambas. Debería tener en cuenta las necesidades, intereses, preocupaciones, limitaciones y motivaciones de todas las partes.

17. *Competencia.* Al elegir un mediador, las partes deberían tener en cuenta si el mediador posee, entre otras cosas, las siguientes competencias y experiencia (véase también el párr. 22 *infra*)⁶:

- a) experiencia como mediador;
- b) capacidad para llevar a cabo la mediación con eficiencia;
- c) formación en mediación, incluida cualquier acreditación;
- d) experiencia de haber trabajado en Gobiernos u organismos del Estado o con ellos;
- e) experiencia en distintas formas de solución de controversias que involucraran a Gobiernos u organismos del Estado;
- f) conocimientos especializados en el ámbito del derecho de las inversiones o en el sector correspondiente (véase el párr. 18 *infra*);
- g) comprensión del contexto y marco de las controversias relativas a inversiones, lo que incluye aspectos de tipo económico, jurídico, social y cultural;

⁵ 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 o el cumplimiento de otros requisitos que se establecen en los tratados de inversión (por ejemplo, podría utilizarse como prueba, al iniciarse un proceso arbitral, de que se llevó a cabo una mediación).

⁶ Para consultar la lista de competencias, véanse, por ejemplo, el Apéndice B de las Reglas de la IBA; la *Guía de Mediación en materia de Inversiones* (Guide on Investment Mediation), 2016, de la Secretaría de la Carta de la Energía, y “Competency Criteria for Investor-State Mediators”, 2016, del International Mediation Institute.

h) conocimiento de uno o más idiomas para comunicarse eficazmente con las partes y comprender las cuestiones que se discutan.

18. Si bien poseer conocimientos especializados o conocimiento del derecho de las inversiones podría resultar beneficioso a la hora de explorar las fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes, esos conocimientos jurídicos tal vez no constituyan una competencia fundamental para la mediación teniendo presente que la principal tarea del mediador consiste en facilitar las negociaciones entre las partes. En el supuesto de que en la mediación fuera necesario contar con conocimientos jurídicos, 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 que se hayan propuesto (véase el párr. 27 *infra*).

19. *Independencia e imparcialidad.* El mediador debería ser independiente e imparcial⁷. Por lo tanto, debería revelar la información que permitiera a las partes conocer la existencia de cualquier conflicto de intereses⁸.

20. *Nacionalidad.* La nacionalidad del mediador también podría ser un factor que cabría tener en cuenta al seleccionar un mediador. Por ejemplo, las partes podrían considerar si el nombramiento del mediador de una nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes serviría para evitar que se diera apariencia de parcialidad. Sin embargo, las partes también podrán tener en cuenta si reportaría ventajas elegir un mediador que tuviera la misma nacionalidad de las partes; en ese caso, por ejemplo, el mediador estaría familiarizado con el idioma, las costumbres y la cultura de las partes y tal vez haría más probable que se aceptara el acuerdo de transacción resultante.

3. Nombramiento del mediador

21. El mediador suele ser designado por las partes⁹. Las partes pueden acordar el mediador o el procedimiento de designación, que puede recaer en una institución o en otra persona¹⁰. Según algunos reglamentos de mediación, si las partes no han designado un mediador o no pueden ponerse de acuerdo en un mediador en un plazo determinado, pueden solicitar a una institución o a otra persona que efectúe esa designación (véase el párr. 12 *supra*)¹¹. Dicha institución debería tener en cuenta la diversidad geográfica y de género a la hora de designarlo.

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 (lo que se denomina “comediación”). Las partes podrán nombrar conjuntamente a los dos comediadores. 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 que haya que salvar diferencias entre sus respectivas culturas.

⁷ Véanse las Reglas de Mediación del CIADI, Regla 12, párr. 1, y las Reglas de la IBA, art. 3.

⁸ Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 6; las Reglas de Mediación del CIADI, Regla 14, párr. 3 b), y las Reglas de la IBA, art. 3, párrs. 3 y 4.

⁹ Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 2; las Reglas de Mediación del CIADI, Regla 13, párr. 1, y las Reglas de la IBA, art. 4, párr. 5.

¹⁰ Véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 3; las Reglas de Mediación del CIADI, Regla 13, párr. 3, y las Reglas de la IBA, art. 4, párr. 6.

¹¹ Por ejemplo, el Secretario General del CIADI, de conformidad con las Reglas de Mediación del CIADI, Regla 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.

23. Al considerar a posibles mediadores, y especialmente al considerar a posibles comediadores, las partes deberían tratar de tener en cuenta la diversidad geográfica y el género¹², elementos que podrían facilitar las negociaciones entre las partes y aumentar la confianza en la mediación.

4. Renuncia y reemplazo del mediador

24. Es posible que haya situaciones en que el mediador desee, o necesite, renunciar, en cuyo caso debería informar a las partes de ello tan pronto como sea posible. Además, si las partes solicitaran conjuntamente la renuncia del mediador o si el mediador no estuviera en condiciones de cumplir sus obligaciones, el mediador debería renunciar a seguir interviniendo en el procedimiento. Cuando renunciara un mediador, las partes normalmente lo reemplazarían siguiendo el mismo procedimiento utilizado para efectuar el nombramiento original.

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

25. 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, celebradas entre el mediador y una de las partes. Facilitar las negociaciones realizando 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.

26. *Composición de los equipos de las partes.* Al decidir el tamaño y la composición de su equipo, las partes deberían considerar la posibilidad de incluir en él a una persona con autorización para componer la controversia que esté presente durante todo el procedimiento. Sin embargo, quizás ello no siempre sea posible si, por ejemplo, la parte que es Estado necesita la aprobación o la firma de un ministerio, de varios ministerios o del consejo de ministros o si el inversionista necesita la aprobación o firma de una junta directiva o de un órgano de vigilancia. En cualquier caso, es deseable que participe una persona que mantenga una línea de comunicación clara con la persona o el organismo facultados para concertar un acuerdo de transacción. Debería comunicarse al mediador y las demás partes, en una etapa temprana de la mediación información sobre las facultades para concertar un acuerdo de transacción que tuvieran quienes participaran en la mediación.

27. *Papel de los representantes legales.* El papel de los representantes legales en la mediación, si los hubiera, 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 la mediación, los representantes legales adoptarían un enfoque de colaboración para explorar y encontrar soluciones orientadas hacia el futuro que promuevan el interés y los objetivos de sus clientes. En ese sentido, los representantes legales orientan a las partes a lo largo del procedimiento de mediación. También pueden prestar asesoramiento jurídico (por ejemplo, informando a las partes acerca de la posibilidad de recurrir a la mediación y los reglamentos de mediación que podrían utilizarse), prestar asistencia llevando a cabo una evaluación realista de las fortalezas y debilidades del caso; ayudar a las partes a redactar exposiciones escritas, y determinar cuáles serán los documentos que se utilizarían 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.

¹² Véase el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 3, párr. 5.

Peritos y otras partes

28. Las partes tal vez deseen considerar si los peritos y otras partes podrían participar en el procedimiento de mediación y si su participación sería beneficiosa y ayudaría a las partes en la mediación a llegar a una solución amistosa.

29. *Papel de los peritos.* En los equipos de las partes pueden incluirse peritos especializados en alguna materia que asesorarían a estas últimas, por ejemplo, en cuestiones financieras, y que servirían para preparar ofertas o redactar las cláusulas de un acuerdo de transacción. Las partes también podrán considerar la posibilidad de nombrar conjuntamente un perito, que podría hacer aportaciones útiles durante la negociación de una solución que fuera aceptable para ambas partes. El tipo de participación y el alcance de la aportación que hiciera el perito serán decididos normalmente por las partes en consulta con el mediador.

30. *Papel de otras partes.* El carácter flexible de la mediación permite la participación de otras partes en el proceso. Las partes deberían considerar si la participación de terceros (incluso a través de exposiciones escritas) podría constituir una forma de tener en cuenta el interés público en las controversias internacionales sobre inversiones y ayudar a lograr una solución amistosa. Esas otras partes podrían ser, por ejemplo: a) los Estados partes en el tratado de inversión en cuyo marco se plantea la controversia que no sean partes en esa controversia; b) las comunidades locales afectadas por la inversión, la controversia o la solución que se haya negociado; c) la sociedad civil en general, y d) cualquier otra parte interesada. El alcance de esa participación y el marco procesal en que se produzca deberían ser decididos por las partes en consulta con el mediador.

J. Conducción de la mediación de controversias internacionales relativas a inversiones

Diferentes etapas

31. La mediación puede constar de distintas etapas, en función de las cuestiones que se traten¹³. En el siguiente cuadro se ofrece un ejemplo que las ilustra.

<i>Preparación/consulta inicial</i>	<i>Etapas</i>			
	<i>Diálogo facilitado</i>			<i>Acuerdo final/terminación</i>
	<i>Apertura</i>	<i>Exploración</i>	<i>Elaboración de opciones</i>	
Las partes proporcionan por escrito al mediador exposiciones preliminares con una breve descripción de las cuestiones y sus opiniones al respecto. El mediador discute los aspectos procesales con las partes. En esta etapa, se discute el procedimiento que se seguirá, así como el enfoque que utilizará el mediador y su estilo.	Cada parte (o su representante) realiza una declaración de apertura.	El mediador trabaja con las partes para encontrar una base para el acuerdo o los lineamientos generales de una solución que sería aceptable para ambas partes.	El mediador ayuda a las partes a elaborar opciones para llegar a un acuerdo de transacción.	Las partes registran el contenido de su acuerdo de transacción y se aseguran de que cumpla con los requisitos establecidos en la ley aplicable. Si la mediación no deriva en un acuerdo de transacción, 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.

¹³ Véase “Background paper on investment mediation” del CIADI, julio de 2021, pág. 12.

Mediación presencial y en línea

32. Las reuniones que tuvieran lugar durante la mediación pueden celebrarse en formato presencial o a distancia utilizando medios electrónicos. Aunque tradicionalmente la mediación se ha realizado en persona, la tecnología ha permitido que en los últimos años haya aumentado considerablemente el número de mediaciones en línea. Las reuniones en persona permiten la interacción directa entre las partes y el mediador y podrían servir para que estos construyan una buena relación, lo que facilita las negociaciones. Las reuniones en línea y a distancia no requieren que los participantes se desplacen y pueden ser una forma de resolver conflictos de agenda, y permiten ahorrar más tiempo y dinero. Siempre que las partes puedan participar en las reuniones con facilidad, las reuniones en línea podrían servir para llevar adelante la totalidad o parte del procedimiento de mediación.

33. Sin embargo, la mediación en línea puede presentar dificultades en materia de protección de datos y ciberseguridad, algo que podría afectar a la integridad del procedimiento. Por lo tanto, deberían tenerse en cuenta las políticas de privacidad aplicables y considerarse si las políticas de protección y retención de datos de las plataformas en línea proporcionan una protección suficientemente buena. Es posible que sea necesario aplicar algunas medidas para garantizar determinado nivel de seguridad a quienes utilicen plataformas en línea. A fin de asegurar la integridad del procedimiento, se pueden establecer, además, entre otras, las siguientes salvaguardias: a) medidas para garantizar la privacidad de las actuaciones (por ejemplo, minimización de datos, cifrado y certificación digital), y b) una cláusula contractual que prohíba a las otras partes difundir o utilizar información confidencial en audiencias contenciosas posteriores. Se pueden acordar esas medidas en arreglos de confidencialidad, por ejemplo, sobre el uso de conferencias protegidas mediante contraseñas y/o la prohibición de realizar grabaciones de sonido e imagen de las negociaciones.

34. En cualquier caso, las partes y el mediador deberían discutir al inicio de la mediación las ventajas y las desventajas que presentaría realizar una mediación presencial o en línea.

K. Tratamiento de la información intercambiada: Utilización de la información en otros procedimientos, confidencialidad y deber de revelar información

Uso de información en otros procedimientos

35. 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 sean utilizadas por la otra parte en otro procedimiento, por ejemplo, como prueba. Con esta finalidad, las partes normalmente acuerdan no utilizar la información que se haya intercambiado durante la mediación en otros procedimientos, algo que se aplica a todas las personas que participan en el procedimiento de mediación¹⁴. Proceder de ese modo alienta que se discutan las cuestiones, puesto que se impide que las declaraciones que se hayan formulado o la información que se haya intercambiado en un intento genuino por dirimir la controversia sean invocadas por la otra parte en algún otro procedimiento. Sin embargo, si la información o el documento pueden conseguirse libremente fuera

¹⁴ Este criterio ha sido adoptado en varios reglamentos de mediación (véanse el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7; las Reglas de Mediación del CIADI, art. 11, y los diversos acuerdos de inversión firmados recientemente, por ejemplo, el art. 25, párr. 1, del tratado bilateral de inversión celebrado entre la Argentina y el Japón (“TBI Argentina-Japón (2018)”) y el art. 9.18, párr. 3, del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) (2018). Véase también el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea (CETA) (2016), art. 8.20, párr. 2.

del marco de la mediación, esa información no dejará de ser admisible por el solo hecho de haber sido intercambiada en la mediación¹⁵.

Confidencialidad y transparencia

36. Las partes deberían considerar si es necesario mantener la confidencialidad del procedimiento de mediación, así como de la información y los documentos compartidos en él para poder sostener un debate abierto y franco. La obligación de confidencialidad suele empezar a regir con el inicio de la mediación y se aplica a todos los que participan en ella. Las partes deberían tener la seguridad de que pueden compartir información confidencial y participar en deliberaciones sobre cuestiones de fondo sin temor a sufrir consecuencias negativas. Por lo tanto, la confidencialidad puede constituir una ventaja importante de la mediación.

37. Por otro lado, las partes deberían evaluar también si sería pertinente tratar la cuestión de la transparencia, en vista de que es posible que entren en juego cuestiones de interés público y se utilicen fondos del Estado en relación con las controversias internacionales de inversiones. A fin de fomentar la aceptación de la sociedad y aumentar la legitimidad de la mediación de controversias internacionales relativas a inversiones, debería lograrse un equilibrio entre confidencialidad y transparencia.

38. Las partes que deseen tratar específicamente la cuestión de la confidencialidad y la transparencia en la mediación de controversias internacionales relativas a inversiones deberían llegar a un acuerdo sobre esos aspectos. Al elegir el reglamento de mediación, deberían tener en cuenta si las disposiciones que figuran en él son apropiadas para controversias internacionales relativas a inversiones y si aseguran un equilibrio entre confidencialidad y transparencia. Las partes podrían examinar, entre otros, los siguientes aspectos: a) si el hecho de que se celebró la mediación debería ser confidencial; b) si la información relacionada con la mediación u obtenida en el transcurso de esta debería ser confidencial; c) si los acuerdos de transacción deberían ser confidenciales y en qué medida; d) la medida en que los peritos y las otras partes deberían tener acceso a la información confidencial; e) los protocolos para proporcionar información actualizada a los medios de comunicación o al público y/o las personas interesadas durante la mediación, y f) la medida en que podría revelarse información en caso de que la mediación no tuviera éxito.

39. Es posible que en algunos casos el nivel de confidencialidad que puedan convenir las partes sea limitado. Por ejemplo, tal vez la legislación nacional o los acuerdos internacionales, o los órganos judiciales nacionales, establezcan la obligación de revelar información (es decir, establezcan una obligación positiva de proporcionar información). Es posible que se encuentren otros ejemplos de ello en la legislación nacional aplicable a la operación o la controversia que hubieran dado origen a la mediación (como la legislación nacional que rija las alianzas público-privadas¹⁶, las reglamentaciones sobre la gestión de las finanzas públicas, la legislación relativa a la transparencia presupuestaria o a la libertad de información) y/o a quienes participen en la mediación. También hay casos en que la legislación nacional relativa a la divulgación de información, cuyo objetivo es salvaguardar el interés público, obliga a la publicación de los compromisos acordados o a la divulgación continua de información sobre el cumplimiento de esos compromisos, así como a la divulgación de las condiciones del acuerdo que se hubieran renegociado.

¹⁵ Reglamento de Mediación de la CNUDMI, art. 7, párr. 4.

¹⁶ 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 and Public-Private Infrastructure Advisory Facility, *A Framework for Disclosure in Public-Private Partnerships: Technical Guidance for Systematic, Pro-active, Pre-and Post-Procurement Disclosure of Information in Public-Private Partnership Programs*, agosto de 2015.

L. Acuerdo de transacción

40. En la mediación, las partes tienen el control sobre el proceso y se espera que participen activamente en el procedimiento de buena fe. Esto quiere decir que ni el acuerdo de transacción ni las condiciones previstas en ese acuerdo son obligatorias para las partes hasta que estas lo pacten. Dado el carácter voluntario de la mediación, se espera que las partes cumplan las condiciones del acuerdo de transacción que se haya negociado. No obstante, para que el acuerdo de transacción sea válido, las partes deberían prestar atención a los requisitos de forma y contenido. Además, a los efectos de la ejecución del acuerdo, es posible que haya que cumplir requisitos relacionados con la presentación de ese acuerdo, su registro y entrega. Por ejemplo, deberían tenerse en cuenta los requisitos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“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 de la CNUDMI sobre Mediación”) (por ejemplo, en relación con la firma del acuerdo de transacción por las partes y la presentación de pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación).

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 la controversia se haya resuelto.

M. Fomento del uso de la mediación

42. En las secciones B a L se explica cómo puede recurrirse a la mediación para resolver controversias internacionales relativas a inversiones. Los Estados que desean facilitar el uso de la mediación como forma de dirimir controversias relativas a inversiones podrían estudiar la posibilidad de eliminar los obstáculos que puedan presentarse a su utilización, de modo que tanto los inversionistas como los Estados se encuentren en condiciones de participar efectivamente en ella. Entre las medidas que podrían adoptarse para eliminar esos obstáculos, cabe citar la elaboración de un marco jurídico nacional e internacional, así como, en tanto sea posible, el fomento de la capacidad de las personas que se prevé participen en la mediación (véase el párr. 47 *infra*). Los Estados podrán considerar también la mediación como componente de un marco para la prevención y mitigación de controversias.

43. *Marco jurídico nacional.* La existencia de normativa jurídica en el derecho interno en que se señalara que el Estado aprueba la mediación como herramienta para dirimir controversias, incluidas las controversias internacionales relativas a inversiones, indicaría a los inversionistas que existe la posibilidad de utilizar la mediación. Esa normativa jurídica también permitiría crear un entorno que facilitara a los Estados y los organismos públicos participar en la mediación y dar respuesta a las posibles inquietudes que podrían tener los funcionarios públicos, por ejemplo, las inquietudes que fueran consecuencia del temor de que se les atribuyera responsabilidad a título personal o de ser acusados de corrupción. Esa normativa también podría aclarar cuestiones como la estructura jerárquica y la representación del Estado en procedimientos formales e informales de solución de controversias, entre otras.

44. Al crear un marco jurídico que propicie la mediación, los Estados tal vez deseen estudiar la posibilidad de aprobar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación, en que se establecen normas uniformes respecto del procedimiento de mediación y se pretende fomentar el uso de la mediación y garantizar una mayor previsibilidad y seguridad en su utilización¹⁷.

Marco jurídico internacional

45. *Convención de Singapur.* Como se ha señalado (véase el párr. 40 *supra*), la necesidad de ejecutar un acuerdo de transacción tal vez no se dé con frecuencia dado que se espera que las partes se atengan 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. Los Estados que aprueben la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación reconocerían el carácter vinculante y la ejecutabilidad de los acuerdos de transacción (véase el art. 15) y asegurarían que sus órganos judiciales ordenaran la ejecución del acuerdo (véase el art. 18). En cuanto a la ejecución transfronteriza de los acuerdos de transacción, la Convención de Singapur constituye una herramienta para que las partes logren la ejecución de los acuerdos de transacción ante los órganos judiciales de un Estado parte en la Convención¹⁸. Las partes también deberían tomar nota de las declaraciones formuladas por los Estados parte de conformidad con el artículo 8, párrafo 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 parte¹⁹.

46. *Cláusulas de mediación en tratados de inversión y contratos de inversión.* Los Estados podrían incluir disposiciones en sus tratados de inversión²⁰ o cláusulas en sus contratos de inversión que habiliten la mediación. La mediación puede tener lugar antes de un procedimiento contencioso, durante este o después de él (lo que incluye los procedimientos de ejecución), en otras palabras, en cualquier momento a lo largo del ciclo de vida de una inversión. Las disposiciones en que se destaque que puede utilizarse la mediación alentarían a las partes a considerar la posibilidad de participar en un procedimiento de ese tipo. Otra posibilidad sería que los Estados evaluaran si convendría establecer la obligación de iniciar una mediación para promover un diálogo constructivo en una etapa temprana y de seguir adelante con la mediación durante determinado plazo o hasta que se llegue a una etapa determinada.

47. *Concienciación y capacitación.* Se puede fomentar más el uso de la mediación si se concientiza sobre ella como herramienta para solucionar controversias internacionales relativas a inversiones y sobre sus posibles beneficios. En este sentido, se podría ofrecer formación y actividades de fortalecimiento de la capacidad de forma periódica a los funcionarios públicos, así como a mediadores y otros grupos pertinentes.

¹⁷ Los Estados que han aprobado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre mediación figuran en la siguiente lista: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status

¹⁸ La lista de Estados parte en la Convención de Singapur puede consultarse en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en.

¹⁹ La lista de Estados parte en la Convención de Singapur que han formulado una declaración de ese tipo puede consultarse en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en.

²⁰ Véanse las Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Mediación en Controversias Internacionales relativas a Inversiones.