



Asamblea General

Distr. general
3 de enero de 2020
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

53^{er} período de sesiones

Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020

Solución de controversias comerciales

Mediación comercial internacional: proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación	2



I. Introducción

1. En su 51^{er} período de sesiones, celebrado en 2018, la Comisión escuchó la propuesta de que la Secretaría emprendiera la siguiente labor: a) actualizar el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) para que reflejara las prácticas en vigor y fuese compatible con el contenido de los instrumentos finalizados por la Comisión en dicho período de sesiones¹, y b) preparar notas sobre la organización de la mediación². Tras deliberar, la Comisión decidió que la Secretaría preparara un reglamento de mediación y notas sobre la mediación teniendo en cuenta los instrumentos recientemente aprobados sobre mediación comercial internacional³.
2. En su 52^o período de sesiones, celebrado en 2019, la Comisión tuvo ante sí el proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación ([A/CN.9/987](#)) preparado por la Secretaría en el marco de amplias consultas mantenidas con expertos. La Comisión aplazó el examen del proyecto de notas hasta su 53^{er} período de sesiones. Además, se invitó a los Estados y a otros interesados a que formularan observaciones acerca del proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación y se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado⁴.
3. En consecuencia, en la presente nota figura el proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación para que sea sometido al examen de la Comisión.

II. Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación

4. La Comisión tal vez desee tener en cuenta que las referencias que se hacen al “Reglamento” en el proyecto que figura a continuación, son referencias al Reglamento de Mediación de la CNUDMI presentado a la Comisión para que lo apruebe en su período de sesiones en curso (véase el documento [A/CN.9/1026](#)). Dichas referencias se modificarán para reflejar la versión definitiva del Reglamento.
5. El texto del proyecto de notas sobre la mediación es el siguiente:

Notas de la CNUDMI sobre la mediación ([2020])

Finalidad de las Notas

1. En las Notas se enumeran y se describen brevemente cuestiones relacionadas con la mediación. Dado que se ha tenido en cuenta principalmente la mediación internacional, la intención es que las Notas sean utilizadas de manera general y universal por los profesionales de la mediación y las partes en una controversia.
2. Dada la flexibilidad que caracteriza a la mediación, los estilos, prácticas y métodos procesales para fomentar un arreglo entre las partes varían. Cada enfoque tiene sus méritos. Por lo tanto, con las Notas no se pretende promover ninguna práctica en particular como si fuera la mejor.
3. Las Notas tienen por objeto ayudar a las partes a comprender mejor la mediación, en particular la gama amplia y flexible de resultados que puede tener. Las partes y el mediador pueden valerse de estas Notas 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.

¹ Los instrumentos son la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (también denominada “la Convención de Singapur sobre la Mediación”).

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/73/17)*, párr. 246.

³ *Ibid.*, párr. 254.

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, párrs. 118 y 123.

Las Notas no imponen precepto jurídico alguno que sea vinculante para las partes ni para el mediador y no se prestan a ser utilizadas como reglamento de mediación.

Principales características de la mediación

4. La mediación es un mecanismo de solución de controversias eficiente y eficaz en función del costo. Permite a las partes prevenir o resolver una controversia teniendo en cuenta sus intereses y evitando llegar a un resultado en que una de las partes es la ganadora y la otra, la vencida.

5. La mediación puede utilizarse para resolver una amplia gama de controversias. Su uso produce beneficios importantes, como facilitar la administración de las operaciones internacionales por las partes y disminuir el número de casos en que una controversia lleva a poner fin a una relación comercial.

Procedimiento no decisorio

6. La mediación no está sometida a formalidades y, a diferencia de cualquier otro procedimiento decisorio, no se basa en normas complejas de forma ni de procedimiento. En efecto, el modo en que se desarrolla el procedimiento de mediación no está prestablecido en disposiciones legales.

7. Cuando una mediación tiene éxito, las partes frecuentemente abandonan su mentalidad de confrontación (“una parte contra la otra”) para adoptar una mentalidad orientada a la búsqueda de soluciones (“ambas partes frente al problema”). Incluso si las partes no conciertan un acuerdo de transacción, el procedimiento puede permitirles comprender mejor las cuestiones que están en juego y abandonar expectativas poco realistas.

Procedimiento flexible

8. La mediación es un procedimiento flexible, que permite a las partes adaptarlo a sus deseos, teniendo en cuenta también sus necesidades y las circunstancias del caso. Por consiguiente, la mediación suele exigir menos tiempo y recursos que la solución de la controversia mediante la intervención de un decisor.

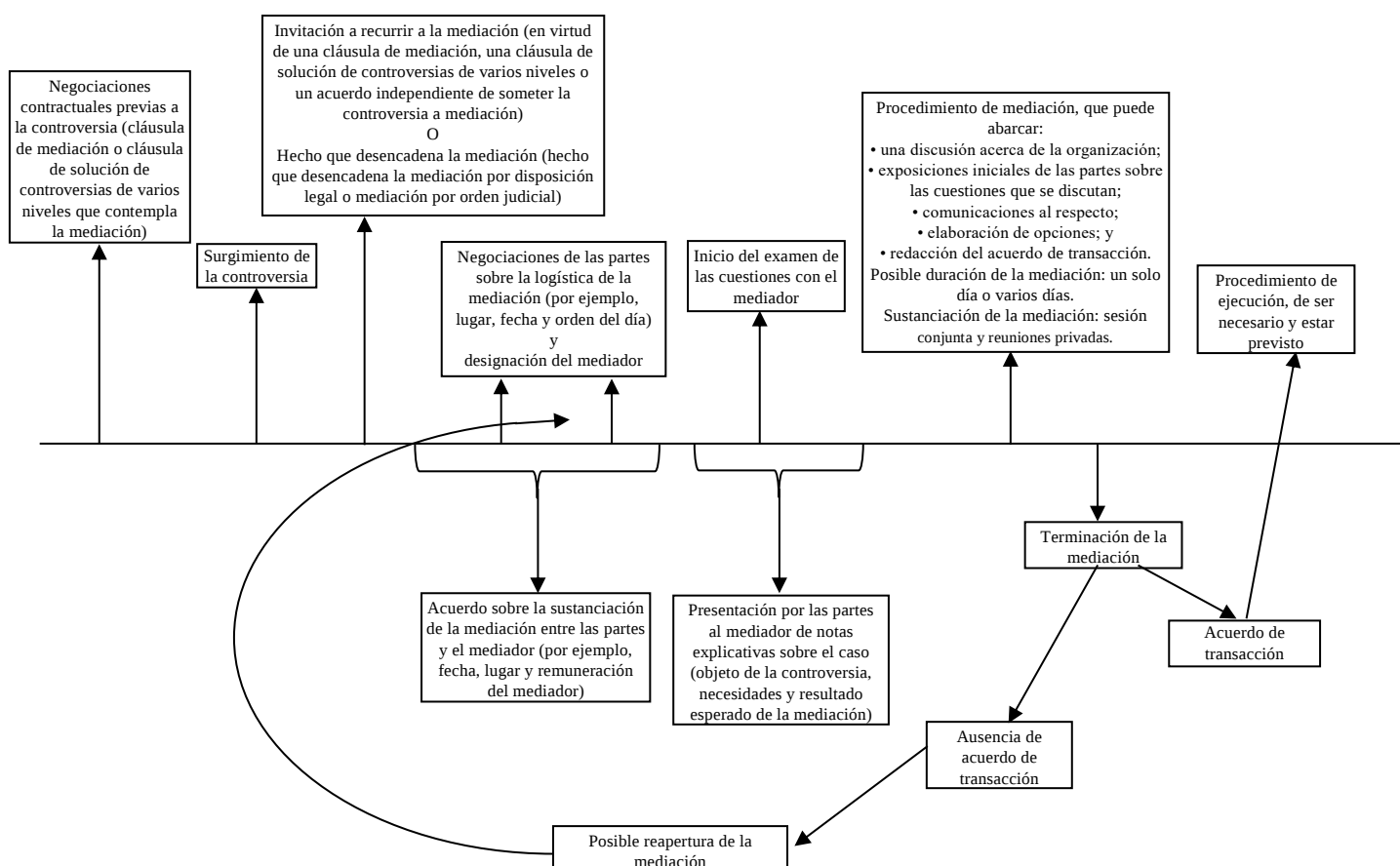
9. Las partes se centran en sus preocupaciones e intereses fundamentales. Pueden resolver posibles malentendidos y construir los cimientos de una relación comercial a más largo plazo.

Procedimiento voluntario basado en la autonomía de las partes

10. La mediación es voluntaria y se basa totalmente en la autonomía de las partes. De hecho, las partes conservan el pleno control de su participación en una mediación. A menos que la fuente de derecho que rija en la materia imponga el cumplimiento de determinados requisitos, las partes suelen tener libertad para:

- acordar la designación del mediador;
- acordar la sustanciación del procedimiento de mediación;
- determinar el alcance de las cuestiones que se someterán a mediación;
- elaborar sus propias soluciones;
- resolver su controversia holísticamente o acordar una solución parcial; o
- poner fin a la mediación en cualquier momento.

11. En el siguiente gráfico se presenta una sinopsis de las etapas de la mediación.



Marco jurídico

Convención de Singapur sobre la Mediación

12. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (en adelante denominada “la Convención de Singapur sobre la Mediación” o “la Convención”), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2018⁵, se aplica a los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, concertados por las partes para resolver una controversia comercial, según se define en esa Convención⁶. Establece un marco uniforme y eficiente para la ejecución de los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación y para que las partes puedan invocar dichos acuerdos. Garantiza que un acuerdo alcanzado por las partes adquiera carácter vinculante y pueda ejecutarse siguiendo un procedimiento simplificado y sencillo.

Leyes de mediación

13. Las leyes de mediación, como las inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (en adelante denominada “la Ley

⁵ Resolución 73/198 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018.

⁶ El art. 1, párr. 1, de la Convención dice lo siguiente: “La presente Convención será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial (‘acuerdo de transacción’) y que, en el momento de celebrarse, sea internacional debido a que: a) Al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o b) El Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: i) El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o ii) El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción”.

Modelo sobre Mediación”), suelen definir la mediación como todo procedimiento en que las partes cuenten con la asistencia de un tercero o terceros en su intento de negociar y llegar a un arreglo amistoso de su controversia. El mediador no está facultado para imponer a las partes una solución.

14. Esencialmente, en las leyes de mediación se procura encontrar un equilibrio entre, por un lado, la protección de la integridad del procedimiento de mediación, por ejemplo, asegurando que el mediador revele la información necesaria, y, por otro, el otorgamiento de un grado máximo de flexibilidad preservando la autonomía de las partes. Las leyes están concebidas de modo que puedan dar cabida a distintos procedimientos. Por lo tanto, suelen incluir disposiciones supletorias sobre el procedimiento de mediación. A menudo se centran en la mediación en el ámbito nacional e incluyen disposiciones sobre el acceso a la mediación, la designación y acreditación de los mediadores y la protección de la confidencialidad.

Reglamento de mediación

15. Las partes pueden acordar la aplicación de un reglamento de mediación. Las disposiciones de ese reglamento suelen establecer el marco procesal para que se lleve a cabo la mediación. También contienen modelos de cláusulas de mediación que pueden ser fácilmente adoptadas por las partes en sus contratos comerciales. Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CNUDMI es un reglamento de procedimiento, que puede utilizarse sin necesidad de que se recurra a una institución que se encargue de administrar la mediación, y que las partes podrán modificar y adaptar como deseen. Las partes también pueden decidir que el proceso sea administrado por una institución. La mayoría de los reglamentos institucionales, además, otorgan a las partes un alto grado de flexibilidad.

Lista de cuestiones que cabría considerar al organizar la mediación

1. Inicio de la mediación

- a. Diversas razones
- b. Acuerdo de las partes
- c. Invitación a recurrir a la mediación
- d. Fecha de inicio de la mediación
- e. Apoyo institucional

2. Selección y designación del mediador

- a. Forma de seleccionar y designar al mediador
- b. Disponibilidad, conocimientos y antecedentes o circunstancias personales
- c. Requisitos éticos

3. Aspectos preparatorios

- a. Mandato, honorarios y otros gastos
- b. Asistencia administrativa
- c. Comparecencia y representación de las partes
- d. Tratamiento de la confidencialidad
- e. Determinación del lugar de la mediación
- f. Acuerdo sobre el idioma de la mediación

4. Sustanciación de la mediación

- a. Función del mediador
- b. Consultas iniciales
- c. Escritos y documentos de apoyo
- d. Sesiones de mediación y negociaciones activas

5. Acuerdo de transacción

- a. Propuestas de arreglo
- b. Redacción del acuerdo de transacción
- c. Ejecutabilidad

6. Terminación de la mediación**7. La mediación en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados**

- a. Selección y designación del mediador
- b. Confidencialidad y transparencia
- c. Terceros
- d. Facultad para concertar acuerdos de transacción

Anotaciones**1. Inicio de la mediación****a) Diversas razones**

16. La mediación puede utilizarse con éxito en distintas etapas de una controversia, ya sea antes de un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias o durante la sustanciación del proceso o del procedimiento.

17. La mediación puede llevarse a cabo en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia (véanse los párrs. 19 a 22 *infra*). La mediación a menudo representa el último intento posible de encontrar una solución para resolver una controversia antes del inicio del proceso formal o de la conclusión del proceso (por ejemplo, a los efectos de la ejecución de un laudo arbitral o de una sentencia).

18. La mediación también puede llevarse a cabo en virtud de una obligación establecida por un instrumento internacional o por ley, o de instrucciones o indicaciones de un órgano judicial, un tribunal arbitral o una entidad pública competente.

b) Acuerdo de las partes*Acuerdo previo a la controversia*

19. Es aconsejable que las partes incluyan en su contrato una cláusula de mediación. En esa cláusula suele estipularse que las partes tratarán de resolver cualquier controversia que surja del contrato recurriendo a una mediación. Las partes suelen adaptar la cláusula de mediación a sus necesidades. Pueden optar por remitirse a un reglamento de mediación (véase el párr. 15 *supra*). Además, pueden indicar el idioma y el lugar en que se sustanciará la mediación (véanse los párrs. 52 a 54 *infra*).

20. Es posible incluir en el contrato una cláusula de mediación previa a la controversia, ya sea como una cláusula simple, como parte de una cláusula de

solución de controversias de varios niveles en la cual la mediación es uno de los niveles iniciales, o en una cláusula que disponga que la mediación deberá sustanciarse simultáneamente con un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias. En el caso de una cláusula de varios niveles, es aconsejable que las partes determinen los plazos en que deben tener lugar ciertos actos en el marco de un proceso de varios niveles, indicando los requisitos de tiempo y forma que deben cumplirse.

Acuerdo de someter una controversia existente a mediación

21. De no existir un acuerdo preexistente de someter la controversia a mediación, una parte puede solicitar la mediación en cualquier momento, incluso si hay un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias en trámite.

22. Cuando la mediación se lleve a cabo durante el proceso arbitral o judicial, el proceso arbitral o judicial pueden suspenderse para dar tiempo a realizar la mediación. En ciertos casos, las partes pueden convenir que la mediación se sustanciará simultáneamente con el proceso arbitral o judicial.

c) Invitación a recurrir a la mediación

23. La parte que desea iniciar la mediación suele enviar a la otra u otras partes una invitación a recurrir a la mediación.

24. En esta etapa preliminar, y a reserva de lo establecido en las normas que regulen el procedimiento convencional u obligatorio que corresponda aplicar, es útil incluir las siguientes cuestiones en la invitación a recurrir a la mediación:

- i) una breve exposición del objeto de la controversia;
- ii) el contrato u otro instrumento jurídico del que derive la controversia o al cual la controversia esté vinculada o, a falta de tal contrato o instrumento, una breve descripción de la relación en cuestión;
- iii) la razón por la que se recurre a la mediación, por ejemplo, si la invitación se realiza en virtud de un acuerdo de mediación o por otra razón;
- iv) el reglamento de mediación, si lo hubiera, o el procedimiento de mediación que corresponda aplicar; y
- v) el plazo cuyo transcurso sin que se reciba una aceptación de la invitación dará derecho a la parte que envió esta última a considerar que la otra parte ha rechazado su invitación a recurrir a la mediación.

d) Fecha de inicio de la mediación

25. Es aconsejable que las partes fijen la fecha de inicio de la mediación por varios motivos, en particular porque esa fecha marca el nacimiento de la obligación de confidencialidad.

26. Con frecuencia, la fecha de inicio es el día en que las partes en la controversia acuerdan iniciar la mediación.

e) Apoyo institucional

27. Las partes pueden considerar la posibilidad de remitir sus controversias a una institución de mediación. Las instituciones de mediación se ocupan de la mediación en general o se especializan en ciertos tipos de controversias, como las relativas a la construcción, la infraestructura o la propiedad intelectual, o determinados medios de arreglo de controversias, como la solución de controversias en línea.

28. La disponibilidad, la naturaleza y el costo del apoyo institucional varían según la institución. Ese apoyo puede abarcar:

- i) orientación sobre la organización del procedimiento (por ejemplo, sobre las etapas procesales y las costas);
- ii) ayuda para seleccionar y designar al mediador;
- iii) asistencia en cuestiones logísticas (por ejemplo, reserva de salas para reuniones y servicios de traducción);
- iv) la adopción de medidas de protección de datos o ciberseguridad (en particular, en el caso de la mediación en línea); y
- v) la certificación de que se ha llevado a cabo la mediación.

2. Selección y designación del mediador

a) Forma de seleccionar y designar al mediador

29. Una vez que acuerdan iniciar la mediación, las partes suelen proceder a la selección y designación del mediador. Las partes pueden convenir quién será el mediador o acordar un procedimiento para designarlo. La ventaja de que las partes traten en primer lugar de designar al mediador de común acuerdo es que ello es congruente con la naturaleza consensual de la mediación y otorga a las partes un mayor control y autonomía, y, por lo tanto, confianza en el procedimiento de mediación.

30. Por lo general, la práctica consiste en designar a un solo mediador para que el procedimiento sea rápido y poco costoso. En ocasiones, las partes designan a dos o más mediadores, por ejemplo:

- i) cuando se necesiten conocimientos especializados en más de una materia en caso de que la controversia sea compleja;
- ii) cuando exista la posibilidad de que un único mediador no esté suficientemente familiarizado con la ley y los usos comerciales, idiomas o culturas a los que está vinculada una operación internacional; o
- iii) cuando participen múltiples partes.

31. Algunos reglamentos de mediación prevén la intervención de una autoridad nominadora cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar al mediador. En estos casos, las partes podrán solicitar a dicha autoridad que les recomiende un mediador idóneo o que lo designe directamente⁷. Al recomendar o designar personas para el desempeño de la función de mediador en la mediación internacional, la autoridad podrá evaluar la necesidad de elegir a un mediador de nacionalidad distinta a la de las partes y debería esforzarse por respetar la diversidad geográfica y de género.

b) Disponibilidad, conocimientos y antecedentes o circunstancias personales

32. Al seleccionar un posible mediador, las partes pueden tener en cuenta los siguientes elementos:

- i) su disponibilidad;
- ii) su formación y experiencia en mediaciones y su capacidad para conducir la mediación;
- iii) los antecedentes o circunstancias personales, como su nacionalidad y tradición jurídica;

⁷ Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CNUDMI prevé en su art. 3 que las partes pueden recurrir a una autoridad seleccionadora para la selección del mediador, que las partes podrán designar posteriormente.

iv) toda acreditación o certificación pertinente acordada por un órgano profesional reconocido que establezca normas para la sustanciación de mediaciones; y

v) sus conocimientos especializados y cualificaciones, en particular sus conocimientos sobre la materia objeto de la controversia, idiomas y conocimientos técnicos.

c) Requisitos éticos

33. Suele exigirse que el mediador actúe con independencia e imparcialidad y que no tenga ningún interés profesional, financiero ni de otro tipo en la controversia y su resultado.

34. Desde el momento de su designación y durante toda la mediación, el mediador suele estar obligado a revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad. Si las partes han sido informadas de posibles conflictos de intereses y han dado con conocimiento de causa su consentimiento para designar al mediador, este puede comenzar la mediación.

35. Muchas jurisdicciones no permiten que el mediador actúe como árbitro o juez en una controversia que haya sido o sea objeto de la mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz de ese contrato o cualquier otro o de la relación jurídica conexa, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Aspectos preparatorios

a) Mandato, honorarios y otros gastos

36. Una vez que las partes seleccionan al mediador, debe confirmarse su designación. En este sentido, las partes cuentan con la posibilidad de enviar una carta de designación al mediador. También es común que las partes y el mediador firmen un documento en que figure un mandato que se refiera a diversos elementos de la mediación y la participación del mediador en el procedimiento. El mandato puede contener una reseña de la controversia; las normas pertinentes que determinen la sustanciación de la mediación, como las normas éticas aplicables al mediador y la correspondiente obligación de revelar información, así como el acuerdo de las partes acerca de la confidencialidad (véanse los párrs. 45 a 51 *infra*).

37. Las partes y el mediador deberían acordar desde el comienzo cómo se fijarán y distribuirán los honorarios del mediador y las costas de la mediación. Las costas de la mediación suelen comprender:

- i) los honorarios del mediador;
- ii) los honorarios de la institución que administre la mediación, en su caso;
- iii) los gastos realizados por el mediador, por ejemplo, en concepto de viajes, alojamiento y apoyo administrativo, si no los sufragan directamente las partes; y
- iv) otros gastos, como los de traducción e interpretación.

38. El mediador puede exigir a las partes que depositen una suma en concepto de anticipo de las costas y suspender la mediación hasta que se deposite dicha suma. Los reglamentos de mediación a menudo contienen disposiciones sobre estas cuestiones, incluso sobre si las partes deberían depositar sumas de igual valor y las consecuencias que tendría que una de ellas no realizara ese pago obligatorio⁸. Cuando el caso sometido a mediación deba ser dirimido por una institución de mediación, los servicios que este preste pueden incluir la determinación de la cuantía del depósito, así como la custodia y la administración del dinero depositado y cómo se rendirán cuentas al respecto. Si la institución de mediación no ofrece esos servicios, las partes o el mediador tendrán que hacer los arreglos

⁸ Véase, por ejemplo, el art. 11, párrs. 3 a 5, del Reglamento de Mediación de la CNUDMI.

necesarios, por ejemplo, con un banco u otro proveedor externo. En todo caso, es útil aclarar ciertas cuestiones, como el tipo de cuenta en que se depositará el dinero, la ubicación de dicha cuenta, la forma en que se administrará el depósito y si se devengarán intereses por este.

39. Las restricciones reglamentarias pueden repercutir en la gestión de las sumas depositadas a cuenta de costas, incluidas las restricciones que establezcan los códigos profesionales y de ética, las disposiciones financieras relativas a la identidad de los beneficiarios y las restricciones al comercio o a los pagos.

40. La distribución de las costas suele acordarse entre las partes o preverse en el reglamento de mediación aplicable. En general, si no se acuerda ningún método de distribución, las partes sufragan por igual las costas relativas a la mediación⁹. En los procedimientos en los que intervienen múltiples partes, sería necesario acordar expresamente la distribución equitativa de las costas.

b) Asistencia administrativa

41. Es posible que el mediador necesite apoyo administrativo para facilitar la sustanciación de la mediación. Las partes, o el mediador con la conformidad de estas, podrán disponer la prestación de asistencia administrativa por una persona o institución idónea.

c) Comparecencia y representación de las partes

42. La parte a la que se impone una limitación a su facultad de llegar a un acuerdo de transacción (por ejemplo, cuando el arreglo deba ser aprobado por una junta directiva, un comité ministerial o un asegurador) debería comunicar esa limitación, desde el comienzo, al mediador y a las demás partes. Esto permite al mediador analizar estas cuestiones con las partes antes de la mediación. Es posible que se exija presentar un poder.

43. Los participantes en la mediación tienen la posibilidad de incorporar al procedimiento a personas que pueden ayudar en la solución de la controversia. Su incorporación debería ser convenida por las partes.

44. Es común, en particular en las controversias internacionales, que un asesor letrado preste asistencia a las partes en todas o algunas de las etapas del procedimiento de mediación. El asesoramiento letrado no es necesario en todos los casos, ya que la negociación entre las partes generalmente es acerca de sus propios intereses y no se limita a consideraciones jurídicas. Se recomienda la participación de un asesor letrado cuando sea necesario determinar los derechos y obligaciones de la parte, analizar los efectos jurídicos de las ofertas y opciones de arreglo y redactar el acuerdo de transacción.

d) Tratamiento de la confidencialidad

45. Es aconsejable que las partes examinen desde el principio de la mediación la medida en que deseen mantener la confidencialidad del procedimiento, y que consulten la ley y las normas aplicables para asegurarse de que las obligaciones de confidencialidad se consignan con claridad y cuenten con las salvaguardas suficientes. Las partes deberían plantearse acordar la forma de tratar la confidencialidad, abarcando los aspectos que se señalan a continuación.

El mediador y los participantes en la mediación

46. En general, se espera del mediador que mantenga la confidencialidad de la mediación, así como de toda información relativa a la mediación o que obtenga durante esta. El deber de confidencialidad no solo suele aplicarse al mediador, sino también a las demás personas que participen en la mediación (como las que representen o asistan a las partes, así como las que presten apoyo administrativo).

⁹ Véase, por ejemplo, el art. 11, párr. 2, del Reglamento de Mediación de la CNUDMI.

Es aconsejable que todos los participantes en la mediación queden comprendidos en el ámbito de aplicación de un acuerdo de confidencialidad.

Entre las partes

47. Las partes pueden convenir en el régimen de confidencialidad deseado siempre que no quede excluida su aplicación en virtud de la ley aplicable. Asimismo, pueden determinar el grado en que la propia mediación y cualquier información intercambiada o revelada durante esta deben mantener su carácter confidencial.

48. El acuerdo de confidencialidad puede abarcar una o más de las cuestiones siguientes: a) la documentación o información que deban mantenerse confidenciales (por ejemplo, el hecho de que se esté realizando una mediación, la identidad de las partes y el mediador, las comunicaciones escritas y orales, el contenido del arreglo); b) las medidas que se adoptarán para mantener la confidencialidad de esa información y la duración de la obligación de confidencialidad; c) las circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial en la medida en que sea necesario para proteger un derecho; y d) otras circunstancias en las que podría estar permitido revelar esa información (por ejemplo, cuando se trate de datos que sean ya del dominio público o si lo exige la ley o algún órgano regulador).

Entre las partes y el mediador durante la mediación

49. Las partes deberían acordar la forma en que el mediador tratará la información que reciba de una de las partes durante la mediación. Por ejemplo, podría preverse que el mediador podrá revelar el contenido de esa información a cualquiera de las otras partes en la mediación cuando sea probable que esa revelación ayude a las partes en la resolución de la controversia. No obstante, si una parte proporciona información al mediador, a condición de que respete su carácter confidencial, esa información no podrá revelarse a ninguna otra parte en la mediación¹⁰.

Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

50. Los documentos preparados principalmente para la mediación, las sugerencias formuladas en relación con el arreglo o los hechos reconocidos por alguna de las partes en la mediación no deberían ser admisibles como prueba en un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias.

51. La inadmisibilidad de las pruebas en otros procedimientos tiene por objeto que ninguna de las partes se vea perjudicada por su transparencia respecto de la información u opiniones sustantivas vertidas para acercar a las partes a los efectos de que lleguen a un arreglo. La inadmisibilidad como prueba de las comunicaciones y de la información intercambiadas en la mediación y la imposibilidad de citar al mediador como testigo en cualquier procedimiento posterior a la mediación deberían abarcar todos los procedimientos ulteriores que se refieran a la controversia que sea o haya sido objeto de la mediación. No obstante, lo habitual es que esa información pueda revelarse o admitirse como prueba cuando lo exija la ley o sea necesario a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

e) Determinación del lugar de la mediación

52. Las partes deberían determinar, desde el comienzo, dónde se llevará a cabo la mediación. Al decidir sobre los lugares de reunión, se puede tener en cuenta lo siguiente:

- i) la conveniencia de su ubicación para las partes y el mediador, incluida la distancia que deberán recorrer;

¹⁰ Véase, por ejemplo, el art. 9 de la Ley Modelo sobre Mediación.

ii) la disponibilidad y el costo de servicios de apoyo; y

iii) la posibilidad de que el lugar cuente con salas separadas para cada una de las partes y una gran sala para celebrar reuniones conjuntas con todas las partes.

53. La mediación también puede realizarse total o parcialmente en línea, lo cual limita el contacto entre las partes y el mediador a reuniones virtuales. En estos casos, la determinación de la ley aplicable puede verse afectada, por lo que puede ser de particular importancia determinar de antemano cuál será la ley aplicable al procedimiento de mediación y al acuerdo de transacción.

f) Acuerdo sobre el idioma de la mediación

54. Las partes también suelen acordar el idioma o idiomas en que se sustanciará la mediación. Cuando se hayan de utilizar varios idiomas durante la mediación, las partes y el mediador deberán decidir si los idiomas se utilizarán indistintamente, sin traducción ni interpretación, o si determinados documentos y comunicaciones (o algunas de sus secciones pertinentes) habrán de ser traducidos a todos los idiomas.

4. Sustanciación de la mediación

a) Función del mediador

55. En general, la función de los mediadores es fomentar la confianza entre las partes y en el procedimiento para concertar una solución de la controversia. El objetivo inicial de los mediadores es crear un ambiente seguro, neutral y acogedor propicio para una negociación eficaz. Los mediadores ejercen diversos grados de influencia de acuerdo con las expectativas de las partes, las circunstancias del caso y las diferentes prácticas. La neutralidad de los mediadores los coloca en condiciones inigualables para reaccionar ante las alegaciones y argumentos de las partes y ayuda a estas a evaluar la credibilidad de sus posiciones. Los mediadores también ayudan a las partes a definir y priorizar sus necesidades e intereses, lo que conduce a que las negociaciones sean fundamentadas y las soluciones de la controversia se adapten a cada caso.

56. Los mediadores disponen de diversas técnicas e instrumentos metodológicos para superar las situaciones de estancamiento y hacer avanzar el procedimiento. A lo largo de la mediación, los mediadores colaboran con las partes y dan orientaciones sobre los debates, a menudo ayudándolas a pensar de manera innovadora, lo que les permite examinar una serie de posibles resultados y buscar soluciones, en particular soluciones creativas o que sean adecuadas de algún otro modo, que tal vez no puedan utilizarse en procesos judiciales o arbitrales.

b) Consultas iniciales

57. Una vez designado el mediador, este y las partes suelen celebrar una reunión preparatoria (personal o a distancia, por ejemplo, mediante una conferencia telefónica), durante la cual las partes y el mediador deciden cuál será la forma más conveniente de llevar a cabo la mediación en el caso concreto, entre otras cosas, en relación con la conducta procesal (las partes pueden elegir entre la diversidad de reglamentos previstos y adaptarlos a sus necesidades)¹¹ y las cuestiones logísticas. Esas consultas iniciales son intrínsecas al carácter consensual de la mediación y normalmente se llevan a cabo con respecto a la mayoría de las decisiones relativas a la organización abordadas en las Notas, en particular las tratadas en la Nota 3 (Aspectos preparatorios). Si han convenido estas cuestiones antes de iniciada la mediación, o incluso en un acuerdo de mediación previo a la controversia, las partes pueden, pues, confirmar sus decisiones.

¹¹ Véase, por ejemplo, el art. 7, párr. 1, de la Ley Modelo sobre Mediación. Entre los ejemplos de “reglamentos” que las partes pueden acordar para organizar la sustanciación de la mediación cabe citar el Reglamento de Mediación de la CNUDMI y los reglamentos de las instituciones de mediación.

58. Además, las consultas iniciales ayudan a aclarar las expectativas de las partes sobre la sustanciación de la mediación y les permiten evaluar si el enfoque, los métodos y el estilo del mediador son los adecuados para la controversia en cuestión, así como a evaluar la razonabilidad de los honorarios y gastos correspondientes. Por lo tanto, las consultas iniciales son cruciales, incluso en la mediación institucional, en la cual es posible que ya se hayan previsto las cuestiones logísticas.

59. En los casos en que las partes no hayan estipulado un procedimiento que ha de seguir el mediador ni un reglamento que rija la mediación, el mediador y las partes pueden elaborar el procedimiento conjuntamente. Las partes podrán dejar al mediador la facultad de determinar la forma en que se llevará a cabo la mediación, a reserva de lo previsto en las disposiciones imperativas de la ley que resulte aplicable. Especialmente en una etapa temprana, las partes en ocasiones pueden tener dificultades para acordar cuestiones de procedimiento y tal vez soliciten al mediador que decida sobre ellas. Algunos mediadores consideran que la participación de las partes en cuestiones procesales ordinarias es una primera medida necesaria para establecer la confianza en el procedimiento.

60. Las partes deberían tratar de aclarar diversas cuestiones en una etapa inicial de la mediación, entre ellas, si la mediación constituye un impedimento para iniciar un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias. También pueden examinar cuestiones relativas al marco jurídico a los efectos de la celebración, aplicación y ejecución de un acuerdo de transacción.

c) Escritos y documentos de apoyo

61. Las partes pueden acordar un mecanismo para facilitar la información sobre su caso al mediador y de qué forma hacerlo. Como parte del procedimiento de mediación, las partes suelen intercambiar documentos breves (a veces denominados documentos de posición, declaraciones de mediación, escritos o resúmenes de casos).

62. Ese resumen escrito que eventualmente se prepare suele tener por finalidad su uso solo en la mediación con el fin de concertar un arreglo y no está destinado a utilizarse en ningún litigio posterior. Las partes pueden presentar el resumen por separado o de forma conjunta, y este normalmente contendrá:

- i) los antecedentes de la controversia;
- ii) una explicación de las cuestiones de que se trate; y
- iii) la pretensión de la parte en la mediación.

63. Las partes pueden estipular los documentos que deberán presentarse en apoyo de sus argumentos o para aclarar la controversia. Dicha documentación podrá incluir contratos y correspondencia, así como cualquier otra información pertinente.

64. Las partes y el mediador pueden considerar la conveniencia de acordar medidas prácticas sobre aspectos como la forma en que se transmitirá la información (por ejemplo, como copia impresa, como documentos electrónicos o mediante una plataforma común), incluido su formato (por ejemplo, un formato electrónico específico, con funciones de búsqueda).

65. El empleo de medios electrónicos de comunicación puede hacer que la mediación sea más ágil y eficiente. Sin embargo, es aconsejable tener en cuenta si todas las partes poseen acceso a esos medios o están familiarizadas con ellos. Es posible que las partes y el mediador tengan que examinar problemas de compatibilidad, almacenamiento, acceso, seguridad de los datos y gastos conexos al decidir sobre la forma de los medios electrónicos de comunicación. Las partes y el mediador también deben velar por que las comunicaciones electrónicas estén suficientemente protegidas.

d) Sesiones de mediación y negociaciones activas

66. A partir del procedimiento de mediación debería surgir un conocimiento sólido de los hechos fundamentales y de los posibles resultados. Con ese fin, el mediador suele organizar una o varias reuniones, en persona o a distancia utilizando, por ejemplo, una plataforma adecuada que permita celebrar reuniones conjuntas y privadas (denominadas “sesiones de mediación”). Puede ser aconsejable que el mediador, en consulta con las partes, determine el tiempo que se asignará a las sesiones de mediación.

67. Esas sesiones de mediación pueden celebrarse con todas las partes presentes o por separado con cada una de ellas a solas (a menudo denominadas “caucus”) o mediante una combinación de reuniones conjuntas y privadas. Por ejemplo, el mediador puede comenzar con una reunión conjunta en la que las partes debaten sus puntos de vista sobre la controversia y luego reunirse con ellas por separado. Las comunicaciones *ex parte* no están prohibidas y, por el contrario, se consideran útiles en la mediación. Sin embargo, se espera que el mediador dé a las partes un trato equitativo y que revele a todas las demás partes que se está llevando a cabo una comunicación *ex parte*. El trato equitativo no implica la igualdad de trato, dado que es posible que el mediador tenga que dedicar más tiempo a una de las partes que a la otra. Se recomienda que las partes participen en las sesiones de mediación.

68. La cantidad de sesiones de mediación y su duración dependen de la complejidad de las cuestiones que se examinen y pueden adecuarse al caso y al enfoque preferido por el mediador y las partes. Para examinar las cuestiones que se sometan a mediación y encontrar una solución duradera y sostenible, es fundamental tomarse el tiempo necesario.

69. En las mediaciones complejas, es necesario prestar más atención a la organización de las sesiones de mediación. Con el consentimiento previo y expreso de las partes, se podrá invitar a determinados interesados a asistir y participar según sea necesario.

5. Acuerdo de transacción**a) Propuestas de arreglo**

70. El mediador no puede imponer una solución a las partes, pero las ayudará a llegar a un arreglo amistoso de su controversia. Las propuestas de arreglo pueden hacerse directamente entre las partes o a través del mediador.

71. El mediador puede, si así lo solicitan las partes, recomendar las condiciones del arreglo.

b) Redacción del acuerdo de transacción

72. Si las partes acuerdan resolver su controversia, redactarán un acuerdo de transacción. Según lo que prevea la ley aplicable, el mediador puede, si así se le solicita, ayudar a las partes a redactar el acuerdo de transacción, por ejemplo, elaborando un resumen de las condiciones pactadas. Habitualmente, los acuerdos de transacción constan por escrito; es aconsejable que las partes averigüen la forma de cumplir este requisito¹².

73. El acuerdo de transacción debería redactarse con claridad; por ejemplo, las condiciones de cumplimiento deberían precisarse de manera inequívoca.

¹² Por ejemplo, el art. 16, párr. 6, de la Ley Modelo sobre Mediación dispone lo siguiente: “Se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado ‘por escrito’ si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma. El requisito de que el acuerdo de transacción conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si es posible acceder a la información contenida en ella para su ulterior consulta”.

74. A la hora de pactar la ley aplicable al acuerdo de transacción y determinar el lugar al que están vinculadas las obligaciones estipuladas en dicho acuerdo, las partes pueden tener en cuenta las consecuencias jurídicas atribuidas a ese pacto y a esa determinación y, de forma más general, el marco jurídico, en particular la Convención de Singapur sobre la Mediación.

c) Ejecutabilidad

75. En general, las partes cumplen voluntariamente las obligaciones establecidas en el acuerdo de transacción. No obstante, las partes deberían examinar los requisitos relacionados con la forma (en particular, los requisitos de idioma), el contenido, la comunicación, el registro y el otorgamiento del acuerdo de transacción previstos por la ley de mediación aplicable, la ley pertinente del lugar o lugares de ejecución y el reglamento de mediación aplicable.

76. De ser necesario, el acuerdo de transacción podrá ejecutarse de conformidad con el procedimiento del Estado en el que se solicite la ejecución. Ese procedimiento difiere según las jurisdicciones.

77. Los Estados que son parte en la Convención de Singapur sobre la Mediación y los Estados que han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo sobre Mediación presumiblemente siguen el procedimiento de ejecución definido en ellas. En la redacción del acuerdo de transacción, las partes pueden tener presentes las disposiciones y los requisitos pertinentes establecidos en la Convención de Singapur sobre la Mediación y en la Ley Modelo sobre Mediación¹³. La lista de las reservas formuladas por los Estados partes en virtud del artículo 8 de la Convención puede consultarse en el sitio web de la CNUDMI¹⁴.

78. Es aconsejable que las partes manifiesten su entendimiento de que dicho acuerdo puede utilizarse como prueba de que es el resultado de la mediación y de que puede invocarse para solicitar medidas con arreglo al marco jurídico aplicable.

6. Terminación de la mediación

79. Una vez que las partes han participado en la mediación, esta suele darse por terminada:

- i) cuando las partes celebren un acuerdo de transacción, en la fecha de tal acuerdo;
- ii) cuando el mediador, previa consulta con las partes, formule una declaración en la que se haga constar que ya no hay razones que justifiquen seguir adelante con la mediación, en la fecha de tal declaración;
- iii) cuando las partes formulen una declaración dirigida al mediador en la que indiquen que dan por terminado el procedimiento de mediación, en la fecha de tal declaración;
- iv) cuando una parte formule una declaración dirigida a la otra u otras partes y al mediador, si se hubiere designado, en la que indique que da por terminado el procedimiento de mediación respecto de esa parte, en la fecha de tal declaración; o

¹³ Véanse, en particular, los arts. 4 y 5 de la Convención y los arts. 18 y 19 de la Ley Modelo.

¹⁴ En virtud del art. 8, párr. 1 a), de la Convención de Singapur sobre la Mediación, todo Estado parte podrá declarar que no aplicará la Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración; a su vez, en virtud del art. 8, párr. 1 b), de la Convención de Singapur sobre la Mediación, todo Estado parte podrá declarar que aplicará la Convención solo en la medida en que las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido en que se aplique.

v) cuando venza el plazo establecido en el instrumento internacional, orden judicial o disposición legal imperativa que sean aplicables, o según lo convenido al comienzo por las partes.

80. Es aconsejable que se haga constar de forma clara e inequívoca que se ha terminado el procedimiento de mediación, ya que ese hecho puede constituir el punto de partida de los procedimientos ulteriores o puede repercutir en el cómputo de los plazos de prescripción aplicables a la pretensión que es objeto de la mediación.

7. La mediación en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados

81. La mediación es un mecanismo eficiente y eficaz en función del costo para la solución de controversias que surjan entre un inversionista y un Estado. Los tratados de inversión prevén cada vez más la mediación como etapa o condición previa para la presentación de una demanda judicial o de arbitraje en el marco de la solución de controversias entre inversionistas y Estados. La mediación puede utilizarse de forma eficiente durante el “período de espera”¹⁵ y como vía paralela durante un proceso arbitral o judicial u otro procedimiento de solución de controversias o incluso después de que estos se hayan iniciado o concluido. En el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados se plantean las siguientes cuestiones específicas, que deberían preverse al comienzo de la mediación.

a) Selección y designación del mediador

82. A menos que el tratado de inversión disponga otra cosa, las partes en general están facultadas para seleccionar y designar uno o varios mediadores. En esta elección pueden tenerse en cuenta distintos factores, como la nacionalidad, la experiencia previa en asuntos gubernamentales o en la solución de controversias en materia de inversiones, la acreditación pertinente, las cuestiones de género, la diversidad geográfica, así como la dimensión intercultural de la controversia. Dado que las controversias en materia de inversiones suelen ser complejas, las partes en ocasiones contemplan la posibilidad de designar dos mediadores en lugar de uno.

83. La controversia puede remitirse a una institución de mediación especializada en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, ya sea en el caso en que ello esté previsto en el tratado de inversión o en que se haya acordado entre las partes. Esas instituciones ofrecen grupos de mediadores cualificados y respetados y además prestan apoyo administrativo a los fines del procedimiento.

b) Confidencialidad y transparencia

84. Al determinar sus obligaciones de confidencialidad, las partes deberían conocer toda obligación de transparencia que puede aplicarse en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

c) Terceros

85. La controversia puede afectar a la sociedad civil o a otros interesados o ser de interés para ellos. Es posible que las partes permitan la participación de terceros en la mediación y que estos efectúen exposiciones si cumplen determinados criterios pactados por las partes. Si las partes han convenido en permitir la asistencia de terceros a las sesiones de mediación, el mediador y las partes

¹⁵ El “período de espera” previsto en los tratados de inversión es el lapso transcurrido entre la notificación de la demanda a la parte contraria y el inicio del proceso de solución de controversias. Es habitual que durante este período se desarrollen negociaciones con miras a llegar a un arreglo amistoso.

deberían tener presente los intereses que están representados y las facultades de cada representante.

d) Facultad para concertar acuerdos de transacción

86. En el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, dado que en la mediación invariablemente intervienen organismos públicos, es necesario, a lo largo del procedimiento de mediación, comprobar si el proceso de aprobación obligatorio que deba realizarse se ha llevado a cabo y examinarlo.
