

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

Carlos Augusto Rios Pizarro*

Resumen. - El mérito de este trabajo busca abordar un mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estado como lo es la mediación. Para dicha finalidad, intentaremos aclarar -dentro de la extensión que nos permite el presente artículo- ciertos temas que pueden ser de utilidad, como que entender por mediación, su uso en materia de disputa de inversiones, y su funcionamiento bajo las actuales reglas del CIADI.

Abstract. - The merit of this paper seeks to address a mechanism for the resolution of disputes between investors and the State, such as mediation. For this purpose, we will try to clarify -within the extension allowed by this article- certain issues that may be useful, such as what to understand by mediation, its use in investment disputes, and its operation under the current ICSID rules.

Palabras claves. - Mediación - Arbitraje - Reglas CIADI - Inversiones

Keywords. - Mediation - Arbitration - ICSID Rules - Investment

* Abogado por la PUCP. Magíster en Derecho - Columbia University.

I. Introducción

¿Es posible recurrir a una mediación en una disputa de inversiones entre un Inversionista y un Estado? La respuesta es afirmativa. La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos reconocido por el CIADI y pasible de ser aplicable para solucionar controversias de inversión.

Pese a ello, rara vez se escucha que una disputa de inversiones ha sido solucionada a través de una mediación. Contrario al caso de los arbitrajes de inversión donde se conoce ampliamente el detalle de casos arbitrales donde un inversionista ha demandado a un Estado y el eventual resultado, existe muy poca información disponible con relación al uso de ese método de resolución de disputas y los alcances de su efectividad. Más aún, la falta de información sobre el uso de la mediación en disputas de inversiones ha llevado a los diversos operadores legales a considerar que la mediación no es un proceso de solución de controversias idóneo para este tipo de disputas.

A raíz de esta situación, a partir del año 2018 el CIADI comenzó a trabajar en un nuevo conjunto de reglas de mediación que actualizaran las que existían en ese momento y que tuviesen disposiciones específicamente diseñadas para diferencias relativas a inversiones, sin perjuicio de tener una mejor interrelación con las reglas de arbitraje CIADI. El objetivo no era otro que darle a los Inversionistas y Estados otras herramientas que permitan solucionar sus controversias de manera más eficiente.

El producto de este esfuerzo han sido las nuevas Reglas sobre Mediación del CIADI, las cuales se encuentran vigentes desde el 1 de julio de 2022. En ellas se han hecho una serie de importantes precisiones acerca de la forma como se lleva a cabo una mediación y el rol que el CIADI tiene en ella, e incluso se han incorporado ciertas disposiciones que amplían significativamente la posibilidad de utilizar este método de resolución de disputas.

El presente artículo presentará un panorama general sobre estas nuevas reglas y disposiciones, a fin de identificar qué ha cambiado con relación a las anteriores reglas, qué clase de disputas pueden someterse a mediación y cómo este nuevo conjunto de reglas puede mejorar sustancialmente la relación entre Estados e Inversionistas durante una situación de conflicto.

II. La mediación en el marco de las disputas de inversiones

La mediación es una forma de resolver disputas que le da a las partes un papel protagónico. El rol del mediador consiste en facilitar las negociaciones de las partes, por ejemplo, ayudando a cada parte a identificar sus intereses, superar los obstáculos al arreglo de diferencias y desarrollar con las partes posibles opciones de acuerdo. Empero, el mediador no decide los méritos legales que pudiese tener

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

el reclamo de alguna de las Partes ni tampoco tiene autoridad para determinar o imponer una decisión vinculante sobre las Partes.

La mediación es totalmente voluntaria y, por lo común, se basa en un acuerdo por escrito de mediación entre las partes. En el caso particular de las controversias en materia de inversiones, el acuerdo de las partes para mediar suele encontrarse en un contrato de inversión, un acuerdo *ad hoc* separado o en un tratado, aunque este último caso suele limitarse a tratados de tercera generación más recientes¹ y se encuentra dentro de las cláusulas denominadas "período de avenimiento" ("*amicable settlement period*") o "período de negociación previa" ("*cooling-off period*"). A modo de ejemplo, el artículo 10.15 del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica establece que "el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia [relativa a inversiones] mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación".

La lógica detrás de este proceso de mediación no es distinta a la tradicional. Las Partes mantienen control sobre el resultado de su disputa, y el (o los) tercero(s) que participan en la mediación no deciden una controversia, sino que colaboran con las Partes para alcanzar un resultado consensuado. Naturalmente, ello remueve el riesgo de tener un resultado desfavorable. Esto resulta particularmente relevante en las controversias entre inversionistas y Estados, en tanto estas últimas "suelen presentar preocupaciones respecto a la legitimidad que un tercero pudiese tener para imponer una decisión a una parte que tiene soberanía"².

La mediación, en esencia, es un acuerdo entre Partes y, como tal, puede verse dotado de ciertas características que pudiesen ser especialmente relevantes para ellas. A modo de ejemplo, es perfectamente legítimo que las Partes acuerden que el proceso de mediación e incluso su resultado sea confidencial. Ello supone una diferencia importante con el arbitraje de inversiones, dado que estos últimos suelen tener un importante componente de publicidad.

En definitiva, las partes deciden si desean celebrar un acuerdo de avenencia, y definir el alcance de dicho arreglo y sus términos. Inclusive, si las partes arriban a un avenimiento a través de la mediación, este podrá incorporarse al laudo de un tribunal de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por lo tanto, el arreglo se vería favorecido por el mecanismo simplificado de ejecución que es propio del Convenio del CIADI.

¹ "Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation". En Banco Mundial, julio 2021, pp. 1 – 11. Disponible en web: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf

² Tümpel, Hannah. Strengthening Mediation of Investor-State Dispute: An Introduction to the new ICSID Mediation Rules. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2022, Vol. 3, p. 33 y ss.

III. Sobre el uso de la mediación en materia de disputas de inversiones

Como indicamos en el acápite precedente, el acuerdo de las partes para mediar suele encontrarse en un contrato de inversión, un acuerdo *ad hoc* separado o en un tratado. Siendo que en los dos primeros casos nos encontramos ante contratos cuya publicidad suele ser limitada, nos concentraremos en identificar la forma y alcance que se le ha conferido a la mediación en los tratados de inversión.

Inicialmente los tratados de inversión de primera generación contenían disposiciones que permitían que una disputa sea resuelta a través de arbitraje o conciliación, según la elección del inversionista. Estos tratados no tenían mayores menciones a métodos alternativos de resolución de disputas, ni tampoco preveían etapas previas a la disputa. Los ejemplos más comunes sobre este tipo de tratados pueden encontrarse en aquellos suscritos por el Reino Unido u Holanda entre 1970 a 2000.

Esta tendencia ha ido cambiando en los últimos 25 años, donde gradualmente se han ido insertando mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro de las cláusulas de solución de disputas previstas en los tratados.

Hoy es posible encontrar distintos tipos de cláusulas que hagan referencia a mediación dentro de los Tratados de Inversión, siendo éstas pasibles de ser catalogadas dentro de cinco categorías distintas:

- Cláusulas con periodos de negociación y transacción de forma previa a emplear el arbitraje
- Cláusulas que expresamente permiten la mediación como mecanismo previo al arbitraje
- Cláusulas que promueven el uso de la mediación dentro del “*cooling off period*”
- Cláusulas que ordenan el uso de la mediación de forma anterior a recurrir al arbitraje
- Cláusulas que permiten mediar en cualquier momento de la disputa (las llamadas “*stand-alone mediation*”)

El primer tipo de cláusula al que hemos hecho referencia es uno de los más comunes al encontrarse en tratados suscritos a partir de 1995. En ellas se suele acordar un periodo de negociación amistosa que tendrá un rango de entre 3 meses a 2 años, y que debe concluir antes de que la disputa pueda ser sometida a arbitraje.

La mayor parte de estas cláusulas contemplan una directriz general para que las Partes efectivamente intenten resolver su disputa de forma amistosa, condicionando el inicio del arbitraje al hecho de que la disputa “no hubiera sido resuelta en el periodo de negociación amistosa”. Usualmente estas cláusulas no indican el tipo de negociación que las Partes deben seguir, es más, ni siquiera se suele exigir que las Partes efectúen acciones durante el periodo de negociación. La

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

única instrucción clara en este tipo de tratados es que el periodo de negociación amistosa efectivamente concluya.

En el caso de los Tratados suscritos por el Perú, un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el Tratado Bilateral de Inversión Perú-Reino Unido de 1993, el cual contiene una disposición que indica que:

any legal dispute (...) shall, as far as possible, be settled amicably between two parties concerned. If any such dispute cannot be settled within three months between the parties to the dispute through amicable settlement, pursuit to local remedies or otherwise, each Contracting Party hereby consents to submit to ICSID for settlement by conciliation or arbitration³.

Por su parte, el segundo tipo de cláusulas (que expresamente permiten el uso de la mediación) se encuentran cada vez con mayor frecuencia en los tratados de inversión. Habitualmente, estas incorporan disposiciones para que las Partes intenten solucionar su disputa a través de un acuerdo amistoso bien a través de (i) un procedimiento con terceros no vinculante (“*non-binding third party procedures*”) que suele hacer referencia a mediación o determinación de expertos; y, (ii) la inclusión de un consentimiento expreso y adelantado de parte del Estado a aceptar una mediación, a elección del Inversionista.

En lo que respecta a los Tratados de Inversión suscritos por el Perú, este tipo de provisiones puede encontrarse por ejemplo en el Tratado de Libre Comercio Perú-Australia del año 2020, el cual dispone textualmente que “*in the event of an investment dispute, the claimant and the respondent shall initially seek to resolve the investment dispute through consultations, which may include the use of non-binding, third party procedures, such as good offices, conciliation or mediation*”.

En tercer lugar, encontramos las cláusulas que promueven el uso de mediación. Estas cláusulas no son iguales a las reseñadas en el párrafo precedente, dado que sus disposiciones no indican que las partes “podrán” (*may*) acordar ir a un arbitraje, sino que establecen que las Partes “deberán” (*shall*) cumplir con ciertos pasos previos si pretenden iniciar una disputa a través de arbitraje. En ellas no solo se contempla un periodo para negociar, sino que se suele ordenar que las negociaciones “den inicio” en una cierta cantidad de días luego de remitirse la notificación de intención de disputa.

Finalmente, las cláusulas que ordenan emplear la mediación de forma expresa son escasas y poco comunes. Dentro de la investigación realizada para la preparación del presente trabajo no se ha podido identificar que el Perú hubiera suscrito algún tratado que contenga provisiones de esta naturaleza.

³ Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Reino Unido, artículo 10 (1993)

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

Usualmente, estas cláusulas establecen que “las Partes deberán buscar la asistencia de un mediador para resolver disputas durante el *cooling-off period*”. Un ejemplo de este tipo de redacción puede encontrarse en el Acuerdo de Inversión de COMESA del año 2007.

En conclusión, los Tratados de Inversión más recientes contienen disposiciones cada vez más vinculantes con relación al uso de la mediación como mecanismo para resolver amistosamente una disputa. En estos casos habrá que tener especial cuidado con el periodo de enfriamiento, ya que no bastará con que el mismo transcurra, sino que se requerirá que las Partes desplieguen acciones efectivas para intentar llegar a un acuerdo negociado durante el mismo.

IV. ¿Cómo se lleva a cabo un proceso de mediación bajo las actuales reglas del CIADI?

Como puede apreciarse de la revisión de las cláusulas previstas en los tratados de inversión, la mayor parte de los tratados (por no animarnos a decir que todos ellos) que contemplan la posibilidad de recurrir a una mediación u obligan a hacer uso de ella no contienen reglas expresas sobre la forma en la que dicha mediación debe llevarse a cabo. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, donde las Partes suelen acordar el uso de un reglamento institucional, la mediación no contempla las reglas procedimentales que las partes pueden emplear.

Naturalmente, ello representa una complejidad adicional dentro del propio proceso de mediación, dado que las Partes previamente deberán ponerse de acuerdo en las reglas de la propia mediación y la forma en la que realizarán ciertas actividades especialmente sensibles, como por ejemplo el nombramiento del mediador.

Precisamente por ello es que las actuales reglas CIADI presentan una excelente oportunidad para que las Partes disminuyan considerablemente la barrera de entrada a una eventual mediación y puedan concentrar sus esfuerzos en ponerse de acuerdo sobre los aspectos comerciales o legales en disputa.

El proceso de mediación bajo el CIADI está disponible para todos los Estados e inversionistas y, de hecho, no requiere que las partes tengan un nexo con el CIADI (por ejemplo, membresía) ni tampoco se exigen requisitos específicos de nacionalidad, a diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes de inversión

El proceso de mediación inicia con un acuerdo para mediar, el cual puede haber sido celebrado de forma anterior al inicio de la disputa o una vez ésta haya dado inicio. Una vez que las Partes hayan acordado mediar (lo que puede ocurrir con o sin la asistencia de la secretaría del CIADI), éstas deberán presentar una petición de mediación, la cual deberá ser registrada por el CIADI.

La razón por la que se suele exigir que el proceso de inicio con una petición de mediación escrita se debe al uso regular de la llamada “*written notice of dispute*” en

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

las disputas de inversión. Hay diferentes aproximaciones acerca de si esta notificación debe contener únicamente una referencia general a la existencia de la disputa o si requiere indicar que se está iniciando un procedimiento de solución de disputas en sentido estricto. Algunos Tratados como el Tratado de Libre Comercio Centro América-Corea del Sur de 2018⁴ contemplan un fraseo como “la disputa deberá ser notificada remitiendo una nota de disputa por escrito”. Otros como el Tratado de Libre Comercio China-Nueva Zelanda de 2008⁵ establecen que la notificación “debe contener una solicitud de realizar consultas y negociaciones”. Esta última fórmula ha venido siendo adoptada recientemente por el Perú, como puede observarse por ejemplo en el Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Australia de 2020.⁶ Finalmente, existen ciertos tratados como el Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Japón⁷ que directamente dirigen a las Partes a iniciar un procedimiento de solución de disputas, sin exigirse que intenten solucionar las mismas con tratativas previas de forma amical.

La mayor parte de los tratados anteriormente indicados contiene una disposición denominada “*without prejudice*”. Esta previsión se incluye para que las Partes puedan negociar con la tranquilidad de no renunciar a determinados derechos. A título de ejemplo, esta disposición suele ser empleada y entendida como una declaración bajo la cual un Estado no renuncia a una eventual objeción jurisdiccional en un futuro arbitraje, o que el intento de someter la disputa a un mecanismo de resolución de disputas alternativo no suponga que ninguna de las Partes se encuentre renunciando a las posiciones legales que hubieran presentado en otros foros paralelos.

Tras notificarse la intención de someter una controversia a disputa, el mediador deberá ser escogido bien sea por designación bajo acuerdo de las Partes o por la Secretaría del CIADI a solicitud de las partes. Este último caso suele ser el habitual en el caso de que las Partes no logren ponerse de acuerdo sobre el mediador.

Como regla general, las disposiciones de CIADI exigen que el mediador sea independiente e imparcial. Si bien también se ha previsto que las Partes puedan acordar que el mediador “cuenta con las cualificaciones y *expertise* necesarias” para el encargo, lo cierto es que el detalle sobre el alcance de estas cualificaciones es escaso. Se ha dejado esa determinación al criterio de las propias Partes.

Una vez el mediador ha sido designado, las Partes deberán presentar por escrito su posición inicial con relación a la disputa y las posibles reglas a ser aplicadas durante el proceso de mediación. Es solo a partir de este momento que el mediador determinará conjuntamente con las Partes las reglas base del proceso de mediación, a la cual se le suele llamar “Protocolo de Mediación”.

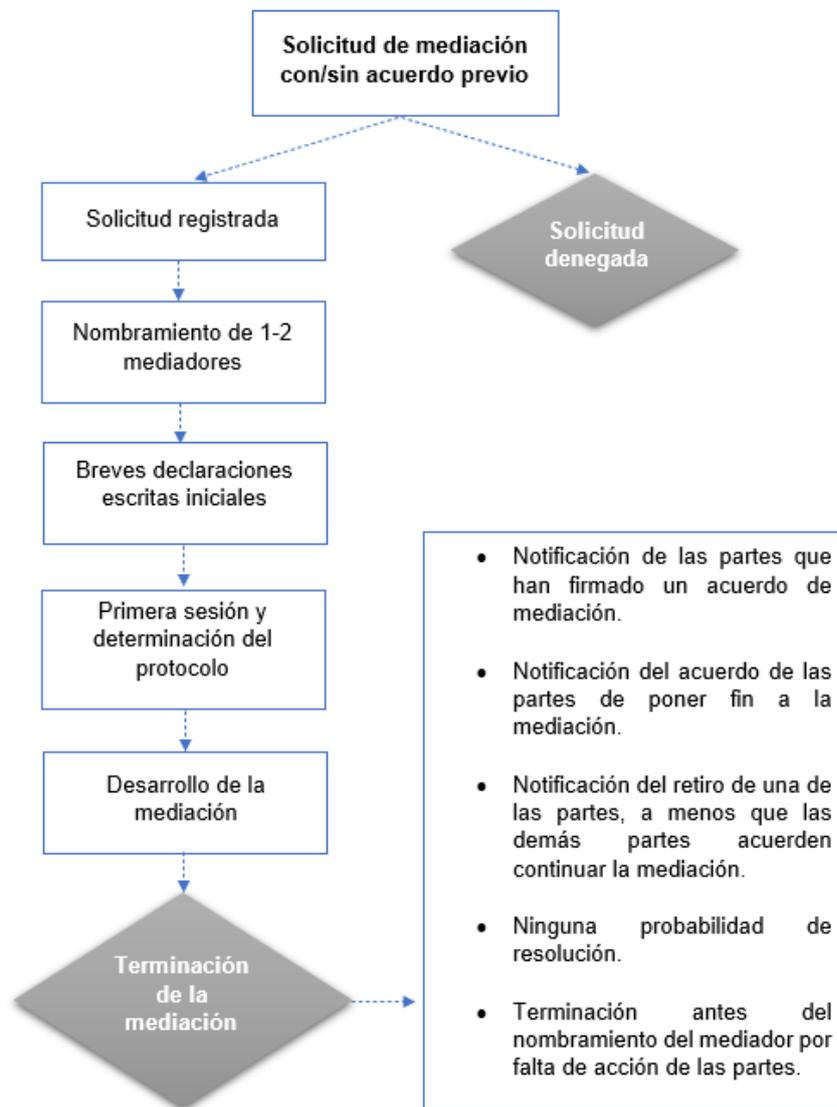
⁴ Tratado de Libre Comercio Centro América-Corea del Sur, artículo 9.16 (2018)

⁵ Tratado de Libre Comercio China-Nueva Zelanda, capítulo 11, artículo 152 (2008)

⁶ Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Australia, artículo 8.19(2) (2020)

⁷ Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Japón, artículo 25(3) (2018)

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas



(Fuente: Flujograma del proceso de mediación bajo las Reglas de Mediación CIADI 2022)

V. ¿Cuáles son los principales aportes de las nuevas reglas CIADI?

Un primer aspecto clave de las nuevas Reglas de Mediación CIADI radica en la amplitud de sujetos que pueden utilizarlas. Éstas no contienen un requisito de “nacionalidad extranjera” para con los inversionistas. Lo anterior supone que este conjunto de reglas podría ser utilizado para disputas que un Estado tenga con sus inversionistas co-nacionales. Y tampoco se exige que los Estados deban ser miembros o encontrarse adscritos a la Convención CIADI. Esto es especialmente relevante para aquellos casos que involucran a entidades locales que son controladas por empresas extranjeras.

Otro aspecto relevante de las Reglas de Mediación CIADI es su amplia flexibilidad. Existen diversas disposiciones de las reglas que permiten que las Partes puedan adaptar el procedimiento como mejor les resulte conveniente, al punto de que

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

incluso las Partes pueden retirar su participación del proceso en cualquier momento del mismo. Concretamente, la provisión 3(2) de las Reglas faculta a que las Partes “puedan acordar modificar la aplicación de cualquiera de estas reglas con excepción de las Reglas 1-7”. Debe notarse, además, que las Reglas han sido diseñadas para ser directas y simples, a fin de no tener un procedimiento engorroso o restrictivo para las Partes.

Por otra parte, las nuevas Reglas de Mediación CIADI facultan a iniciar un procedimiento de mediación incluso si no existe acuerdo previo por escrito para someter la disputa a mediación. Concretamente, la regla 6 del referido reglamento permite que una parte pueda remitir una ‘oferta’ de mediación a la otra bajo las Reglas de Mediación del CIADI, en cuyo caso la Secretaría General del CIADI deberá “invitar a la otra parte a informar si acepta la oferta de mediación” (Regla 6(2)(c)).

Esta es una de las principales innovaciones del Reglamento de Mediación CIADI, ya que anteriormente las reglas no otorgaban a las Partes la opción de presentar una solicitud para mediar si previamente no existía un acuerdo por escrito para ello.

Sumado a lo anterior, el Reglamento de Mediación CIADI también contiene reglas específicas vinculadas al tratamiento de confidencialidad que tendrá el proceso. Así, las reglas se pronuncian respecto al tratamiento confidencial que tendrá la información y documentos presentados durante el procedimiento e indican a su vez las excepciones que existen sobre este tratamiento confidencial. Debe notarse, a su vez, que la existencia de la mediación en sí misma no será confidencial (regla 9(1)(a)), hecho que nos parece saludable especialmente para efectos de contar con una mejor estadística sobre los casos que efectivamente han sido sometidos a mediación al amparo de las reglas CIADI.

Finalmente, las reglas han incorporado diversas provisiones vinculadas a las calificaciones del mediador y a la forma en la que éste es designado o eventualmente removido del encargo. Se ha optado por darle a las Partes una discrecionalidad muy amplia sobre las calificaciones que el mediador debe tener. Este punto, si bien nos parece razonable, pudo estar acompañado de una lista creada por el propio CIADI con mediadores registrados, a fin de darle a las Partes una mejor plataforma para que éstas escojan el perfil más idóneo.

VI. Comentarios finales

La inclusión de nuevas reglas de mediación por parte del CIADI busca atender el creciente uso de cláusulas de solución de disputas que incorporan a la mediación como un paso previo para el inicio de un arbitraje. Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, cada vez más tratados de inversión contemplan el uso de la mediación, y es natural que el CIADI tenga una especial preocupación en dotar a las Partes de reglas procedimentales claras y adecuadas para ello, más aún cuando

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

los tratados no suelen incorporar reglas procedimentales para llevar a cabo la mediación.

En nuestra opinión, el principal acierto del CIADI ha sido reducir los costos de transacción que las Partes tenían para utilizar la mediación como fórmula para resolver sus disputas. El nuevo Reglamento de Mediación del CIADI otorga una serie de reglas imparciales y diseñadas de forma específica para las disputas de inversión, lo que lleva a que las Partes no tengan que gastar tiempo y recursos para ponerse de acuerdo sobre cada una de las pautas que guiará la mediación. De ese modo podrán destinar esos recursos exclusivamente a la solución de la disputa de fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la opinión de que el éxito de este mecanismo de solución de disputas está muy ligado al *expertise* de aquella persona que es designada como mediador. A nuestro juicio, el verdadero rol del mediador no consiste en “acercar” las posiciones de las Partes, sino ayudarlas a identificar aquellos elementos en su posición que carecen de sustento real y/o que no llegarían a persuadir a un Tribunal Arbitral internacional en caso se deba recurrir al arbitraje. En otras palabras, el mediador debe ayudar a que las Partes “sinceren” sus posiciones y expectativas de cara a la controversia que se pretende solucionar de forma negociada.

Naturalmente, lo anterior supone que el mediador sea una persona especialmente calificada para esta tarea, con amplia experiencia en disputas de inversión y conocimiento sobre la industria específica sobre la que versa la disputa. Por ello, somos de la opinión que el excelente set de reglas diseñado por el CIADI debe ir acompañado de un registro de mediadores impulsado por el propio CIADI, el cual publicite de forma adecuada la experiencia profesional que dichos mediadores tienen en la solución de diversas disputas de inversión.

Lo anterior no debe llevarnos a dejar de lado este interesante mecanismo de resolución de disputas, especialmente si los inversionistas identifican potenciales oportunidades de llegar a un acuerdo negociado.