



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

RECLAMACIONES DE ESTADOS EN CONTRA DE INVERSIONISTAS EN
ARBITRAJES AL AMPARO DEL CONVENIO DEL CIADI

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
ALEJANDRO REBOLLO ORNELAS

ASESOR:
DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR
SCE/04/11.12.2023**

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E**

El alumno **ALEJANDRO REBOLLO ORNELAS** con número de cuenta **417051105** inscrita en el Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **“RECLAMACIONES DE ESTADOS EN CONTRA DE INVERSIONISTAS EN ARBITRAJES AL AMPARO DEL CONVENIO DEL CIADI”**, dirigida por el **DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ**, investigación que una vez revisada por quien suscribe, se aprobó por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes, y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 8º fracción V del reglamento de Seminarios, 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, le agradeceré se sirva girar sus finas instrucciones a fin de ver realizados los trámites correspondientes, tendientes a la celebración del examen profesional del alumno en mención.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquél en que le sea entregado el presente oficio, con la aclaración de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente, si el trabajo recepcional conserve su actualidad y en caso contrario hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaría General de la Facultad.

Atentamente,
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, a 11 de diciembre de 2023



**DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR**



**PROTESTA UNIVERSITARIA DE INTEGRIDAD Y
HONESTIDAD ACADÉMICA Y PROFESIONAL
(Titulación con trabajo escrito)**



De conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, fracción V, del Estatuto General, 68, primer párrafo, del Reglamento General de Estudios Universitarios y 26, fracción I, y 35 del Reglamento General de Exámenes, me comprometo en todo tiempo honrar a la institución y a cumplir con los principios establecidos en el Código de ética de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente con los de integridad y honestidad académica.

De acuerdo con lo anterior, manifiesto que el trabajo escrito titulado RECLAMACIONES DE ESTADOS EN CONTRA DE INVERSIONISTAS EN ARBITRAJES AL AMPARO DEL CONVENIO DEL CIADI

que presenté para obtener el título de Licenciatura en Derecho es original, de mi autoría y lo realice con el rigor metodológico exigido por la Facultad de Derecho, citando las fuentes de ideas, textos, imágenes, gráficos u otro tipo de obras empleadas para su desarrollo.

En consecuencia, acepto que la falta de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y normativas de la Universidad, en particular las ya referidas en el Código de Ética, llevará a la nulidad de los actos de carácter académico administrativo del proceso de titulación.

Atentamente

Alejandro Rebollo Ornelas. 917051105
(Nombre completo, firma y número de cuenta)



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR
OFICIO FDER/SCE/002
ASUNTO: Análisis de coincidencias

DRA. SONIA VENEGAS ÁLVAREZ
SECRETARIA GENERAL DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
P R E S E N T E

Por este conducto le informo que el trabajo de investigación titulado **“RECLAMACIONES DE ESTADOS EN CONTRA DE INVERSIONISTAS EN ARBITRAJES AL AMPARO DEL CONVENIO DEL CIADI”**, elaborado por el alumno **ALEJANDRO REBOLLO ORNELAS**, con número de cuenta **417051105**, bajo la asesoría del **DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ** se sometió al proceso de identificación de coincidencias a través de la herramienta que, para tal efecto, fue aprobada por el H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho en sesión ordinaria del 5 de diciembre de 2023, de conformidad con las reformas y adiciones al Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, aprobadas por el H. Consejo Universitario el 30 de marzo de 2023 en materia de integridad y honestidad académica y profesional. Como resultado de este análisis, este trabajo de investigación arrojó un **14% (catorce por ciento)** de coincidencias en el índice de similitud. Dichas coincidencias, sin embargo, corresponden fundamentalmente a nombres de instituciones, ordenamientos jurídicos, hipervínculos o denominaciones de revistas u otras publicaciones que pueden aparecer en documentos que se encuentran en la red, pero no evidencian una falta de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y normativas de la Universidad, en particular las referidas en el Código de Ética. Se acompaña al presente la carátula del Informe de Similitud respectivo.

Sin más por el momento, saludos cordiales.

Atentamente,
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, a 24 de enero de 2024



DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

A la Facultad de Derecho.

A mis profesores, amigos y compañeros.

A la memoria de mi padre José Luis, y a mi madre María Soledad.

A mi hermano José Luis.

A mi abuelo Manuel.

A Alondra.

A Fely.

A la DGCJCI.

ÍNDICE

ÍNDICE	i
ABREVIATURAS	iv
LISTA DE ILUSTRACIONES Y TABLAS	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES.....	7
A. Historia general del CIADI.....	7
1. Primeros intentos internacionales (1960-1965).....	8
a. ONU (1960-1962).....	9
b. OCDE (1962).....	10
c. Proyecto al interior del Banco Mundial	12
2. Primeros años de desarrollo del CIADI.....	21
B. El CIADI en la actualidad.....	23
1. Estructura actual del CIADI	26
a. Consejo Administrativo	26
b. Secretariado.....	26
C. Desarrollo general de un arbitraje inversionista Estado al amparo del Convenio del CIADI	28
1. Arbitraje y generalidades del arbitraje CIADI	29
a. Inicio del arbitraje.....	30
b. Constitución del Tribunal	33
c. Primera resolución procesal	38
d. Desarrollo del procedimiento.....	40
e. Procedimientos especiales	43
f. Conclusión del procedimiento y emisión del laudo	50
g. Suspensión o discontinuación del arbitraje	53
CAPÍTULO II: JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD EN EL CONVENIO DEL CIADI	55
A. Jurisdicción	55
1. Jurisdicción <i>Ratione Materiae</i>	57
a. Diferencia	58
b. Jurídica.....	59
c. Inversión	60
d. Nexo causal entre la controversia y la inversión.....	69
2. Jurisdicción <i>Ratione Personae</i>	70
a. Nacional de un Estado Contratante	71
b. Estado Contratante	77
3. Jurisdicción <i>Ratione Voluntatis</i>	80
a. Consentimiento del Nacional de un Estado Contratante	83
b. Consentimiento del Estado Contratante	84
c. Apunte general	92

d. Cuestiones de temporalidad del consentimiento	92
D. Admisibilidad	95
E. <i>Compétence de la compétence</i>	97
CAPÍTULO III: ARBITRAJE BASADO EN CONTRATOS	99
A. Contratos entre Estados e inversionistas	99
1. Tipos de contratos	101
a. Contrato de concesión.....	101
b. Contrato de reparto en la producción	102
c. Contrato de gestión.....	103
d. Contrato de prestación servicios.....	103
e. Contratos llave en mano.....	104
f. <i>Joint Venture</i>	104
g. Contrato de construcción, explotación y transferencia.....	105
2. Panorama general de una relación contractual	108
a. Partes en la relación contractual	108
b. Cláusulas de solución de controversias	110
c. Derecho aplicable.....	111
d. Derechos y obligaciones de las Partes	114
B. Presentación de una reclamación directa	114
1. Jurisdicción.....	115
a. Consentimiento de las partes a arbitrar	115
2. Solicitud de arbitraje.....	116
3. Requisitos de una reclamación	117
4. Análisis de las reclamaciones presentadas por Estados.....	117
a. <i>Gabon v. Soci�te Serete S.A.</i>	118
b. <i>Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited</i>	118
c. <i>Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others</i>	120
d. <i>La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.</i>	126
C. Reclamaciones en reconvencción	127
1. Regulación especial en el CIADI.....	128
a. Jurisdicción	129
b. Admisibilidad.....	130
c. Ejemplos notables.....	132
CAPÍTULO IV: ARBITRAJE BASADO EN TRATADOS INTERNACIONALES 138	
A. Generalidades	138
B. Jurisdicción	139
C. Reclamación directa.....	139
1. Lenguaje del tratado con relación a la posibilidad del Estado de presentar una reclamación.....	140
a. Posibilidad expresa.....	140
b. Posibilidad implícita.....	141
c. Prohibición implícita	141

2.	Consentimiento de las Partes	142
a.	Consentimiento del Estado	142
b.	Consentimiento del inversionista	143
3.	Obligaciones	143
a.	Del Estado.....	144
b.	Del inversionista.....	162
4.	<i>Ius standi</i>	171
D.	Reclamaciones en reconvención	172
1.	Momento procesal oportuno.....	172
2.	Conexión legal y fáctica con la reclamación original	172
3.	Consentimiento para arbitrar reconvenciones.....	174
a.	Consentimiento del Estado	174
b.	Consentimiento del inversionista	174
4.	Lenguaje del All con relación a la posibilidad del Estado de presentar una reclamación.....	176
a.	Posibilidad expresa.....	176
b.	Prohibición parcial	177
	CONCLUSIONES	188
	PROPUESTAS.....	191
	FUENTES DE INFORMACIÓN	192

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
AIF	Asociación Internacional de Fomento.
AII	Acuerdos Internacionales de Inversión.
APPRI s	Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.
BIRF o Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.
Burlington	Burlington Resources Inc.
CFI	Corporación Financiera Internacional.
CIADI o Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Convenio del CIADI o Convenio de Washington	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
CPA	Corte Permanente de Arbitraje.
Documento de Trabajo	Documento de Trabajo de Diferencias entre Estados y nacionales de Otros Estados.
DR-CAFTA	Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos – República Dominicana.
ECOSOC	Comisión sobre Asuntos Económicos y Empleo del Consejo Económico y Social.
EHC	Egyptian Hotels Company.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
IBA	International Bar Association.
ICC	<i>International Chamber of Commerce.</i>
IPTL	Independent Power Tanzania Limited.
LCIA	<i>London Court of International Arbitration.</i>
MIGA	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.
NMF	Trato de Nación más Favorecida.
NMT	Nivel Mínimo de Trato.
OCDE	Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económicos.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
p.	Página.
PPA	Power Purchase Agreement.
Perenco	Perenco Ecuador Limited.

Petroecuador	Petróleos del Ecuador.
PSP	Protección y Seguridad Plenas.
PT KPC	PT Kaltim Prima Coal.
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.
Reglas de Conciliación	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación.
Reglas de Iniciación	Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.
Sangatta	Sangatta Holdings Limited.
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce.</i>
TANESCO	Tanzania Electric Supply Company Limited.
TBI	Tratado Bilateral de Inversión.
TIPAT	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.
TJE	Trato Justo y Equitativo.
TLC	Tratado de Libre Comercio.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
T-MEC	Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá.
TN	Trato Nacional.
¶	Párrafo.
§	Sección.

LISTA DE ILUSTRACIONES Y TABLAS

Ilustración/tabla	Nombre
Ilustración 1	Estructura actual del CIADI.
Tabla 1	Comparación de contratos Estado.
Tabla 2	Ventajas para los inversionistas de las cláusulas de estabilización y para la renegociación.

INTRODUCCIÓN

El Derecho es un cuerpo normativo compuesto por una plétora de preceptos imperativo-atributivos, los cuales han sido instrumentalizados por el ser humano. Esto denota que se trata de un elemento inseparable e insoslayable de cualquier actividad humana.

Así, es claro que una de las tantas funciones de esta tan importante rama de estudios es la regulación de actos y situaciones que tienen injerencia y relevancia en la sociedad.

Evidentemente, el Derecho norma diferentes actividades económicas, y, no es ninguna sorpresa que, dentro de éstas se encuentre la inversión extranjera, en donde esta área del conocimiento funge una tarea importante.

En efecto, la inversión extranjera representa para los países una fuente importante de recursos que resulta benéfica para el Estado que la recibe, razón por la cual es menester normarlas.

En la esfera internacional esto sucede mediante diversos instrumentos jurídicos, principalmente tratados bilaterales o multilaterales de inversión, así como tratados de libre comercio en cuyo contenido se encuentra un capítulo de inversión (en conjunto, Acuerdos Internacionales de Inversión, o AII), los cuales forman parte del denominado Derecho Internacional de las Inversiones, el cual es un campo especializado dentro del Derecho Internacional. Así, los AII buscan, en términos generales, promover y proteger las inversiones extranjeras, pero, no por ello dejan de regularlas.

En este sentido, es posible afirmar la existencia de una relación simbiótica entre el Derecho y las inversiones extranjeras, cuyo binomio se presenta con un vínculo indisoluble, por su alto grado de conexión.

Por ejemplo, el Derecho puede regular en las inversiones extranjeras el establecimiento o adquisición, desarrollo, incremento, disminución, fomento, terminación, entre otras; pero más importante para esta investigación, la denominada protección de las inversiones extranjeras.

Como parte de ésta surgen los arbitrajes de inversión. Específicamente, estos se crean como una alternativa a la protección diplomática de los Estados a sus nacionales en otros países.

En virtud de estos mecanismos de solución de controversias se le permitió a personas físicas o jurídicas presentar reclamaciones directas en contra de un Estado, cuando se estimara que este ente adoptó una medida que afectó sus inversiones. Lo anterior, sin la necesidad de recurrir al Estado del cual es nacional para solicitar su protección. Esto, sin lugar a dudas, sería el epítome del binomio Derecho e inversión en la protección de las inversiones extranjeras.

El alcance de esta protección fue ampliado por la proliferación de la entrada en vigor de AII, esto, por una reacción directa entre el crecimiento de las relaciones comerciales y de inversión ante la globalización, y el fomento de preceptos imperativo-atributivos de Estados e inversionistas en estos instrumentos que buscaban proporcionar a ambos sujetos un foro internacional neutro en donde pudiesen solucionar sus reclamaciones en materia de inversión, pues, cabe recalcar que la protección buscada para los inversionistas evidentemente no supone que se pretenda darles inmunidad en contra de violaciones al marco jurídico del Estado anfitrión.

No obstante, en la práctica, tal y como se describe en este estudio, es evidente que las reclamaciones son preponderantemente iniciadas por inversionistas extranjeros en contra de Estados, por lo que, se podría suscribir la idea generalmente aceptada según la cual el Estado sería la perpetua parte demandada en arbitrajes de inversión. Esto, a la luz de los datos actuales, demuestra que este sistema es altamente asimétrico y desproporcional respecto a

la cantidad de reclamaciones presentadas por inversionistas *vis-à-vis* aquellas presentadas por Estados.

Lo anterior cobra aún más relevancia si se considera que los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado se han convertido, en muchos casos, en una actividad lucrativa, más que en una manera de indemnizar a inversionistas por afectaciones generadas por Estados a sus inversiones.

Por ello, cabe plantear la pregunta de si, en realidad, un Estado puede presentar una reclamación en contra de un inversionista, y si es así, en qué casos; estas respuestas son el objetivo general de esta investigación. En este orden de ideas, esta tesis tiene como hipótesis general que es jurídicamente viable que un Estado presente una demanda directa o reconvenzional en contra de un inversionista en un arbitraje de inversión bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio de Washington).

En opinión del suscrito,¹ la gran mayoría de los trabajos académicos sobre el tema concluyen que es imposible que un Estado presente una reclamación directa o indirecta en contra de un inversionista en un arbitraje inversionista-Estado, y aquellos que proponen una postura en contrario determinan que se trata de algo casi imposible y que no podría suceder, para concluir que bajo las reglas actuales es necesario realizar reformas estructurales al sistema de arbitrajes de inversión.

Si bien, es posible que exista la necesidad de reformar el sistema, este estudio se presenta como un análisis para determinar si, bajo las reglas actuales, es posible que un Estado, en un arbitraje al amparo del Convenio del CIADI, presente una reclamación directa o indirecta en contra de inversionistas; y, de ser el caso, qué condiciones se deberían de reunir para que esto sucediera.

¹ Debo recalcar que las opiniones vertidas en el presente trabajo son emitidas exclusivamente en carácter personal del sustentante, quien es actualmente funcionario público, y se presentan únicamente con fines académicos, por lo que no necesariamente representan la postura de la Secretaría de Economía o del Estado mexicano.

Es por esto que mi investigación comprende cuatro capítulos (cada uno de ellos con objetivos específicos) que buscan abordar más a detalle esta relación entre el Derecho y la inversión, particularmente por lo que hace al arbitraje de inversión, los cuales se describen a continuación.

El primero de ellos dedicado a cuestiones preliminares, cuyo objetivo es presentar los elementos necesarios para tener un mejor entendimiento contextual de la materia objeto de análisis, e histórico respecto al Convenio de Washington. Como se deduce de esta explicación, en éste se utiliza, entre otros, el método pluridisciplinario, específicamente mediante la comparación y análisis histórico de diversos instrumentos jurídicos relevantes en la creación del Derecho Internacional de las Inversiones, y el desarrollo temporal en la negociación del Convenio del CIADI. La hipótesis específica de éste es señalar que, desde la concepción del Convenio de Washington se preveía la posibilidad jurídica de los Estados de presentar reclamaciones tanto directas como indirectas en contra de inversionistas al amparo de este tratado internacional.

El segundo Capítulo tiene como objetivo explicar la piedra angular del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o Centro), la jurisdicción, la cual es elemental para el ejercicio juzgador del tribunal que dirima un arbitraje de inversión. El desarrollo del Capítulo se realiza a través del método analítico, al efectuar una disección del Artículo 25 del Convenio de Washington para estudiar cada uno de sus elementos, y así entender la naturaleza de la jurisdicción del Centro. En éste se plantea la hipótesis de que, para que un tribunal establecido en virtud del Convenio del CIADI tenga jurisdicción, se deben cumplir con los requisitos jurisdiccionales del Capítulo II de este instrumento jurídico internacional, principalmente los previstos en el Artículo 25.

Posteriormente, en el tercer Capítulo, se presenta como objetivo estudiar la posibilidad de que un Estado demande directa e indirectamente a un inversionista en un arbitraje de inversión cuando el instrumento jurídico base de la acción es un contrato. Esto se lleva a cabo principalmente utilizando el método analítico,

estudiando y presentando un panorama general de una relación contractual entre un Estado soberano y un inversionista. Como hipótesis específica de este Capítulo se propone que, en contratos de inversión entre un Estado y un inversionista, esta entidad pública está facultada jurídicamente para presentar reclamaciones en contra de un inversionista.

El último Capítulo tiene como objetivo específico examinar la posibilidad legal de que un Estado demande directa o indirectamente a un inversionista en un arbitraje de inversión al amparo de un AI. En éste se utiliza el método analítico al realizar un estudio de diferentes redacciones utilizadas en tratados internacionales respecto a la presentación de reclamaciones por Estados en contra de inversionistas, en diferentes disposiciones relevantes contenidas en tratados internacionales. Al igual que en el Capítulo anterior, la hipótesis presentada es que los Estados pueden presentar reclamaciones en contra de inversionistas en arbitrajes de inversión, pero en este caso, bajo un AI.

Finalmente, en el apartado de Conclusiones se recogen los resultados del presente estudio.

Vale la pena aclarar que, este trabajo no pretende realizar una evaluación exhaustiva de todo el universo de AI, ni de contratos entre inversionistas y Estados en todas las jurisdicciones, sino, únicamente, exponer los requisitos que deberían cumplirse para que un Estado pueda presentar una demanda inicial o una reconvencción que sea susceptible de prosperar jurídicamente.

Asimismo, este análisis se circunscribe a arbitrajes internacionales iniciados al amparo del Convenio del CIADI, y no analiza otros reglamentos arbitrales. Sin embargo, es probable que las conclusiones sean aplicables a los demás casos ya que, de manera general estos no incluyen requisitos adicionales a los previstos en el marco del CIADI.

Así, mi investigación pretende no sólo sentar las bases necesarias para que el lector tenga un entendimiento general del Derecho Internacional de las

Inversiones en el marco del CIADI, sino, a su vez, brindar una perspectiva diferente sobre la posibilidad jurídica de que Estados presenten reclamaciones en contra de inversionistas en arbitrajes de inversión al amparo del Convenio de Washington.

CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo principal de este Capítulo es presentar los elementos necesarios para tener un mejor entendimiento contextual de la materia objeto de análisis e histórico respecto al Convenio de Washington.

Este Capítulo tiene como objetivos específicos:

- explicar los antecedentes internacionales más importantes para la creación del Convenio del CIADI;
- exponer el desarrollo en la redacción del Convenio de Washington;
- conocer la relevancia actual del CIADI en la solución de controversias inversionista-Estado;
- describir las generalidades de un arbitraje; y
- exponer de manera general el desarrollo de un arbitraje de inversión bajo el Convenio del CIADI.

Por su parte, la pregunta de investigación es: ¿se previó durante la negociación del Convenio del Washington la posibilidad para que Estados presentaran reclamaciones en contra de inversionistas al amparo de este tratado internacional? Para ello, la hipótesis del Capítulo I es que, desde la concepción del Convenio del CIADI se tenía previsto la posibilidad jurídica de los Estados de presentar reclamaciones tanto directas como indirectas en contra de inversionistas al amparo de este instrumento jurídico.

A. Historia general del CIADI

El CIADI es un organismo internacional con personalidad jurídica internacional, que forma parte del Grupo del Banco Mundial, el cual es conformado, además, por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF, o más comúnmente llamado Banco Mundial), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la

Corporación Financiera Internacional (CFI), y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

El principal objetivo del CIADI es, como su nombre lo indica, proveer ciertas facilidades para la solución de diferencias relativas a la inversión entre Estados y nacionales de otro Estado, a través de la conciliación y el arbitraje. En efecto, el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio del CIADI indica que este tiene por objeto:

[F]acilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

De esta forma, la comunidad internacional a través del Grupo del Banco Mundial pretende promover, una mayor inversión extranjera entre los países miembros, así como desarrollo económico mediante la cooperación internacional, tal y como lo señala el preámbulo del Convenio del CIADI.

Por esta razón, en esta investigación se realiza un análisis general, incluyendo un análisis histórico, de este organismo internacional que ha fungido como un foro crucial para la solución de controversias en materia de inversiones, como se explicará a continuación.

1. Primeros intentos internacionales (1960-1965)

Los arbitrajes de inversión surgen como una alternativa a la protección diplomática y el inicio de procedimientos Estado-Estado para solucionar diferencias meramente entre un inversionista y un Estado anfitrión.

Específicamente, en la década de los sesenta, con miras a eliminar la incertidumbre jurídica, los riesgos en las inversiones en otro país y, en general, los obstáculos que enfrentaban los inversionistas extranjeros, particularmente derivado

de la reciente independencia de algunos países,² se buscó la creación de un instrumento jurídico que diera respuesta a estas preocupaciones.

Esto suponía una opción novedosa, pues se buscaba que la reclamación del inversionista dependiera enteramente de él y que no estuviera sujeta a la consideración política del Estado del cual es nacional.³ En otras palabras, se le reconocería a un inversionista un derecho de acción autónomo.

Eventualmente, el Centro se concretó después de diversos intentos fallidos y tras realizar análisis detallados en el seno de otros organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económicos (OCDE), y la entonces Comisión sobre Asuntos Económicos y Empleo del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU). A continuación, se presenta un breve resumen de los intentos más sobresalientes.

a. ONU (1960-1962)

Por lo que hace a la ONU, derivado de la resolución 1318 (XIII) de la Asamblea General, del 10 de diciembre de 1958, su entonces Secretario General, Dag Hammarskjöld, presentó en 1960 un informe general respecto a la promoción de los flujos internacionales de capital privado (actualizado un par de años más tarde), analizando, entre otras cuestiones, el proyecto de la OCDE, y en sus

² ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. I, p 3. Ver también Declaración 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales), la cual reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, y el derecho a la independencia de los pueblos.

³ Ver, por ejemplo, Partasides, Constantine, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 444. Recordemos que, bajo Derecho Internacional, el inicio de una controversia para garantizar la protección diplomática es un derecho exclusivo de los Estados. Ver *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Judgment of 30 August 1924, P.C.I.J. Reports 1924, Series A, No 2, ¶ 21.

actualizaciones, el esfuerzo del Banco Mundial; los cuales se abordarán en las siguientes Secciones.

En dicho informe, además de detallar el estado del intercambio de inversiones a nivel internacional, se hizo notar la necesidad de contar con un mecanismo para la solución de disputas de inversionistas extranjeros con Estados.

Los hallazgos de dichos informes fueron posteriormente incorporados a la Resolución 1803, relativa a la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales en su territorio, de la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1962. En ella se reconoció la importancia, y posibilidad de que Estados soberanos y otras partes interesadas (nacionales de otro Estado) acordaran dirimir mediante arbitraje o a través de un mecanismo judicial internacional las diferencias respecto a la expropiación. Una observación que sigue vigente hasta nuestros días, y que incluso cada vez cobra más relevancia.

b. OCDE (1962)

Por su parte, al interior de la OCDE, también se llevó a cabo un proyecto relevante al cual vale la pena hacer mención.

Este documento fue el Proyecto de Convenio sobre la Protección de la Propiedad Extranjera o *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* de 1962.

Este documento tuvo como base el Proyecto de Convenio sobre Inversiones en el Extranjero (*Abs-Shawcross Draft Convention*), el cual ya en el párrafo 2 de su Artículo VII, señalaba la posibilidad de que nacionales de alguna de las Partes del convenio pudieran instituir un procedimiento arbitral en contra de una Parte que hubiere adoptado una medida violatoria a la convención que perjudicara a esta persona.

El Proyecto de Convenio de la OCDE, por su parte, se centraba en asegurar un cierto estándar en el trato de los Estados contratantes hacia la propiedad de nacionales de otras Partes contratantes, como por ejemplo, estableciendo obligaciones referentes a las condiciones en las que se deberían de llevar a cabo expropiaciones; presentando una especie de cláusula paraguas con relación a los acuerdos que un Estado pudiera tener con un nacional de otro Estado contratante; asimismo, se presentaban recomendaciones respecto a la libre transferencia de fondos.

No obstante lo anterior, al igual que en el caso del Proyecto de Convenio *Abs-Shawcross*, este instrumento jurídico preveía la posibilidad de que personas físicas o jurídicas de un Estado contratante iniciaran un arbitraje en contra de otro Estado contratante que estimaran afectó su propiedad.

Una particularidad de este mecanismo es que el consentimiento a arbitrar del Estado era relativamente más fácil de revocar que en los actuales AI, ya que unilateralmente un Estado podía retirar su consentimiento, sin la necesidad de denunciar o modificar dicho tratado internacional.

Este proyecto nunca se adoptó, tal vez porque los Estados consideraron que se podía llegar a un nivel más ambicioso de protección mediante AI, a pesar de que los AI de la época no contemplaban un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados (el primer AI en contener tal mecanismo fue el acuerdo de 1968 entre Países Bajos e Indonesia).

En este sentido, si bien el contenido de este instrumento jurídico no sería cercano al Convenio del CIADI (específicamente por lo que hace a la adopción de obligaciones sustantivas para el tratamiento de inversionistas e inversiones), se trata de un antecedente importante.

c. Proyecto al interior del Banco Mundial

Por la propia naturaleza del Banco Mundial de promover la inversión extranjera en los países miembros, el BIRF tenía un interés especial en la solución de controversias referentes a inversión, pues existe un vínculo entre el fomento de las inversiones y la certidumbre jurídica de las mismas, algo de interés para esta organización internacional, lo cual refleja el ya referido binomio Derecho e inversión extranjera.

De hecho, durante el mandato del presidente de dicha institución, el Sr. Eugene R. Black (1949-1962), el Banco Mundial participó activamente en la resolución de varios conflictos mediante buenos oficios, mediación y conciliación; cuestión que facilitó posteriormente las negociaciones para el Convenio del CIADI.⁴ Sin embargo, era necesario crear una institución especializada para atender estas disputas.

i) Negociación y redacción del Convenio del CIADI

En virtud de lo anterior es que, en agosto de 1961, el consejero jurídico general del Banco Mundial, Aron Broches, presentó ante los directores ejecutivos del Banco Mundial una nota sobre la solución de controversias entre particulares y Estados, en materia de inversión.

El Sr. Broches identificó que en las controversias entre Estados e inversionistas había principalmente cuatro problemas:⁵

⁴ Ver Baltag, Crina, "The ICSID Convention: A Successful Story – The Origins and History of the ICSID", en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016, pp. 7 y 20.

⁵ *Note by A. Broches, General Counsel, transmitted to the Executive Directors: "Settlement of Disputes between Governments and Private Parties"*, en ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. II-1, pp. 1-3.

- 1) salvo pacto en contrario, la inversión estaba sujeta a las leyes del Estado receptor de la inversión y la reparación de las reclamaciones que el inversionista pudiera solicitar estaba igualmente determinada por el derecho local;
- 2) la protección del inversionista estaría sujeta a la protección diplomática del Estado del que sea nacional;
- 3) sólo grandes empresas eran capaces de negociar con el Estado receptor la posibilidad de sujetar cualquier controversia a arbitraje; y
- 4) la ausencia de un mecanismo adecuado para la conciliación y el arbitraje internacionales frustraba a menudo los intentos de acordar un modo apropiado de solución de controversias.

Asimismo, en esta nota, el Sr. Broches enfatizaba que los estudios contemporáneos sugerían que la solución al problema de las controversias entre inversionistas extranjeros y un Gobierno, era una de las formas para promover la inversión extranjera y, en muchos casos, los expertos señalaban que la solución se encontraba en el establecimiento de un mecanismo de arbitraje o conciliación internacional que dotara acceso directo a un individuo privado para presentar una reclamación en contra de un Estado soberano, ante un tribunal especializado en controversias financieras y económicas.

En esencia, estos problemas inhibían la realización de mayores inversiones a través del mundo, lo cual no sólo afectaría a los inversionistas, sino también a Estados quienes buscaban el fomento de inversiones extranjeras en ciertos sectores o industrias.

Por ello, esta idea fue vista positivamente por el Sr. Black, por lo que la externó durante su discurso ante la junta de gobernadores del Banco Mundial ese mismo año, haciendo énfasis en la falta de un foro específico para la solución de

este tipo de disputas, a través de la conciliación y el arbitraje. Asimismo, reconoció la utilidad que tendría la creación de dicho foro.⁶

A este respecto, debemos entender que, para esta época no existía un símil, razón por la cual ésta era una idea novedosa.

Posteriormente, en diciembre de 1961, el propio Sr. Black, les presentó a los directores ejecutivos una comunicación formal para deliberar si sería apropiado que el Banco Mundial buscara llevar a cabo una iniciativa sobre el arbitraje y conciliación en materia de inversión; sin embargo, en esta ocasión no se formuló una propuesta en concreto. No obstante, podría considerarse esta comunicación como el primer intento por crear lo que hoy es el CIADI.

Tomando como base esta idea, se llevó a cabo una discusión preliminar en enero de 1962 con el consejero jurídico general del BIRF, en donde compartió algunos comentarios sobre la estructura y funcionamiento general de este nuevo mecanismo; a lo que, meses después, los directores ejecutivos expresaron sus puntos de vista.

Vemos que, desde el inicio, uno de los puntos que causó más cuestionamientos y discusión fue la definición de arbitraje y conciliación, algo crucial, pues la idea general esbozada por el presidente Black encontraba una solución en estos dos mecanismos de solución de controversias. Asimismo, se presentaron las primeras discusiones sobre temas administrativos y organizacionales del Centro. Desde este momento ya existía una gran aprobación sobre la creación de esta nueva institución.

Posteriormente, en junio de ese mismo año, el consejero jurídico general del Banco Mundial presentó a los directores ejecutivos lo que sería el primer

⁶ *Excerpt from address by President Eugene R. Black to the Annual Meeting of the Board of Governors, en ICSID, History of the ICSID Convention ... Vol. II-1, op. cit., p. 3.*

antecedente del Convenio de Washington, el Documento de Trabajo de Diferencias entre Estados y nacionales de Otros Estados (Documento de Trabajo).⁷

Este documento de siete artículos contenía comentarios explicativos del Centro y los mecanismos de conciliación y arbitraje; y su artículo introductorio señalaba como objetivo del Centro el promover la solución de controversias que surgieran entre los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes, fomentando y facilitando el recurso a la conciliación y al arbitraje internacionales, es decir, no se centraba en la presentación de reclamaciones únicamente por parte de los inversionistas. En este sentido vemos que, desde la concepción del CIADI, este nunca fue diseñado como un foro para dirimir reclamaciones de inversionistas exclusivamente.

Este documento no fue considerado formalmente como una propuesta, más bien, su objetivo fue fomentar la discusión para la preparación de una eventual propuesta inicial al interior del Banco Mundial.

En virtud de lo anterior, Eugene R. Black les solicitó a los directores ejecutivos que se allegaran de las opiniones de los gobiernos que representaban, y que presentaran un informe preliminar a la Junta de Gobernadores, el cual se estudiaría en la Reunión Anual en septiembre de 1962.⁸ Asimismo, en este documento el Sr. Black, consciente del papel de la institución, mencionaba que la creación de este mecanismo de solución de controversias podría hacer contribuciones sustanciales al flujo de capitales privados a países en vías de desarrollo.

Después de estudiar el informe de los directores ejecutivos, la Junta de Gobernadores decidió el 18 de septiembre de 1962, mediante la Resolución No.

⁷ *Working Paper in the form of a Draft Convention prepared by the General Counsel and transmitted to the Executive Directors, ibidem*, pp. 19-46.

⁸ *Note from the President requesting the Executive Directors to obtain the views of their Governments on the Working Paper y Note from the President to the Executive Directors proposing that they submit a report to the Board of Governors*, en ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. II-1, *op. cit.*, pp. 47-49.

174, solicitar a los directores ejecutivos que consideraran la conveniencia y la viabilidad de institucionalizar los trabajos necesarios al interior del Banco Mundial, para crear un mecanismo de solución de controversias relativas a inversiones y, en caso de que lo estimaran viable, se les instruyó a redactar un acuerdo en el que se previeran dichos servicios, para su posterior presentación a los gobiernos.

Esto no era tarea sencilla, pues si bien, como se mencionó en las Secciones anteriores de este trabajo, había antecedentes internacionales, éstos no implicaban la creación de un foro como el CIADI.

En este sentido, entre diciembre de 1962 y junio de 1963, los directores ejecutivos, en calidad de Comité Plenario sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, se dieron a la tarea de examinar y discutir el Documento de Trabajo con el objetivo de analizar la conveniencia de implementar dicha propuesta y determinar la participación del Banco Mundial para echar a andar este nuevo proyecto.⁹ Tras realizar esta deliberación se habría llegado a un proyecto inicial.

En efecto, el personal del BIRF le presentó en agosto de 1963, a los directores ejecutivos un Primer Proyecto Preliminar con notas explicativas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.¹⁰ Aunque la sustancia de este proyecto derivaba del Documento de Trabajo, este último se diferenciaba principalmente porque se habían perfeccionado las disposiciones, lo cual tuvo una repercusión en la lectura de dicho documento, siendo ésta más orgánica, y, ahora distribuido en 11 artículos.

En este documento se incorporaron artículos más cercanos a los que resultarían en la versión final del tratado internacional que le da origen al CIADI; entre estos, destaca el artículo II, sección 1, relativo a la jurisdicción del Centro, que derivaba del artículo IV sección 1 del Documento de Trabajo (el cual únicamente se

⁹ ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. I, *op. cit.* pp. 5 y 7.

¹⁰ *First Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States*, en ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. II-1, *op. cit.*, pp. 133-174.

hacía referencia a diferencias entre nacionales de un Estado y un Estado); en esta formulación, el artículo delimitó el tipo de diferencias, pues se acotó a aquellas diferencias existentes o futuras sobre inversión y que tuviesen un carácter legal.

De igual manera se debe enfatizar que el párrafo 4 del preámbulo señalaba la importancia particular que tenía el arbitraje y conciliación, a la cual tanto los Estados contratantes, como los nacionales podrían recurrir si lo desearan.

Posteriormente, de diciembre de 1963 a mayo de 1964, se llevaron a cabo cuatro reuniones consultivas regionales de juristas (en Adís Abeba, Etiopía, en diciembre de 1963; Santiago, Chile, en febrero de 1964; Ginebra, Suiza, en febrero de 1964; y Bangkok, Tailandia, en abril de 1964), en donde se les extendió una invitación a los países miembro del Banco Mundial para que remitieran a destacados letrados que participaran a título personal (no en representación de cada país), para analizar el proyecto preliminar.

Es decir, se trataron de extensas discusiones entre distinguidos juristas que buscaban llegar a un consenso entre sus participantes.

En estas reuniones, se discutió a detalle el Primer Proyecto Preliminar y aunque no se realizaban votaciones o algún tipo de resolución oficial, se crearon actas y resúmenes detallados de todas las conclusiones.¹¹ En estos se da cuenta del progreso paulatino para llegar a lo que hoy conocemos como el Convenio del CIADI.

Estos documentos fueron estudiados a mediados de 1964 por los directores ejecutivos, mediante reuniones de su Comité Plenario,¹² las cuales se centraron en el estudio del procedimiento a seguir, para eventualmente presentar un informe a la Junta de Gobernadores.

¹¹ *Ibidem*, pp. 236-553.

¹² ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. I, *cit.*, p. 7.

Posteriormente, el entonces presidente del BIRF George Woods (1963-1968), estimó viable que el convenio se redactara por la Junta de Gobernadores y no mediante una ronda de negociación internacional, pero previo a esto era necesario crear otro comité (el Comité Legal sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones), el cual se integró por juristas designados por cada país miembro del Banco Mundial, quienes tuvieron el mandato de asesorar jurídicamente a los directores ejecutivos, lo cual daba la oportunidad de participar en la redacción de este instrumento jurídico a los gobiernos no representados directamente por directores.¹³

Esto representaba un cambio de la forma de trabajar en las reuniones consultivas regionales de juristas, pues en este caso, sí existía una representación directa de los países Parte del BIRF.

Durante la reunión anual de Tokio, Japón, en septiembre de 1964, la Junta de Gobernadores consideró el informe de los directores ejecutivos y adoptó la Resolución No. 214, mediante la cual se solicitaba a los directores ejecutivos un proyecto de convenio que se sometería a la revisión de los gobiernos parte del Banco Mundial, buscando que este documento pudiera ser aceptado por la mayor cantidad de gobiernos posible.¹⁴ De esta manera, se pretendía no sólo tener un mejor entendimiento de los países que estuvieran a favor, sino, también, conocer sus perspectivas al respecto.

En virtud de lo anterior, al interior del Banco Mundial se preparó un documento con un articulado mucho más extenso (78 artículos) y detallado, el primer Proyecto de Convenio, basado en el Proyecto Preliminar que resultó de las reuniones consultivas regionales.¹⁵

¹³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴ *Resolution no. 214 of the Board of Governors*, en ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. II-1, *cit.*, p. 608.

¹⁵ *Draft Convention: Working Paper for the Legal Committee*, *ibidem* pp. 610-645.

Este documento presentaba el establecimiento de una organización internacional, incluyendo su estructura general y las facultades de cada uno de los órganos creados por el tratado internacional. Asimismo, la estructura de los artículos era más clara que en el proyecto anterior.

Del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964, el Comité Legal sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, se reunió en Washington en 22 sesiones, en donde participaron 61 gobiernos.¹⁶ Durante estas reuniones, en apego a lo previsto en la Resolución No. 214, se buscaba llegar a un consenso y recoger las visiones de todos los participantes.

El primer Proyecto de Convenio fue la base de las discusiones junto con los comentarios y declaraciones de los gobiernos que participaron. A partir de este primer proyecto y los comentarios vertidos, se empezaron a considerar uno a uno los artículos de dicho proyecto, creando grupos de trabajo para aquellas discrepancias de fondo. Tras el análisis del Comité, el 11 de diciembre, se llegó a un Proyecto revisado de convenio,¹⁷ este ya era muy cercano a la versión final.

En enero de 1965, el consejero jurídico general del Banco Mundial sometió a cada uno de los directores ejecutivos propuestas de modificaciones menores y un proyecto de informe para someter el convenio a los países miembros,¹⁸ los cuales fueron trabajados por los directores ejecutivos entre febrero y marzo, durante las siete reuniones que realizaron en el Comité plenario.

Tras abordar estas propuestas, finalmente, el 18 de marzo de 1965, los directores ejecutivos mediante resolución, aprobaron el texto del Convenio de

¹⁶ ICSID, *History of the ICSID Convention...* Vol. I, *cit.*, p. 9.

¹⁷ *Revised Draft of Convention of the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States*, en ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. II-2, pp. 910-945.

¹⁸ *Memorandum from the General Counsel and List of Proposed Changes to the Revised Draft Convention transmitted to the Committee of the Whole y Memorandum from the General Counsel and Draft Report of the Executive Directors to accompany the Convention*, *ibidem*, pp. 952-965.

Washington y presentaron su informe solicitándole al presidente que lo circulara con los países miembros del BIRF, incluida una copia firmada.

De esta manera se hizo constar que el Banco Mundial estaba de acuerdo en llevar a cabo las distintas funciones que el Convenio del CIADI le confería.¹⁹

La historia de la negociación del Convenio del CIADI, demuestra que en ningún momento se señalaba explícitamente que las reclamaciones arbitrales debían ser únicamente presentadas por parte de inversionistas en contra de Estados.

Es más, los mismos directores ejecutivos señalaron desde su creación que:

Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores. Además, el convenio permite la incoación de los procedimientos, tanto a los Estados como a los inversionistas, y los Directores Ejecutivos han tenido siempre presente ambos casos al redactar las disposiciones del convenio.²⁰

En este sentido, mediante esta declaración se reitera el hecho de que durante la redacción del Convenio del CIADI, éste fue pensado para que Estados también pudiesen presentar reclamaciones en contra de inversionistas.

Precisamente estos documentos son relevantes para confirmar esta interpretación ya que al ser parte de los trabajos preparatorios del tratado constituyen medios de interpretación complementarios según el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena).

Por otro lado, se debe recalcar que el Convenio del CIADI, a diferencia del proyecto de la OCDE y los AII actuales, no cuenta con una protección sustantiva de

¹⁹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ibidem*, pp. 1041-1085.

²⁰ Banco Mundial, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, contenida en la Resolución No. 214*, adoptado por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964, ¶ 13.

derechos, sino más bien presenta un mecanismo procesal y las facilidades necesarias para la administración de arbitrajes y conciliaciones relativas a inversión entre Estados e inversionistas.

En este sentido, es menester mencionar que el CIADI administra las controversias en cuestión, pero no las resuelve, esta función les corresponde a los árbitros designados por las partes involucradas, o, en su caso, designados por la Secretaría General.

No obstante lo anterior, debe resaltarse que el CIADI no sólo administra arbitrajes iniciados en virtud del Convenio del CIADI, sino que también en virtud del Mecanismo Complementario (que en términos generales son las mismas reglas que en el Convenio del CIADI, pero con algunas diferencias jurisdiccionales), y reglas de arbitraje diferentes al CIADI, como el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

2. Primeros años de desarrollo del CIADI

El primer año tras la terminación del Convenio del CIADI transcurrió a la espera de la entrada en vigor de dicho instrumento jurídico.

Específicamente, el 14 de septiembre de 1966, se dio el depósito de la ratificación del vigésimo Estado (Países Bajos),²¹ por lo que, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 68, a los 30 días después, es decir, el 14 de octubre de 1966, entró en vigor este tratado internacional, dándole así vida al CIADI.

Por su parte, el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación), y las Reglas Procesales

²¹ Parra, Antonio, *The History of ICSID*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 87.

Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) fueron adoptados por el Consejo de Administración en su primera reunión anual el día 25 de septiembre de 1967, y entraron en vigor el 1 de enero de 1968. Dichos instrumentos fueron modificados posteriormente en 1984, 2003, 2006, y recientemente en 2022; estas últimas entraron en vigor el pasado 1 de julio de 2022.

Con la entrada en vigor del Convenio de Washington, se creó el CIADI, sin embargo, éste no recibió registro alguno para casos, sino hasta 1972 (con el caso *Holiday Inns v. Morocco*).

El CIADI no sólo era una institución nueva relacionada con la resolución de controversias, sino que era una nueva propuesta en la que particulares y Estados podían resolver controversias relativas a inversiones entre ellos. El carácter novedoso del sistema podría explicar porqué no se registraron casos en los primeros años de existencia del Centro.

En vista de lo anterior, se creó en 1978 el Reglamento del Mecanismo Complementario (el cual incluye tres anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos, el Reglamento de Conciliación y el Reglamento de Arbitraje, los cuales también fueron modificados en 2003, 2006 y 2022). Los referidos instrumentos ampliaban el espectro de controversias del CIADI, incluyendo disputas que no estarían cubiertas por el Convenio del CIADI, ya sea porque el Estado parte en la controversia o el Estado de origen del inversionista no es un Estado contratante, o porque la controversia no surge directamente de una inversión, siempre que al menos una de las partes sea un Estado contratante o un nacional de dicho Estado.²²

Si bien esto supuso una ampliación al alcance de procedimientos que podían ser administrados por el CIADI, el número de casos durante las siguientes dos décadas siguió siendo bajo.

²² Parra, Antonio, *op. cit.*, pp. 7-8. Ver Artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

Inicialmente sólo se presentaban controversias basadas en contratos, sin embargo, esto cambió en la segunda mitad de los años noventa,²³ cuando debido a la proliferación de AI²⁴ con redacciones que permitían a inversionistas tener acceso directo a arbitrajes de inversión, al mayor intercambio económico y un mayor flujo en las inversiones extranjeras, se presentaron más controversias cuyos fundamentos legales eran precisamente estos tratados internacionales, algo que permanece vigente hasta nuestros días, y muy seguramente seguirá siendo norma en los siguientes años.

Tomando en consideración lo anterior, se reitera que, si en la idea inicial del sistema de solución de controversias se analizarían violaciones a contratos, por la naturaleza sinalagmática de estos instrumentos, como se analizará en el Capítulo III, de origen, el sistema preveía la posibilidad de que Estados presentaran reclamaciones directas e indirectas.

B. El CIADI en la actualidad

El estado actual del CIADI es muy distinto a sus inicios, como se explica a continuación.

Hoy en día, esta organización se integra por 158 países Miembros y tan solo 7 países signatarios de la Convención de Washington,²⁵ para quienes aún no entra en vigor debido a la falta de ratificación.

²³ Según la base de datos de casos del CIADI, de 1995 a 1999, se registraron más de 25 casos. CIADI, “Base de datos de casos”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>.

²⁴ De hecho, se ha mencionado que, en gran medida, este incremento en arbitrajes basados en AI también se debe a la revolucionaria decisión de 1990 en *AAPL v. Sri Lanka*, en virtud de la cual se aceptó que inversionistas pudieran presentar reclamaciones directas por violaciones a un tratado internacional. Cuestión que el día de hoy es incontrovertido, pero para su tiempo fue innovador. Pauwelyn, Joost, “*At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, how it Emerged and How it can be Reformed*”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 29, Issue 2, Spring 2014, pp. 397-399.

²⁵ CIADI, “Base de datos de Estados Miembros del CIADI”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>.

Por su parte, México firmó el convenio el 11 de enero de 2018 y lo ratificó el 22 de junio de 2018, por lo cual éste entró en vigor para nuestro país el 26 de agosto de 2018,²⁶ y se ha vuelto un activo usuario de los arbitrajes de inversión al amparo de este tratado.

De igual manera, cabe resaltar que el CIADI se ha consolidado como una institución clave para la solución de controversias inversionista-Estado. Esto se demuestran con los cerca de 700 casos resueltos y casi 300 que aún siguen pendientes de resolución,²⁷ que han sido administrados por el CIADI.

De hecho, por esta misma razón, al CIADI se le considera como uno de los principales acontecimientos en el Derecho de las relaciones económicas internacionales durante el siglo XX y, además, uno de los más decisivos en el desarrollo del Derecho Internacional de las Inversiones.²⁸

Si bien el CIADI no es la única institución administradora de mecanismos de solución de controversia inversionista-Estado, se trata de la institución más relevante. Al respecto, vale la pena señalar que instituciones como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), *International Chamber of Commerce* (ICC), *London Court of International Arbitration* (LCIA), *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), por mencionar algunas, también administran este tipo de arbitrajes. Incluso, estos procedimientos arbitrales pueden ser desarrollados mediante un arbitraje *ad hoc*.

Algunas de las razones por las cuales los arbitrajes al amparo del Convenio de Washington se han vuelto tan relevantes son las siguientes:²⁹

²⁶ Decreto Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en la ciudad de Washington, D.C., el dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 2018.

²⁷ CIADI, "Base de datos de casos". Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>.

²⁸ Leben, Charles, "Arbitrage: CIRDI", *Répertoire de Droit International*, mars 2010, ¶ 2. Ver Baltag, Crina, *op. cit.*, p. 1.

²⁹ Ver, por ejemplo, Schreuer, Christoph, "Investment Arbitration" en Romano, Cesare, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 312-313. Reed, Lucy, *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*. 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters

- 1) existe una deslocalización del arbitraje, en donde, a diferencia de la gran mayoría de arbitrajes, el lugar del arbitraje no tiene impacto alguno sobre el desarrollo del procedimiento;
- 2) la nulidad de laudos al amparo del Convenio del CIADI cuenta con un procedimiento específico, el cual deja de lado cualquier procedimiento interno que tengan previsto los Estados;
- 3) es un sistema autónomo e independiente tal como lo demuestran los dos puntos anteriores;
- 4) la publicidad de laudos y algunos documentos relativos al procedimiento arbitral, ya que, a diferencia de la gran mayoría de instituciones arbitrales, el CIADI cuenta con una mayor transparencia, la cual se ve reflejada en el cúmulo de información relativa a los procedimientos que se publica en su página de internet (el párrafo 5 del Artículo 48 del Convenio del CIADI autoriza la publicación del laudo, sin embargo, debe de existir acuerdo entre las partes para que esta publicación tenga lugar). Esto ha permitido un mayor acceso a la información sobre estos procedimientos por parte de la población de los Estados contratantes del Convenio del CIADI; y
- 5) el peso del BIRF, pues al ser parte del Grupo del Banco Mundial, podría tener un efecto en el cumplimiento de los laudos cuando los Estados son condenados, pudiendo afectar sus relaciones y credibilidad ante dicha institución y sus miembros.

Como se aprecia de los puntos anteriores, los beneficios con los que cuenta el CIADI no son menores, y claramente suponen razones suficientes para considerar este foro ante posibles controversias de inversión. Esto explica el motivo por el cual el Centro ha tomado tanta relevancia en la actualidad.

Kluwer, 2010, p. 14-17. Ver Moses, Margaret, *International Commercial Arbitration*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 251-253.

1. Estructura actual del CIADI

La estructura organizacional del CIADI es relativamente sencilla, pues el Centro está compuesto únicamente por dos órganos internos: 1) el Consejo Administrativo y 2) el Secretariado, de conformidad con el Artículo 3 del Convenio del CIADI.

a. Consejo Administrativo

El Consejo Administrativo está compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes, quienes son los mismos gobernadores nombrados por el Estado contratante para el BIRF (salvo que, de manera expresa se designe a alguien más), y el presidente del Consejo Administrativo es el mismo presidente del BIRF, según lo dispuesto en los artículos 4 y 5 del Convenio de Washington.

De conformidad con el Convenio del CIADI, las principales funciones del Consejo Administrativo son: adoptar los reglamentos administrativos, financieros del CIADI, así como adoptar las reglas de procedimiento para iniciar conciliaciones y arbitrajes, y las Reglas de Conciliación y Arbitraje, y en general, todas las funciones que estime necesarias para aplicar este instrumento jurídico.

El Consejo Administrativo se reúne anualmente, (o en más ocasiones si el presidente o el Secretario General convocan a una reunión, siendo en este último caso necesario que lo soliciten al menos cinco miembros del Consejo), y decide sus votaciones por mayoría de votos, en donde cada miembro tiene un voto, y el quórum requiere a la mayoría de los miembros, según lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio de Washington.

b. Secretariado

Por su parte, los artículos 9 y 10 del Convenio del CIADI señalan que el Secretariado está constituido por el Secretario General, los Secretarios Generales Adjuntos

(quienes son elegidos por el Consejo Administrativo a propuesta del presidente, y en la práctica dividen su trabajo por cuestiones geográficas) y el personal del Centro.

De conformidad con el artículo 11 del Convenio del CIADI, el Secretario General es el representante legal y responsable de la administración del Centro, su principal función es la de registrar y autenticar laudos arbitrales dictados conforme al Convenio del CIADI.

Aunado a lo anterior el personal del Centro adscrito al Secretariado, se encarga de la asistencia a los tribunales arbitrales y a las partes contendientes relacionada con la administración del arbitraje, específicamente aquellas personas pertenecientes al equipo de gestión de casos; quienes darán seguimiento al arbitraje en su función de secretarios del tribunal, apoyando así a este ente colegiado de

inicio a fin. Para ejemplificar lo anterior, se presenta la siguiente figura con la estructura actual del CIADI:

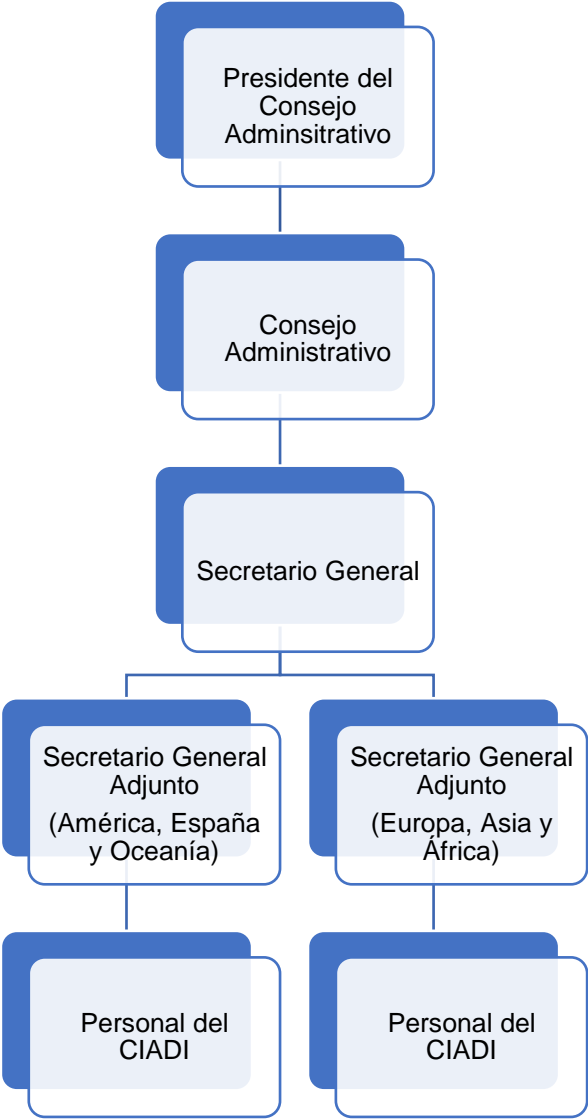


Ilustración 1. Estructura actual del CIADI.

A pesar de la estructura tan simple de esta institución, ésta es más que suficiente para llevar a cabo sus funciones de manera apropiada, ayudando así a la resolución de conflictos en materia de inversión.

C. Desarrollo general de un arbitraje inversionista Estado al amparo del Convenio del CIADI

1. Arbitraje y generalidades del arbitraje CIADI

El arbitraje es un mecanismo de solución pacífica de diferencias,³⁰ en virtud del cual, las partes contendientes someten voluntariamente una controversia ante un particular o particulares (compuestos en un tribunal arbitral), para que éste conozca del asunto y emita una decisión, misma que será vinculante para ambas partes.³¹

Un arbitraje inversionista-Estado, es un tipo de arbitraje específico en donde un Estado y un inversionista someten una controversia relativa a una inversión a un tribunal arbitral, para que del estudio del asunto en cuestión emita un laudo vinculante para ambas partes.

Como curso de acción de este tipo de arbitrajes, en la actualidad se utilizan mayoritariamente los AI, aunque, como se mencionó anteriormente, también existen contratos que pueden dar inicio a estas controversias, e incluso, en algunos casos la misma legislación nacional de un Estado prevé este escenario.³²

Una de las razones principales para acudir a este tipo de arbitraje, en lugar de someter la controversia ante juzgadores de tribunales y cortes nacionales del Estado anfitrión (quienes normalmente serían competentes), es la desconfianza de los inversionistas de que en los juicios nacionales no se les dé acceso a una justicia imparcial y un trato igualitario al momento de resolver una diferencia en contra del Estado o una dependencia o entidad de éste.³³

Precisamente, la falta de imparcialidad con la que dichos tribunales se podrían conducir es otro de los motivos por los cuales el CIADI se ha vuelto un sistema tan atractivo para resolver este tipo de controversias.³⁴ También resulta un factor decisivo el hecho de que este tipo de arbitraje presenta una etapa adicional

³⁰ Ver párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

³¹ Ver Partasides, Constantine, *et al.*, *op. cit.*, p. 2. Ver también, Moses, Margaret *op. cit.*, p. 1.

³² Los contratos y AI serán analizados en los Capítulos III y IV, respectivamente, mientras que el caso de la legislación nacional no será abordado en este estudio dado que, en la actualidad, no es una posibilidad para el Estado mexicano.

³³ Moses, Margaret *op. cit.*, p. 245.

³⁴ García Corona, Irene Gabriela, *Arbitraje de inversión: la cláusula de nación más favorecida en derechos adjetivos*, Ciudad de México, UNAM-IIJ, 2013, p. 77.

(en ocasiones visto como derechos suplementarios que un inversionista extranjero tendría *vis-à-vis* un nacional en su propio Estado) en la que se podrían solucionar controversias que no se pudieron resolver en la esfera nacional.

Ciertamente cada inversionista o Estado deberá de ponderar si, en el caso en específico, le es más conveniente iniciar un juicio en cortes nacionales, o comenzar un procedimiento arbitral, por lo que, no necesariamente siempre será más recomendable acudir a un arbitraje de inversión.

Asimismo, una de las características más importantes de los arbitrajes iniciados conforme al Convenio del CIADI, es la falta de un recurso en contra del laudo fuera de los procedimientos establecidos por las Reglas de Arbitraje del CIADI (rectificación, decisión suplementaria, aclaración, revisión y anulación).

Esto es relevante ya que no existe como tal la posibilidad de presentar impugnaciones en contra de los laudos emitidos por tribunales.

a. Inicio del arbitraje

Los arbitrajes iniciados en virtud del Convenio del CIADI, se regulan por el Convenio mismo, por las Reglas de Arbitraje, las Reglas de Iniciación, el Reglamento Administrativo y Financiero,³⁵ el Derecho Internacional y el instrumento jurídico base de la acción (si es que se hubiera especificado alguna norma procesal en éste). Es común que en el instrumento jurídico base de la acción se aborden cuestiones procesales mínimas.

Los requisitos enmarcados en el Convenio del CIADI son obligatorios,³⁶ mientras que aquellos presentes únicamente en las Reglas de Arbitraje pueden ser modificados por acuerdo entre las partes, y los del Reglamento Administrativo y

³⁵ Para mayor detalle sobre los requisitos y procedimientos abordados en la Sección I.C.1., véase estos instrumentos normativos.

³⁶ Reed, Lucy, *et al.*, *op. cit.*, p. 123.

Financiero pueden ser modificados o renunciados en la medida en que el mismo reglamento lo permita expresamente.

Un arbitraje en virtud del Convenio del CIADI comienza con la presentación de la solicitud para iniciar un arbitraje, dirigida al Secretario General (con al menos cinco copias firmadas), la cual puede ser presentada por un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante del CIADI (o de manera conjunta) en uno de los idiomas oficiales del Centro (español, inglés o francés).³⁷

Es decir, la solicitud de arbitraje constituye el primer documento formal que da inicio a un arbitraje al amparo del Convenio del CIADI; esto no quiere decir que no se hayan presentado comunicaciones anteriores entre las partes relacionadas con la controversia planteada, sino que estas son previas al inicio del procedimiento arbitral.

En este documento se establecen requisitos mínimos con relación a las partes y a la controversia, entre ellos identificar a las partes, la fecha en la que las partes consintieron presentar su diferencia ante el Centro, datos sobre la nacionalidad del nacional de un Estado Contratante, información respecto al objeto de la diferencia que surge directamente de una inversión, y la autorización para presentar una reclamación cuando se trate de una persona jurídica.³⁸ Es decir, se trata de información general relevante para la controversia.

Respecto al objeto de la solicitud en cuestión, se debe ser suficientemente claro en señalar los derechos sustantivos y el cumplimiento con requisitos jurisdiccionales pertinentes (respecto a este último punto, en los siguientes Capítulos se presenta un panorama general de los mismos). Asimismo, es posible que el instrumento jurídico base de la acción solicite más información relevante.

³⁷ Párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI, y Reglas 1 y 4 de las Reglas de Iniciación. Asimismo, vale la pena mencionar que desde las Reglas de Arbitraje de 2022 se prevé un mecanismo expedito para tramitar con mayor rapidez el arbitraje. Ver Capítulo XII de las Reglas de Arbitraje.

³⁸ Párrafo 2 del Artículo 36 del Convenio del CIADI, y Regla 2 de las Reglas de Iniciación.

También puede presentarse información adicional relacionada con acuerdos que las partes tuvieran respecto al número y método de designación de los árbitros, o en general, cualquier acuerdo previo al que hubieran llegado las partes sobre el arreglo de la diferencia.

Esto, ya que podría definir o reducir la controversia planteada y no sería necesario que un eventual tribunal arbitral dirima diversos hechos que no sean controvertidos.

De igual manera, en caso de que la parte esté siendo financiada por un tercero para presentar una reclamación, se debe notificar el nombre y específicamente para el caso de personas jurídicas además se debe incluir el nombre de las personas o entidades que la poseen o controlan. Cabe señalar que esta obligación debe cumplirse, a pesar de que el acuerdo de financiamiento se concrete posteriormente al registro, en cuyo caso, inmediatamente después de celebrado el acuerdo, se deberá notificar esta información.

Esta regla constituye un cambio significativo con relación a las reglas previas y a otros ordenamientos procesales en el arbitraje, pues ataca una preocupación constante de Estados demandados respecto a la aportación de fondos a demandantes, normalmente denominado *third-party funding*. Las principales críticas a este fenómeno se deben al incremento en presentación de reclamaciones y al latente riesgo que corre la parte demandada de no poder obtener un pago por costos de demandantes financiados sin recursos propios.

Al recibir la solicitud y el pago correspondiente del derecho de registro,³⁹ el Secretario General procederá a examinar que cumpla con los requisitos

³⁹ La parte que solicita el registro debe realizar un pago no reembolsable por concepto de registro, el cual, al día de hoy (y desde el 1 de julio de 2020) es de USD \$25,000.00 (Veinticinco mil dólares americanos 00/100). Ver Regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero, y el párrafo 1 de CIADI, "Derechos, Honorarios y Cargos (2020)". Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/contenido/derechos-honorarios-cargos>, y CIADI, "Arancel de Derechos, Honorarios y Gastos (2023)". Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/derechos-honorarios-y-gastos/2023>.

establecidos en el Convenio del CIADI. En este momento el personal del Centro en muchas ocasiones requiere de información adicional a la parte demandante, para que explique cómo es que ciertos requisitos son cumplidos, y, de existir deficiencias o imprecisiones subsanables sean perfeccionadas.

Sin embargo, en caso de que la solicitud sea manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI, no se registrará la controversia. Esta es una cuestión cuya discreción concierne enteramente al Centro.

Una vez que se haya cerciorado del cumplimiento de estos requerimientos, el CIADI notifica a ambas partes el registro de la disputa, y se publica su registro en la página de internet de esta institución.

Dicha solicitud puede ser retirada únicamente a decisión de la parte solicitante, mediante escrito al Secretario General. Esto, ya que así se asegura que únicamente la demandante tendría la posibilidad de terminar la controversia que ella misma identificó, y no la demandada, lo cual lo haría un mecanismo fútil.

b. Constitución del Tribunal

Después del registro de la solicitud de arbitraje, se procede a constituir el tribunal arbitral que conocerá de la controversia, lo cual acontece, según el párrafo 1 del artículo 37 del Convenio del CIADI, “lo antes posible”, y según la Regla 13 de Arbitraje “sin demora”.

Es común que primero se nombren a los coárbitros y después al presidente del tribunal, incluso, en ciertos casos las demandantes nombran a su respectivo árbitro en la misma solicitud de arbitraje.

Sin embargo, la Regla 18 de Arbitraje, dispone que, si no se hubiera constituido el tribunal dentro de los 90 días siguientes al registro de la solicitud de

arbitraje, cualquiera de las partes puede solicitar al presidente del Consejo Administrativo que nombre a los árbitros que todavía no hayan sido designados.

Éste depende del plazo acordado por las partes, o señalado en el instrumento jurídico base de la acción, que, específicamente hablando de All, usualmente se contempla un plazo de 3 meses a partir de la presentación de la solicitud de arbitraje, cuestión que es anterior al plazo otorgado por las Reglas de Arbitraje del CIADI. Pero incluso si el plazo en el All fuera posterior al de las reglas procesales del Centro, prevalecerían las reglas del tratado internacional por ser considerado como un acuerdo entre las partes del cual el CIADI no podría desconocer.

Retomando la solicitud para que se nombre los árbitros faltantes por designar, debe aclararse que estos árbitros no podrán tener la nacionalidad de alguna de las partes⁴⁰ y, además, deberá de ser electo de la lista de árbitros;⁴¹ (salvo acuerdo en contrario) lo cual reduce significativamente el universo de árbitros que podrían ser designados por el CIADI.

Asimismo, se debe recalcar que esta solicitud normalmente se refiere al presidente del tribunal ya que es común que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre este. No obstante este desacuerdo, no necesariamente se trata de una cuestión dicotómica, ya que se pueden llegar a acuerdos sobre las características con las que deberá de contar el presidente a pesar de no haber acordado el nombre.

En la práctica, antes de optar por una designación directa del CIADI, las partes acordarían un mecanismo para nombrar al presidente. Usualmente solicitarían que el Centro enviaría una lista de árbitros o *ballot* (normalmente de 5 individuos) que cumplan con estos elementos acordados, para que las partes, mediante una metodología de enumeración y veto, o *strike and rank*, determinen quién sería una opción aceptable para que funja como presidente.

⁴⁰ Artículo 38 del Convenio del CIADI, y Regla 18 de las Reglas de Arbitraje.

⁴¹ Párrafo 1 del Artículo 40 del Convenio del CIADI.

El tribunal arbitral debe estar compuesto por un número impar de árbitros, nombrados según lo acordado entre las partes o, en caso de no haber un acuerdo en el número de juzgadores o en el modo de nombrarlos, serán tres árbitros, uno designado por cada parte y el presidente, de común acuerdo.⁴²

Usualmente el tribunal es compuesto por tres miembros, aunque en ocasiones también se han dirimido controversias con árbitros únicos.

Un requerimiento con respecto al nombramiento de árbitros es que la mayoría no puede tener la nacionalidad de alguna de las partes, salvo que hubiese un acuerdo entre las mismas⁴³ y que éstos deben de dar cumplimiento las características dispuestas en el párrafo 1 del artículo 14 del Convenio del CIADI,⁴⁴ el cual a la letra señala:

Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

Este último criterio ciertamente representa un elemento subjetivo del cual puede existir discrepancia entre las partes.

Es usual que antes de la designación de los árbitros, cada una de las partes tenga un acercamiento con su candidato a coárbitro para determinar si podría fungir como juzgador en esa controversia en específico; si esta comunicación se circunscribe a conocer su disponibilidad e interés para participar como árbitro, no debe ser considerada como una comunicación *ex parte*.

Una vez que las partes nombren a sus respectivos árbitros, lo notificarán al Secretario General, quien solicitará a los árbitros la aceptación de su nombramiento,

⁴² Párrafo 2 del Artículo 37 del Convenio del CIADI, y Regla 16 de las Reglas de Arbitraje.

⁴³ Artículo 39 del Convenio del CIADI, y párrafo 2 de la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje.

⁴⁴ Artículo 57 del Convenio del CIADI.

incluida la firma de una declaración relativa a la independencia e imparcialidad del árbitro, así como datos relativos a su disponibilidad y compromiso de confidencialidad.

Lo anterior no sólo es relevante para efecto de organizar la entrega de escritos, y, principalmente agendar una posible audiencia, sino que, la expresión de ausencia de independencia e imparcialidad, y cualquier información compartida en la misma podrá tener un efecto en la posible recusación de los árbitros como se aborda a continuación.

Desde este momento hasta antes de que se constituya el tribunal, cualquier árbitro puede retirar su aceptación, e incluso las partes pueden reemplazar a los árbitros. Si el reemplazo no sucede en este tiempo, la parte contendiente, posteriormente no podrá efectuarla; mientras que en el caso del árbitro sí es posible que presente su renuncia con posterioridad.

Seguidamente, el mismo Secretario General notificará a las partes de la aceptación de los árbitros y les hará llegar la declaración antes mencionada. Precisamente en esta fecha, se tendrá por constituido el tribunal arbitral, de conformidad con la Regla 21 de las Reglas de Arbitraje.

Una vez integrado el tribunal, éste permanece invariable, salvo por circunstancias excepcionales (muerte, incapacidad o renuncia),⁴⁵ sin embargo, las partes tienen la posibilidad de recusar a alguno de los miembros del tribunal arbitral, con prontitud,⁴⁶ si consideran que el juzgador carece de las características dispuestas en el ya referido artículo 14.⁴⁷ Debe reiterarse que, como se mencionó, se trata de circunstancias extraordinarias, por lo que no es común que esto suceda.

Sin embargo, en el caso de una recusación, éstas normalmente se plantean por tres cuestiones principales: 1) relación del árbitro con alguna de las partes, 2)

⁴⁵ Artículo 56 del Convenio del CIADI, Reglas 24-26 de las Reglas de Arbitraje.

⁴⁶ Regla 28 de las Reglas de Arbitraje. El no recusar al árbitro con prontitud supone que la parte ha renunciado a su derecho de hacerlo.

⁴⁷ Artículo 57 del Convenio del CIADI.

relación del árbitro con los abogados de las partes o con alguno de los despachos representando a las partes, o 3) la participación del árbitro en otro arbitraje en donde se plantean cuestiones altamente similares.⁴⁸

Es por ello que es vital que los árbitros hagan del conocimiento de las partes sus declaraciones de independencia e imparcialidad de manera completa, y no sólo en este momento procesal, sino, idealmente desde que son contactados por las partes para buscar su aceptación como árbitro.

En este supuesto, son los mismos coárbitros de ese tribunal arbitral quienes deberán decidir sobre la descalificación del árbitro en virtud del cual se ha presentado la recusación, en caso de no poder decidir la recusación, el presidente del Consejo Administrativo decidirá. Esto podría pasar porque los coárbitros tienen opiniones divergentes, o porque se ha recusado a más de un árbitro.

En caso de que se recuse a un árbitro o haya renunciado, el arbitraje se suspende inmediatamente y se deberá nombrar al árbitro que ocupe la vacante siguiendo el mismo método utilizado para nombrar al árbitro anterior, salvo que no se supla la vacante en 45 días o se haya producido por la renuncia de un árbitro nombrado por una de las partes sin el consentimiento de los otros miembros del tribunal, en cuyo caso el presidente del Consejo Administrativo nombrará al árbitro dentro de la Lista de árbitros.

Este tiempo le dará la posibilidad a la parte que nombró a este árbitro de contar con un plazo razonable para hacer sus investigaciones y gestiones internas para cubrir la vacante en el tribunal arbitral.

⁴⁸ Reed, Lucy, *et al.*, *op. cit.*, pp. 134-135.

c. Primera resolución procesal

Una vez constituido el tribunal arbitral, éste, a través del Secretariado, comparte un proyecto de resolución procesal, para que las partes acuerden, en la medida de lo posible temas generales sobre el arbitraje, la cual en la mayoría de los casos sería la primera resolución procesal.

Sin embargo, también es posible que se emita antes una resolución procesal sobre otra cuestión, como lo podrían ser medidas provisionales en casos de urgencia,⁴⁹ que, por razones evidentes debería decidirse antes de esta resolución procesal relativa a temas organizativos.

Ahora bien, retomando la cuestión de la primera resolución procesal como resolución general del proceso, los temas abordados usualmente son los siguientes:⁵⁰

- los puntos de contacto relevantes para el arbitraje;
- las reglas de arbitraje aplicables;
- la sede del arbitraje;
- el idioma procesal, incluido lo concerniente a traducción de documentos e interpretación durante la/s audiencia/s;
- el método de presentación y transmisión de documentos;
- ciertas facultades del tribunal;
- el número, la extensión, el tipo y el formato de los escritos y anexos de éstos;
- cuestiones relacionadas con informes de expertos y declaraciones testimoniales;
- modalidad o lugar de las audiencias;
- la producción de documentos;

⁴⁹ Ver, por ejemplo, *Burlington Resources Inc y otros c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1 sobre las medidas provisionales de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, párrafo 4 de la Regla 29 de las Reglas de Arbitraje. Ver también Reed, Lucy, *et al.*, *op. cit.*, pp. 134-135.

- el calendario procesal;
- cuestiones generales de las audiencias;
- la modalidad de las grabaciones y transcripciones de las audiencias;
- la publicación de los documentos y las grabaciones;
- el tratamiento de la información confidencial o protegida;
- la presentación de escritos de partes no contendientes y *amicus curiae*; y
- cualquier otra cuestión procesal planteada por cualquiera de las partes o por el tribunal.

Una vez que se haya llegado al mayor número de acuerdos entre las partes, con relación a los puntos anteriores, se remite al tribunal el proyecto de resolución procesal con los acuerdos alcanzados entre las partes señalando las diferencias que surgieron.

Posteriormente, se celebra dentro los 60 primeros días siguientes al establecimiento del tribunal arbitral (o cualquier otro plazo acordado por las partes) la primera sesión del tribunal, la cual puede llevarse a cabo de manera presencial o remota. Actualmente, la gran mayoría de estas sesiones se llevan a cabo de manera virtual. En dicha reunión se abordan los puntos en controversia sobre esta resolución procesal, así como cualquier otro tema que el tribunal o las partes quieran abordar.

Una vez que se sostenga esta sesión, el tribunal decidirá a través de la resolución procesal antes mencionada todas las cuestiones que las partes no pudieron acordar.

Como puede apreciarse esta resolución procesal es de extrema importancia para el desarrollo del procedimiento ya que se podría considerar como el eje rector del mismo en materia adjetiva.

Sin embargo, cabe aclarar que a lo largo del procedimiento es muy común que surjan más cuestiones procesales que tenga que decidir el tribunal y no estén o en otros casos no podrían estar regulados en esta resolución procesal, por

ejemplo, cuestiones relacionadas con medidas provisionales, decisiones sobre producción de documentos, introducción de evidencia al expediente, cuestiones sobre confidencialidad y *privilege log*, descripciones más detalladas del desarrollo de las audiencias, cauciones para costos o *security for costs*, y, en general cualquier solicitud de las partes.

Es por ello que esta no es la única resolución procesal, pues a lo largo del procedimiento el tribunal emitirá las resoluciones procesales que estime necesarias para el correcto desarrollo del procedimiento. A su vez, es importante mencionar que está a discreción del tribunal si decidirá mediante resoluciones formales o simples comunicaciones.

d. Desarrollo del procedimiento

El arbitraje normalmente sólo dispondrá la existencia de una parte escrita y una oral. Al fijar el calendario procesal, las partes presentarán sus escritos en las fechas establecidas, (salvo por la concesión de alguna prórroga), y presentarán sus argumentos orales durante la audiencia. Asimismo, este calendario procesal podría verse modificado por el tribunal tantas veces como lo estime necesario, principalmente, a solicitud de alguna de las partes.

La etapa escrita usualmente consiste en la presentación de dos escritos por cada parte. La parte demandante presentaría un memorial de demanda en virtud del cual se abordan los hechos relevantes, los argumentos legales y la petición de esta parte; por otro lado, la demandada responderá a este escrito con su memorial de contestación, en donde también abordará los hechos que considere relevantes, así como de su argumento legal y puntos petitorios.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, los primeros escritos de las partes serán rebatidos por un escrito de réplica por parte de la demandante y finalmente la parte demandada hace lo propio con la presentación de su memorial de dúplica.

Idealmente en estos dos escritos sólo se debería de dar contestación a los escritos iniciales, y no introducir argumentos nuevos. Asimismo, es normal que después de estos escritos no se les permita a las partes presentar anexos fácticos o autoridades legales adicionales, salvo en casos extraordinarios en donde podrían estos documentos ser de utilidad para la toma de decisiones del tribunal.

Durante esta etapa, es común que se lleve a cabo la fase de producción de documentos, en donde las partes solicitan de su contraparte documentos relevantes para la controversia que deberían estar en posición de la otra parte. Es normal que esta etapa esté guiada por las Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (específicamente los artículos 3 y 9 de la versión de 2020).

Es habitual que la contraparte en ciertas solicitudes esté de acuerdo en producir voluntariamente ciertos documentos requeridos, sin embargo, la gran mayoría de estos serían objetados. En estos casos estas solicitudes son dirimidas por el tribunal si no existe acuerdo entre las partes y éste determinará qué documentos deben ser entregados, así como el razonamiento para esta entrega de documentos.

A su vez, en algunos casos, los tribunales han permitido la presentación de escritos *amicus curiae* de entidades que no son parte de la disputa, cuyo contenido podría ser de utilidad para la resolución de la controversia. Incluso, algunos AI como el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), ya prevé explícitamente esta posibilidad en el párrafo 3 del Artículo 14.D.7 (Conducción del Arbitraje). Esta disposición señala:

Después de consultarlo con las partes contendientes, el tribunal podrá aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* por escrito referentes a alguna cuestión de hecho o derecho que se encuentre dentro del ámbito de la controversia que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las comunicaciones y argumentos de las partes contendientes, por parte de una persona o entidad que no sea una parte contendiente pero que tenga un interés significativo en el procedimiento de arbitraje. Cada comunicación identificará el autor;

revelar cualquier afiliación, directa o indirecta, con cualquier parte contendiente; e identificar a cualquier persona, gobierno o a cualquier otra entidad que haya proporcionado o proporcionará, cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación. Cada comunicación se presentará en el idioma del arbitraje y cumplirá con los límites de páginas y plazos establecidos por el tribunal. El tribunal proporcionará a las partes contendientes la oportunidad de responder a tales comunicaciones. El tribunal asegurará que las comunicaciones no interrumpen o impliquen una carga innecesaria al procedimiento arbitral, ni que prejuzguen injustamente a cualquiera de las partes contendientes.

De igual manera, algunos All prevén la posibilidad de que las partes contratantes diferentes a la demandada presenten una comunicación escrita respecto de una cuestión de interpretación del All, y, posteriormente, durante la audiencia presentar su posición. Sirve como ejemplo el párrafo 2 del Artículo 9.23 (Realización del Arbitraje) del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT), el cual señala que “[u]na Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales y escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado.”

Habitualmente, tras terminar con la presentación de escritos, se lleva a cabo una audiencia,⁵¹ en donde las partes (incluyendo Partes no contendientes de ser el caso, como se señaló en el párrafo anterior) buscan enfatizar al tribunal los puntos y argumentos que realizaron durante la fase escrita que consideran más importantes; incluso, el tribunal podría enviar con anterioridad a la audiencia una serie de asuntos que buscaría que las partes profundizaran durante la audiencia.

En la audiencia es común que se empiecen con alegatos de apertura, los primeros siendo de la demandante y posteriormente la demandada (salvo que se trate de una fase sólo de jurisdicción y admisibilidad); para luego dar lugar a la parte no contendiente, si la hubiera. Posteriormente se llevarían a cabo los interrogatorios (tanto directos como cruzados) de testigos y peritos, en el mismo orden de prelación que se realizaron los alegatos de apertura.

⁵¹ Debe hacerse notar que puede haber más de una audiencia según lo decida el tribunal, previo acuerdo entre las partes, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 32 de las Reglas de Arbitraje.

Durante esta audiencia, los árbitros realizan preguntas a las partes y requieren explicaciones para allegarse del caso, y tener un mejor entendimiento de éste.

Existen dos posibilidades para comunicarle al tribunal los hechos más relevantes abordados durante la audiencia, los cuales son acordados entre las partes y decididos por el tribunal. La primera de ellas es terminar la audiencia con alegatos de cierre, en virtud de los cuales cada parte al final de la audiencia enfatiza, de manera oral, en las cuestiones que considera más relevantes; y la segunda alternativa sería presentar escritos posteriores a la audiencia, en cuyo caso la presentación supondría más tiempo para su preparación, y, consecuentemente, implicaría la posibilidad de las partes para revisar y analizar con más detalle lo ocurrido durante la audiencia. Lo cual incluye el estudio de lo acontecido en la audiencia plasmado en las transcripciones de ésta.

En ambos casos, estas presentaciones se deberán sujetar a las condiciones que decida el tribunal junto con las partes, siendo común que en los escritos posteriores a la audiencia el tribunal presente una serie de preguntas que requiere de las partes que respondan.

e. Procedimientos especiales

Si bien un arbitraje de inversión al amparo del Convenio del CIADI se desarrollará conforme a los parámetros descritos en la Sección anterior, es importante mencionar que hay ciertos procedimientos especiales que posiblemente sucedan durante la tramitación del arbitraje, los cuales se abordan a continuación.

i) Manifiesta falta de mérito jurídico

Las Reglas de Arbitraje permiten que una parte presente una excepción sobre la falta manifiesta de mérito jurídico de una reclamación, algo que no estaba previsto en las Reglas de Arbitraje de 2006.

La parte que estima que existe una reclamación con manifiesta falta de mérito jurídico por parte de la otra parte, deberá presentar un escrito a más tardar 45 días posteriores a la constitución del tribunal, en donde señalará las causales de hecho y de derecho en las que se funda dicha excepción.

Posteriormente, el tribunal (o el Secretario General en caso de que esto suceda antes de la constitución del tribunal) fijará los plazos para los escritos sobre esta excepción, siendo que su decisión o laudo será emitido 60 días después de la constitución del tribunal o de la última presentación sobre la excepción, lo que suceda después.

En virtud de esta excepción, el tribunal puede examinar una reclamación, que a consideración de la parte demandada evidentemente no debería de ser tramitada por no contar con méritos, con miras a que, si el tribunal concuerda con la parte demandada, se termine el procedimiento en una etapa preliminar.

A pesar de que esta excepción explícitamente señale la palabra “mérito”, no necesariamente se refiere al fondo del asunto, ya que la falta de méritos, en este contexto también podría referirse a una cuestión de admisibilidad de la reclamación o la jurisdicción del tribunal.

ii) Bifurcación

Normalmente el procedimiento se sustancia en su totalidad, sin dividirlo en diferentes etapas, sin embargo, este puede bifurcarse (ya sea dividiendo en una etapa de admisibilidad, jurisdicción y fondo, y otra de daños; o separando la etapa de admisibilidad y jurisdicción del fondo y la cuantificación de daños).

La idea principal detrás de la bifurcación es terminar total o parcialmente con la controversia sin la necesidad de sustanciar todo el procedimiento si se estima que no existe jurisdicción o méritos.

Para que el procedimiento se bifurque es necesario que la parte lo solicite, de conformidad con la Regla 42 de las Reglas de Arbitraje. Lo más relevante para una bifurcación, y lo cual deberá tomar en cuenta el tribunal al decidir es lo siguiente:⁵²

- Si dicha bifurcación reduciría significativamente el tiempo y costo del procedimiento.
- Si en virtud de la decisión derivada de la primera posible fase de esa bifurcación desestimaría una parte sustancial o toda la controversia.
- La relación entre las fases, de tal manera que no sería práctico hacer esta división procesal.
- Asimismo, algunos tribunales han señalado que es necesario que se demuestre que la objeción no es frívola.⁵³

Como se puede apreciar, estos elementos tienden a que el tribunal determine si es factible tanto jurídicamente como procesalmente realizar un estudio de una etapa o parte del caso sin la necesidad de estudiar todos los hechos y alegaciones presentadas por la parte demandante de forma tal que su análisis sería benéfico en interés del tiempo y recursos de las partes.

iii) Excepciones preliminares

En este mismo orden de ideas, existe la posibilidad de presentar una excepción preliminar si una parte considera que la diferencia, una demanda subordinada o una

⁵² Artículo 41 del Convenio del CIADI y párrafo 4 de la Regla 42 de las Reglas de Arbitraje.

⁵³ Ver, por ejemplo, *Emmis International Holding, B.V., Emiss Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató KFT v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Decision on Respondent's Application for Bifurcation, 13 June 2013, ¶ 37 (2).

parte de estas no se encuentra dentro de la jurisdicción del CIADI, en cuyo caso esta parte notificará al tribunal y a la otra parte que busca presentar esta excepción.

La decisión del tribunal puede darse en una etapa separada o juntamente con las cuestiones de fondo, esto dependerá básicamente de si se bifurca el procedimiento.

Este procedimiento no es más que la presentación de una objeción a la jurisdicción del tribunal para que no resuelva sobre una parte o la totalidad de un caso.

Incluso algunos tratados internacionales ya cuentan con la posibilidad de presentar objeciones preliminares a la jurisdicción, previo a que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto.⁵⁴ Esto implica que el tratado presenta, como *lex specialis*, ciertas especificaciones a esta regla procesal.

iv) Acumulación y coordinación de arbitrajes

Asimismo, es posible acumular o coordinar dos o más arbitrajes si dichos procedimientos son administrados por el CIADI.

La acumulación supone la unión de todos los aspectos de los arbitrajes que se buscan acumular, en donde se involucra a un mismo Estado Contratante y su resultado estará en un solo laudo. Mientras que la coordinación significa el alineamiento de ciertos aspectos procesales de dos o más arbitrajes pendientes de resolución, pero que dichos arbitrajes se mantendrán como procedimientos independientes y su resultado se presentará en laudos individuales.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, párrafo 4 del Artículo 10.20 del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos – República Dominicana (DR-CAFTA), o el párrafo 5 del Artículo 12.23 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, de 2007. Ver también, *Grupo Energía Bogotá, S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/20/48, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 24 de noviembre de 2023, ¶¶ 255-266.

Para ello es menester que las partes presenten de manera conjunta los términos propuestos al Secretario General, para tramitar los arbitrajes acumulados o coordinados, consultando en todo momento al Secretario General para cerciorarse de su aplicación.

Por su parte, el Secretario General comunicará los términos acordados al/los tribunal/es competentes.

A diferencia de los casos anteriores, en este procedimiento no se busca objetar la jurisdicción del tribunal, sino más bien, armonizar la conducción de más de un arbitraje que guardan una relación entre sí. Esto puede ser de especial importancia en casos en donde la misma medida o medidas vinculadas son reclamadas en más de un arbitraje, pues se puede disminuir el riesgo de decisiones contradictorias.

v) Medidas provisionales

También conocidas en otros ámbitos y jurisdicciones como medidas cautelares o de seguridad, las medidas provisionales se presentan en el contexto del CIADI como otro procedimiento especial.

En esencia, las medidas provisionales buscan salvaguardar los derechos de algunas de las partes, entre ellos, medios de prueba, el *statu quo* del procedimiento, o impedir un daño a las partes o menoscabo al procedimiento,⁵⁵ incluyendo la jurisdicción del tribunal.

En la solicitud de medidas provisionales, el solicitante deberá comprobar al menos los siguientes requisitos:⁵⁶

⁵⁵ Artículo 47 del Convenio del CIADI y párrafo 1 de la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje.

⁵⁶ *Alicia Grace y otros c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/4, Resolución Procesal No. 6. Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes, 19 de diciembre de 2019, ¶¶ 62-63. *Legacy Vulcan, LLC v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/19/1,

- el tribunal tiene jurisdicción *prima facie*;
- existe un derecho susceptible de ser afectado y existe *prima facie* una violación en los méritos del caso;
- las medidas solicitadas son urgentes;
- existe una necesidad en las medidas requeridas;
- las medidas son proporcionales al riesgo.

En este orden de ideas, se desprende que este tipo de medidas de seguridad son imprescindibles para no afectar a una de las partes en el procedimiento, pero, claramente sin que el otorgamiento pudiese generar en la contraparte un menoscabo.

Después de analizar el cumplimiento de estos requisitos y los argumentos de las partes, el tribunal podrá rechazar la solicitud, o recomendar la adopción de medidas provisionales, incluso distintas a las solicitadas.

Asimismo, es importante recalcar que ser el caso que el tribunal efectivamente dicte medidas provisionales, la falta de acatamiento de estas puede suponer inferencias negativas para esta parte, o una afectación en la distribución de los costos del arbitraje.

vi) Demandas subordinadas

En las demandas subordinadas, las partes pueden presentar una demanda incidental, adicional o una demanda reconvenional (esta última sólo la parte demandada) que esté relacionada directamente con el objeto de la diferencia, con la condición de que esté dentro de la jurisdicción del CIADI y la hayan consentido las partes.

Procedural Order No. 7, 11 July 2022, ¶ 59. Institute de Droit International, *Final Resolution Third Commission Provisional Measures, Rapporteur Lord Collins of Mapesbury*, 8 September 2017, p. 2.

Los plazos para presentar estas demandas serán fijados por el tribunal, aunque normalmente la demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica y la reconvencción en el memorial de contestación.

Claramente si existen motivos suficientes para que éstas sean presentadas extemporáneamente el tribunal debe aceptar su presentación en una etapa posterior.

El objetivo de este procedimiento es presentar una reclamación que no está abarcada por la reclamación principal ya sea porque la parte demandante estima se ha producido un nuevo acto violatorio, que no había acontecido en el momento en que presentó la demanda inicial, o porque la demandada estima conveniente presentar una demanda reconvenccional relacionada con la reclamación principal, en virtud de alguna violación de la demandante.

vii) Rebeldía

La rebeldía es el procedimiento iniciado en caso de que una parte no comparezca o se abstenga de presentar argumentos o participar durante el arbitraje.

En caso de que alguna de las partes se encuentre en rebeldía, la otra podrá solicitar al tribunal que dicte el laudo con la información que se ha sometido a su consideración. Si esto sucede, el tribunal deberá de darle un periodo de gracia a la parte en rebeldía, no mayor a 60 días, para que subsane dicha situación. Si no se subsanara, se seguirá el análisis de la controversia y la emisión del laudo.

Durante esta etapa, no se considerará que por la rebeldía una parte ha aceptado las afirmaciones realizadas por la otra parte, además el tribunal podrá invitar a la otra parte que no esté en rebeldía a presentar sus escritos, argumentos y pruebas.⁵⁷

⁵⁷ Artículo 45 del Convenio del CIADI, y párrafo 6 de la Regla 49 de las Reglas de Arbitraje.

Esto, dado que a pesar de que no exista colaboración de la parte en rebeldía, no se debe de afectar sus derechos procesales, bajo ninguna circunstancia; además de que el aceptar los argumentos de una parte aun cuando la otra esté en rebeldía significaría un desvío del tribunal a su tarea como juzgador imparcial, y del ejercicio mismo de estudio de la jurisdicción.

f. Conclusión del procedimiento y emisión del laudo

Regularmente, antes de la emisión del laudo, el tribunal solicitará a las partes la presentación de una declaración de costos,⁵⁸ para evaluar dichos documentos y emitir una decisión al respecto.

Estas declaraciones pueden limitarse a la presentación de los gastos incurridos por la parte, o, si lo acuerdan las partes o lo decide el tribunal, a la presentación de un escrito junto con argumentos señalando las razones por las cuales el monto erogado debe ser cubierto por la contraparte.

Al distribuir los costos, el tribunal debe considerar todas las circunstancias que estime relevantes para su decisión, entre ellas, el resultado del arbitraje, la conducta de las partes durante el procedimiento (incluyendo el acatamiento de las partes a las resoluciones del tribunal), la complejidad del caso ante ellos y la razonabilidad de los costos solicitados.

Finalmente, luego de analizar las posturas de ambas partes, el tribunal emitirá un laudo en donde determinará si existe una violación o no al instrumento jurídico base de la acción, y expresará las razones para fundamentar su decisión.

⁵⁸ Regla 51 de las Reglas de Arbitraje. Se entiende por costos del procedimiento los gastos relativos a la representación legal de las partes, los honorarios y gastos del tribunal, personas que le asistan y de cualquier perito nombrado por el tribunal, así como cualquier erogación administrativa pagada al CIADI, según lo señalado por la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje.

Este laudo, como cualquier otra decisión, puede ser adoptado por mayoría de votos.

El laudo debe constar por escrito y contener lo siguiente: la identificación de las partes, el nombre sus representantes, una declaración de que el tribunal se constituyó de conformidad con el Convenio del CIADI y el método de dicha constitución, el nombre de cada miembro del tribunal y qué parte designó a cada uno, la fecha y lugar de la primera sesión con el tribunal, así como cualquier otra conferencia y audiencias del arbitraje, un resumen del arbitraje, una narrativa de los hechos relevantes y de los argumentos de las partes (incluyendo puntos petitorios), la decisión sobre cada una de las cuestiones que se sometió al tribunal y éste analizó, incluyendo las razones en las que se funda el laudo, y una declaración de costos.

Este instrumento jurídico es firmado por cada uno de los árbitros, para que posteriormente el Secretario General envíe dicha decisión a las partes y se deposite en el archivo del CIADI, precisamente en esta fecha se considerará que el laudo fue dictado.⁵⁹ Evidentemente el laudo incluirá cualquier voto particular o disidencia, incluso condicionando la firma del árbitro a la inclusión de este tipo de declaraciones.

Así, con la emisión del laudo, el procedimiento principal se daría por concluido.

Al emitir el laudo, existe la posibilidad de que una parte del arbitraje solicite:⁶⁰

- Una rectificación: esta se requiere cuando el laudo contiene ciertos errores ya sean materiales, aritméticos o de otro tipo.
- Una decisión suplementaria: la cual se presenta para que el tribunal resuelva sobre cualquier punto que haya omitido decidir en el laudo.

⁵⁹ Párrafos 1 y 2 de la Regla 60 de las Reglas de Arbitraje.

⁶⁰ Artículos 49 - 54 del Convenio del CIADI y Reglas 61 y 69 de las Reglas de Arbitraje.

- Una aclaración: ésta es solicitada para decidir sobre el sentido o el alcance del laudo.
- Una revisión: requerida en aquellos casos en que, posterior al dictado del laudo alguna de las partes del arbitraje descubre un hecho que pudiera haber influido en la decisión del tribunal, y era desconocido por el órgano colegiado y la parte solicitante, sin que esto suponga la negligencia de esta última.
- La anulación del laudo: se trata de un recurso extraordinario para cuestionar la validez del laudo, o parte de este, por ciertas causales:
 - Incorrecta constitución del tribunal.
 - Extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal.
 - Corrupción de algún miembro del tribunal.
 - Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.
 - Ausencia de expresión en el laudo de los motivos en que se funde.
- El cumplimiento: el cual consiste en el acatamiento de la determinación del tribunal.
- El reconocimiento y la ejecución: es presentado cuando alguna de las partes no ha cumplido voluntariamente con la decisión final del tribunal, por lo que se acude a cortes y tribunales nacionales para materializar el cumplimiento del laudo, que, normalmente se referirá al pago de obligaciones pecuniarias.

En este sentido, incluso después de la emisión del laudo, existen diferentes alternativas para que las partes puedan presentar cualquier preocupación o cuestionamiento respecto de la decisión final en el arbitraje, lo cual representa una posibilidad para que ejerzan sus derechos procesales ante decisiones que las partes estimen erróneas o deficientes.

g. Suspensión o discontinuación del arbitraje

No obstante lo anterior, se debe señalar que el arbitraje puede ser suspendido o discontinuado antes de la emisión del laudo.

La suspensión se efectúa por acuerdo entre las partes y posterior decisión del tribunal (o del Secretario General si aún no se ha constituido el tribunal). Al solicitar al tribunal esta suspensión, se debe señalar el periodo por el cual se pretende suspender el procedimiento (el cual el tribunal podrá prorrogar por acuerdo de las partes, de oficio o a solicitud de una de las partes, luego de obtener observaciones de las partes) y los términos de dicha suspensión.

Esto cobra especial relevancia ya que de no notificarlo al CIADI, éste podría discontinuarlo por la inactividad de las partes.

En línea con lo anterior se debe aclarar que, la discontinuación puede darse también por acuerdo de las partes o solicitud de una parte.

En caso de un acuerdo entre las partes, éste es notificado por ellas al tribunal y éste emite una resolución procesal en donde deja constancia de este acto. Si esta discontinuación es producto de un acuerdo de las partes para dejar sin efectos la controversia, este acuerdo puede incorporarse en forma de laudo.

Normalmente esto sucedería si las partes pudieran llegar a una solución mutuamente aceptable de la diferencia sometida a arbitraje, razón por la cual sería posible llegar a un acuerdo también sobre la terminación del procedimiento arbitral.

Si la discontinuación es solicitada por una de las partes, entonces el tribunal fijará un plazo dentro del cual la otra parte tendrá la oportunidad de oponerse. Si no hay una respuesta al tribunal (o el Secretario General si aún no se ha constituido el tribunal) dejará constancia en una resolución procesal de la discontinuación, por el contrario, si la otra parte se opone, el procedimiento seguirá su curso.

Esto impide que una parte pueda unilateralmente terminar con el arbitraje, especialmente si la solicitud la hace la parte demandada, y la parte demandante considera que sigue existiendo una controversia que debe resolverse.

Por otro lado, si existe inactividad de las partes durante 150 días consecutivos, el tribunal (o el Secretario General si aún no se ha constituido el tribunal) notificará a las partes de esta situación, y si en 30 días no realizan una actuación en el procedimiento, se dará por discontinuado el procedimiento, pero si hay alguna actuación, entonces el procedimiento seguirá su curso.

La razón de lo anterior es que se busca que las partes no abandonen procedimientos arbitrales sin hacerlo del conocimiento del CIADI, pues este podría incurrir en problemas logísticos para la institución, y, principalmente para el tribunal arbitral en caso de haber sido constituido.

Si bien, sería jurídicamente posible que muchos de estos procedimientos especiales sean llevados a cabo en un arbitraje, no necesariamente quiere decir que estos sucedan.

En este sentido, vemos en este panorama general como un procedimiento arbitral puede tener diversos actos procesales previos a la resolución del mismo, e incluso posteriores a la emisión del laudo, pudiendo ser un mecanismo complejo o simple, dependiendo del caso mismo y las partes involucradas, siendo el común denominador la resolución del conflicto de inversión.

CAPÍTULO II: JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD EN EL CONVENIO DEL CIADI

El presente Capítulo tiene por objetivo principal explicar el concepto de “jurisdicción” de un tribunal para decidir una controversia al ampro del Convenio del CIADI.

Los objetivos específicos de este Capítulo son:

- exponer la relevancia de la jurisdicción de un tribunal bajo el Convenio de Washington;
- describir los elementos del artículo 25 del Convenio del CIADI;
- señalar los componentes que inciden en el término “inversión” en el contexto de arbitrajes CIADI;
- explicar el alcance de la noción de “admisibilidad” en arbitrajes de inversión; y
- distinguir entre la jurisdicción de un tribunal y la admisibilidad de una reclamación, en materia de inversión.

Asimismo, presentando la pregunta de investigación ¿todas las reclamaciones al amparo del Convenio del CIADI, incluyendo demandas directas y reconventionales deben de cumplir con los requisitos jurisdiccionales del Capítulo II del Convenio de Washington?, la hipótesis que se pretende analizar en este Capítulo es que para que un tribunal establecido en virtud del Convenio del CIADI tenga jurisdicción, se deben cumplir con los requisitos jurisdiccionales del Capítulo II de este instrumento jurídico internacional, principalmente los previstos en el Artículo 25.

A. Jurisdicción

Antes de iniciar con la explicación de la noción de jurisdicción, debe señalarse que, conceptualmente existe una diferencia sustancial entre jurisdicción y competencia. La primera de ellas se refiere, en este contexto, a la posibilidad jurídica de que se

lleve a cabo un arbitraje CIADI por tribunales arbitrales constituidos en virtud del Convenio del Washington (género); mientras que la segunda refiere al ejercicio específico de la primera en un caso en determinado (especie).

De la lectura de los artículos 25 y 41, que serán analizados en este Capítulo, en sus versiones en inglés y español queda clara esta distinción, sin embargo, ésta queda totalmente erosionada en la versión en francés la cual sólo se refiere a la competencia.

No obstante la distinción explicada, es común que en arbitrajes de inversión estos términos sean utilizados como sinónimos (especialmente en arbitrajes desarrollados por abogados de tradición anglosajona), ya que, para efectos prácticos una determinación sobre jurisdicción o competencia tiene los mismos efectos jurídicos. Por esta razón, en el presente escrito se abordarán estos conceptos bajo la concepción de jurisdicción.

Así, en virtud de los requisitos jurisdiccionales del Convenio del CIADI se define claramente qué tipo de controversias podrán ser ventiladas al amparo de este tratado internacional, tanto arbitrajes como conciliaciones. En línea con lo anteriormente señalado, en el caso específico de un arbitraje al amparo de éste, cuando se habla de la jurisdicción, debe entenderse como la facultad o autoridad que tiene el tribunal arbitral para decidir una controversia.

La relevancia es tal que se ha mencionado que la jurisdicción presenta los “límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje.”⁶¹

Los requisitos para que una controversia se encuentre dentro de la jurisdicción del CIADI, están presentes en el Capítulo II del Convenio de Washington, principalmente en su artículo 25, el cual, a la letra señala lo siguiente:

⁶¹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 22.

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

De manera general, en la disposición anteriormente señalada, se establece que las controversias que están dentro de la jurisdicción del Centro deben cumplir con los siguientes elementos: 1) ser de índole legal y surgir directamente de una inversión (jurisdicción *ratione materiae*); 2) que la diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante (jurisdicción *ratione personae*); y 3) que ambas partes hayan consentido por escrito someter al CIADI dicha diferencia (jurisdicción *ratione voluntatis*).

Estos elementos se encuentran interrelacionados, se deben cumplir en su totalidad en todos los casos en los que se busque presentar un arbitraje al amparo del Convenio del CIADI, y no son susceptibles de ser renunciados.⁶²

Esto es así, porque precisamente se presentan como los elementos necesarios para que un tribunal cuente con jurisdicción al amparo del Convenio del CIADI, y de esta manera resolver la cuestión que ha sido planteada.

1. Jurisdicción *Ratione Materiae*

La jurisdicción *ratione materiae*, o jurisdicción en razón de la materia, es un componente necesario dentro de la jurisdicción del Centro, en virtud de la cual se establece el objeto o alcance material de las controversias sometidas al CIADI.

De la lectura del artículo 25 del Convenio del CIADI, se desprende que este requisito jurisdiccional está compuesto, a su vez, de cuatro partes integrales: 1) la

⁶² Williams, David, "Jurisdiction and Admissibility", en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 871.

existencia de una diferencia; 2) la naturaleza jurídica de la controversia; 3) la disputa se relaciona con una inversión; y 4) la controversia debe surgir directamente de la inversión.

a. Diferencia

El primer elemento de esta definición está relativamente definido y no existe controversia general sobre su alcance.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha señalado que una diferencia debe ser entendida como un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre las partes.⁶³ Asimismo, ésta ha sido adoptada por tribunales arbitrales de inversión.⁶⁴

Esta controversia o diferencia entre las partes debe tener alguna relevancia práctica, y no ser meramente una cuestión teórica, pues no se busca que el tribunal arbitral decida interrogantes jurídicos *in abstracto*, sino que deben ser cuestiones claramente identificadas entre las partes.⁶⁵ Por ello, si bien, jurídicamente sería posible en algunos casos iniciar una controversia por un tema meramente teórico, carecería de sentido recurrir a un arbitraje de inversión sin una verdadera

⁶³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Judgment of 30 August 1924, P.C.I.J. Reports 1924, Series A, No 2, p.11. Esta misma definición ha sido recogida por la Corte Internacional de Justicia. Ver *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995, ¶ 22. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006, I.C.J. Reports 2006, ¶ 89.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, *Agility Public Warehouse Company K.S.C. v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/7, Decision on Jurisdiction, 9 July 2019, ¶ 172. Se ha definido una diferencia de una forma similar en otros foros internacionales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC): “desavenencia concreta relativa a una cuestión de hecho, de derecho o de política en la que a la demanda o reivindicación de un derecho de una parte responde otra por una negativa, contrademanda o repulsa.” GATT, *Concept, Forms and Effects of Arbitration. Note by the Secretariat*, MTN.GNG/NG13/W/20, February 22, 1988. Definición recogida, por ejemplo, en el *Laudo del Árbitro, Estados Unidos — Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos — Arbitraje de conformidad con el Artículo 25 del ESD*, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001, nota al pie de página 27.

⁶⁵ Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*. 2ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 94.

afectación, lo cual probablemente tendría un efecto en la decisión de costos por parte de un tribunal.

b. Jurídica

Una vez establecida la existencia de una controversia, se debe demostrar que ésta es jurídica.

Debe entenderse que la controversia es jurídica si ésta se refiere a la existencia o al alcance de un derecho u obligación jurídica, o a la naturaleza o al alcance de la reparación que debe hacerse por el incumplimiento de una obligación jurídica.⁶⁶ De nueva cuenta, vemos aquí, una representación del binomio Derecho-inversión al cual se hizo referencia anteriormente.

Como se puede apreciar, se buscó delimitar el tipo de controversias que podrían presentarse ante el CIADI, al especificar que éstas deben ser jurídicas, porque, de esta manera, se evitó que se sustanciaran controversias de naturaleza puramente comercial o política.⁶⁷

En este sentido, es importante mencionar que, respecto a esta diferencia jurídica el artículo 26 del Convenio del CIADI recoge el principio de exclusividad en la elección de foros, al señalar que: “[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”.

⁶⁶ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 26. Ver también, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A., y AWG Group Ltd. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, ¶ 34.

⁶⁷ Williams, David, “Jurisdiction and Admissibility”, *op. cit.*, p. 873.

Así, se elimina la posibilidad de litigar las mismas medidas en diferentes foros, lo cual supone el riesgo de una doble compensación, así como decisiones contradictorias.

c. Inversión

El Convenio del CIADI no define lo que debe de considerarse como una inversión, esto, con el fin de darle mayor discrecionalidad a los Estados Contratantes para definir el tipo de controversias que están dispuestos a someter ante el CIADI.⁶⁸

Sin embargo, los tribunales arbitrales han desarrollado precedentes⁶⁹ detallando los elementos constitutivos de una inversión, siendo el más conocido el estándar *Salini*,⁷⁰ el cual indica que el concepto “inversión”, implica al menos: 1) una contribución, 2) un riesgo, 3) una cierta duración, y 4) una contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión.

Es importante mencionar que este estándar, no se trata de una serie de elementos obligatorios que debe de cumplir una inversión en todos los casos, sino,

⁶⁸ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 27.

⁶⁹ Al respecto, debe señalarse que no existe jurisprudencia que pueda ser vinculante (únicamente lo es para las partes que participan en la controversia) para un tribunal arbitral, a lo sumo, existen decisiones que tienen un valor normativo externo, que pueden servir como guía para la decisión de un tribunal arbitral, a manera de *jurisprudence constante*. Esto ha dado como resultado, por un lado, que los tribunales tengan mayor flexibilidad para apartarse de decisiones anteriores, lo que, a su vez, significa una falta de seguridad y predictibilidad del sistema internacional de solución de controversias relativas a inversión. Ver *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, ¶ 316. Schreuer, Christoph, y Weiniger, Matthew, “A Doctrine of Precedent?”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1189. Fukunaga, Yuka, “Precedent in Investment Arbitration. Is an Institutionalized Investment Court More Desirable?”, en Cheng, Chia-Jui (ed.). *A New Global Economic Order. New Challenges to International Trade Law*, Leiden/ Boston, Brill Nijhoff, 2022, p. 338. Schreuer, Christoph, “Investment Arbitration”, *cit.*, p. 313.

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 52.

más bien, es de una guía orientativa que queda a la discrecionalidad de los árbitros analizar para determinar si, en el caso en concreto, existe una inversión.

No obstante lo anterior, en este estudio también se utiliza el estándar *Salini* como una guía de las características principales que comparten las inversiones, dado que es el estándar de análisis más ampliamente reconocido. En este sentido se ha señalado que:

[No se] considera necesario resolver la controversia entre las Partes sobre si el estándar *Salini* se aplican o no *per se* para evaluar si un inversionista ha realizado una inversión protegida. Son ya muchas las decisiones que han considerado que “inversión” tiene un significado inherente e implica al menos una contribución por parte del inversionista, una cierta duración y un riesgo económico.⁷¹

Por tanto, si bien aún existen ciertas controversias en donde se cuestiona la aplicabilidad del estándar *Salini*, el razonamiento general es que algunos de estos elementos son inherentes a la definición de inversión, por lo que están presentes en arbitrajes CIADI, e incluso, en arbitrajes CNUDMI, los cuales ni siquiera cuentan con un artículo similar al 25 del Convenio del CIADI.

Cabe señalar que no es el único estándar de análisis, pues otros tribunales arbitrales han incluso señalado la existencia de más elementos, indicando que las inversiones debían ser realizadas con apego a la legislación nacional, y, adicionalmente, de buena fe.⁷² Asimismo, se han identificado otros requisitos, por ejemplo: 1) la transferencia de fondos, 2) un proyecto a largo término, 3) el propósito

⁷¹ Traducción propia. Original: “The Tribunal does not find it necessary to resolve the dispute between the Parties as to whether the *Salini* criteria do or do not apply *per se* in evaluating whether an investor has made a protected investment. There are now many decisions that have considered that “investment” has an inherent meaning and implies at least a contribution by the investor, a certain duration, and economic risk.” *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020, ¶ 293.

⁷² Ver *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, ¶ 100.

de un ingreso regular o constante, 4) la participación de la persona que transfiere los fondos, y 5) un riesgo empresarial.⁷³

A este respecto se reitera que, si bien otros tribunales han identificado elementos adicionales, estos no han sido recogidos por la mayoría de los tribunales arbitrales.

De igual manera, debe mencionarse que, la discrecionalidad del Estado a la que se alude líneas arriba se presenta en los instrumentos jurídicos base de la acción (ya sea un tratado internacional, un contrato o legislación nacional), ya que éstos pueden definir lo que ha de entenderse por el término “inversión”, considerándolos en conjunto como una completitud ante la “laguna legal” creada por la falta de definición en el Convenio del CIADI.⁷⁴

A este respecto es menester señalar que la definición de inversión extranjera en la legislación nacional de un Estado no es necesariamente relevante a estos efectos, (salvo que la reclamación se fundamente en ésta), ya que sólo pudiese ser considerado inversión aquello que así establezca el marco jurídico base de la acción. De lo contrario, un Estado podría, a conveniencia para efectos de un arbitraje, manipular unilateralmente el alcance de la noción de inversión.

Es por ello que, cuando este instrumento base de la acción define el vocablo “inversión”, no sólo se debe cumplir con una inversión conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Washington, sino que, además, se debe cumplir con lo delimitado en el propio fundamento de la acción,⁷⁵ esto dado que no se deja

⁷³ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 60.

⁷⁴ Esto no debe interpretarse en el sentido de que se deje de lado la noción de inversión contenida en el Convenio del CIADI, sino, únicamente delimitar, dentro de esta noción, lo que sería una inversión. Ver *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, ¶ 96.

⁷⁵ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 62. Difícilmente se podría presentar un conflicto entre los conceptos de inversión en un tratado internacional y en el Artículo 25 del Convenio del CIADI dado que en ambos casos se importan los mismos atributos económicos básicos en una inversión, según el sentido corriente de los términos. Ver Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 164-165. De cualquier manera, si existiese esta contradicción, debería buscarse una alternativa para presentar la

al arbitrio de las partes, el propio alcance de la jurisdicción del CIADI. A esta necesidad de cumplir ambas definiciones de inversión, se le ha conocido como el enfoque de “doble cerrojo”.⁷⁶

Al no existir una definición universalmente aceptada de lo que es una inversión, este término normalmente es definido en los AII, primero de manera general, e inmediatamente después, se presenta una serie de diferentes activos, pudiendo presentarse en la forma de una lista exhaustiva o sólo como meras referencias de lo que podría considerarse como inversión y, adicionalmente, enlistando aquellos elementos que, para efectos de ese tratado no serían considerados como una inversión.

Por ejemplo, el T-MEC define inversión, con una lista indicativa, de la siguiente manera:

[...] todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo. Una inversión podrá incluir:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, valores y otras formas de participación en el capital de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;¹
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de una Parte; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y derechos de propiedad relacionados, tales como gravámenes, hipotecas, garantías en prenda y arrendamientos,

reclamación, ya que, como se señaló en la Sección II.A., no se puede renunciar a estos requisitos jurisdiccionales.

⁷⁶ Ver *Aguas del Tunari, S.A c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, ¶¶ 278, 279 y 283.

pero inversión no significa:

(i) una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa;

(j) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

(i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por una persona física o empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de otra Parte, o

(ii) el otorgamiento de crédito en relación con un contrato comercial referido en el subpárrafo (j)(i);⁷⁷

Por ello, bajo el enfoque de “doble cerrojo” no sólo el tribunal debería determinar que el elemento que se señala ser una inversión debe de cumplir con el Convenio del CIADI, sino también con el All.

Finalmente, se ha teorizado que, a pesar de que el All no indique expresamente que la inversión deba haberse realizado u obtenido de manera legal, este requisito se encuentra presente en todos los All⁷⁸ y, por consiguiente, también en cualquier otro instrumento jurídico base de la acción. No obstante, considerando que este elemento deriva del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se debe escuchar a quien alega su propia torpeza), es posible argumentar que este requisito existe no solo en ese momento, sino a lo largo de toda la vida de la inversión, pues, evidentemente se buscaría proteger aquellas inversiones que operan de manera legal.

i) Contribución

Ahora bien, por lo que hace al estándar *Salini*, su primer elemento es la contribución.

Este, en la mayoría de las reclamaciones presentadas al amparo del Convenio del CIADI se ha cumplido con relativa facilidad, pues este elemento se

⁷⁷ Artículo 14.1 (Definiciones) del T-MEC. (nota a pie de página omitida). Por contraste, All como el TLCAN presentan un enfoque basado en la empresa, es decir, estos elementos giran en torno a dicho concepto. Ver Artículo 1139 (Definiciones) del TLCAN.

⁷⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, ¶¶ 138-139. Ver *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, ¶ 101.

satisface si la actividad realizada por el inversionista aporta capital, activos, conocimientos técnicos o, personal o servicios calificados.⁷⁹

En el contexto de una inversión, es de lo más común que alguna de estas aportaciones tenga lugar, y es precisamente por ello que se expresa que la contribución es inherente a una inversión.

ii) Riesgo

Las inversiones naturalmente tienen que implicar un riesgo, pero no de cualquier tipo.

Por ejemplo, si éste se presenta en una transacción que asume el Estado, o es de tipo comercial como lo podría ser el riesgo de incumplimiento contractual, no se considerará como uno propio de la inversión.⁸⁰ En este sentido, se ha explicado que este concepto es inherente a la vida en general, pero no por ello se estaría ante un riesgo de inversión. Únicamente cuando el riesgo deriva de la operación de la inversión se cumpliría con en este elemento.⁸¹

De esta manera se presenta claramente una distinción entre controversias puramente comerciales de aquellas de inversión, algo que resulta sumamente importante en alegaciones a la obligación denominada cláusula paraguas que se analizará en el Capítulo IV de este trabajo.

El riesgo de inversión engloba peligros que hacen difícil o incierto prever el rendimiento de una determinada actividad económica, siendo algunos ejemplos de

⁷⁹ Ver, por ejemplo, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 53.

⁸⁰ Sabahi, Borzu, *et al.*, *Investor-State Arbitration*, 2ª ed., Oxford University Press, 2019, p. 352.

⁸¹ *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 9 April 2015, ¶¶ 368-369.

los factores a analizar los siguientes: la variación de los costos de producción, un paro laboral, el clima político y económico en el país.⁸²

Aunado a lo anterior, también se ha señalado que el mero hecho de que se presente un arbitraje es evidencia suficiente para demostrar que existió un riesgo; cuestión que por sí sola no es convincente.

iii) Duración

Los proyectos de inversión suelen tener una duración extendida, por ello, los contratos para la compraventa de mercancías o los créditos comerciales a corto plazo normalmente no son considerados como inversiones.

A este respecto es importante mencionar que esta duración debe referirse al proyecto de inversión y planes a futuro respecto a éste, y no necesariamente a la inversión en sí, ya que precisamente por las acciones de un Estado la inversión podría no cumplir con este requisito, a pesar de que estuviera prevista una vida útil mayor.

Independientemente de lo anterior, algunos tribunales han determinado que un periodo de 2 a 5 años sería suficiente para cumplir con este requisito.⁸³

Resulta difícil determinar cuál sería la duración necesaria para que un proyecto sea considerado inversión, pues ésta podría variar según el sector de que se trate, e incluso tratándose de un mismo sector pueden existir diferencias, ya que su desarrollo podría implicar diversas actividades, cuyas naturalezas implican

⁸² Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cit. p. 122. Ver también Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. cit.*, p. 353.

⁸³ Ver, por ejemplo, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 54. *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/01/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007, ¶ 101.

necesariamente una duración distinta en cada caso. Por lo tanto, no es posible señalar una regla general sobre la temporalidad a cumplir en este punto.

iv) Contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión

El último requisito, supone que, para que exista una inversión al amparo del Convenio del CIADI, ésta debe de contribuir al Estado anfitrión o, al menos, tener la posibilidad de hacerlo.

Es importante mencionar que el propio preámbulo de la Convención de Washington, en su primer párrafo, establece que la contribución al desarrollo económico es uno de los objetivos más importantes de la relación entre un inversionista y un Estado, específicamente señala:

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado; [Énfasis añadido]

Este párrafo ha sido considerado como “[l]a única indicación posible de un significado objetivo [de inversión] que puede extraerse del Convenio”.⁸⁴

Aunado a lo anterior, los Directores Ejecutivos en 1964, incluso ahondaron en este aspecto al indicar lo siguiente:

Al presentar a los gobiernos el convenio que se adjunta, los Directores Ejecutivos están impulsados por el deseo de fortalecer la asociación de los países en la causa del desarrollo económico. La creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.⁸⁵ [Énfasis añadido]

⁸⁴ Ver Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary. cit.* p. 116. Traducción propia. Original: “The only possible indication of an objective meaning that can be gleaned from the Convention is contained in the Preamble’s first sentence...”.

⁸⁵ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 9.

Por ello, se ha establecido que una actividad para ser considerada inversión al amparo del Convenio del CIADI, debe contribuir al desarrollo económico del Estado anfitrión.⁸⁶ A diferencia de los elementos anteriores, este aspecto analiza la motivación del Estado anfitrión para aceptar inversiones en su territorio y, posteriormente proteger la operación de dichas inversiones.⁸⁷

Esto es, que el Estado únicamente busca el fomento de las inversiones que tienen como objeto o efecto el desarrollo de la economía nacional.

A pesar de lo anterior, en algunas ocasiones no se han considerado este elemento como parte de la definición de inversión,⁸⁸ ya que pudiese darse el caso en el que una inversión fracasase, por lo que no generaría ninguna aportación al Estado. Pero no por ello debería dejar de considerarse que es una inversión, máxime si se considera que posiblemente este fracaso se debió al actuar del Estado mismo.

En este sentido, realmente lo que se debería de analizar es si, en el caso en concreto, y bajo circunstancias en donde la inversión hubiese tenido éxito, ésta hubiera contribuido a la economía del Estado anfitrión.

En algunos otros casos, incluso se ha sostenido que este elemento se encuentra implícito en la acción de invertir.⁸⁹ Lo anterior es parte del *quid pro quo* que supone la relación de inversión misma entre el inversionista y el Estado.⁹⁰

⁸⁶ Ver, por ejemplo, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction, 24 May 1999, ¶ 64. *Malicorp v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, ¶ 101.

⁸⁷ Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. Cit.*, p. 354.

⁸⁸ *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, ¶ 111. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶¶ 220-225.

⁸⁹ *Consortio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Affaire CIRDI No. ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, § II, ¶¶ 13-14.

⁹⁰ Ver Tamada, Dai, "Host States as Claimants. Corruption Allegations", en Lalani, Shaheez, y Polanco, Rodrigo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Leiden/ Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 104. Balcerzak, Filip, *Investor – State Arbitration and Human Rights*, Leiden / Boston,

Esto no es una cuestión menor porque precisamente es el objetivo principal de un Estado al aceptar inversiones, que exista un fomento y contribución a su economía para beneficio de su población, y a cambio otorgarán la protección prevista en este tipo de procedimientos de solución de controversias.

Finalmente, como un comentario general respecto de este estándar, es menester indicar que ciertos precedentes señalan que estos requisitos conocidos como estándar *Salini* no son rígidos y es posible que existan inversiones sin la necesidad de cumplirlos a cabalidad.⁹¹

Es decir, la determinación de la existencia o inexistencia de una inversión es un análisis que se debe realizar caso por caso y no necesariamente todas las inversiones cumplen con el estándar *Salini* y, evidentemente, no por ello dejarán de ser inversiones.

d. Nexo causal entre la controversia y la inversión

Una vez que se ha establecido la existencia de una controversia y de una inversión, debe de determinarse que la controversia ha surgido, de manera directa de la inversión,⁹² esto es, que la diferencia tiene su origen en la inversión.

Lo anterior es importante para determinar que, efectivamente, si existe una diferencia jurídica entre el Estado e inversionista, ésta deriva de las actividades de inversión del inversionista extranjero.

Martinus Nijhoff Publishers, 2017, p. 155. Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, cit., pp. 135-136.

⁹¹ Ver *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, ¶¶ 312-314. *Abaclat y otros c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, ¶ 364. *Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine*. ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, ¶ 311.

⁹² Vale la pena hacer hincapié en que lo que debe ser “directo” es la relación entre la controversia y la inversión, no la inversión. Ver *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, ¶ 24.

2. Jurisdicción *Ratione Personae*

Las partes de una controversia incoada al amparo del Convenio del CIADI implican a un Estado soberano y una persona jurídica o natural de un Estado Contratante, es decir, tiene una naturaleza mixta.

En esencia, esto es así, pues se buscaba que los Estados abandonaran o no ejercieran su derecho a la protección diplomática de sus nacionales, y, en contraste, facultar a las personas (naturales o legales) a participar directamente en controversias en contra de Estados, sin la necesidad del respaldo de su propio Estado.

De hecho, esto es recogido por el propio artículo 27 del Convenio del CIADI el cual señala:

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia. [Énfasis añadido]

Así, se eliminan factores ajenos a la controversia legal, para permitir al Estado anfitrión y al inversionista dirimir su controversia ante el tribunal.

Por otra parte, de manera general, se puede señalar que los litigios entre particulares se resuelven normalmente ante tribunales nacionales o arbitrajes comerciales, y los litigios y arbitrajes entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la OMC, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, paneles arbitrales establecidos en virtud de tratados internacionales, entre otros, según la naturaleza de este.

Sin embargo, en controversias de naturaleza mixta, especialmente aquellas derivadas específicamente de inversiones, antes del establecimiento del CIADI, como se abordó el en Capítulo I, no había un foro adecuado para sustanciarlas.

a. Nacional de un Estado Contratante

El párrafo 2 del Artículo 25 es claro en señalar que “nacional de otro Estado Contratante” incluye tanto a personas naturales como jurídicas. En este sentido, se abordarán ambas posibilidades a continuación.

i) Persona natural

Si bien las empresas suelen ser los principales propietarios de las inversiones, y por esto participan con mayor frecuencia en arbitrajes de inversión, las personas físicas o naturales también pueden hacerlo.

Esto, dado que siguen siendo los beneficiarios finales de las inversiones y, por tanto, también pueden recurrir en su propio nombre, al arbitraje al amparo del Convenio del CIADI.⁹³ Incluso puede ser la inversión directamente propiedad de una persona física.

En este supuesto, según lo que establece el inciso (a) de la disposición en comento, se incluye a las personas naturales que: 1) al momento de haber consentido someter la controversia a arbitraje, y 2) en la fecha en que se registra el arbitraje, tiene la nacional de un Estado Contratante distinto al Estado parte de la controversia.

⁹³ Purice, Matei, “Natural Persons as Claimants under the ICSID Convention”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016, p. 132.

Adicionalmente, se ha sugerido que la nacionalidad del inversionista también debe estar presente al invertir,⁹⁴ y al momento en que se gesta la medida objeto del arbitraje;⁹⁵ además se debe mantener esta nacionalidad de manera continua durante estos momentos.⁹⁶

Esto ya que, de otra forma, se podría fomentar las transacciones comerciales con el fin de adquirir derechos procesales para solicitar compensaciones a Estados; y, por el otro lado, dado que la protección otorgada a los inversionistas está condicionada a que estos inversionistas sean nacionales de otra Parte Contratante, por lo que deben de contar con esta nacionalidad en los momentos relevantes.

Para efecto de determinar si un individuo es un nacional de un determinado Estado, debe observarse la legislación específica de dicho Estado,⁹⁷ es por ello que un certificado (como lo podría ser un pasaporte, o un documento nacional de identidad), emitido por la autoridad competente, en donde se señale la nacionalidad de una persona es una prueba sólida de la nacionalidad de una persona, aunque no es necesariamente concluyente.⁹⁸

⁹⁴ Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eduardo Nuno Vaz Osorio Dos Santos Silva, Graham Alexander, Mónica Galán Ríos c. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/2, Laudo sobre Jurisdicción, 21 de noviembre de 2022, ¶¶ 157-158. Este elemento no siempre es reconocido. Ver, por ejemplo, Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. La República Dominicana, Caso CPA No. 2016-17, Laudo final, 3 de septiembre de 2019, ¶ 527.

⁹⁵ Sicard-Mirabal, Josefa y Derains, Yves. *Introduction to Investor-State Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018, p.35. *Westmoreland Mining Holdings LLC v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3, Final Award, 31 January 2022, ¶ 236.

⁹⁶ Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 291. Ver también *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Judgement of 28 February 1939, P.C.I.J. Reports, Series A/B No. 76, p. 16.

⁹⁷ *Nottebohm Case (second phase)*, Judgement of 6 April 1955, I.C. J. Reports 1955, p. 23.

⁹⁸ Ver *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/09, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, ¶ 318. Ver también la decisión en *Soufraki*, en donde el tribunal determinó que la Demandante a pesar de contar con certificados de nacionalidad italiana no contaba con dicha nacionalidad, por lo que no tenía derecho a presentar una reclamación bajo el tratado bilateral de inversión entre Italia y Emiratos Árabes Unidos. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, ¶ 68. Asimismo, es posible que, a pesar de que el inversionista cuente con un documento específico vigente en donde se demuestre una nacionalidad, éste haya renunciado a la misma para efectos de la realización de actos jurídicos en el Estado anfitrión. Ver *Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eduardo Nuno Vaz Osorio Dos Santos Silva, Graham*

Por lo que hace a personas con doble nacionalidad, una de las cuales corresponda al Estado Contratante que es parte de la Controversia, está terminantemente prohibido que ésta presente una reclamación, pues como lo indica el inciso (a) del párrafo 2 del artículo 25 del Convenio del CIADI, no se consideran como personas naturales para efectos de este instrumento normativo, a aquellas personas que tengan la nacionalidad del Estado Contratante parte de la disputa ya sea al momento de consentir someter la diferencia a arbitraje y cuando se registra el arbitraje ante el CIADI.

En otras palabras “[e]sta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento.”⁹⁹

Es por ello que, si un reclamante con la nacionalidad del Estado anfitrión tratara de registrar el caso ante el CIADI, el Secretario General debería de negarle el registro al encontrarse manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro, de conformidad con el artículo 36 del Convenio del CIADI.

No obstante lo anterior, el Convenio del CIADI no prohíbe entablar reclamaciones a personas con doble nacionalidad cuando ninguna de éstas sea del Estado anfitrión. Precisamente en estos casos, tribunales arbitrales al amparo del Convenio de Washington, al analizar reclamaciones (las cuales se presentaron en virtud de un tratado internacional) en donde los inversionistas tenían más de una nacionalidad, generalmente han emitido decisiones que ignoran el principio de nacionalidad efectiva y dominante en favor de la definición de nacionalidad dada por el tratado de inversión subyacente.¹⁰⁰

Alexander, Mónica Galán Ríos c. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/2, Laudo sobre Jurisdicción, 21 de noviembre de 2022, ¶¶ 229-273.

⁹⁹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 29.

¹⁰⁰ Purice, Matei, *op. cit.*, p. 151. Ver, por ejemplo, *Señor Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo, 26 de julio de 2001, ¶¶ 60-62.

Este principio de Derecho Internacional es relevante pues esclarece cuál sería la nacionalidad efectiva y dominante del inversionista, y por ende si puede ser considerado como un nacional de un determinado país.

ii) Persona jurídica

Por otro lado, el inciso (b) del artículo en cuestión dispone qué se debe entender por “nacional de otro Estado Contratante” para el caso de personas jurídicas:

[T]oda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

Como se desprende de la lectura de la disposición anteriormente transcrita, existen dos tipos de persona jurídica: 1) aquellas personas jurídicas con nacionalidad distinta la del Estado anfitrión, y 2) aquellas personas jurídicas con la misma nacionalidad que el Estado anfitrión, pero cuyo control lo tiene otra persona con nacionalidad distinta a la del Estado anfitrión.

Dada la complejidad de las empresas multinacionales hoy en día, las personas jurídicas que forman parte de estos grupos empresariales, podrían tener diferentes nacionalidades, lo que plantea la posibilidad de reclamaciones múltiples, a lo largo de toda la cadena corporativa,¹⁰¹ esto de cierta manera podría imposibilitar la determinación de la nacionalidad real de éstas.

¹⁰¹ Schlemmer, Engela, “Investment, Investor, Nationality, and Shareholders”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 75.

Aunado a lo anterior, en muchas ocasiones estas empresas, luego de una reestructura corporativa podrían tener acceso a estas reclamaciones por otra nacionalidad.

Esto puede considerarse como una planificación corporativa legítima o un abuso de derecho, según las circunstancias,¹⁰² es por ello que se ha señalado que cuando la reestructura de una empresa, para obtener la nacionalidad de un determinado país y así obtener acceso a la protección de un tratado en específico, sucede al momento en que existe una controversia, o ésta se puede prever con una probabilidad muy alta, existe un abuso del procedimiento por parte del supuesto inversionista,¹⁰³ o cuando la reestructura se realizó “con el único propósito de lograr indebidamente una ventaja procesal.”¹⁰⁴

Por ende, en el caso de una reestructura social, un tribunal debe analizar detalladamente esta cuestión para determinar si la empresa buscó realizar la reestructura con fines relacionados con el arbitraje.

No obstante lo anterior, para efectos de determinar la nacionalidad de estos entes, se entenderá que una persona jurídica o legal es nacional de un determinado Estado, si en todos los momentos relevantes (como en el caso de las personas físicas) su sede o lugar de constitución corresponde a dicho Estado (*siège social*).¹⁰⁵

¹⁰² Ver *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd., Mobil Venexuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. La República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, ¶ 191.

¹⁰³ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 2.99. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, ¶ 584.

¹⁰⁴ *Cervin Investissements S.A & Rhone Investissements S.A. c. La República de Costa Rica*. Caso CIADI No. ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, ¶ 292.

¹⁰⁵ Sicard-Mirabal, Josefa y Derains, Yves. *op. cit.* p. 32. Ver también *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001, ¶ 107: “De acuerdo con el derecho y la práctica internacionales, existen varios criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica. El más utilizado es el lugar de constitución o domicilio social pero también se puede tomar en cuenta el lugar donde está situada la administración central o sede efectiva.” Ver también *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, ¶ 70.

Sobre este punto se debe enfatizar que, algunos académicos han señalado que para efecto de determinar la nacionalidad de una persona no es relevante el origen del capital,¹⁰⁶ pero la realidad es que dicha aseveración no es cierta en todos los casos;¹⁰⁷ principalmente en aquellos casos relacionados con un AIJ en donde indudablemente se tenía por objeto el fomento bilateral de las inversiones y el intercambio de capital proveniente de otro Estado.

Asimismo, es importante mencionar que, una empresa productiva de un Estado podría considerarse como inversionista, siempre que actúe con dicho carácter en otro país, y no como empresa controlada por el Estado, como agente del gobierno o esté desempeñando una función esencialmente gubernamental; mientras que en el caso de una organización sin fines de lucro ésta dependerá de la naturaleza de sus actividades.¹⁰⁸

Ahora bien, de conformidad con el segundo supuesto contenido en el inciso (b) del párrafo 2 del artículo 25, mencionado anteriormente, y a diferencia del caso de las personas naturales, aquí sí existiría jurisdicción si la persona jurídica que tiene la nacionalidad del Estado Contratante parte de la controversia es controlada por un nacional de otro Estado Contratante, siendo este una excepción al requisito de nacionalidad distinta al del Estado anfitrión.

Es por ello que, a pesar de que algunos AIJ requieran el control de la persona moral por parte de nacionales extranjeros, para considerar a la persona jurídica como nacional de un Estado en particular, para efectos del Convenio del CIADI, esto

¹⁰⁶ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op, cit.*, p. 46.

¹⁰⁷ Ver, por ejemplo, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prof. Prosper Weil, 19 April 2004, ¶¶ 19-24.

¹⁰⁸ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op, cit.*, p. 46. Por ejemplo, en el caso de AIJ, en el T-MEC se acepta explícitamente que “una Parte” podría ser considerada como “inversionista”, según el Artículo 14.1 (Definiciones) de este instrumento internacional, por lo que es dable pensar que una empresa productiva del Estado sea un inversionista en algún caso.

sólo es relevante cuando se está frente a una entidad constituida en el Estado anfitrión de la inversión,¹⁰⁹ como en el presente supuesto.

De no permitir esta posibilidad para empresas constituidas en el Estado anfitrión se estaría dejando fuera a todas las subsidiarias de empresas extranjeras, que, en muchos casos, los propios Estados requieren que se constituyan en su país para poder operar.¹¹⁰ Por ello normalmente en la cláusula de un contrato, o de manera general en un tratado internacional, se deja abierta la posibilidad de que estas subsidiarias presenten reclamaciones como nacionales de otro Estado, a pesar de estar constituidas en el Estado anfitrión.

Finalmente, es importante mencionar que el término persona jurídica, implica la existencia de una entidad que necesariamente tenga personalidad jurídica, dado que de esta forma tendría la capacidad de participar en un arbitraje.¹¹¹ De lo contrario, sería imposible que legalmente se desarrollara el procedimiento arbitral.

b. Estado Contratante

El artículo 25 del Convenio del CIADI expresamente hace referencia a un “Estado Contratante”, sin embargo, no siempre se circunscribe al Estado en su totalidad, sino que es posible que el Estado designe a una subdivisión política u organismo

¹⁰⁹ Sicard-Mirabal, Josefa y Derains, Yves. *op. cit.*, p. 33. Ver también *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*. Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, ¶ 79.

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, *PACC Offshore Service Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/5, Opinión Concurrente y Disidente del Profesor W. Michael Reisman, 7 de enero de 2022, ¶ 4.

¹¹¹ Brown, Chester y Raluman, Ashique, “Juridical Persons and the Requirements of the ICSID Conventions”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016, p. 168. Ver, por ejemplo, *Conzorcio Groupement L.E.S.I- DIPENTA v. Republique Algerienne Democratique et Populaire*, Affaire CIRDI No. ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, ¶¶ 37-41, en donde el Tribunal señaló que la reclamación de los inversionistas era inadmisibles dado que fue presentada por un consorcio o conjunto de empresas, en lugar de haberse presentado por las empresas directamente, siendo éstas las que poseían los derechos para hacerlo.

público para que consienta a arbitrar disputas al amparo del Convenio del CIADI, como se explicará a continuación.

i) Estado

Por lo que hace al Estado, éste debe entenderse como un sujeto de Derecho Internacional que se compone de un territorio, una población y un poder político organizado, caracterizado por su soberanía.¹¹²

De esta manera, es claro que el Convenio de Washington, al hacer referencia a un Estado Contratante, se refiere a un Estado parte del tratado que ha suscrito dicho instrumento jurídico y ha sido aprobado, mediante la expresión de la voluntad estatal,¹¹³ por sus autoridades relevantes.¹¹⁴

Si bien lo normal es que este tipo de controversias sean sustanciadas entre Estados e inversionistas, puede darse el caso de que el Estado designe específicamente a subdivisiones políticas u organismos públicos.

ii) Subdivisión política u organismo público

El término “subdivisión política” incluye cualquier entidad territorial dentro del Estado, como lo podría ser una región, una provincia, un estado o un municipio.

Por otro lado, un “organismo público” hace referencia a cualquier entidad del Estado Contratante. Si es una empresa productiva del Estado o si tiene personalidad jurídica distinta es irrelevante, más bien, lo determinante es el actuar

¹¹² Ver Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *Droit International Public*. 8ª edición, París, L.G.D.J., 2009, p. 450.

¹¹³ *North Sea Continental Shelf*, Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969, ¶ 28.

¹¹⁴ Para mayor referencia, el propio CIADI cuenta con un listado de Estados contratantes. CIADI, “Base de datos de Estados Miembros del CIADI”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>.

de dicha entidad (quien realiza funciones públicas en nombre del Estado Contratante).

La mayor diferencia entre un organismo público y la subdivisión política es que la primera de ellas no suele ser territorial, mientras que las subdivisiones políticas sí lo son. Si bien los organismos públicos sí podrían estar divididos de manera geográfica, ésta no sería su única división de competencias, ya que, de lo contrario se estaría ante una subdivisión política.

Los negociadores del Convenio del CIADI decidieron tener la posibilidad para que los Estados designaran directamente estas entidades dado que es común que no sea el nivel central de gobierno quien acuerde relaciones de inversión directamente con los inversionistas, sino que precisamente subdivisiones políticas u organismos públicos podrían hacerlo,¹¹⁵ por lo que, a elección del Estado, serían estas mismas entidades las que participaran directamente en los procedimientos arbitrales.

En ambos casos, se deben acreditar ante el CIADI, ya que de esta forma se asegura con todos los nacionales de otras partes contratantes que estas entidades en específico han sido debidamente autorizadas por el Estado anfitrión de la inversión.¹¹⁶ Esta acreditación requiere de cuatro condiciones elementales:¹¹⁷ 1) que el Estado designe a la subdivisión política u organismo público como una entidad con capacidad para participar en arbitrajes; 2) que la designación se haga ante el CIADI; 3) que las partes al arbitraje CIADI consientan por escrito; y 4) que el Estado haya aprobado el consentimiento dado por estas entidades.

¹¹⁵ Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary. op. cit.*, p. 149.

¹¹⁶ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 234.

¹¹⁷ Párrafos 1 y 3 del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Ver, por ejemplo, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Oils Gas and Mineral Corporation (Petrobangla) and Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Annulment Proceeding, Dissenting Opinion by Committee Member Makhdoom Ali Khan, 9 October 2023, ¶¶ 19-24, 127-128. *AHG Industry GmbH & Co. KG v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/20/21, Award on the Respondent Application under ICSID Rule 41(5), 30 September 2022, ¶ 189.

Evidentemente esta serie de requisitos tienden a proveer certeza jurídica respecto de la posibilidad de una entidad estatal de ser parte de un arbitraje CIADI.

En este sentido, en caso contrario, y a falta de alguno de estos requisitos, un tribunal que analice una reclamación en donde alguna de estas entidades participe, debería declinar su jurisdicción,¹¹⁸ precisamente porque no existiría jurisdicción *ratione personae*, al no existir una de las partes relevantes en la controversia.

Asimismo, se debe recalcar que el hecho de que alguna de estas entidades suscriba un acuerdo arbitral con una cláusula de solución de controversias, no significa la existencia de una designación por parte del Estado, aunque pueda interpretarse como una designación *ad hoc*;¹¹⁹ de igual manera, no debe entenderse que la designación de estas entidades representa la expresión del consentimiento del Estado.¹²⁰

Lo anterior dado que es muy probable que el Estado no haya aceptado dicha esta supuesta designación, sino que fue una cuestión directa del organismo público o subdivisión política.

3. Jurisdicción *Ratione Voluntatis*

Este elemento, el cual es la base de cualquier arbitraje (dado el carácter voluntario de éste),¹²¹ requiere que tanto el Estado Contratante como el nacional del otro Estado Contratante hayan expresado su voluntad de someter al CIADI la controversia en cuestión de manera escrita e inequívoca.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, *Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. The Federation of St. Christopher (St. Kitts) and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 16 December 1996, ¶ 8.01. *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP P.L.C., Pacific Resources Investments Limited, BP International Limited, Sangatta Holdings Limited, and Kalimantan Coal Limited*. ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, 28 December 2009, ¶¶ 200-201, 218.

¹¹⁹ Williams, David, "Jurisdiction and Admissibility", *op. cit.*, p. 905.

¹²⁰ Reed, Lucy, *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

¹²¹ Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *op. cit.*, p. 966.

A decir de los directores ejecutivos en 1964, se trata de la “piedra angular en que descansa la Jurisdicción del Centro”.¹²² Lo anterior es cierto dado que es el consentimiento de las partes en el arbitraje es el elemento que le da al tribunal arbitral la facultad para decidir sobre una disputa en particular.

Sobre este punto debe recalarse que los Estados Contratantes al momento de ratificar el Convenio del CIADI, si bien están externando su voluntad para obligarse según lo dispuesto en el tratado, no significa, de ninguna manera, que estén consintiendo a arbitrar cualquier disputa. Esto se deja de manifiesto en el propio preámbulo del Convenio del CIADI:

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Incluso, los directores ejecutivos en 1964 estimaron conveniente hacer la siguiente puntualización:

Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes.¹²³

En este sentido, es evidente que se trata de un requisito indispensable para que un tribunal arbitral tenga jurisdicción para decidir una reclamación presentada al amparo del Convenio del CIADI que el consentimiento del Estado exista en esta dualidad: 1) como parte del Convenio del CIADI, para poder ser considerado como

¹²² Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 23.

¹²³ *Ibidem*, ¶ 25.

Estado Contratante,¹²⁴ y 2) haber consentido para arbitrar la disputa específica; sin que exista un orden de prelación entre estas expresiones de consentimiento.¹²⁵

Habiendo señalado lo anterior, queda claro que no sólo es necesario el consentimiento del Estado Contratante y del nacional del otro Estado Contratante, para someter al CIADI la controversia, sino también es menester que el Estado del cual es nacional el sujeto en controversia y el Estado Contratante hayan acordado obligarse por el Convenio del CIADI.

Asimismo, dado que el Convenio del CIADI no exige mayores requisitos, salvo que el consentimiento se exprese por escrito, existe amplia discrecionalidad de las partes disputantes para externar su consentimiento. Ante la falta de una forma específica para indicar el consentimiento de las partes, basta con que éste se evidencie por escrito; por ello, no ha existido un caso en donde la forma en la cual se plasmó el consentimiento haya creado una problemática.¹²⁶ De igual manera, debe señalarse que el Convenio del CIADI no exige que el consentimiento de ambas partes esté presente en un mismo documento.¹²⁷

De hecho, lo normal en la actualidad, debido a los arbitrajes cuyo instrumento jurídico base de la acción es All, es que la oferta a arbitrar esté en este tratado, mientras que la aceptación de esta estaría en otro documento, normalmente la solicitud de arbitraje, como se abordará a continuación.

Finalmente, es relevante resaltar que, si durante la tramitación de un arbitraje, un Estado denuncia el Convenio del CIADI, de conformidad con su artículo

¹²⁴ Como se abordó en el Capítulo anterior el hecho de que un Estado no sea parte del Convenio del CIADI significa que no podrían presentarse reclamaciones al amparo de este instrumento jurídico, pero sería jurídicamente posible que la reclamación sea presentada en virtud del Mecanismo Complementario.

¹²⁵ Amerasinghe, Chittharanjan Felix, "International Arbitral Jurisdiction" en Malintoppi, Loretta y Valencia-Ospina, Eduardo (eds.), *International Litigation in Practice*, Vol. 2, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 50.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 50-51.

¹²⁷ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 24.

71, esto no los eximirá de sus obligaciones, ni precluye de sus derechos a otro Estado Contratante o a un nacional de un Estado Contratante.¹²⁸

Por el contrario, se debería de sustanciar el procedimiento hasta su terminación sin que la denuncia tenga un efecto en la tramitación de este, lo cual blinda a los inversionistas ya que, una vez expresado el consentimiento del Estado y aceptado por el inversionista, no podría ser retirado unilateralmente.

a. Consentimiento del Nacional de un Estado Contratante

Normalmente el consentimiento de un nacional de un Estado Contratante se da en la notificación o solicitud de arbitraje, documento en virtud del cual se expresa el recurso al procedimiento arbitral.

Sin embargo, el consentimiento podría presentarse en otro documento, como, por ejemplo, una simple comunicación dirigida al Estado anfitrión, en virtud de la cual consiente a la jurisdicción, de conformidad con el instrumento jurídico relevante y el Convenio del CIADI, o una declaración contenida en una solicitud a una licencia, entre otros.¹²⁹

De igual manera, lo usual es que el consentimiento del inversionista se presente como aceptación al ofrecimiento de un Estado para arbitrar alguna diferencia, tal como se abordará a continuación.

¹²⁸ Ver Artículo 72 del Convenio del CIADI. Ver también *Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/24, Separate Opinion of Arbitrator Santiago Torres Bernárdez, 22 November 2017, ¶ 6.

¹²⁹ Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. cit.*, pp. 311-312. Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, p. 397. Ver, por ejemplo, *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/20/1, Notificación de Arbitraje, 5 de abril de 2019, ¶ 26, y Anexo A.

b. Consentimiento del Estado Contratante

i) Tratado internacional

Debemos entender por tratado internacional “todo acuerdo de voluntades realizado por entes con subjetividad jurídica internacional permanente o contingente, destinado a regir sus relaciones recíprocas en el orden jurídico internacional.”¹³⁰

En este sentido, por lo que hace al Estado Contratante, este consentimiento puede derivar de una obligación internacional recíproca,¹³¹ prevista en un tratado, ya sea bilateral o multilateral, en donde se acuerde extender su consentimiento a un tribunal arbitral al amparo del CIADI por violaciones a obligaciones previstas en estos tratados.

La manifestación del consentimiento del Estado a través de tratados internacionales se ha convertido en la forma dominante para expresar el consentimiento al arbitraje CIADI,¹³² a pesar de que podría expresarse mediante otros instrumentos jurídicos como contratos o incluso en la legislación nacional del Estado anfitrión.

Hoy en día, la gran mayoría de tratados bilaterales (comúnmente denominados en México Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones o APPRI) y multilaterales de inversión (como lo podría ser el Tratado sobre la Carta de la Energía) cuentan con una cláusula que contiene un ofrecimiento de los Estados parte del tratado a arbitrar una disputa relacionada con las obligaciones contenidas en el instrumento internacional al amparo del Convenio del

¹³⁰ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. *Derecho de los Tratados*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2011, p. 15.

¹³¹ Es menester mencionar que la suscripción de un tratado que contenga ciertas obligaciones como el consentimiento al arbitraje, no debe de ser entendido como pérdida de la soberanía, sino, por el contrario, se trata de una expresión de su ejercicio. *Ibidem*, p. 27.

¹³² Ciurtin, Horia, “Paradoxes of (Sovereign) Consent: On the Uses and Abuses of a Notion in International Investment Law”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016, p. 57. A esta posibilidad se le ha acuñado el término *arbitration without privity*. Ver Paulsson, Jan, “Arbitration Without Privity”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, Fall 1995, pp. 232–257.

CIADI.¹³³ Por ello, dado que, al día de hoy existen más de 3000 tratados internacionales con disposiciones en materia de inversión,¹³⁴ la formulación de este consentimiento varía ampliamente en cada caso. Incluso existen variaciones en las cláusulas de un mismo Estado *vis-à-vis* su relación con otros Estados en los diferentes All de los que sea parte.

El consentimiento de los Estados para arbitrar disputas en materia de inversión no siempre está presente en un primer término, pues existen casos en los que los Estados se obligan a consentir,¹³⁵ y no directamente consienten a arbitrar.

En este supuesto, si el Estado no consiente a arbitrar una vez que el inversionista ha consentido, y solicita el consentimiento del Estado para arbitrar una disputa, la ausencia de esta expresión de voluntad del Estado sólo significará una violación del tratado en cuestión, pero la existencia de esta obligación para consentir en un futuro de ninguna manera significaría que el Estado hubiese consentido a arbitrar la controversia en cuestión.

Como consecuencia, sería el otro u otros Estados parte de dicho All quienes podrían iniciar una controversia Estado-Estado (si es que el tratado en cuestión tuviera esta posibilidad), por este incumplimiento, sin embargo, el inversionista no tendría derecho a reclamar el incumplimiento del Estado por su falta de consentimiento.¹³⁶

¹³³ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 242. Esto no es aplicable en tratados de libre comercio, en donde, si bien es cierto que muchos capítulos de inversión cuentan con este tipo de cláusulas, la realidad es que no están presentes en la gran mayoría de TLC.

¹³⁴ Ver, United Nations Conference on Trade and Development, Investment Policy Hub, "International Investment Agreements". Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹³⁵ Ver, por ejemplo, el Artículo 11 del Tratado Bilateral de Inversión entre Australia y República Checa.

¹³⁶ Ver Schreuer, Christoph, "Consent to Arbitration", en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.836.

En estos casos, realmente, ante el incumplimiento del Estado anfitrión, directamente el inversionista no podría recurrir al arbitraje internacional, lo que podría resultar fútil para éste.

Adicionalmente, existe otra formulación en AI, en donde no se consiente directamente al arbitraje, ni se obliga a consentir en el futuro, sino, más bien, la obligación se refiere a someter las reclamaciones a arbitraje, una vez que haya un acuerdo.¹³⁷ Al igual que en el caso anterior, esta redacción no debe entenderse como una manifestación de la voluntad de los Estados para arbitrar diferencias ni tampoco existe la obligación de consentir en un futuro.

Como resultado, en la práctica, ante un planteamiento como el anterior, los Estados, sin una presión significativa por parte del Estado de origen del inversionista, no tendrían incentivos para someterse voluntariamente a arbitraje la reclamación una vez que ha surgido la controversia.

También se debe señalar que el ofrecimiento contenido en este tipo de cláusulas normalmente incluye más opciones para arbitrar las controversias, siendo posible no sólo recurrir a un arbitraje conforme a las reglas del CIADI o el mecanismo complementario, sino también *ad hoc*, bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, o incluso administrado por diferentes instituciones o al amparo de las cortes y tribunales nacionales.

Por ejemplo, el párrafo 3 del Artículo 14.D.3 del T-MEC señala:

3. La demandante podrá presentar una reclamación a la que se refiere el párrafo 1 conforme a alguna de las siguientes alternativas:

(a) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que tanto la demandada como la Parte de la demandante sean partes del Convenio del CIADI;

¹³⁷ Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. cit.*, p. 317.

(b) el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la demandada o la Parte de la demandante sea una parte del Convenio del CIADI;

(c) el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o

(d) si la demandante y la demandada lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

A diferencia del caso de la legislación, que se abordará en la siguiente Sección, en donde se trata de una declaración unilateral de la voluntad, en este caso, existe un acuerdo entre Estados para consentir arbitrar con un nacional del otro Estado parte del tratado. Sobre este punto es importante mencionar que estos AIJ cuentan con cláusulas en las que, años después de que el tratado deje de tener vigor, el consentimiento del Estado estaría vigente, lo cual no sucede en el caso de la legislación.

El alcance de este plazo posterior puede variar de tratado a tratado. Por ejemplo, en ciertos AIJ, al terminar su vigencia, las obligaciones sustantivas son prorrogadas junto con el consentimiento del Estado por un cierto número de años,¹³⁸ por lo que sería posible presentar reclamaciones por supuestas violaciones al tratado posteriores a la terminación de este si se realiza dentro del periodo establecido.

Sin embargo, para el caso específico del TLCAN y el Anexo 14-C del T-MEC, únicamente se extendió por tres años el consentimiento para arbitrar de los Estados, por lo que solamente fue posible presentar una reclamación en este periodo por medidas ocurridas antes de la entrada en vigor del T-MEC (1 de julio de 2020).¹³⁹

¹³⁸ Ver, por ejemplo, el Artículo 13 del APPRI México-Países Bajos: “Con relación a las inversiones realizadas antes de la fecha de terminación del presente Acuerdo, *sus disposiciones seguirán rigiendo respecto de dichas inversiones por un periodo posterior de quince años a la fecha de terminación.*” [Énfasis añadido]

¹³⁹ Ver, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/19/1, Memorial de Contestación, 19 de diciembre de 2022, ¶¶ 407-409. *TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America*, ICSID Case No. ARB/21/63, Request for Bifurcation of Respondent United States of America, 11 January 2023, ¶¶ 12-24. *TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America*, ICSID Case No. ARB/21/63, Reply to Claimant's Observation on The Request for Bifurcation of Respondent United States of America, 2 March 2023,

Lo anterior, dado que el Anexo 14-C del T-MEC es claro en señalar que el consentimiento de las partes para que se presenten reclamaciones por supuestas violaciones al TLCAN es sólo por violaciones de una obligación del TLCAN, lo que implica que la obligación debió estar vigente al momento de la comisión del acto que se estima violatorio (es decir, antes de la terminación del tratado).

Casi todas las cláusulas de consentimiento a arbitraje de inversión, contenidas en un AII, establecen ciertos requisitos procesales para que el consentimiento del Estado sea válido, dependerá de la redacción de este si estas son cuestiones jurisdiccionales o únicamente de admisibilidad.¹⁴⁰

En específico, si este tipo de condiciones se presentan como requisitos para que un Estado consienta, se tratarán de cuestiones jurisdiccionales.

Entre estos requisitos destacan; la necesidad de intentar llegar a una solución mutuamente aceptable mediante consultas o la negociación; el transcurso de un periodo entre la presentación de una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje, y la presentación de la solicitud de arbitraje (que normalmente oscila entre 3 y 12 meses);¹⁴¹ el transcurso de tiempo entre la realización de la medida que se pretende reclamar y la solicitud de arbitraje; la legalidad de la inversión; la expresión de consentimiento por parte del inversionista y su renuncia a iniciar o continuar procedimientos que impliquen el pago de daños por las medidas alegadas; disposiciones como el conocido *fork-in-the-road*, en donde se le requiere al inversionista seleccionar un foro para la solución de la controversia (ya sea el arbitraje en virtud del tratado o tribunales y cortes

¶¶ 31-39. *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/19/1, Memorial de Dúplica a la Reclamación Subordinada, 21 de abril de 2023, ¶¶ 258-283. *TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America*, ICSID Case No. ARB/21/63, The United States of America's Memorial on its Preliminary Objection, 12 June 2023.

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011, ¶ 23.

¹⁴¹ En ciertos casos, los tribunales arbitrales no han estimado que este periodo de tiempo fuese un requisito para el consentimiento del Estado, y, por ende, un requisito jurisdiccional, sino, más bien, una formalidad no necesariamente obligatoria. Ver, por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, ¶ 184.

nacionales), siendo la decisión final (es por ello que, para determinar el cumplimiento con este tipo de cláusulas, es necesario establecer si las partes y las causas de la acción en los dos casos, el arbitraje y un posible litigio nacional son las mismas). La pérdida del derecho a arbitrar una controversia en este último caso sólo sucede si el mismo caso ha sido sometido previamente por la misma parte a los tribunales y cortes nacionales.

ii) Legislación

Una posibilidad adicional del ofrecimiento del consentimiento al arbitraje bajo el Convenio del CIADI es a través de la legislación nacional,¹⁴² (aunque inexistente en el caso mexicano). Esta opción constituye el único tipo del consentimiento puramente unilateral de alguna de las partes del arbitraje, en arbitrajes de inversión bajo el Convenio del CIADI.

Esta manifestación del consentimiento fue algo común en Estados importadores de inversión, en los años ochenta y noventa,¹⁴³ antes de la proliferación de los tratados internacionales en materia de inversión, dado que se buscaba atraer inversión extranjera ofreciendo certeza jurídica con protección sustantiva, y la posibilidad de recurrir al arbitraje en caso de que alguna medida pudiera afectar su inversión.

En este sentido, dado el incremento de AII, muchos de los cuales prevén mejores condiciones que las que los Estados unilateralmente ofrecían, este tipo de

¹⁴² Ver, por ejemplo, el Artículo 25 del Código de Inversiones de Uganda, de 2019; Artículo 39 de la Ley de Promoción de la Inversión de Sudán del Sur, de 2009; Artículo 8 de la Ley No. 43 de 1974 de Egipto, y el Artículo 319 Código Minero de la República Democrática del Congo, según la modificación de 2018, bajo este último ordenamiento recientemente se registró ante el CIADI un arbitraje: *AVZ International Pty Ltd., Dathcom Mining SA and Green Lithium Holdings Pte Ltd. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/23/20).

¹⁴³ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 238. Ver, por ejemplo, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 10 May 1992.

leyes ha tomado cada vez menos relevancia en los últimos años,¹⁴⁴ aunque, ciertamente no significa que ya no se acepte esta oferta para arbitrar.

Al igual que en el caso de AII, la redacción de la legislación en los diferentes países ha seguido formulaciones generales, ya sea, señalando el recurso al arbitraje como una posibilidad que puede acordarse entre el inversionista y el Estado, o una opción en la que el inversionista puede optar por el arbitraje dado el consentimiento del Estado.¹⁴⁵

Por lo tanto, un tribunal que interprete estas disposiciones debe hacerlo cuidadosamente, principalmente porque debe de hacerlo a la luz de los medios de interpretación adecuados que mandate la propia legislación del Estado.

Dependiendo del lenguaje de la propia legislación, este ofrecimiento puede ser demasiado amplio y referirse a cualquier tipo de controversia relacionada con la inversión extranjera en general, delimitarse a cierto tipo de disputas, o a un sector o industria específica, o incluso sólo a la interpretación y aplicación de la legislación relevante.¹⁴⁶ A su vez, el ofrecimiento del Estado puede estar sujeto a ciertos requisitos o limitantes, como lo podrían ser periodos para aceptar la oferta de arbitraje, formalidades o la obtención de algunas autorizaciones.

De nueva cuenta, esto es así, porque es precisamente el Estado quien está decidiendo unilateralmente qué controversias está consintiendo en arbitrar.

Al igual que en el caso de los AII, dado que sólo se tratan de ofrecimientos a arbitrar, los cuales deben ser aceptados por los inversionistas, el acuerdo arbitral

¹⁴⁴ Waibel, Michael, "Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility", *Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge*, Paper No. 9/2014, February 2014, p. 15.

¹⁴⁵ Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. cit.*, p. 327.

¹⁴⁶ Schreuer, Christoph, "Consent to Arbitration", *cit*, p. 833. Ver también, Potestà, Michele, "The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws", *Arbitration International, Oxford Academic*, Vol. 27, Issue 2, June 2011, pp. 154-160.

únicamente se perfeccionará una vez que el inversionista acepta la oferta del Estado anfitrión.¹⁴⁷

Esto es especialmente relevante cuando el Estado retira esta oferta para arbitrar y el inversionista no presentó ningún documento aceptando la misma.

iii) Consentimiento acordado por ambas partes

De igual manera, es dable que el consentimiento de ambas partes esté plasmado en un mismo instrumento jurídico, como lo podría ser un contrato o incluso un acuerdo arbitral (*compromis*),¹⁴⁸ en donde se estipule en la cláusula de solución de controversias el sometimiento a la jurisdicción del CIADI de cualquier controversia que derive de la operación de la inversión, aunque en la actualidad sea ésta menos utilizada.

La ventaja de este tipo de consentimiento sobre las anteriormente mencionadas es que, se puede acordar de manera más puntual y específica para una relación en particular el alcance del consentimiento de ambas partes, excluyendo cierto tipo de controversias, o enlistando los puntos en particular a los que están acordando arbitrar.

Lo anterior es totalmente congruente con la naturaleza misma de un proyecto de inversión acordado entre el inversionista y el Estado en virtud de un contrato, pues mediante este acuerdo de voluntades los gobiernos inducen el desarrollo de actividades concretas que necesitaban capital o conocimientos técnicos adicionales

¹⁴⁷ De hecho, esta posibilidad fue prevista por los directores ejecutivos desde la creación del CIADI. Ver Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, *op. cit.*, ¶ 24. (“Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.”).

¹⁴⁸ En este supuesto, es posible que el consentimiento se dé, tanto previo a la disputa, como después de que surja la misma. Ver Schreuer, Christoph, “Consent to Arbitration”, *cit.*, p. 832. Ver también Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 239.

por parte de los inversionistas, sin extender este tratamiento, a quienes ya invierten en estos sectores sin ese estímulo.¹⁴⁹

De esta manera, el Estado no tendría la necesidad de suscribir estos acuerdos con inversionistas que ya están dispuestos a invertir.

Asimismo, es posible que en el acuerdo entre las partes se haga referencia a alguno de los instrumentos jurídicos mencionados anteriormente (ya sea la legislación o un tratado internacional),¹⁵⁰ y se vincule a éstos, a pesar de que, como se ha mencionado, el alcance podría estar acotado a lo que las partes han acordado.

c. Apunte general

Vale la pena señalar que, para efectos de la expresión del consentimiento en el arbitraje, no es aplicable el principio de *forum prorogatum*,¹⁵¹ en virtud del cual un órgano juzgador tendría jurisdicción basado en la conducta o declaraciones de una parte, a pesar de que expresamente no haya consentido.¹⁵²

Por el contrario, la existencia del consentimiento debe ser tan clara como para que no quepan dudas de la expresión de ésta.

d. Cuestiones de temporalidad del consentimiento

La fecha del otorgamiento del consentimiento para someterse a un arbitraje se perfecciona cuando ambas partes han acordado consentir; en el caso de que el consentimiento de ambas partes se encuentre en documentos independientes (en

¹⁴⁹ Sabahi, Borzu, *et al.*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁵⁰ Schreuer, Christoph, "Consent to Arbitration", *cit.*, p. 832.

¹⁵¹ Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵² Ver, por ejemplo, *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 114.

una oferta y su respectiva aceptación), la fecha en la que se presentó la aceptación será considerada como el momento en que se perfeccionó el consentimiento.

Esa fecha tiene implicaciones, por ejemplo, a partir de ella, todos los requisitos jurisdiccionales deben haber sido cumplidos.¹⁵³ Una vez que estos se cumplan es posible que sucedan ciertos eventos menores, sin que esto afecte la jurisdicción del tribunal.¹⁵⁴ Sobre este punto debe enfatizarse que únicamente es aplicable este razonamiento a eventos menores y no a aquellos torales con relación a la jurisdicción.

Sin embargo, la consecuencia más importante es que a partir de este momento, ninguna de las partes puede, de manera unilateral, retirar su consentimiento.¹⁵⁵ En contraste, se puede asegurar que cuando aún no existe este perfeccionamiento y únicamente existe una oferta, ésta puede ser retirada en cualquier momento. Este principio es congruente con lo establecido en el preámbulo de la Convención:

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales. [Énfasis añadido]

En este sentido, queda claro que la naturaleza vinculante e irrevocable del arbitraje en virtud del Convenio del CIADI es una expresión del principio *pacta sunt servanda*,¹⁵⁶ razón por la cual la revocación unilateral no sería suficiente para terminar con el consentimiento dado.

¹⁵³ Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary. cit.*, p. 92.

¹⁵⁴ Por ejemplo, en *Vivendi c. Argentina*, el inversionista, durante la tramitación del arbitraje cambió de nombre y posteriormente se fusionó con otras empresas, sin que estos cambios significaran una afectación a la jurisdicción del tribunal arbitral. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 63 y 82.

¹⁵⁵ Ver Artículo 25 del Convenio del CIADI.

¹⁵⁶ Ver Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *op. cit.*, p. 967.

Asimismo, tal y como se abordó líneas arriba, desde el momento en que se consiente someter una reclamación a arbitraje, el inversionista está renunciando a la protección diplomática de su Estado (salvo en el caso de que se sustancie el arbitraje, el Estado receptor de la inversión sea condenado al pago de daños y se rehúse a cumplir con el laudo), y, además ambas partes en el arbitraje consienten en no presentar una reclamación por los mismos hechos en otros foros, de conformidad con los artículos 26 y 27 del Convenio del CIADI.

Finalmente, el arbitraje se conducirá según las reglas de arbitraje vigentes al momento en que se perfeccionó el consentimiento, a menos de que exista un acuerdo en contrario, (este acuerdo pudiese estar presente en el AI, contrato o legislación nacional, especificando la versión aplicable) y 1) se determinará, según esta fecha, si la controversia podría tramitarse bajo el Convenio del CIADI, o el Mecanismo Complementario (esto es relevante en el caso de que el Convenio hubiera entrado en vigor para este Estado en particular en una fecha cercana al perfeccionamiento del consentimiento),¹⁵⁷ o, en su caso 2) se establecerá la versión de la Convención de Washington que se usará en el arbitraje, la cual será la que esté vigente en este momento. Es por ello que se dice que los derechos y obligaciones de las partes se congelan en esta fecha.¹⁵⁸

Lo anterior otorga certeza jurídica a ambas partes, pues así pueden estar seguros de qué reglas serán aplicables.

Si bien el Convenio del CIADI no dispone ninguna temporalidad para la presentación de reclamaciones, ni para la presentación del consentimiento de las partes, es posible que el instrumento jurídico base de la acción sí lo haga, disponiendo así un requisito jurisdiccional (*ratione temporis*) adicional.

¹⁵⁷ Schreuer, Christoph, "Consent to Arbitration", *cit.*, p. 855. Ver también Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, respecto a la irretroactividad de los tratados. Ver, por ejemplo, Artículo 9 del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, de 1991.

¹⁵⁸ Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, *cit.*, p. 220.

D. Admisibilidad

A pesar de que el término “admisibilidad” no está presente en ninguna parte del Convenio del CIADI, este es de extrema importancia en los arbitrajes de inversión. De hecho, algunos tribunales arbitrales (a pesar de no haber unanimidad al respecto) han señalado que dicho concepto existe y tiene relevancia al momento de resolver una controversia relativa a inversión.

Existe una sutil, pero importante diferencia entre la admisibilidad y jurisdicción,¹⁵⁹ en los arbitrajes de inversión. La principal diferencia es que “[l]a jurisdicción es un atributo de un tribunal y no de una reclamación, en tanto que la admisibilidad es un atributo de una reclamación, pero no de un tribunal.”¹⁶⁰ En otras palabras, la jurisdicción se refiere a la autoridad del tribunal para ejercer la función arbitral, basada en el consentimiento de las partes, *i.e.* de resolver una reclamación, mientras que la admisibilidad responde a la pregunta de si la reclamación tal como fue presentada por la parte demandante puede o debe ser resuelta por el tribunal arbitral que ha determinado tener jurisdicción.¹⁶¹

¹⁵⁹ Contrástese con la confusión del tribunal arbitral en *Burlington*: “[...] este reclamo es en consecuencia inadmisibile. [...] Por lo tanto, el Tribunal hace lugar a la objeción de la Demandada y declara que carece de jurisdicción para entender en el reclamo [...]” *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, ¶¶ 317-318. Ver también, la posición del tribunal de POSH, en donde no encontró diferencia práctica a pesar de que ésta existe: “Las Partes disienten respecto de si la prescripción constituye una cuestión jurisdiccional o de admisibilidad. En las circunstancias procesales del presente caso la cuestión carece de significado”. *PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/1, Laudo, 11 de enero de 2022, ¶ 151.

¹⁶⁰ *Hotchief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011, ¶ 90.

¹⁶¹ Heiskanen, Veijo, “Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, Issue 1, 2013, p.7. Ver también, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Opinión Disidente del árbitro Keith Highet, 8 de mayo de 2000, ¶ 58: “Jurisdicción es el poder del tribunal para conocer una causa; admisibilidad es si el caso, en sí, está viciado, si es apropiado que el tribunal lo conozca. Si no existe título de jurisdicción, el tribunal no puede actuar.” Ver, por ejemplo, *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011, ¶ 126.

Otra diferencia que se ha enunciado es que, cuando el tribunal carece de jurisdicción es una cuestión que no puede ser subsanada, mientras que la inadmisibilidad puede ser enmendada,¹⁶² o tiene un carácter temporal.¹⁶³ Lo anterior, dado que si el impedimento para ejercer jurisdicción está presente en alguna disposición, entonces ni siquiera podría ser renunciado por el Estado anfitrión, ni de manera expresa ni por su comportamiento en el arbitraje, mucho menos podría ser ignorada por un tribunal internacional, sin embargo, esto no sucede en la admisibilidad de una reclamación.¹⁶⁴

En este sentido, es posible que un tribunal con jurisdicción no pueda conocer de una reclamación porque la misma es inadmisibile.

Por esta razón se ha mencionado que una objeción de admisibilidad de una reclamación solicita al tribunal desestimar temporalmente, o aplazar la reclamación, por cuestiones que, si bien, en principio no afectan a la jurisdicción del tribunal, sí lo hace a la posibilidad de que resuelva esa reclamación en un momento en concreto.

Como ejemplos de casos en los que podría haber jurisdicción y la reclamación es inadmisibile, se encuentran la falta de agotamiento de recursos nacionales o la presentación de una reclamación antes de tiempo. O, incluso, la falta de conexión entre una reclamación original y una reconvencción, como se analizará en los próximos Capítulos.

A pesar de que, en términos prácticos, pudiera parecer que una decisión de un tribunal arbitral en la que determine que carece de jurisdicción o que señale que una reclamación es inadmisibile, tendrían los mismos efectos,¹⁶⁵ es decir, que no se resuelva la reclamación, esto, a futuro, pudiera ser diferente.

¹⁶² Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶³ Waibel, Michael, *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁴ Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims, cit.*, p. 141.

¹⁶⁵ Por ejemplo, el tribunal arbitral en *Pac Rim*, señaló que se trata de una distinción sin diferencia. *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 2.10.

Efectivamente, dado que, al ser subsanable una reclamación inadmisibile, esto significaría la posibilidad de presentar la reclamación de nuevo, una vez que se haya arreglado la deficiencia procedimental, mientras que una decisión sobre la falta de jurisdicción del tribunal no podría ser subsanada, como se mencionó anteriormente.

Sin embargo, podría darse el caso que, ante la presentación de una reclamación inadmisibile y por el paso del tiempo, la resolución del tribunal tenga consecuencias respecto a la jurisdicción *ratione temporis*, en donde materialmente el resultado sea el mismo.

Vale la pena recalcar que, como se mencionó al inicio de esta Sección, la inadmisibilidat de una reclamación no está contemplada explícitamente en el Convenio del CIADI, sin embargo, hay ciertas disposiciones que son pertinentes a este respecto. Por ejemplo, el artículo 26 del Convenio de Washington señala que “[u]n Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.” Esto puede leerse como un requisito de admisibilidat que un Estado puede requerir para que un inversionista presente reclamaciones en su contra en virtud del multicitado Convenio.

E. *Compétence de la compétence*

Finalmente, a efecto de determinar la jurisdicción de un tribunal, es relevante analizar el artículo 41 del Convenio de Washington, el cual recoge sin lugar a duda el principio de *la compétence de la compétence*, (es decir, la facultad del tribunal de decidir si cuenta con jurisdicción o no), como se puede observar de la transcripción del párrafo 1 de dicho precepto: “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia”.

Dicho de otra manera, y en palabras del Juez de la Corte Internacional de Justicia, Hersch Lauterpacht:

Este principio consiste en que, por lo que hace a su jurisdicción, un tribunal internacional, y no la parte interesada, tiene la facultad de decidir si la controversia de que conoce está comprendida en el instrumento que crea su jurisdicción.¹⁶⁶

Incluso, siguiendo la idea anterior, el tribunal arbitral puede decidir sobre un desacuerdo entre las partes respecto a la jurisdicción del propio tribunal, o hacerlo *motu proprio*, constituyendo así un poder inherente del tribunal arbitral.

Este es un elemento necesario para el ejercicio jurisdiccional de un tribunal arbitral, pues de no contar con esta facultad tras la formulación de una objeción a ésta, y dejar al arbitrio de las partes la decisión sobre la jurisdicción del tribunal, un tribunal sólo podría declarar su carencia de jurisdicción para resolver la reclamación, lo cual convertiría en un sinsentido todo el procedimiento arbitral.

¹⁶⁶ Traducción propia. Opinión Disidente de Hersch Lauterpacht en *Interhandel Case*, Dissenting Opinion of Sir Hersch Lauterpacht, Judgment of 21 March 1959, I.C. J. Reports 1959, p. 104. Original: "That principle is that, in the matter of its jurisdiction, an international tribunal, and not the interested party, has the power of decision whether the dispute before it is covered by the instrument creating its jurisdiction."

CAPÍTULO III: ARBITRAJE BASADO EN CONTRATOS

El objetivo principal de este Capítulo es analizar y ponderar la viabilidad de que un Estado demande directa e indirectamente a un inversionista en un arbitraje de inversión cuando el instrumento jurídico base de la acción es un contrato.

Los objetivos específicos de este Capítulo son:

- exponer los tipos de contratos Estado más comunes, así como las cláusulas más relevantes en estos;
- describir el panorama general de una relación contractual entre un inversionista y un Estado, en materia de inversión;
- analizar los casos en los que Estados han presentado una reclamación directa en contra de inversionistas en arbitrajes CIADI;
- explicar los requisitos jurisdiccionales y de admisibilidad en reclamaciones de Estados directas e indirectas en contra de inversionistas, basados en contratos; y
- analizar casos en los que los Estados han tenido resultados favorables en las demandas reconventionales incoadas en contra de inversionistas en arbitrajes de inversión.

Asimismo, ante la pregunta de investigación: ¿es jurídicamente posible que Estados demanden a inversionistas en arbitrajes de inversión cuando el instrumento jurídico base de la acción sea un contrato?, la hipótesis que se abordará en este Capítulo es que, en contratos de inversión entre un Estado y un inversionista, esta entidad pública está facultada jurídicamente para presentar reclamaciones en contra de un inversionista.

A. Contratos entre Estados e inversionistas

El hecho de que en la actualidad (desde los años noventa, como se señaló en el Capítulo I, hasta el día de hoy, 2023) los Estados celebren mayoritariamente tratados internacionales en materia de inversión en relación con contratos, no significa que estos no puedan ser parte en una relación contractual con una contraparte no estatal, como lo podrían ser entidades privadas extranjeras.

En este sentido, los Estados, o entes parte de estos, comúnmente celebran contratos con personas naturales o jurídicas extranjeras, con el propósito de realizar un proyecto de inversión determinado, como lo podría ser el desarrollo de proyectos de infraestructura, o contratos para la investigación, extracción, explotación, transformación, o distribución de recursos naturales renovables y no renovables,¹⁶⁷ usualmente denominados contratos Estado.

La característica principal de este tipo de relaciones contractuales es el desbalance jurídico de las partes que intervienen en las mismas, pues de un lado se encuentra un ente soberano facultado para emitir ordenamientos jurídicos, el cual en buena medida regula la actividad objeto del contrato, mientras que su contraparte es un individuo de derecho privado regulado por el propio Estado.¹⁶⁸

Al respecto, estos contratos, como cualquier otro, cuentan con múltiples cláusulas relevantes para la vida contractual entre las partes, sin embargo, en el presente estudio no se analizarán todas las cláusulas presentes en un contrato de inversión, sino únicamente se presentará un panorama general de ciertos aspectos relevantes, especialmente, al analizar la jurisdicción de un tribunal en un arbitraje inversionista-Estado al amparo del Convenio del CIADI.

¹⁶⁷ García Corona, Irene Gabriela, *op. cit.*, p. 67. Ver también Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹⁶⁸ García Corona, Irene Gabriela, *op. cit.*, p. 68. Ver también, Dumberry, Patrick, "International Investment Contracts", en Gazzini, Tarcisio, y De Brabandere, Eric (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 218.

Lo anterior con miras a determinar si, al menos por lo que hace a reclamaciones basadas en un contrato es cierto aseverar que los Estados son perpetuos demandados,¹⁶⁹ en arbitrajes de inversión.

Esto, ya que parecería que un Estado sólo se sujeta al escenario de no perder en un arbitraje de inversión, pero jamás a ser resarcido por un daño creado por las actividades de un inversionista extranjero.

1. Tipos de contratos

Aun y cuando estos contratos compartan la característica del desbalance jurídico, esto no significa que los mismos no puedan adoptar formas diferentes. De hecho, existen diversos tipos de contratos de inversión, entre ellos los descritos a continuación.

Sin embargo, debe precisarse que, si bien se presentan en este trabajo los ejemplos más importantes de contratos internacionalmente reconocidos, o contratos Estado,¹⁷⁰ la posibilidad de suscribir este tipo de contratos dependerá totalmente del marco jurídico de cada país.

a. Contrato de concesión

En virtud de un contrato de concesión, el Estado transfiere al inversionista los derechos de exploración y explotación de algún recurso natural, o la explotación y

¹⁶⁹ Ver, Toral, Mehmet, y Schultz, Thomas, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations", en Michael Waibel, *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, 2010, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, p. 578.

¹⁷⁰ Incluso muchos de estos se reconocen explícitamente en la definición de inversión de diferentes AII. Ver, por ejemplo, Artículo 14.1 (Definiciones) del T-MEC y Artículo 9.1 (Definiciones) del TIPAT.

operación de un servicio por un determinado tiempo, mientras el Estado recibe a cambio una contraprestación.¹⁷¹

Hoy en día este tipo de contratos ha evolucionado para crear un mayor balance entre las partes, pues, de manera general, la propiedad del material objeto del contrato permanece en gran medida en el Estado, los periodos del contrato, así como el territorio para realizar esta actividad son menores, y los ingresos del Estado se han incrementado.¹⁷²

Vale la pena recalcar que este tipo de contrato es una de las formas más comunes en las que se presentan estas relaciones contractuales entre inversionistas y Estados.

b. Contrato de reparto en la producción

En virtud de este contrato, mayormente presente en la industria petrolera, el inversionista recibe una remuneración en términos porcentuales (el cual irá disminuyendo gradualmente), por la exploración y explotación de la materia prima, la cual es supervisada por el Estado, y una vez que transcurra un determinado periodo (principalmente un tiempo que le permita al inversionista recuperar su inversión inicial y adicionalmente generar mayores ingresos), el control de las operaciones es cedido totalmente al Estado.¹⁷³

La ventaja para el Estado en este tipo de contratos es que el gasto inicial para llevar a cabo la actividad lo haría el inversionista, por lo que en la mayoría de

¹⁷¹ Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 44. Radon, Jenik, "The ABCs of Petroleum Contracts: License-Concession Agreements, Joint Ventures and Production-sharing Agreements" en Tsalik, Svetlana y Schiffrin, Anya (eds), *Covering Oil: A Reporter's Guide to Energy and Development*, New York, Open Society Institute, 2005, p. 63.

¹⁷² Voss, Jan Ole, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 20.

¹⁷³ Sornarajah, Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 111 y 121.

las ocasiones el Estado recibiría un negocio en funcionamiento; mientras que, por su parte el inversionista habría cubierto su inversión inicial y generado mayores ingresos.

c. Contrato de gestión

A diferencia del caso anterior, en este tipo de contrato la propiedad de los recursos relevantes en el contrato permanece necesariamente en todo momento en la esfera jurídica del Estado, sin embargo, el inversionista opera las actividades objeto del contrato. Asimismo, el inversionista no cuenta con una concesión, sino más bien, sólo es un mero contratista para gestión del proyecto.¹⁷⁴

En este sentido, el inversionista realiza las funciones de desarrollador del proyecto especializado, aquí, en primera instancia el Estado no llevaría a cabo estas actividades, ya sea por falta de experiencia, o por falta de recursos.

d. Contrato de prestación servicios

Ahora bien, por lo que hace al contrato de prestación de servicios, en éste el inversionista, como su nombre lo indica, se obliga a la prestación de un servicio al Estado a cambio de una contraprestación.

La mayor diferencia con un contrato de gestión es que este último es un contrato de servicios usualmente especializado para proyectos relacionados con recursos naturales, y el presente contrato es general respecto de la prestación de cualquier servicio.

¹⁷⁴ Voss, Jan Ole, *op. cit.*, p. 21.

e. Contratos llave en mano

Los contratos llave en mano requieren que el inversionista realice la construcción de un inmueble o instalación (generalmente en alguna industria productiva en la que el Estado carezca de experiencia) y la entregue al Estado lista para operar a cambio de una contraprestación.¹⁷⁵ Usualmente, una vez terminada la construcción, se acuerda un contrato de asistencia técnica para que el inversionista experimentado siga dando seguimiento a este desarrollo.¹⁷⁶

Es decir, el inversionista construiría y prepararía el proyecto para operar, y es justo en este momento cuando el proyecto pasa a ser propiedad del Estado.

f. Joint Venture

El contrato de inversión más comúnmente acordado entre Estados e inversionistas en la actualidad en todas las industrias es el *joint venture*, el cual implica una colaboración de ambas partes para llevar a cabo un proyecto en conjunto o constituir una empresa que realizará el proyecto en cuestión, la cual es controlada por ambas partes,¹⁷⁷ objeto cuya consecución es facilitado por esta unión.

Normalmente, el *joint venture* implica la constitución de una persona jurídica diferente a las de quienes intervienen, sin embargo, no necesariamente sucede en todos los casos, ya que puede únicamente llevarse a cabo el proyecto de inversión conjunto sin crear una nueva empresa.

¹⁷⁵ Schneider, Michael, "Turnkey Contracts. Concept, Liabilities, Claims" *The International Construction Law Review*, 1986, pp. 338-339. Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *cit.*, p. 43.

¹⁷⁶ Voss, Jan Ole, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁷ Radon, Jenik, *op. cit.*, p. 65. Voss, Jan Ole, *op. cit.*, pp. 21-22.

g. Contrato de construcción, explotación y transferencia

El objeto de este tipo de contratos (conocidos como contratos *build, operate, transfer*, o BOT, por sus siglas en inglés) está estructurado en tres fases. En primer término, el inversionista se obliga a construir algún proyecto, como lo podrían ser carreteras, presas, puertos, sistemas de transporte público, sistemas de abastecimiento de agua, o centrales de generación de energía eléctrica.

Posteriormente, el inversionista tiene el derecho a operar, y se obliga a mantener la construcción durante un periodo que le permita cubrir sus gastos de inversión y generar ingresos adicionales, por lo que después de cierto tiempo, finalmente, la propiedad de la construcción se transfiere al Estado.¹⁷⁸

Como se desprende, este tipo de contratos es exclusivo para proyectos que implican la construcción de infraestructura.

A fin de ejemplificar estos contratos y sus notas distintivas se presenta la siguiente tabla:

Contrato	Nota distintiva	Ejemplo
a. Contrato de concesión	El inversionista ostenta derechos para explorar o explotar recursos naturales, operar un servicio, y el Estado recibe una contraprestación ya que concierne bienes del Estado.	Un Estado concede la extracción minera a un inversionista en un determinado lugar. El inversionista por un lado extraerá y comercializará el mineral en cuestión, mientras que el Estado recibirá un pago por ello.

¹⁷⁸ Herdegen, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, 9ª edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012, pp.381-382. Ver también, Waked Jaber, Rita, "La Nature Juridique du Contrat BOT au Regard de la Jurisprudence et de la Doctrine Libanaises", *Arab Law Quarterly*, *Advance Articles*, 2023, pp. 11-13.

<p>b. Contrato de reparto en la producción</p>	<p>El inversionista es remunerado por explorar y explotar materia prima propiedad del Estado, a cambio, el inversionista recibe un porcentaje de las ventas del bien hasta que genere ganancias, entregando así al Estado la operación del proyecto.</p>	<p>El inversionista invierte en encontrar un yacimiento petrolero y realiza todas las acciones conducentes para explotar el petróleo. El inversionista recibirá un porcentaje por la venta del petróleo, mismo que disminuirá hasta ser inexistente, momento en el cual la operación será totalmente del Estado.</p>
<p>c. Contrato de gestión</p>	<p>El inversionista funge como un contratista especializado en un proyecto de inversión, a cambio de una remuneración.</p>	<p>El inversionista, a cambio de un pago del Estado, extrae gas natural, el cual estará a disposición del Estado.</p>
<p>d. Contrato de prestación servicios</p>	<p>Inversionista presta un servicio al Estado a cambio de una contraprestación.</p>	<p>Un Estado acuerda con un inversionista la prestación de limpieza en la vía pública, por el pago de una cantidad de dinero.</p>
<p>e. Contratos llave en mano</p>	<p>El inversionista construye un proyecto de inversión y la entrega al Estado para que la opere, a cambio de una contraprestación.</p>	<p>El Estado requiere al inversionista construir una planta de generación de energía eléctrica. Al terminar la construcción, el inversionista le entrega</p>

		las instalaciones al Estado listas para operar, y el inversionista recibe un pago por ello.
f. Joint Venture	El inversionista y el Estado acuerdan colaborar para llevar en conjunto un proyecto, pudiendo crear una nueva empresa, o no. Así, distribuyendo las ganancias de las actividades conjuntas.	El Estado y el inversionista constituyen una sociedad en la que ambos son accionistas. Esta empresa realizará actividades para el tratamiento de aguas, y será controlada por ambas partes, por lo que la repartición de las ganancias se haría en partes iguales.
g. Contrato de construcción, explotación y transferencia	El inversionista construye, explota y posteriormente transfiere al Estado el proyecto construido una vez que recupera los gastos y genera ganancias.	El Estado solicita a un inversionista la construcción de una carretera, la cual realizará el inversionista, y como remuneración podrá operarla y cobrar la cuota por el uso de la misma hasta en tanto obtenga ingresos suficientes para cubrir sus gastos y obtenga beneficios adicionales. Finalmente, la carretera sería transferida al Estado.

2. Panorama general de una relación contractual

Habiendo señalado lo anterior, ahora es menester explicar a grandes rasgos una relación contractual entre un inversionista y un Estado.

a. Partes en la relación contractual

Como se mencionó anteriormente, para que una reclamación esté dentro de la jurisdicción del CIADI, una de las partes debe ser un Estado parte del Convenio de Washington, y la otra un inversionista nacional de otro Estado parte del Convenio del CIADI, ya sea una persona moral o una persona física. En este sentido, por lo que hace a la relación contractual, exactamente estas dos partes deben de haber acordado el contrato en cuestión.

Asimismo, es posible plasmar explícitamente en el contrato algunas cláusulas que le darán mayor claridad a las partes.

Por ejemplo, el CIADI en su página de internet cuenta con una serie de cláusulas modelo de solución de controversias para su inclusión en un contrato.¹⁷⁹ Entre ellas existen un par de cláusulas modelo (5, 6 y 7) cuya incorporación podría ser de utilidad para efecto de dar mayor claridad al cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el artículo 25 del CIADI, para la presentación de reclamaciones al amparo de este acuerdo internacional.

Vale la pena mencionar que dichas cláusulas deben de ser adaptadas a la relación contractual en particular, tomando en consideración las partes, el proyecto y las posibles controversias que pudieran surgir.

¹⁷⁹ CIADI, “Cláusulas modelo”. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/main-spa.htm>.

Para el caso de la nacionalidad del inversionista, la cláusula modelo 6 presenta un reconocimiento de las partes de que el inversionista tiene una determinada nacionalidad:

Las partes estipulan por la presente que el Inversionista es nacional de [nombre de otro Estado Contratante].

Sin embargo, como se abordó en el Capítulo anterior, incluso ante este reconocimiento de las partes y junto con el certificado o documento correspondiente acreditando dicha nacionalidad, pudiera ser posible que el inversionista no cuente con una nacionalidad en particular al momento de presentar su reclamación,¹⁸⁰ ya sea porque la pierda, renuncie a ésta, o a pesar de seguir teniéndola adquiera una nacionalidad adicional la cual sea efectiva y dominante al momento de que se suscite la controversia.

De igual manera, para efectos del acuerdo al que se refiere el inciso (b) del párrafo 3 del artículo 25 del Convenio del CIADI, de igual manera existe una cláusula modelo (7) para dejar en claro que a pesar de que una determinada empresa tenga la nacionalidad del Estado en la controversia, se le considerará como nacional de otro Estado:

Por la presente se acuerda que, pese a que el Inversionista es nacional del Estado Receptor, está bajo el control de nacionales de [nombre de otro Estado Contratante o de otros Estados Contratantes] y será tratado como nacional de [ese Estado]/[esos Estados] a los fines del Convenio.

Por lo que hace a las subdivisiones políticas u organismos públicos, el CIADI también presenta la cláusula modelo 5 para declarar que una de las partes en la relación comercial ha sido designada como una subdivisión política u organismo

¹⁸⁰ Ver, por ejemplo, *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, ¶ 68. *Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eduardo Nuno Vaz Osorio Dos Santos Silva, Graham Alexander, Mónica Galán Ríos c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/20/2, Laudo sobre Jurisdicción, 21 de noviembre de 2022, ¶¶ 229-273.

público, de conformidad con lo establecido en los párrafos 1 y 3 del artículo 25 del Convenio del CIADI:

[Nombre de la subdivisión política u organismo público] es [una subdivisión política]/[un organismo público] del Estado Receptor, que ha sido [acreditada] [acreditado] ante el Centro por el Gobierno de ese Estado de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio. De conformidad con el Artículo 25(3) del Convenio, el Estado Receptor [aprueba por la presente este acuerdo de consentimiento]/[ha aprobado el acuerdo de consentimiento en mención del instrumento en el cual se ha expresado dicha conformidad]/[ha notificado al Centro que [este tipo de acuerdo de consentimiento]/[los acuerdos de consentimiento de nombre de la subdivisión política u organismo público] no [necesita]/[necesitan] aprobación alguna].

De esta manera, las partes en la relación contractual tendrán certeza respecto de la naturaleza de la otra parte con la que se está acordando

b. Cláusulas de solución de controversias

Para determinar la jurisdicción del tribunal, como se abordó anteriormente, es vital externar el consentimiento, lo cual puede realizarse en el contrato mismo basándose en las cláusulas modelo del CIADI. Dentro de éstas, encontramos la cláusula modelo 1, la cual se refiere al consentimiento a arbitraje (o en su defecto a la conciliación) respecto a controversias que aún no surgen, pero pudieran surgir derivado de la relación contractual:

El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de [nombre del Estado Contratante] (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de [plazo] después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas

a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el "Convenio").

Si bien esta cláusula señala expresamente que el consentimiento de las partes se presenta para "toda diferencia que surja" del contrato, también es posible limitar el alcance del consentimiento de las partes especificando el tipo de controversias por las que las partes consienten arbitrar una disputa, como lo indica la cláusula modelo 4:

El consentimiento a la jurisdicción del Centro que figura en mención de la cláusula básica antes indicada [sólo]/[no] comprenderá las diferencias relacionadas con las siguientes cuestiones: ...

Aunado a lo anterior, el Centro también cuenta con una cláusula general para la solución de una diferencia que ya se ha gestado (cláusula modelo 2), y podría estar presente en un acuerdo arbitral:

El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el "Estado Receptor") y nombre del inversionista (en adelante denominado "el Inversionista") convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el "Centro") para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la siguiente diferencia surgida de la inversión que se describe a continuación:...

Así, con este tipo de cláusulas si bien no se eliminan todas las posibles diferencias interpretativas, sí podrían llegar a minimizarse.

c. Derecho aplicable

Ahora bien, otro elemento relevante en una relación contractual en materia de inversión es el derecho aplicable del contrato. Sobre este punto debe hacerse una aclaración preliminar: el derecho aplicable se refiere al derecho sustantivo que regula la relación contractual, a diferencia de las disposiciones procesales que rigen

el arbitraje (*lex arbitri*), las cuales en un arbitraje CIADI serían principalmente las Reglas de Arbitraje del CIADI, como se abordó anteriormente.

Habiendo señalado lo anterior, vale la pena mencionar que la mayoría de los contratos de inversión recogen como el derecho aplicable aquél del Estado anfitrión, aunque ciertamente ello depende de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que podría acordarse algún otro marco normativo.

Así, se ha optado en algunos casos por la internacionalización de los contratos, es decir, que no sólo sea aplicable el derecho nacional del Estado anfitrión sino también, o incluso, exclusivamente, el Derecho Internacional, o la legislación de otro país.¹⁸¹

Esto sucede ante la incertidumbre que pudiera crear el derecho nacional del Estado anfitrión.

i) Cláusulas de estabilización

Un elemento importante relacionado con el derecho aplicable es la inclusión de cláusulas de estabilización en los contratos entre inversionistas y Estados.

En virtud de esta cláusula, el marco jurídico aplicable a la actividad objeto del contrato, al momento de celebrar el mismo se considerará como vigente, aun y cuando ésta sufra modificaciones en el transcurso de la vigencia del contrato.¹⁸²

Aunque la cláusula de estabilización no está presente en todos los contratos entre el Estado y una entidad privada, en muchos casos, ante la incertidumbre que podría generar el cambio de regulación, que unilateralmente podría realizar un

¹⁸¹ Voss, Jan Ole, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸² Ver, por ejemplo, *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*, Iran-United States Claims Tribunal Case No. 53., Partial Award, 14 July 1987, ¶ 166. *Total S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, ¶ 101.

Estado (es decir, que se esté ante un “hecho del príncipe”), se ha optado por incluir éstas en diversos contratos. En este sentido, este tipo de cláusulas son comúnmente incluidas en contratos con países en desarrollo y menos adelantados (especialmente países africanos) que buscan la atracción de inversión extranjera a un cierto sector; en contraste, este tipo de cláusulas son difícilmente encontradas en países desarrollados (mayoritariamente países de Europa y de América del Norte).

Normalmente este tipo de cláusulas son incorporadas en los contratos, a solicitud del inversionista, y ante la existencia de un contrato a largo plazo, cuyas actividades son complejas, a gran escala y podrían tener rendimientos tardíos,¹⁸³ pues se estima que dentro de este extendido periodo, es posible que la legislación relevante se vea enmendada durante la vida del proyecto, lo cual podría modificar las condiciones en virtud de las cuales el ente privado decidió invertir en el país.

Otra forma que le ha dado certidumbre jurídica a las partes es la redacción de una cláusula para la renegociación de las condiciones del contrato una vez que el Estado haya modificado los instrumentos jurídicos aplicables, de tal manera que, si se ha afectado la situación financiera del inversionista, las partes podrían acordar nuevas condiciones.

De esta forma, en caso de que el Estado anfitrión realice cambios significativos que tengan impactos a la inversión, las partes estarían obligadas a renegociar para balancear la relación contractual tras los cambios normativos introducidos por el Estado. Así, ambas cláusulas tienen a presentar beneficios para el inversionista. Para ejemplificarlo se presenta la siguiente tabla:

¹⁸³ Gjuzi, Jola, *Stabilization clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*, Cham, Springer, 2018, p. 3. Fouchard Papaesftraitou, Athina, “Stabilisation Clauses in Long-Term Investment Contracts. Their Evolution and Their Application by Investment Tribunals”, en Cima, Elena, y Mbengue, Makane Moïse (eds.), *A Multifaceted Approach to Trade Liberalisation and Investment Protection in the Energy Sector*, Leiden / Boston, Brill, 2021, p. 45.

Cláusula	Ventaja para el inversionista	Desventaja para el inversionista
Cláusula de estabilización	A pesar de que en un futuro existan cambios a la regulación que afecten la inversión, estos no serán aplicables a la relación contractual	En caso de que exista un cambio normativo benéfico para el inversionista, éste no se aplicaría para el contrato.
Cláusula para la renegociación	De existir un cambio sustancial para la inversión en la normativa aplicable, las partes del contrato renegociarían condiciones más equilibradas.	Si no existe acuerdo sobre las nuevas condiciones aplicables, al inversionista le aplicaría el marco normativo modificado, aún con las disposiciones que pudiesen afectar su inversión.

Tabla 2. Ventajas para los inversionistas de las cláusulas de estabilización y para la renegociación.

d. Derechos y obligaciones de las Partes

En virtud de un contrato, se crean obligaciones y derechos recíprocos para las partes de las relaciones contractuales, esto es de suma relevancia, pues para la interposición de una reclamación que pueda prosperar, es requisito indispensable que en la misma se arguya una violación a una obligación a cuyo cumplimiento tenía derecho la otra parte.

B. Presentación de una reclamación directa

1. Jurisdicción

Como se abordó en el Capítulo II, para que una controversia se encuentre dentro de la jurisdicción del CIADI, es necesario que ésta cumpla con lo establecido en el artículo 25 del Convenio del CIADI, y, de ser el caso los artículos 26 y 27.

Si bien el cumplimiento de estos requisitos es normalmente decidido por el tribunal arbitral, es posible que las partes acuerden en el contrato en cuestión que se cumplen con dichos requisitos jurisdiccionales. Por ejemplo, para efecto de cumplir con la jurisdicción *ratione materiae*, las partes pueden acordar incluir en el contrato una cláusula similar a la cláusula modelo 3 del CIADI:

Se estipula por la presente que la transacción a que se refiere este acuerdo es una inversión.

La ventaja de este tipo de cláusulas versa en que las partes podrían estipular que, a su consideración, ciertos elementos jurisdiccionales del Convenio del CIADI estarían cubiertos en su relación contractual.

Sin embargo, aun cuando este acuerdo entre las partes pueda facilitar la labor del tribunal al determinar si se cumple o no con los requisitos jurisdiccionales entablados en el artículo 25 del Convenio del CIADI, se reitera que el tribunal *motu proprio* puede decidir, incluso ante el acuerdo entre las partes, que, en el caso en particular, carecería de jurisdicción.

Esto, ya que no necesariamente porque exista un acuerdo entre las partes este quiere decir que cumpla con el Convenio de Washington.

a. Consentimiento de las partes a arbitrar

Como se mencionó en la Sección II.A.3, para que una controversia esté dentro de la jurisdicción del CIADI, ésta debe haber sido consentida por ambas partes. En el caso específico de una relación contractual, este acuerdo se encuentra dentro de la

cláusula de solución de controversias o puede estar presente en un instrumento posterior.

Una vez plasmado este acuerdo arbitral y según las facultades del tribunal arbitral, éste determinará si efectivamente las partes consintieron arbitrar la disputa específica que se plantea ante el tribunal.

2. Solicitud de arbitraje

Como se abordó anteriormente, una parte que inicie un arbitraje a amparo del Convenio del CIADI debe presentar ante el Secretario General de dicha institución una solicitud de arbitraje, con los datos señalados en la Sección I.C.1.a.

Lo más relevante a tomar en consideración a efecto de este análisis, es que el propio Convenio de Washington en su artículo 36 señala expresamente la posibilidad de que esta solicitud sea presentada por un Estado, como se aprecia a continuación:

Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte. [Énfasis añadido]

De hecho, esta misma posibilidad jurídica es recogida por el párrafo 1 de la Regla 1 de Iniciación:

Todo Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera iniciar un procedimiento en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio"), deberá presentar una solicitud de arbitraje o conciliación junto con los documentos de respaldo requeridos (la "solicitud") al Secretario General y pagar el derecho de presentación publicado en el arancel de derechos. [Énfasis añadido]

En virtud de lo anterior, queda claro que, siempre que una controversia cumpla con los requisitos jurisdiccionales previstos en Capítulo II del propio Convenio, es

jurídicamente viable que un Estado inicie un arbitraje en contra de un inversionista por violaciones a obligaciones contenidas en un contrato.

3. Requisitos de una reclamación

Adicionalmente, se ha señalado que, al momento de presentar una reclamación, ésta debe cumplir con los siguientes elementos: 1) la reclamación debe ser lo suficientemente clara y específica; 2) debe estar fundamentada sobre la base jurídica pertinente y considerando los hechos subyacentes relevantes; y 3) debe cuantificarse¹⁸⁴ (salvo pacto en contrario).

En general, como se puede apreciar, estos requisitos son cuestiones aplicables a todas las reclamaciones, sin importar si las presenta un inversionista, el Estado o si se presentan de manera directa o indirecta.

4. Análisis de las reclamaciones presentadas por Estados

Según los datos de la página del CIADI, de los más de 1000 casos de arbitraje registrados al día de hoy, únicamente cuatro han sido registrados e iniciados por Estados¹⁸⁵ (incluyendo subdivisiones políticas y organismos públicos del Estado en virtud del párrafo tercero del artículo 25 del Convenio del CIADI):

- *Gabon v. Société Serete S.A.*
- *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited.*

¹⁸⁴ *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, ¶ 922.

¹⁸⁵ Supuestamente en 2008 Nicaragua inició una reclamación en contra de Grupo Barceló Montelimar, pero no existe en los registros del CIADI esta controversia. Rel-UITA “Grupo Barceló versus Estado nicaragüense. La Procuraduría acelera el trámite y recurre a arbitraje internacional”, 27 de junio de 2008. Disponible en: http://www6.rel-uita.org/sectores/hrct/barcelo_vs_estado.htm. Ver también, Toral, Mehmet, y Schultz, Thomas, *op. cit.*, p. 590.

- *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others.*
- *La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*

En atención al tema en cuestión, se analizarán los casos anteriormente señalados indicando un breve recuento de los hechos y comentarios respecto a la jurisdicción del tribunal arbitral y su posibilidad de conocer de la demanda del Estado.

a. *Gabon v. Société Serete S.A.*

Poco se sabe de este arbitraje iniciado por Gab n en 1976 debido a temas de confidencialidad, sin embargo, lo que s  es público es que fue un caso iniciado en virtud de un contrato cuyo objeto estaba relacionado con la construcción de una sala de maternidad de un hospital, y dicha diferencia terminó en 1978 por acuerdo entre las partes, descontinuando así el procedimiento de arbitraje.¹⁸⁶

En este sentido, como no existe mucha información pública al respecto no es posible realizar un análisis jurídico de la controversia.

b. *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*

En este segundo caso, Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO),¹⁸⁷ una empresa productiva del Estado dedicada a la generación, suministro y

¹⁸⁶ CIADI, "Gabon v. Société Serete S.A. (ICSID Case No. ARB/76/1)". Disponibles en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/76/1>.

¹⁸⁷ TANESCO fue designada por Tanzania como organismo público de este Estado según lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 25 del Convenio del CIADI, sin embargo, hoy en día ya no se enlista como organismo público de Tanzania. ICSID, *Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention*, July 2020. Para mayor información de esta Sección, ver, en general, *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*,

transmisión de energía eléctrica en Tanzania registró su controversia en 1998, en virtud de la cual reclamaba el incumplimiento por parte de una empresa con mayoría de capital de origen malayo, Independent Power Tanzania Limited (IPTL), de un contrato (el Power Purchase Agreement o PPA).

En virtud de tal contrato IPTL, se obligaba a ejecutar el diseño, construcción, operación y mantenimiento de una instalación de generación de electricidad en Tageta, Tanzania, y por su parte, TANESCO se obligaba a comprar la energía eléctrica por un periodo inicial de 20 años, sujeto a extensiones por periodos que el mismo contrato contemplaba.

La disputa inició por el supuesto incumplimiento del contrato por parte de IPTL al utilizar motores de diésel para la generación de energía de diferente velocidad a la estipulada en el contrato sin el consentimiento de TANESCO, además de un incremento en los costos estipulados por parte de IPTL, mismo que no detalló o justificó; a su vez TANESCO sostuvo que en la asignación del contrato de energía hubo sobornos al Ministerio de Energía y Minerales, por lo que buscaba la terminación del PPA.

El tribunal arbitral determinó la validez del PPA y, por tanto, las partes debían de cumplir con sus respectivas obligaciones en virtud del mismo incluyendo el cumplimiento con las tarifas acordadas en el transcurso del arbitraje. Posteriormente el laudo fue sujeto de un procedimiento de interpretación que terminó por discontinuación.

Respecto a los temas de jurisdicción del primer procedimiento, el artículo 18.3 del PPA señalaba que cualquier diferencia que surgiera a raíz o en conexión con el contrato debía ser solucionada conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI, y con el propósito de consentir a la jurisdicción del CIADI, se acordó que IPTL era una entidad controlada por extranjeros, a menos que el monto de las acciones con

ICSID Case No. ARB/98/8, Award, 12 July 2001, y *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8, Appendix F to Final Award, 22 June 2001.

derecho a voto de los inversionistas no tanzanos disminuyera del cincuenta por ciento.

Tanto TANESCO como IPTL habían consentido en llevar sus diferencias al CIADI, y según se detalla en el laudo arbitral, en ningún momento habían impugnado la jurisdicción del Centro, por lo que no fue un tema discutido por el tribunal arbitral.

Sin embargo, aunque no se haya objetado la jurisdicción, no significa, de ninguna manera, que el tribunal arbitral no pueda hacer analizar si se cumplen los requisitos jurisdiccionales del Convenio del CIADI, por más simple que sea el análisis y aunque algunos requisitos se supongan cumplidos, como se señaló en la Sección II.E.

c. Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others

i) Cuestiones preliminares

Esta controversia fue registrada ante el CIADI, a petición del Gobierno de la Provincia de Kalimantan del Este, de Indonesia, en el 2007 y se entabló en contra de siete empresas: PT Kaltim Prima Coal (PT KPC), Sangatta Holdings Limited (Sangatta), Kalimantan Coal Limited, Rio Tinto plc, BP p.l.c., Pacific Resource Investments Limited (parte del grupo Rio Tinto), BP International Limited (subsidiaria de BP p.l.c), compañías constituidas en Indonesia, Inglaterra, Islas Caimán, y Mauricio.¹⁸⁸

Esta diferencia tuvo su origen en el supuesto incumplimiento de un contrato firmado en 1982 (contrato KPC) entre PT KPC y una empresa productiva del Estado denominada Peruskan Negara Tambang Batubura, cuyo objeto era que la primera

¹⁸⁸ *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP P.L.C., Pacific Resources Investments Limited, BP International Limited, Sangatta Holdings Limited, and Kalimantan Coal Limited*, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, 28 December 2009.

empresa condujera operaciones de minería por treinta años en la región de Sangatta en la provincia de Kalimantan del Este.

BP p.l.c y CRA Limited eran propietarios de la totalidad de las acciones de PT KPC y en el preámbulo del contrato en cuestión se les reconocía la calidad de inversionistas extranjeros. Eventualmente, en 1991, CRA Limited transfirió sus acciones en PT KPC, con autorización del Gobierno de Indonesia, a Sangatta (parte del grupo Rio tinto), y en ese mismo año, Peruskan Negara Tambang Batubura fue liquidada y substituida en el contrato por otra empresa productiva del Estado: PT Tambang Batubura Bukit Asam.

En el contrato KPC se dispuso en el artículo 23 que las controversias relacionadas con ese acuerdo o con su aplicación debían ser dirimidas mediante arbitraje ante el CIADI, o si no era posible para las partes acudir ante esta institución, se constituiría un tribunal arbitral *ad hoc*. La parte relevante señalaba:

23.1 Con excepción de los asuntos fiscales, que están sujetos a la jurisdicción del Majelis Pertimbangan Pajak (Consejo Consultivo de Impuestos), cualquier controversia entre las Partes que surja antes o después de la terminación de este Acuerdo sobre cualquier asunto relacionado con este Acuerdo y la aplicación del mismo, incluidas las alegaciones de que una Parte ha incumplido sus obligaciones, se remitirá, a menos que se resuelva de mutuo acuerdo o mediante conciliación mutuamente satisfactoria, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para su resolución mediante arbitraje, de conformidad con el respectivo Convenio que entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Las disposiciones del Artículo 23.2.3 se aplicarán *mutatis mutandis* a dicho arbitraje.

23.2 Si los servicios del Centro no están disponibles para las Partes, la controversia no resuelta se someterá a una Junta de Arbitraje de tres miembros, compuesta por dos árbitros y un presidente. Batubara y [PT KPC] designarán cada uno un árbitro dicho árbitros nombrarán un presidente. Si los árbitros nombrados por las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre el presidente dentro de los treinta (30) días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, el presidente será designado, a petición de cualquiera de las Partes, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Si, por cualquier motivo, un árbitro o presidente fallara o no pudiera actuar, su sucesor será nombrado de la misma manera que el árbitro o presidente al que

suceda. El presidente no deberá estar estrechamente vinculado a Indonesia, Australia o al Reino Unido, ni haber sido funcionario público de estos países, ni ser nacional de los mismos, y deberá ser una persona con reconocido prestigio internacional.¹⁸⁹

Posteriormente, en 1997 se modificó el contrato y todos los derechos y obligaciones de la empresa del Estado se transfirieron al Gobierno de Indonesia a través del Ministerio de Minas y Energía, posteriormente Ministerio de Energía y Recursos Minerales.

ii) Objeto de la controversia

El supuesto incumplimiento del contrato, deriva de lo estipulado en el artículo 26, el cual indicaba que PT KPC, a partir del quinto año de operaciones (1996), debía asegurarse de ofrecer a la venta sus acciones al Gobierno de Indonesia, nacionales de Indonesia, o a compañías de Indonesia controladas por indonesios; y a decir del Gobierno de Indonesia, ellos tenían derechos prioritarios respecto a las ofertas de las acciones; mientras que PT KPC sostuvo que tenían la facultad de seleccionar a

¹⁸⁹ *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP P.L.C., Pacific Resources Investments Limited, BP International Limited, Sangatta Holdings Limited, and Kalimantan Coal Limited*, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, 28 December 2009, ¶14. Traducción propia. Original: “ 23.1 Except for tax matters, which are subject to the jurisdiction of the Majelis Pertimbangan Pajak (The Consultative Board for Taxes), any dispute between the Parties hereto arising before or after termination concerning anything related to this Agreement and the application thereof, including contentions that a Party is in default in the performance of its obligations, shall, unless settled by mutual agreement, or by mutually satisfactory conciliation, be referred for settlement by arbitration to the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention thereon which entered into force on October 14, 1966. The provisions of Article 23.2.3 hereof shall apply mutatis mutandis to any such arbitration.

23.2 If the services of the Centre are unavailable to the Parties, then such unsettled dispute shall be referred for settlement to a Board of Arbitration of three members, consisting of two arbitrators and an umpire. Batubara and [PT KPC] shall each appoint one arbitrator and the arbitrators so appointed shall appoint an umpire. If the arbitrators appointed by the Parties shall be unable to agree upon the umpire within thirty (30) days after appointment of the second arbitrator, the umpire shall, upon request of either Party hereto, be designated by the President of the International Court of Justice. If for any reason an arbitrator or umpire shall fail or be unable to act, his successor shall be appointed in the same manner as the arbitrator or umpire whom he succeeds. The umpire shall not be closely connected with, or have been in the public service of, or be a national of Indonesia, Australia or the United Kingdom and he shall be a person of recognised standing in the international jurisprudence.”

los compradores. Por años PT KPC las ofreció a la venta, pero no llegaban a un acuerdo respecto del precio de las acciones.

En 2002 el Gobierno de Indonesia firmó con PT KPC un acuerdo marco en el cual la empresa se obligaba a ofrecerle el 51% de las acciones al Gobierno central, teniendo el derecho el Gobierno central de asignar los derechos a otros participantes indonesios.

A su vez, este acuerdo marco incorporaba en la cláusula 14, *mutatis mutandis* el artículo 23 del contrato KPC, en donde se señalaba que el arreglo de una eventual controversia sería mediante arbitraje ante el CIADI.

Aun después del acuerdo marco, se siguieron ofreciendo las acciones, pero expiraban las ofertas, ya que el Gobierno central no actuaba a tiempo. Por ello decidieron terminar el acuerdo marco en 2003.

En 2003 Bumi Resources Tbk, una empresa indonesia, compró todas las acciones tanto de BP y Rio Tinto como de Sengatta y Kalimantan Coal Limited, obteniendo así, indirectamente, la totalidad de las acciones de PT PKC.

Meses después, se celebraron diversas transacciones, en donde diferentes empresas compraron de Bumi Resources Tbk acciones de PT KPC, Sengatta y Kalimantan Coal Limited.

A lo largo de estos años, en todo momento el Gobierno de la Provincia de Kalimantan del Este sustanció procedimientos internos porque no se le vendió a este gobierno el 51% de PT KPC. En esos procedimientos presentó reclamaciones en contra de todos los demandados del arbitraje objeto de este análisis, al Ministerio de Energía y Recursos Minerales, así como a otros funcionarios del gobierno central. Las cortes nacionales señalaron que no tenían jurisdicción para conocer del caso en virtud del artículo 23 del contrato PT KPC; apelaron a la Suprema Corte de Indonesia y de igual manera, los juzgadores señalaron que carecían de jurisdicción por la misma razón.

iii) Análisis de la jurisdicción

En el procedimiento arbitral en cuestión, respecto a la jurisdicción del Centro, la parte demandante sostuvo que “se pusieron en los zapatos de Indonesia” como Parte contratante del Convenio del CIADI, y/o se le podía considerar al gobierno provincial como una subdivisión política de la República de Indonesia. Lo anterior en virtud del derecho nacional indonesio, porque a decir de ellos, el consentimiento no era un elemento que se debía interpretar según el derecho internacional. A su vez, la demandante señaló que se debía aplicar el *principio in favorem jurisdictionis*, señalando que el consentimiento original de las partes en someter una disputa ante el CIADI debe respetarse.

Por su parte, los demandados sostuvieron los siguientes argumentos respecto de la jurisdicción. *Primero*, la parte demandante no es un Estado miembro, ni una subdivisión política de un Estado miembro. Esto se demuestra porque no interpuso la demanda el Estado de Indonesia, y tampoco Indonesia designó al Gobierno de la Provincia de Kalimantan del Este como una subdivisión política en el sentido del párrafo tercero del artículo 25 del Convenio del CIADI, por tanto, no podía ser considerado un Estado al no tener esta autorización y, en consecuencia, el tribunal no tendría jurisdicción. Lo cual se demostraba por el hecho de que la República de Indonesia no aprobó la presentación de la demanda ante el tribunal arbitral, e incluso rechazó financiar el arbitraje. A su vez, Indonesia presentó una carta en donde expresamente señalaba que no consentía que este gobierno provincial pudiera iniciar tal arbitraje en su nombre.

Segundo, el consentimiento para iniciar un arbitraje ante el CIADI, tanto en el contrato KPC, como en el acuerdo marco, no se dio con los demandados y el Gobierno provincial, sino con el Gobierno Central y PT KPC, y este consentimiento no se podía extender a terceros.

iv) Comentarios generales

Finalmente, el tribunal respecto a la jurisdicción enunció diversas ideas que, sobresalen dentro de los precedentes del CIADI. En este arbitraje se señaló que: “nada en el Convenio del CIADI impide que un Estado o sus subdivisiones u organismos públicos aparezcan como demandantes en un arbitraje basado en un contrato”¹⁹⁰ y continúa indicando que, desde su perspectiva, esto podría ser diferente si la base de la jurisdicción fuera un tratado de inversión que, en principio, se reserva el derecho de llevar un arbitraje a los inversionistas y no otorga protecciones sustantivas a los Estados.

Por lo anterior, el tribunal señaló que la demandante no tenía derecho para iniciar el arbitraje. A su vez explicó que, si bien el Gobierno de Indonesia sí había consentido en iniciar un arbitraje en caso de una diferencia en los contratos previamente mencionados, el gobierno provincial no se constituía como un representante de la República de Indonesia porque expresamente lo negó el gobierno central, y que tampoco era una subdivisión de Indonesia según lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 25 del Convenio del CIADI, porque nunca se le designó con tal carácter. Por consecuencia, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.

En este sentido, de la lectura del laudo en cuestión se desprenden varias ideas importantes para el tema objeto de este estudio. *Primero*, como lo señala el tribunal arbitral, las disposiciones del Convenio del CIADI no impiden a los Estados presentar una reclamación si ésta tiene de base un contrato y tampoco se niega la posibilidad de que se presente una reclamación en virtud de un tratado internacional, sino que el tribunal se limitó a señalar que podría ser diferente.

Segundo, tal y como lo vimos en este caso, debe ser el Estado mismo o algún organismo público o subdivisión política facultada para tal efecto por el Estado quien presente esta reclamación o significará que el Estado no consintió la presentación

¹⁹⁰ *Ibidem*, ¶ 174. Traducción propia. Original: “nothing in the ICSID Convention prevents a State or its subdivisions or agencies from appearing as claimant in an arbitration based on a contract.”

de esa reclamación en su nombre; salvo, en términos del párrafo tercero del artículo 25 del Convenio del CIADI, en donde el Estado desde un inicio señale que no se requiere de la aprobación, lo cual indirectamente significa el consentimiento del Estado para que un organismo público o subdivisión política actúe en su nombre.

Suponiendo que Indonesia no hubiese escrito esa carta negando su consentimiento y que en efecto hubiese financiado el arbitraje, de cualquier manera, el gobierno provincial no tendría la capacidad jurídica de presentar reclamaciones en contra de inversionistas en arbitrajes CIADI, porque no se le había reconocido dicha capacidad y, por ende, no tenía tal derecho.

d. La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.

Finalmente, *La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* es el último caso registrado en el que un Estado ha actuado como demandante ante un inversionista en un arbitraje al amparo del CIADI. Esta controversia estaba relacionada con contratos de concesión para la construcción de líneas de transmisión de energía eléctrica para el sistema eléctrico nacional de Perú. Este caso se registró en septiembre de 2013 y se discontinuó en diciembre de ese mismo año por la concreción de un Acuerdo Integral entre las partes.

La controversia surgió de dos contratos de transmisión de energía y forma parte de una trilogía de arbitrajes ante el CIADI junto con *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. La República del Perú*, e *Isolux Corsán Concesiones S.A. v. La República of Perú*.

Por lo que hace a temas de jurisdicción, el caso no nos aclara nada, puesto que el tribunal arbitral no se pronunció al respecto en razón de la discontinuación del arbitraje. Sin embargo, de la lectura del Acuerdo Integral anteriormente mencionado, se pueden deducir algunos puntos relevantes.

En específico, el objeto de este acuerdo es el que se transcribe a continuación:

Este Acuerdo entre las Partes cierra los 3 arbitrajes relevantes ante al Banco Mundial y 2 Contratos de Concesión. *El Perú recibirá pagos totales de US\$40,000,000.00*, según lo detallado más abajo.¹⁹¹

Por ello, es muy probable que, de haberse sustanciado el procedimiento arbitral, Perú hubiese obtenido un resultado favorable,¹⁹² por posibles incumplimientos a los contratos de concesión por parte de los inversionistas.

De lo anterior, se pueden concluir al menos dos cuestiones muy importantes: *primero*, las partes en los arbitrajes sabían que la controversia planteada por Perú se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y, *segundo*, el tribunal arbitral pudo haber determinado que la demandada incumplió con sus obligaciones contractuales, por lo que se le hubiera condenado al pago de los daños sufridos por Perú. En este sentido, se confirma, no sólo el hecho de que los Estados pueden demandar ante el CIADI, sino que este tipo de casos proceden, y pueden tener resultados favorables para el Estado.

C. Reclamaciones en reconvención

Ahora bien, no sólo existe la posibilidad de presentar reclamaciones directas, sino que también existen reconvenciones o demandas reconvencionales. Sobre este punto, es importante mencionar que la mayor diferencia entre una reconvención y una defensa es que, mientras esta última únicamente busca desestimar una

¹⁹¹ *La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, Caso CIADI No. ARB/13/24, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 26 de diciembre de 2013, Anexo A, p. 3. [Énfasis añadido].

¹⁹² Esta aseveración también se basa en la decisión en *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. La República del Perú*, donde el tribunal arbitral determinó que Perú no incumplió los contratos en cuestión. *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/9, Laudo Arbitral, 15 de abril de 2013, ¶ 185.

reclamación en su contra, la reclamación persigue una condena por incumplimiento a una obligación a cargo de la parte demandante.

El razonamiento detrás de esta posibilidad de presentar reclamaciones reconventionales es que el tribunal decida sobre reclamaciones de las partes, las cuales estén relacionadas, en un mismo procedimiento, por motivos de economía, sin la necesidad de iniciar un arbitraje distinto.¹⁹³

1. Regulación especial en el CIADI

Las demandas reconventionales están expresamente permitidas en el Convenio del CIADI, pues éste, en su Artículo 46 faculta a tribunales arbitrales para pronunciarse sobre las mismas como se aprecia a continuación:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

De la cita anterior se desprende que estas demandas adicionales son autorizadas siempre que se cumpla con: 1) una conexión directa con la controversia principal, 2) ambas partes hayan consentido dirimir dicha controversia, 3) esta reconvencción se encuentre dentro de la jurisdicción del CIADI.

Este mismo supuesto es recogido por la Regla de Arbitraje CIADI 48, el cual además presenta un requisito de temporalidad:

Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y *toda reconvencción se presentará a más tardar en el memorial de contestación*, salvo que el Tribunal decida lo contrario. [Énfasis añadido]

¹⁹³ Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary.*, cit., p. 732.

Es decir, a menos que el tribunal autorice la presentación extemporánea de la reconvencción existe el requisito adicional de presentar la reclamación reconvenccional en el memorial de contestación.

Por lo que, en general, además de los elementos necesarios para presentar una reclamación descritos en la Sección III.B, los requisitos para presentar una reconvencción en un arbitraje CIADI son:¹⁹⁴

1. Jurisdiccionales:
 - a. La reconvencción se encuentra dentro de la jurisdicción del CIADI según lo previsto en el artículo 25.
 - i. Incluyendo el consentimiento.
2. De admisibilidad:
 - a. Conexión entre las reclamaciones.
 - b. Temporalidad en la presentación.

a. Jurisdicción

Como se abordó anteriormente, para que una reclamación esté dentro de la jurisdicción del CIADI, ésta necesariamente debe cumplir con los requisitos jurisdiccionales contemplados en el Convenio del CIADI, sin importar si la reclamación es directa o reconvenccional.

¹⁹⁴ Ver, por ejemplo, *Metal-Tech LTD v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, ¶407: “En consecuencia, deben cumplirse dos condiciones para que un tribunal del CIADI para analizar una demanda reconvenccional: (i) la demanda reconvenccional debe estar dentro de la jurisdicción del Centro, lo que incluye el requisito del consentimiento, y (ii) debe “relacion[arse] directamente con la diferencia”, el segundo requisito también se conoce como el requisito de “conexidad”. Esencialmente, el segundo requisito supone una conexión entre las demandas y las reconvencciones. Generalmente se considera un requisito de admisibilidad y no jurisdiccional” (traducción propia). Original: “As a result, two conditions must be met for an ICSID tribunal to entertain a counterclaim: (i) the counterclaim must be within the jurisdiction of the Centre, which includes the requirement of consent, and (ii) it must “aris[e] directly out of the subject matter of the dispute”, the second requirement also being known as the “connectedness” requirement. Essentially, the second requirement supposes a connection between the claims and the counterclaims. It is generally deemed an admissibility and not a jurisdictional requirement.” Ver también, *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 17 December 2015, ¶ 939.

El hecho de que se presente una demanda reconvenicional no significa que, de alguna manera la jurisdicción del CIADI se extienda *ipso facto* a esta reclamación.¹⁹⁵ Esto ya que la demanda inicial y la reconvenicional son jurídicamente diferentes, y por tanto cada una de ellas debe cumplir con los requisitos jurisdiccionales aplicables.

i) Consentimiento

Al igual que en el caso de una reclamación principal, ambas partes deben de haber consentido arbitrar la disputa objeto de la demanda reconvenicional, que, como se abordó anteriormente, en el caso de una relación contractual este acuerdo de las partes estaría presente en el acuerdo arbitral.

b. Admisibilidad

i) Conexión con la reclamación principal

Aunado a lo anterior, la reclamación reconvenicional no sólo debe estar dentro de la jurisdicción del CIADI, sino que existe el requisito de admisibilidad de que la reclamación se relacione directamente con la diferencia principal, es decir, debe de tener una conexión con la reclamación principal.¹⁹⁶ Pues sólo de esta forma tendría sentido que un tribunal analizara dos reclamaciones distintas.

En efecto, este requisito está relacionado con los mayores objetos de las reconveniciones: economía y equidad procesal.¹⁹⁷ Se ha sostenido que, de manera

¹⁹⁵ Ver Schreuer, Christoph, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary.*, *cit.*, p. 754.

¹⁹⁶ *Saluka Investments C.V. v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, ¶ 61.

¹⁹⁷ Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The Interplay Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 147. Marisi, Flavia, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020, p. 250. Zin, Shahrizal, "Reappraising Access to Justice in ISDS: A Critical Review on State Recourse to Counterclaim", en Anderson, Alan y Beaumont, Ben (eds.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020, pp. 226 y 227. CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconveniciones. Nota de la Secretaría*. UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.193, ¶ 38.

general se cumplirá con este requisito si la relación entre ambas reclamaciones es tan estrecha que requiere la adjudicación de la última para llegar a una solución definitiva y total de la controversia.¹⁹⁸

Por ello el tribunal debería realizar una lectura de ambas reclamaciones para determinar si es posible llegar a una resolución del conflicto decidiendo únicamente una de ellas.

En este sentido, para determinar si una reclamación reconvenicional tiene una relación estrecha con la principal, es necesario analizar ambas reclamaciones tanto en los hechos como en el derecho ¹⁹⁹ (incluida la inversión y las obligaciones relacionadas con esta),²⁰⁰ así como el derecho general de la Demandada,²⁰¹ sin embargo, la naturaleza y alcance de este vínculo pueden presentarse de maneras diferentes según el caso en concreto, por esta razón es que no existe una definición universal de una conexión estrecha entre las reclamaciones principal y reconvenicional,²⁰² aunque los tribunales no han indicado que este requisito sea muy estricto o cerrado, siendo posible cumplirlo si la reconvenición se refiere a la inversión de la reclamación principal,²⁰³ y concierne a las mismas partes.²⁰⁴

En el caso de una reconvenición contractual, el nexo es claro si ambas reclamaciones derivan del mismo contrato. Sin embargo, el cumplimiento con este

¹⁹⁸ Notas explicativas del Secretariado del CIADI a la Regla de Arbitraje CIADI 40. ICSID, *ICSID Regulations and Rules*, 1975, p. 105.

¹⁹⁹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Claim, Order of 10 March 1998, I.C.J. Reports 1998, ¶ 37. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 29 November 2001, I.C.J. Reports 2001, ¶ 36.

²⁰⁰ *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, ¶ 954.

²⁰¹ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, ¶ 693.

²⁰² *Saluka Investments C.V. v. The Czech Republic*, PCA Case Number 2001-04, Decision on Jurisdiction over Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, ¶ 63.

²⁰³ Bilanová, Anna, "Environmental counterclaims in Investment Arbitration", *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 5, Issue 1, December 2020, p. 405. de Nanteuil, Arnaud, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, No. 17, 2018, p. 387.

²⁰⁴ Scherer, Maxi, *et al.*, "Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36, Issue 2, Spring, 2021, p. 426.

requisito dependerá de un análisis caso por caso que el tribunal deberá realizar cuando se le presente una reclamación reconvenzional.

ii) Temporalidad

Como se mencionó en la Sección I.C.1.e.vi)., la demanda reconvenzional debe de ser presentada a más tardar en el memorial de contestación, es decir, en el primer escrito con argumentos sustanciales sobre el fondo y jurisdicción del asunto, mismo que presenta la demandada.

c. Ejemplos notables

Tomando en consideración lo anterior, existe un par de casos sobresalientes, que deben resaltarse ya que han sido los únicos en los que una reconvección por parte del Estado ha prosperado.

i) *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*

El caso en cuestión representa uno de los arbitrajes más complejos, no necesariamente por el análisis de la reconvección, aunque evidentemente fue parte de esta complejidad, sino por el desarrollo en general del mismo.

En efecto, el arbitraje, de manera extraordinaria tuvo una duración de 11 años, se realizaron siete audiencias, se presentaron al menos 55 declaraciones testimoniales, más de 50 informes periciales; lo que resultó en más de 125 mil páginas de expediente.²⁰⁵

²⁰⁵ *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019, ¶¶ 51-52.

Incluso, se ha señalado que este caso es un ejemplo de “activismo” por parte del tribunal, o un ejercicio de las múltiples herramientas con las que cuenta un tribunal arbitral,²⁰⁶ ya que emitió medidas provisionales para que no presentara las reclamaciones en cortes nacionales, nombró un perito independiente; y al momento de emitir su laudo tomó en consideración el monto otorgado en el arbitraje objeto del análisis de la siguiente Sección, para que no existiese una doble remuneración por los mismos actos.²⁰⁷

La controversia en cuestión inició por una serie de medidas de Ecuador y la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) que Perenco Ecuador Limited (Perenco) estimó violatorias al APPRI entre Francia y Ecuador, así como a Contratos de Participación relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos en la Región del Amazonas.²⁰⁸

Específicamente, Perenco señaló que la promulgación de la Ley No. 2006-42 y su implementación mediante el Decreto No. 1672 que estipulaba un incremento en la participación bajo los Contratos de Participación sobre ingresos extraordinarios, violaba los términos del contrato y del All en cuestión, ya que la regulación obligaba a reconocer en favor de Ecuador el 50% (posteriormente el porcentaje incrementó a 99%, según lo previsto en el Decreto No. 662) de ingresos extraordinarios, que se generarían cuando el precio del barril de crudo excediera el precio promedio mensual del petróleo ecuatoriano cuando los contratos fueron suscritos.

²⁰⁶ Rudall, Jason, “The Tribunal with a Toolbox: On Perenco v Ecuador, Black Gold and Shades of Green”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 11, Issue 3, 2020, pp. 485–500.

²⁰⁷ Páez- Salgado, Daniela, y Zuleta, Natalia. “Perenco v Ecuador: An Example of a “Lengthy, Complex, Multi-faceted, Hard Fought and Very Expensive” Investment Arbitration?”, 14 November 2019, in Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/14/perenco-v-ecuador-an-example-of-a-lengthy-complex-multi-faceted-hard-fought-and-very-expensive-investment-arbitration/>.

²⁰⁸ Para mayor información de esta Sección, ver, en general, *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de junio de 2011. *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión Provisional sobre la Reconvención Ambiental, 11 de agosto de 2015. *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019. *Perenco Ecuador Ltd v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Annulment, 28 May 2021.

Si bien, la decisión final fue favorable al inversionista, dado que el tribunal determinó que Ecuador incumplió sus obligaciones emanadas de los contratos de participación y del AII en comento (específicamente las de trato justo y equitativo, así como expropiación); y cuantificó el pago de daños de estos incumplimientos por casi 450 millones de dólares (monto que, tras una anulación parcial del laudo se disminuyó a 412 millones de dólares por no expresar los motivos en los que se fundaba un cálculo en los daños), este caso es relevante para el presente estudio por el análisis del tribunal arbitral respecto a la reconvencción planteada.

En su reconvencción, Ecuador argumentó la existencia de una catástrofe ambiental en los bloques del Amazonas bajo la dirección de Perenco, derivado de un supuesto daño medioambiental ocasionado por contaminación realizado por esta empresa.

Dentro de las obligaciones de Perenco en virtud de los contratos de participación, se encontraba el cumplimiento con la legislación ecuatoriana aplicable al contrato (incluida la regulación medioambiental), y la preservación del equilibrio ecológico en el área del contrato, así como a tomar las medidas necesarias para la conservación y seguridad del medioambiente; al igual que obligaciones en materia de infraestructura.

En este sentido, luego de evaluar los argumentos de las partes y examinar los informes de peritos en materia ambiental, el tribunal arbitral decidió que, dado su incumplimiento a las obligaciones anteriormente mencionadas, Perenco era responsable del pago de casi 55 millones de dólares, relativo a los costos emanados de la restauración del ambiente en las áreas objeto de los contratos. Lo anterior dado que:

Si una relación legal entre un inversionista y un Estado permite la presentación de un reclamo de parte del Estado por daño ambiental causado por las actividades del inversionista, y dicho reclamo es

fundado, el Estado tiene derecho a la compensación integral del daño de acuerdo con los requisitos de la ley aplicable.²⁰⁹

Siendo así, un ejemplo del principio internacional “el que contamina, paga” o *polluter pays*.²¹⁰

Sobre este punto, también vale la pena mencionar que inicialmente Perenco no objetó la jurisdicción del tribunal para decidir sobre la reconvencción.

Resulta interesante que en este caso el inversionista solicitó al tribunal ordenar a Ecuador que el monto de daños fuera destinado a un fondo de remediación y no a pagar los propios daños ocasionados al inversionista; ya que, si bien el tribunal estimó que aun y cuando Ecuador estuviera de acuerdo, esta petición iba en contra de la función de un tribunal arbitral constituido conforme al Convenio del CIADI. Lo anterior cobra relevancia si se considera que normalmente los Estados no solicitan que el monto de daños determinado se utilice para resarcir el daño que hubiese generado, pero quizás esta petición se desprende dada la importancia de la materia ambiental.

ii) *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*

Burlington Resources Inc. (Burlington), presentó una reclamación en contra de Ecuador, por las mismas medidas que en el caso anterior, dado que el inversionista consideró vulneraban sus derechos en virtud del Tratado entre Estados Unidos y Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y contratos de participación relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos en la Región del Amazonas.²¹¹ En este caso se llegó a un acuerdo específico entre

²⁰⁹ *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019, ¶ 34.

²¹⁰ Marisi, Flavia, *op. cit.*, p. 60.

²¹¹ Para mayor información de esta Sección, ver, en general, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012. *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvencciones, 7 de febrero de 2017.

Burlington y Ecuador para aceptar la jurisdicción del tribunal para que resolviera sobre las reconvencciones de Ecuador, Burlington no presentara ninguna objeción de jurisdicción, y que Ecuador renunciara a presentar reclamaciones relacionadas ante otro foro, ya sea judicial o arbitral.²¹²

Dado que este caso y el anterior son tanto en los hechos como en el derecho similares, y en aras de no repetir el análisis anterior, únicamente valdría la pena añadir que, aunque el resultado fue prácticamente el mismo, en este caso sí se materializó una reconvencción adicional en materia de infraestructura, dado que Burlington estaba obligada en virtud de los contratos y la legislación pertinente, a entregar al término del mismo las instalaciones, equipos e infraestructura relacionada con el contrato en buen estado de conservación, y no lo hizo. En específico, Ecuador solicitó al Tribunal:

1. Que declare

(i) Que Burlington es responsable ante Ecuador por los costos de restaurar el medio ambiente en las áreas comprendidas dentro de los Bloques 7 y 21 de la región amazónica ecuatoriana;

(ii) Que Burlington es responsable ante Ecuador por los costos necesarios para remediar el mal estado de la infraestructura de los Bloques 7 y 21 dejados por Burlington;²¹³

Por esta razón, se le condenó a Burlington un pago de más de 2.5 millones de dólares, y precisamente dado que el presente caso se resolvió antes que *Perenco c. Ecuador*, y considerando que tanto Burlington como Perenco operaban los

²¹² *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvencciones, 7 de febrero de 2017, ¶¶ 6, 60 y 1077-1078. En este sentido, si bien las reclamaciones de Ecuador no fueron presentadas exclusivamente en virtud del contrato, sino que también fueron extracontractuales, por violaciones a la legislación nacional, en el presente estudio se analizan en este Capítulo ya que las reclamaciones extracontractuales derivaron de un acuerdo entre las partes que, para efectos prácticos tiene el mismo resultado que una reclamación contractual. Además de que, en la medida en la que estas mismas obligaciones estaban contenidas en el contrato, no habría inconveniente para fundamentar la reclamación en este instrumento, situación aplicable también al caso Perenco, máxime si se considera que ni siquiera se impugno la jurisdicción del tribunal en el momento procesal oportuno. Ver, *ibidem*, ¶¶ 217-222.

²¹³ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvencciones, 7 de febrero de 2017, ¶ 53.

mismos bloques en el Amazonas, el tribunal de este último caso decidió no otorgar el pago de daños por esta misma reconvención para que no existiera una doble compensación.²¹⁴

De lo anterior se desprende que es jurídicamente posible que Estados presenten demandas reconvencionales argumentando el incumplimiento del inversionista en virtud de contratos de inversión, y que tengan resultados favorables para el Estado, incluido el pago de daños.

Es por estos resultados favorables para el Estado que a estos dos casos se les ha considerado como un gran desarrollo del arbitraje de inversión.²¹⁵ Sin embargo, desafortunadamente, a la fecha no ha habido otro arbitraje de inversión que haya tenido este progreso tan significativo en materia de reclamaciones de Estados.

²¹⁴ *Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019, ¶ 966.

²¹⁵ Anning, Molly, "Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration. The Case of Environmental Disputes", en Chaisse, Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2020, p. 1301.

CAPÍTULO IV: ARBITRAJE BASADO EN TRATADOS INTERNACIONALES

El objetivo principal de este Capítulo es examinar la posibilidad legal de que un Estado demande directa o indirectamente a un inversionista en un arbitraje de inversión al amparo de un AI.

Los objetivos específicos de este Capítulo son:

- analizar las diferentes redacciones relevantes en AI para la presentación de reclamaciones directas de Estados en contra de inversionistas en estos instrumentos jurídicos internacionales;
- exponer las restricciones jurisdiccionales para la presentación de reconveniones de Estados en contra de inversionistas en AI;
- describir brevemente las obligaciones de Estados más comunes en AI;
- explicar las obligaciones que inversionistas tienen o, en ciertos casos, podrían tener en diferentes AI; e
- identificar los requisitos jurisdiccionales y de admisibilidad en reclamaciones de Estados directas e indirectas en contra de inversionistas al amparo de AI.

Asimismo, ante la pregunta de investigación: ¿es jurídicamente posible que Estados demanden a inversionistas en arbitrajes de inversión cuando el instrumento jurídico base de la acción sea un AI?, la hipótesis a evaluar en este Capítulo es que los Estados pueden presentar reclamaciones en contra de inversionistas cuando la base de la acción reside en un AI.

A. Generalidades

La gran mayoría de las controversias relativas a inversiones tienen como fundamento legal el supuesto incumplimiento a obligaciones contenidas en tratados internacionales, sin embargo, al día de hoy (2023) ningún Estado ha presentado

directamente una reclamación en contra de un inversionista en virtud de un All, razón por la cual se ha identificado al sistema de solución de controversias en materia de inversión como un *one-sided game*, o un mecanismo de una sola vía, en donde el Estado funge como parte receptora de reclamaciones, y nunca como una parte reclamante. De esta forma, parecería que un Estado sólo se sujeta al escenario de no perder en un arbitraje de inversión bajo un All, pero jamás a ser resarcido por un daño creado por las actividades de un inversionista extranjero.

Este derecho de los inversionistas surge por la aplicación oblicua²¹⁶ de ciertos All, en donde se le ha facultado a nacionales de Estados para presentar directamente una reclamación en contra de Estados, y no necesariamente se ha habilitado a los Estados a presentar este tipo de reclamaciones en contra de inversionistas en todos los casos.

En términos generales, una reclamación presentada en virtud de un All debería de cumplir con los mismos elementos descritos en el Capítulo II y la Sección III.C., con algunas particularidades según se describe líneas abajo.

Asimismo, es importante mencionar que, a diferencia de los contratos, ciertos temas como el consentimiento y las obligaciones de los inversionistas podrían ser más difíciles de demostrar como se aborda a continuación.

B. Jurisdicción

Una reclamación directa, o indirecta, incluso proviniendo del Estado, debe cumplir con los requisitos jurisdiccionales previstos en el Capítulo II del Convenio del CIADI, principalmente el Artículo 25, como se abordó en el Capítulo II de este trabajo.

C. Reclamación directa

²¹⁶ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, pp. 99-100.

Aun y cuando es cierto que un Estado no ha presentado una reclamación directa en contra de un inversionista de conformidad con un AI, esto no significa que el Estado no pueda hacerlo. La reclamación del Estado dependerá totalmente del cumplimiento de los requisitos abordados en este Capítulo.

1. Lenguaje del tratado con relación a la posibilidad del Estado de presentar una reclamación

El lenguaje del AI base de la reclamación es crucial para determinar si un Estado puede iniciar una reclamación directa en contra de un inversionista, habiendo diferentes redacciones que lo permiten o prohíben como se aborda a continuación.

a. Posibilidad expresa

La forma más clara en la que se puede sustentar que un Estado puede presentar una reclamación directa es cuando el AI tiene una redacción tan amplia que abarcaría diferencias iniciadas por el Estado.

El supuesto anterior se ve reflejado en el artículo referente al sometimiento de la diferencia al arbitraje, cuya formulación normalmente indicará que “cualquiera de las partes en controversia”²¹⁷ podrá iniciar un arbitraje, o que éste iniciará “a petición de una de las partes en la controversia”.²¹⁸

En este sentido, dado que las partes de la diferencia necesariamente son un nacional de un Estado contratante (un inversionista) y el otro Estado contratante, al

²¹⁷ Ver, por ejemplo, párrafo 2 del Artículo 13 (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte) del Acuerdo entre Australia y la República Islámica de Paquistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, de 1998.

²¹⁸ Ver, por ejemplo, párrafos 2 y 3 del Artículo X del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, de 1991.

indicar explícitamente que cualquiera de estos puede comenzar el arbitraje, el Estado podría presentar una reclamación directa.

b. Posibilidad implícita

Asimismo, es posible inferir que, con ciertas redacciones, a pesar de no señalarse expresamente, los Estados podrían presentar su reclamación directa en contra del inversionista. Estas redacciones normalmente señalan que el consentimiento del Estado se presenta para arbitrar “toda disputa”, “cualquier diferencia”,²¹⁹ “controversias en relación con inversiones”.²²⁰

En este sentido, de la lectura de estas frases se desprende que sería posible que el Estado presentara una reclamación, ya que al no hacer una distinción se puede interpretar este escenario.

c. Prohibición implícita

Por otra parte, también están presentes en All redacciones cuya interpretación sugiere que un Estado no estaría en posibilidad de presentar una reclamación directa.

Por ejemplo, aquellos All que definen a la parte “demandante” como aquel inversionista extranjero y a la “demandada” como el Estado,²²¹ dejan claro que, en virtud de este instrumento jurídico, el Estado no podría iniciar un arbitraje.

²¹⁹ Párrafo 2 del Artículo 8 del Acuerdo entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y la República de Burundi referente al Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones, de 1989.

²²⁰ Artículo 8 del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Albania para la Promoción y Protección de Inversiones, de 1994. *Ver también, Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004, ¶ 39.

²²¹ *Ver*, Artículo 14.D.1 (Definiciones) del T-MEC.

El mismo resultado se obtiene cuando el instrumento internacional sólo hace referencia al inicio del arbitraje por parte de inversionistas,²²² o por controversias surgidas sobre obligaciones del Estado en virtud del AIJ.²²³

Lo anterior porque, si solo el inversionista puede demandar al Estado, o las controversias sólo pueden versar sobre posibles violaciones del Estado sus obligaciones, no existe la posibilidad de que el Estado presente una reclamación en contra del inversionista por supuestos incumplimientos a sus obligaciones.

2. Consentimiento de las Partes

a. Consentimiento del Estado

Como se abordó en la Sección II.A.3.b.i)., el consentimiento del Estado está previsto, de manera general en los AIJ para arbitrar reclamaciones con un inversionista, por lo que no existiría mayor inconveniente a este respecto. Sin embargo, algunos AIJ son claros en especificar que el consentimiento del Estado se circunscribe a aquellas obligaciones de los Estados contenidas en el AIJ,²²⁴ por lo que este consentimiento no abarcaría reclamaciones por violaciones a obligaciones de inversionistas.

De cualquier manera, si el Estado pretendiera presentar una reclamación directa, éste podría unilateralmente (con las salvedades de su derecho interno) presentar un documento o comunicación independiente en donde señale que consiente arbitrar una controversia en contra de un inversionista. Sin embargo, debe

²²² Ver, por ejemplo, Artículo 1120 (Sometimiento de la reclamación al arbitraje) del TLCAN o párrafo 2 del Artículo 26 (Solución de controversias entre un inversor y una parte contratante) del Tratado sobre la Carta de la Energía.

²²³ Artículo 7 (Solución de controversias relativas a inversión entre una Parte Contratante y un Inversionista de una Parte Contratante) del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Ghana y el Gobierno de Malasia para la Promoción y Protección de Inversiones, de 1996. Ver también, *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, ¶¶ 869-871.

²²⁴ Ver, por ejemplo, Artículo 17 (Consentimiento de la Parte Contratante al Arbitraje) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2021.

de ponderarse si realmente un Estado quisiera renunciar a la jurisdicción de su propio poder judicial para que un tribunal arbitral independiente conozca de la controversia en cuestión.

b. Consentimiento del inversionista

Por lo que hace al consentimiento del inversionista para arbitrar controversias, como se señaló anteriormente, lo usual es que éstos sean quienes acepten una oferta para arbitrar del Estado, por lo que habitualmente el inversionista no consentiría a arbitrar una reclamación directa del Estado. Esto, ya que, en este caso en específico está en las manos del inversionista decidir si se inicia o no un arbitraje, por lo que ante la posibilidad de tener una controversia o no, *in abstracto*, lo más natural sería optar por no tener ninguna controversia, lo cual llevaría a que el inversionista no consienta en arbitrar. Lo anterior cobra mayor relevancia porque la óptica general en los arbitrajes de inversión es que los Estados no pueden presentar reclamaciones en virtud de AII, en atención a lo cual, si esto es cierto, el inversionista no tendría un incentivo para arbitrar si de otro modo el Estado no podría iniciar esta controversia.

Sin embargo, existe la posibilidad jurídica de que el inversionista unilateralmente exprese su consentimiento para arbitrar una reclamación directa del Estado. Esto podría suceder si el inversionista estima que sería más conveniente para sus intereses arbitrar la controversia ante un tribunal arbitral neutral y no ante juzgadores del Estado anfitrión.

3. Obligaciones

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, para poder realizar una reclamación que prospere se debe identificar una violación a obligaciones de la contraparte.

a. Del Estado

Las obligaciones del Estado están presentes en los AII, por lo que su alcance siempre debe ser analizado caso por caso, según lo previsto por el tratado relevante, por lo que se debe revisar el alcance de cada obligación en los AII. No obstante lo anterior, se presenta un panorama general de las obligaciones más comunes para el Estado en tratados internacionales.

i) Trato Nacional (TN) y Trato de Nación más Favorecida (NMF)

Las obligaciones de TN y NMF son los pilares sobre no discriminación hacia inversionistas extranjeros o sus inversiones.

En virtud de la primera de ellas, los Estados se comprometen a tratar no menos favorablemente a los inversionistas del otro Estado contratante (y/o inversiones) que a los inversionistas nacionales (y/o inversiones), teniendo la necesidad de extenderle al inversionista extranjero cualquier trato que se le otorgue al nacional, en algunos casos, cuando se encuentren en circunstancias similares.²²⁵

Mientras que el trato al que se refiere la segunda obligación concierne un trato otorgado a inversionistas (y/o inversiones) de un tercer país *vis-à-vis* el trato que se le otorga a inversionistas (y/o inversiones) de los Estados contratantes del AII.

De manera general se podría señalar que el estándar de análisis de estas obligaciones se compone de tres elementos:²²⁶

²²⁵ Sarzo, Matteo, "The National Treatment Obligation", en Gattini, Andrea, *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2018, p. 394. Ver, por ejemplo, Artículo 4 (Trato Nacional y Trato de la Nación más Favorecida) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 2007.

²²⁶ McLachlan, Campbell, *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2^{da} edición, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 337.

- Un tratamiento otorgado por el Estado a un inversionista extranjero o una inversión, relacionado con su inversión.
- El inversionista extranjero o la inversión está en circunstancias similares a un inversionista nacional (o inversionista de un país tercero para efectos de la segunda obligación) o sus inversiones.
- El Estado da un trato menos favorable al inversionista extranjero o sus inversiones que el que les da a sus inversionistas nacionales (o inversionista de un país tercero para efectos de la segunda obligación) o a sus inversiones.

No obstante lo anterior, un mero trato distinto a inversionistas de diferente nacionalidad no supone una transgresión a estas obligaciones; la distinción en el trato debe tener como base la nacionalidad del inversionista o de la inversión.

Ahora bien, por lo que hace al “trato”, éste normalmente no se define, por lo que podría comprender diversas medidas del Estado de cualquiera de sus poderes y niveles de gobierno.

Por su parte, para efectos de demostrar la existencia de circunstancias similares se ha señalado que los siguientes elementos son características relevantes: que los comparadores están en el mismo sector económico, han invertido, o tienen negocios que compiten con el inversionista, en términos de bienes o servicios, o están sujetos a un régimen legal comparable; esto incluye si el trato distingue entre inversionistas y/o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.²²⁷ Es decir, se tratará, en todas las ocasiones de un análisis que el tribunal deberá realizar caso por caso.

Asimismo, algunos All contemplan ciertas condicionantes a los sectores o medidas que pudiesen infringir estas obligaciones incorporando disposiciones en virtud de las cuales estas obligaciones (y en general, aquellas relativas a la

²²⁷ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, ¶ 8.15. Ver también, CPTPP’s Drafters’ Note on Interpretation of “In Like Circumstances” Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment), ¶ 3-5.*

nacionalidad) no serían aplicables, comúnmente conocidas como medidas disconformes.²²⁸

Así, aunque, *a priori* se pensara que existe una violación a esta obligación, si está cubierta por una medida disconforme, no se podría alegar una violación a la misma.

Por lo que hace a la obligación de TN, por ejemplo, en el caso *ADM c. México*,²²⁹ el tribunal determinó que la demandada incumplió con la obligación en cuestión, en perjuicio de los inversionistas, derivado de las reformas a la Ley de Impuesto Especial sobre Producción y Servicios de diciembre de 2001, mediante las cuales introdujo un impuesto adicional a refrescos que contuvieran edulcorantes distintos del azúcar de caña (como el jarabe de maíz de alta fructosa), y al edulcorante en sí. Lo anterior, ya que la reforma en cuestión fue adoptada como una contramedida para proteger la industria azucarera en México, esto ya que la industria mexicana se concentraba en el azúcar de caña, y la industria de jarabe de maíz de alta fructosa en México era controlada por inversionistas de Estados Unidos, incluidas la subsidiaria de las demandantes, por lo que, al tener un gravamen mayor para productores de jarabe de maíz de alta fructosa de origen estadounidense, se le otorgó un trato menos favorable a las demandantes y a sus inversiones.

Respecto a la obligación de trato de la NMF, las violaciones a las mismas deberían ser similares al ejemplo anterior, pero en lugar de extenderle un beneficio a un nacional, éste sería otorgado a inversiones o inversionistas de otros países que no sea el contratante. Sin embargo, en arbitrajes de inversión se ha tratado de aplicar estas obligaciones no necesariamente al trato del inversionista o inversión en el curso de su proyecto, sino en el arbitraje mismo.

²²⁸ Ver, por ejemplo, Artículo 9.12 (Medidas disconformes) del TIPAT.

²²⁹ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05, Laudo, 21 de noviembre de 2007.

Por ejemplo, en *Idris Yamantürk, and others v. Syria*,²³⁰ el tribunal concluyó que la demandada violó esta obligación dado que el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Siria e Italia no contenía una condicionante para una obligación en particular, por lo que en virtud de la disposición de NMF en el TBI Turquía- Siria que sí la contenía, era posible importar este trato. Sin embargo, es preciso señalar que la importación de cláusulas de otros AII en virtud de la cláusula de nación más favorecida durante el arbitraje es una cuestión severamente criticada.

Lo anterior principalmente, porque de aceptar esta teoría, en muchas ocasiones un tribunal básicamente estaría ignorando los propios términos del AII. Cuesta trabajo creer que en estos casos los negociadores estarían de acuerdo con reemplazar el texto del AII negociado.

ii) Trato justo y equitativo (TJE)

La obligación de TJE se refiere a una serie de condiciones que el Estado debe de otorgarle a las inversiones y/o a los inversionistas.

Entre estas condiciones se ha señalado que el Estado debería de tomar las siguientes acciones: establecer un marco jurídico predecible, actuar de buena fe, actuar de manera transparente, no cometer acciones arbitrarias o discriminatorias, respetar las expectativas legítimas del inversionista (en ciertos casos).²³¹

Vale la pena aclarar que el alcance de esta obligación es una de las cuestiones más controvertidas en los arbitrajes de inversión.

²³⁰ *Idris Yamantürk, Tevfik Yamantürk, Musfik Hamdi Yamantürk, and Gürış İnşaat ve Mühendislik A.Ş. (Guris Construction and Engineering Inc.) v. Syrian Arab Republic*, ICC Case No. 21845/ZF/AYZ, Final Award, 31 August 2020.

²³¹ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, ¶ 284. *Rumeli Telekom and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, ¶ 609.

Normalmente se le conoce al TJE según el derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato (NMT).²³² Éste se circunscribe a conductas arbitrarias, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, discriminatoria, o a la falta de debido proceso a tal grado que afecte la discrecionalidad de un juzgador.²³³ En otras palabras, se trata de medidas cuyo umbral es muy alto para que exista una violación.

Asimismo, al analizar un incumplimiento a esta obligación se debe tomar en consideración no sólo las acciones del Estado, que en ciertas ocasiones implican una deferencia al derecho soberano de adoptar o mantener una determinada medida, sino también la debida diligencia del inversionista y sus conductas en el Estado anfitrión.²³⁴

Dentro de esta obligación destacan algunos estándares que se analizan a continuación, sin embargo, es importante reiterar que siempre dependerá de la redacción del AI la existencia y alcance que tengan estos.

(1) Trato arbitrario y medidas discriminatorias

Por definición, un TJE inherentemente precluye medidas tomadas arbitrariamente, o de manera discriminatoria.²³⁵ En este sentido, se ha señalado que la arbitrariedad es un incumplimiento deliberado del debido proceso, constituido por acciones u

²³² Es importante enfatizar que los conceptos de expectativas legítimas, no discriminación, transparencia y buena fe no son elementos del trato justo y equitativo bajo el Derecho Internacional consuetudinario que den lugar a obligaciones independientes del Estado. *Espiritu Santo Holdings, LP and L1bre Holding, LLC v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/20/13, Submission of the United States of America, 21 March 2023, ¶ 22.

²³³ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98. *Cargill, Incorporated. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 285. *L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, 15 October 1926, ¶ 4.

²³⁴ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, ¶ 285.

²³⁵ Salacuse, Jeswald, *The Law of Investment Treaties*, 3^{ra} edición, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 316. *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 290.

omisiones que conmocionan o sorprenden el sentido de corrección jurídica,²³⁶ en otras palabras, se trata de medidas irrazonables, que se han otorgado caprichosamente o con intención de perjudicar; mientras que las medidas discriminatorias son arbitrarias por definición,²³⁷ ya que buscan distinguir de manera injustificada.

En este sentido, estamos hablando de acciones del Estado que tienden a ser antijurídicas en su diseño.

También se ha sostenido que este elemento contempla particularmente la prohibición de presiones, acoso e intimidaciones por parte del Estado.²³⁸ Esto, para imponer al Estado un freno ante posibles acciones en contra de un inversionista que pudiesen afectarle sin una razón jurídica imparcial.

Por ejemplo, en el caso *Lemire v. Ukraine*,²³⁹ el tribunal estimó que una inobservancia flagrante de las reglas aplicables a una licitación, que distorsionó la competencia leal entre los participantes de esta constituyó una medida arbitraria, violando así la obligación de TJE.

(2) Denegación de justicia

En virtud de este estándar se protege a inversiones y/o inversionistas por acciones del Estado que pudiesen afectarles en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Entre las acciones que se ha señalado que podrían ser consideradas como violatorias de este estándar se encuentran: la denegación al acceso a la justicia; un retraso injustificado en la tramitación del procedimiento; violaciones graves al

²³⁶ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment of 20 July 1989, I.C.J. Reports 1989, ¶ 128.

²³⁷ Weiler, Todd, *The Interpretation of International Investment Law. Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 295.

²³⁸ Sabahi, Borzu, *et al. op. cit.*, p. 662.

²³⁹ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.

debido proceso; administración de justicia extremadamente inadecuada; falta de independencia de un juzgador respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado; aplicación incorrecta de la ley maliciosamente; corrupción de un juzgador; arbitrariedad manifiesta en la decisión y discriminación.²⁴⁰

Sin embargo, se debe mencionar que para que exista una denegación de justicia, estas conductas deben no haber sido corregidas por tribunales de apelación o en recursos cuando se está ante esta opción, ya que la denegación de justicia supone una falla sistémica del poder judicial del Estado, al cual, evidentemente se le debió haber dado la oportunidad de reparar esta medida.

Sin perjuicio de los múltiples y severos errores interpretativos del tribunal en *LMC c. México*,²⁴¹ este caso sirve como ejemplo de violación al estándar, ya que, los árbitros arribaron a la conclusión de que México incumplió con esta obligación frente al inversionista por tres razones: 1) se le negó el acceso a la justicia al no poder defenderse en un procedimiento; 2) no tuvo oportunidad de recurrir una sentencia porque el juzgador adoptó una decisión posterior, dando un efecto de cosa juzgada; y 3) no se le dio la oportunidad de refutar una prueba falsificada.

(3) Estabilidad y transparencia

Existirá una violación a este estándar cuando se presente un cambio en el marco jurídico aplicable a la inversión, que la afecte, y esta modificación no pueda

²⁴⁰ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo arbitral, 1 de noviembre de 1999, ¶ 102. Sicard-Mirabal, Josefa y Derains, Yves, *op. cit.*, p. 297.

²⁴¹ *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021.

justificarse mediante el ejercicio legítimo de poderes de orden público,²⁴² sin que esto suponga que el Estado no pueda modificar su marco jurídico.²⁴³

Es decir, se trata de una obligación referente a modificaciones en el marco regulatorio de un país.

Por ejemplo, en *Metalclad c. México*,²⁴⁴ el tribunal determinó que México incumplió con asegurar un marco transparente y previsible dado que no era clara la exigencia o necesidad de contar con un permiso municipal.

(4) Buena fe

También frecuentemente inversionistas argumentan que la obligación de TJE requiere a los Estados a actuar de buena fe frente a los inversionistas y/o sus inversiones²⁴⁵ sin embargo, a pesar de que el estándar TJE es una expresión del principio de buena fe,²⁴⁶ este principio, como una obligación autónoma es aplicable únicamente a la relación entre las Partes contratantes del AIJ,²⁴⁷ y no se extiende hacia terceras partes como lo podrían ser inversionistas.²⁴⁸

Como lo ha reconocido la CIJ, “[u]no de los principios básicos que rige la creación y el cumplimiento de obligaciones legales, cualquiera que sea su origen,

²⁴² Ortino, Federico, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value and Reasonableness*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 6.

²⁴³ *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 octubre 2011, ¶ 352.

²⁴⁴ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

²⁴⁵ Salacuse, Jeswald, *op. cit.*, pp. 322-323.

²⁴⁶ Newcombe, Andrew y Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 277.

²⁴⁷ Artículo 26 (“Pacta sunt servanda”) de la Convención de: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

²⁴⁸ *Espiritu Santo Holdings, LP and L1bre Holding, LLC v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/20/13, Submission of the United States of America, 21 March 2023, ¶ 26.

es el principio de buena fe”,²⁴⁹ pero “no es por sí mismo una fuente de obligación donde de otro modo no existiría.”²⁵⁰

Por ello, no sería posible argumentar una violación a este principio como parte de la obligación de TJE, salvo que se señale explícitamente que crea ese tipo de obligación frente a inversionistas, o la costumbre internacional cambie de tal manera que se convierta en una obligación consuetudinaria.

(5) Expectativas legítimas

Este estándar reconoce las expectativas razonables y justificables que un inversionista pudiese tener derivado de la conducta del Estado (como lo podrían ser promesas o garantías), la cual hubiese sido la base para el actuar del inversionista.²⁵¹ Las expectativas deben ser objetivas, y derivadas de una debida diligencia del inversionista del régimen jurídico y comercial aplicable a la inversión.

Es importante recalcar que estas expectativas legítimas estarán protegidas en la medida en la que la obligación de TJE no esté vinculado al nivel mínimo de trato bajo Derecho Internacional consuetudinario.²⁵²

²⁴⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports 1974, ¶ 46. Traducción propia. Original: “One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith.”

²⁵⁰ *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 20 December 1988, I.C.J. Reports 1988, ¶ 94. Traducción propia. Original: “it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist.”

²⁵¹ *Ver, International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 16 de enero de 2006, ¶ 147. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, ¶ 669.

Fietta, Stephen, “Legitimate Expectations Principle under Article 1105 NAFTA-International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico”, *World Invest. & Trade*, No. 423, 2006, p. 431.

²⁵² *Ver, por ejemplo*, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001. Noción que además ya ha sido rechazada como obligación por la CIJ dentro del Derecho Internacional general. *Ver, Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment of 1 October 2018, I.C.J. Reports 2018, ¶ 162.

Esto ya que hoy en día no se ha generado en el Derecho Internacional consuetudinario esta obligación.

A manera de ejemplo sobre este elemento, en *Tecmed c. México*,²⁵³ el tribunal estimó relevante tomar en consideración las expectativas del inversionista sobre las posibles acciones del Estado y la planeación de su inversión, para determinar una violación al estándar de trato justo y equitativo.

iii) Protección y seguridad plenas (PSP)

Esta obligación fue una de las más analizadas en los primeros arbitrajes de inversión,²⁵⁴ la cual normalmente se refiere a la salvaguarda física de los activos o bienes de un inversionista.

²⁵³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003. Es importante mencionar que esta decisión ha sido severamente criticada. Ver, por ejemplo, Douglas, Zachary, "Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental, Eureka and Methanex*", *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, March 2006, p. 28: "El "estándar" Tecmed no es un "estándar" en lo absoluto; es más bien una descripción de la regulación pública perfecta en un mundo perfecto, a la que todos los Estados deberían aspirar pero que muy pocos (si es que alguno) alcanzarán". Original: "The Tecmed 'standard' is actually not a standard at all; it is rather a description of perfect public regulation in a perfect world, to which all states should aspire but very few (if any) will ever attain". *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, March 21, 2007, ¶ 67: "La aparente justificación del Tribunal TECMED en las expectativas del inversionista extranjero como fuente de las obligaciones del Estado receptor (como la obligación de indemnizar por expropiación) es cuestionable. Las obligaciones del Estado anfitrión hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de cualquier conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o alegar tener. Un tribunal que tratara de generar a partir de tales expectativas un conjunto de derechos diferentes de los contenidos en el TBI o de los exigibles en virtud del mismo, bien podría excederse en sus facultades, y si la diferencia fuera material podría hacerlo manifiestamente." Traducción propia. Original: "TECMED Tribunal's apparent reliance on the foreign investor's expectations as the source of the host State's obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly."

²⁵⁴ *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990. *American Manufacturing & Trading, Inc v. Republic of Zaire*, ICSID Case ARB/93/1, Award, 21 February 1997. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

Sin embargo, algunos tribunales han determinado que dicha obligación no sólo cubre una seguridad física, sino también una seguridad legal, salvo que se limite expresamente el alcance en el AIJ.²⁵⁵

La PSP no se trata de una obligación absoluta para que el Estado prevenga todo tipo de afectación a la seguridad, sino, más bien que el Estado, en ejercicio de una debida diligencia tome todas las medidas razonables bajo las circunstancias en cuestión para proteger la inversión del inversionista, es decir, se trata de una obligación de medios y no de resultados.²⁵⁶

Por ello, es factible que la ausencia de medidas del Estado para prevenir afectaciones a las inversiones entrañaría una violación a esta obligación.

Esta obligación fue violada por Egipto, según la determinación del tribunal en *Wena Hotels v. Egypt*.²⁵⁷ Wena, una empresa del Reino Unido suscribió contratos con Egyptian Hotels Company (EHC), empresa propiedad del Estado, para arrendar y desarrollar dos hoteles en Egipto. Sin embargo, EHC tomó a la fuerza e incautó estos hoteles, mientras que las autoridades egipcias no hicieron nada al respecto. Posteriormente las autoridades nacionales determinaron que Wena tenía el derecho de poseer los hoteles, por lo que pudo recuperarlos, pero estos tenían severos daños, lo que inhabilitó a Wena para operarlos.

²⁵⁵ McLachlan, Campbell, *et al.*, *op. cit.*, p. 334. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁶ Partasides, Constantine, *et al.*, *op. cit.*, p. 482. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *op. cit.*, pp. 149-150.

²⁵⁷ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

iv) Libre transferencia

Esta obligación de tipo financiera requiere que, una vez que un inversionista cuente con fondos, el Estado se abstenga de prohibir transacciones financieras para remitir a otro país fondos del inversionista,²⁵⁸ y *viceversa*.

En muchos casos el reenvío de estos fondos al país de origen del inversionista supone el mayor propósito de la inversión por parte del inversionista;²⁵⁹ y, por otra parte, también es el objetivo principal de muchos AII, el flujo bilateral de capital.

A manera de ejemplo, en el caso *Valores Mundiales, c. Venezuela*,²⁶⁰ el tribunal concluyó que la demandada incumplió la obligación de libre transferencia presente en el APPRI España-Venezuela, ya que, entre otras cosas, las autoridades venezolanas de inversiones extranjeras prohibieron a la demandante la repatriación de capitales y el pago de dividendos, en virtud de la falta de tramitación de requisitos administrativos.

v) Expropiación y compensación

En Derecho Internacional existe una distinción entre la expropiación directa e indirecta.

Se entiende por expropiación directa aquel acto unilateral de gobierno el cual tiene como objetivo desposeer a un inversionista sobre algún bien bajo su propiedad, mediante la transferencia de esta a la esfera jurídica del Estado o de un

²⁵⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, ¶ 735.

²⁵⁹ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *op. cit.*, p. 191.

²⁶⁰ *Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/13/11, Laudo, 25 de julio de 2017.

tercero, según sea el caso. En nuestro país esto se regula en la ley de expropiación.²⁶¹

Es importante mencionar que la expropiación es una manifestación del derecho inherente a la soberanía territorial de cada Estado,²⁶² por lo que normalmente no existe una obligación internacional para que un Estado no expropie, o una prohibición para que esto suceda, más bien, los Estados se obligan a que, cuando esto suceda, se haga apegado a ciertos requisitos.

En este sentido, para que una expropiación sea considerada lícita ésta debe de ser realizada:²⁶³

- Por causas de interés o utilidad pública.
- Sin discriminar.
- Respetando el debido respeto, es decir, con un apego a un procedimiento justo al momento de realizar la expropiación.
- Mediando compensación (ésta normalmente debe ser según el valor justo de mercado).^{264, 265}

²⁶¹ Ley de Expropiación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936.

²⁶² Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *op. cit.*, p. 1220.

²⁶³ Sicard-Mirabal, Josefa y Derains, Yves. *op. cit.*, pp.129 y 130. Kriebaum, Ursula, "Indirect Expropriation: A Comparative Approach", en Gattini, Andrea, *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2018, p. 433. Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *op. cit.*, p. 1223.

²⁶⁴ Por valor justo de mercado se entiende el precio al cual una propiedad cambiaría de titular entre un hipotético comprador dispuesto y capaz y un hipotético vendedor dispuesto y capaz, actuando en condiciones de independencia, sin restricciones, sin que las partes estén obligados a la transacción, y con pleno conocimiento de las condiciones de la transacción. *Ver, por ejemplo, Stabil LLC, Rubenor LLC, Rustel LLC, Novel-Estate LLC, PII Kirovograd-Nafta LLC, Crimea-Petrol LLC, Pirsan LLC, Trade-Trust LLC, Elefteria LLC, VKF Satek LLC, STEMV Group LLC v. The Russian Federation*, UNCITRAL, Final Award, 12 April 2019, ¶ 266.

²⁶⁵ Usualmente esta compensación debe ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión, sin embargo, algunos AI sólo señalan que debe ser conforme a su valor. *Ver, por ejemplo*, el párrafo 2 del Artículo IV (Expropiación, nacionalización y situaciones extraordinarias) del Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 1991.

Una expropiación está compuesta, principalmente, de los siguientes elementos:²⁶⁶

- La existencia de una privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad.
- Esta privación es realizada por una autoridad gubernamental.
- La privación recae sobre una inversión, sobre activos.
- Tiene efectos permanentes, y no efímeros o temporales.

Por otro lado, la expropiación indirecta es aquella que, a pesar de que la propiedad sigue estando en la esfera jurídica del inversionista, es decir, no se transfiere formalmente el título de propiedad o el derecho de dominio, los efectos son equivalentes a los que tendría una expropiación directa, es decir, se acerca al daño total.²⁶⁷ Precisamente en este punto radica la diferencia esencial entre estos dos tipos de expropiación.

Asimismo, debe señalarse que ésta puede darse por una o más acciones del Estado.

Cuando esta sucede por más de un acto se le conoce como *creeping expropriation* o expropiación constructiva, que es el resultado de uno o varias acciones que tiene como resultado la pérdida del valor económico de la inversión.²⁶⁸

Por ejemplo, en el caso *CME v. Czech Republic*,²⁶⁹ el tribunal falló en contra de la demandada por considerar que existió una expropiación indirecta en contra del inversionista ya que las acciones de la autoridad de medios de comunicación relacionadas con la modificación de una licencia exclusiva para explotar una

²⁶⁶ *Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006, ¶ 176.

²⁶⁷ *Ver, por ejemplo, Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 103. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 114. *Ver también*, párrafo 3 del Anexo 9-B (Expropiación) del TIPAT.

²⁶⁸ Reed, Lucy, *et al.*, *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁹ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

emisora de televisión, a pesar de no intervenir sobre los activos de la empresa, dejaron al inversionista sin negocio, destruyendo así el valor comercial de la empresa.

vi) Requisitos de desempeño

A pesar de que esta obligación y la siguiente usualmente no se encuentran en TBI, es muy común que estén presentes en TLC. Derivado de la obligación en cuestión, con relación al establecimiento, adquisición, expansión, administración conducción u operación de una inversión de un inversionista (ya sea de las Partes o no), o respecto a la obtención y continuación de una ventaja, las Partes no pueden imponer y o hacer cumplir ciertos requisitos.

Generalmente estos requisitos se refieren a niveles o porcentajes de exportación o de contenido nacional; utilización de mercancías o servicios nacionales, restringir el volumen de las importaciones o las ventas en el territorio de la Parte al volumen de exportaciones o entrada de divisas; transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado; actuar de proveedor exclusivo de bienes o servicios.

A manera de ejemplo, el tribunal en *Cargill c. México*²⁷⁰ falló en contra de México, y sostuvo que violó esta obligación contenida en el TLCAN debido a que, mediante la misma medida analizada por el tribunal en *ADM c. México* abordada en la Sección IV.3.a.i), se condicionó un beneficio fiscal al uso de embotelladoras de refrescos de azúcar de caña, proveniente de la industria nacional.

²⁷⁰ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009.

vii) Altos ejecutivos y consejos de administración

En virtud de esta obligación, por un lado, las Partes se comprometen a no requerir para ocupar puestos de alta dirección en empresas (que sean inversiones cubiertas) de esa Parte, que se designe a personas de una determinada nacionalidad.

Mientras que, las Partes reconocen que sí podrán requerir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o junta directiva sean de una nacionalidad en específico o residente de un país en particular, siempre que esto no afecte de manera significativa la capacidad del inversionista de ejercer control sobre esta empresa (su inversión).

viii) Cláusula paraguas

Asimismo, algunos AIJ cuentan con una disposición denominada cláusula paraguas, en virtud de la cual los Estados asumen como responsabilidad en el ámbito internacional observar aquellas obligaciones previstas por escrito con el inversionista.

En otras palabras, al momento en el que el Estado interfiera utilizando el poder público en la relación contractual para obtener un beneficio que no podría obtener como parte de esa relación contractual, se estaría violando este estándar.²⁷¹

Una violación a un contrato y una violación al tratado son cuestiones jurídicas totalmente diferentes, ya que, se tratan de obligaciones distintas, derechos aplicables diferentes, y, en ocasiones, sujetos obligados diferentes.²⁷² En este

²⁷¹ Douglas, Zachary, "The Umbrella Clause Revisited", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 00, No. 00, 2023, p. 3. Douglas, Zachary, "Instead of Principles, Slogans", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 38, No. 1, 2023, pp. 10-11.

²⁷² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, ¶¶ 95, 96. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, ¶ 147.

sentido, la existencia de la violación a un tratado internacional no supone la violación al contrato, ni existe una implicación a la inversa.

No obstante lo anterior, y considerando que, como se mencionó en la Sección II.A.1.c., no existen precedentes vinculantes o jurisprudencias en el arbitraje de inversión, ha habido diferentes acercamientos a este tipo de cláusulas, precisamente por las múltiples redacciones de los mismos.²⁷³

En este sentido, pueden diferenciarse en esta relación entre un AI y contratos: reclamaciones meramente contractuales,²⁷⁴ reclamaciones al amparo de un AI²⁷⁵ y reclamaciones del contrato que suponen una violación al tratado internacional.²⁷⁶ Esto último es particularmente relevante en la teoría de elevación de obligaciones contractuales al plano internacional, que se abordará líneas abajo.

Esta distinción tiene como base la naturaleza de la acción del Estado, siendo en una relación contractual meramente de *iure gestiones*, sin que detone la responsabilidad internacional del Estado, a diferencia de los actos que podrían ser violatorios de un tratado internacional, los cuales están investidos de *iure imperii*, o *puissance publique*,²⁷⁷ es decir, de los poderes soberanos del Estado.²⁷⁸ Precisamente lo que se busca con este tipo de obligaciones es que el Estado no interfiera con la maquinaria estatal el cumplimiento de obligaciones contractuales contraídas con el inversionista.

²⁷³ Partasides, Constantine, *et al.*, *op. cit.*, p. 488.

²⁷⁴ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, ¶ 154. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

²⁷⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 13 de febrero de 2010, ¶ 167.

²⁷⁶ *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 299. *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006, ¶ 65.

²⁷⁷ *Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/17/29, Dissenting Opinion of Professor Zachary Douglas KC, 27 October 2022, ¶ 40. Balcerzak, Filip, *op. cit.*, p. 102. Voss, Jan Ole, *op. cit.*, pp. 173-174, 178.

²⁷⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, ¶ 377.

No obstante lo anterior, algunos tribunales internacionales han determinado que el mero incumplimiento a un contrato entre el inversionista y el Estado supondría que existe una violación a la cláusula paraguas (a esto se le conoce como la teoría de la elevación); cuestión que no comparto, porque ignora la naturaleza de los actos del Estado y que se trata de obligaciones relativas a inversión.

Por ejemplo, en *SGS v. Paraguay* el tribunal concluyó que Paraguay no dio cumplimiento a “sus obligaciones contractuales y que dicho incumplimiento viola la obligación asumida por la Demandada en el Artículo 11 del TBI de respetar “las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.”²⁷⁹

Existen tratados que contienen una cláusula paraguas particular,²⁸⁰ pues si bien se reconocen las obligaciones por escrito, remite a la cláusula de solución de controversias del mismo contrato.

Asimismo, vale la pena aclarar que, las limitantes respecto a una reclamación por parte del inversionista con relación a la cláusula paraguas deben ser aplicables para efecto de la presentación de reclamaciones directas o reconveniones por parte de un Estado.

En resumen, éstas son las principales obligaciones contenidas en tratados internacionales, sin embargo, esto no significa que estas siempre estén presentes en todos los tratados de inversión, o que no se puedan suscribir obligaciones adicionales, ni que su alcance sea idéntico en todos los casos. De igual manera, los Estados pueden libremente acordar excepciones, condiciones o limitantes a estas obligaciones.

²⁷⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012, ¶ 153.

²⁸⁰ *Ver, por ejemplo*, párrafo 4 del Artículo 3 (Tratamiento) del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, de 1998. Párrafo 2 del Artículo 8 (Tratamiento a las Inversiones) del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 1998.

b. Del inversionista

A efectos de poder siquiera pensar en una reclamación de un Estado en contra de un inversionista es menester establecer una obligación sobre la cual su incumplimiento supondría la base de la demanda del Estado.

Las obligaciones de inversionistas pueden encontrarse, no sólo en contratos como se discutió en el Capítulo anterior, sino también en los tratados internacionales, la legislación nacional del Estado anfitrión, y el Derecho Internacional.²⁸¹ Precisamente estos instrumentos podrían ser objeto de la reclamación del Estado.

i) All y legislación nacional

Para que el Estado reclame una violación de un inversionista en virtud de un All, esta obligación debería estar referida en el propio instrumento internacional o, en su caso, implícita en el mismo.

No obstante lo anterior, la gran mayoría de los All no imponen obligaciones directas a los inversionistas.²⁸² Sin embargo, los Estados tienen la potestad de incluir obligaciones explícitas para inversionistas en sus tratados internacionales de

²⁸¹ Lalive, Pierre, y Halonen, Laura, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, 2011, p. 150. Anning, Molly, *op. cit.*, pp. 1288, 1317.

²⁸² Nedumpara, James y Laddha, Aditya, "Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", en Chaisse Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021, p. 1832. Zin, Shahrizal, "Reappraising Access to Justice in ISDS: A Critical Review on State Recourse to Counterclaim", en Anderson, Alan y Beaumont, Ben, *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020, p. 235.

inversión.²⁸³ Tan es así que ciertos Estados ya han acordado en algunos AI que inversionistas deben de cumplir con ciertas obligaciones.²⁸⁴

En primer término tenemos aquellas disposiciones en virtud de las cuales se alienta al cumplimiento de ciertos estándares, por ejemplo, algunos tratados incluyen ciertas artículos de responsabilidad social corporativa en virtud de las cuales las Partes alientan a inversionistas (particularmente a empresas) para que, de manera voluntaria, cumplan con estándares y directrices internacionales,²⁸⁵ los cuales se enfocan mayormente en la consideración de preocupaciones sociales y medioambientales en el curso normal de las operaciones del inversionista.

Dentro de estas directrices internacionales, se reconocen las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,²⁸⁶ cuyo objetivo y acciones son tendientes a, por un lado, garantizar que empresas realicen sus operaciones armónicamente con las políticas públicas, incluyendo el fortalecimiento de la relación y confianza entre estas empresas y las sociedades, mientras que se contribuye a la inversión extranjera y se potencializa la contribución de las empresas al desarrollo sustentable.

Si bien este tipo de disposiciones *per se* no son obligaciones vinculantes para los inversionistas (y sí lo son para los Estados), su incremento en los AI demuestra que los Estados están buscando un mayor nivel de responsabilidad y cumplimiento

²⁸³ Dumberry, Patrick, y Dumas-Aubin, Gabrielle, "When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, 13, Issue 2, 2012, p. 357.

²⁸⁴ Si bien los Estados podrían introducir obligaciones para los inversionistas sin la necesidad de hacer referencia a la legislación nacional, en este estudio se analizan de manera conjunta, porque usualmente en los AI, las obligaciones remiten al cumplimiento de la legislación nacional.

²⁸⁵ *Ver, por ejemplo*, Artículo 9.17 (Responsabilidad Social Corporativa) del TIPAT. Artículo 13 (Responsabilidad Social Corporativa) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2021. Algunas de estas directrices podrían ser las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de 2022 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), o los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU, de 2011.

²⁸⁶ Incluso algunos AI explícitamente hacen referencia a estas directrices. *Ver, por ejemplo*, Artículo 14.17 (Responsabilidad Social Corporativa) del T-MEC.

normativo por parte de los inversionistas extranjeros. Derivado de lo anterior es que la mayoría de este tipo de preceptos no cuentan con mecanismos para hacerlas valer.²⁸⁷ Asimismo existe otro tipo de formulaciones sobre este tema, en donde sí existe una obligación vinculante para los inversionistas, pero esta es una obligación de “esforzarse”, más que de realizar actividades en particular.

Entre estas obligaciones se encuentran el esforzarse por:²⁸⁸ lograr el nivel más alto posible de contribución al desarrollo sostenible; respetar los derechos humanos de personas involucradas en las actividades de las empresas; abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra empleados que presenten informes respecto de supuestas violaciones, sobre las prácticas que violen la ley o que violan los estándares de gobernanza corporativa a que la sociedad está sometida; respetar las actividades y el sistema político locales; entre otras.

Ahora bien, dependiendo de la redacción del AI, un Estado también podría presentar reclamaciones por incumplimientos a la legislación del Estado anfitrión. Particularmente, a efecto de poder presentar una reconvención, sería ideal que el propio AI incorporara el cumplimiento con la legislación nacional.²⁸⁹

Por esta razón algunos AI prevén de manera expresa el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los inversionistas.

²⁸⁷ Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, “Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements”, en Chaisse Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021, p. 469. Papanastasiou, Thomas-Nektarios, “The Role of Human Rights in International Investment Arbitration: Arguments Raised by the Parties and Procedural Implications”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, No. 21, 2022, p. 174.

²⁸⁸ Ver, por ejemplo, párrafos 1 y 2 del Artículo 13 (Responsabilidad Social Corporativa) del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, de 2015. En realidad, estas obligaciones derivan de los principios generales de las mismas Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, sólo que, como se mencionó la obligación no es un “deber”, sino que se busca “esforzarse por”.

²⁸⁹ *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 732-740. Shao, Xuan, “Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law”, *Journal of International Economic Law*, No. 24, 2021, p. 165.

Normalmente estas obligaciones se formulan de manera general, para efectos del cumplimiento del marco jurídico nacional.²⁹⁰

Sin embargo, algunos AI específicamente requirieren a los inversionistas acatando sus obligaciones en materia de derechos humanos, salud pública, laboral, medioambiental.²⁹¹

Si bien se ha señalado que, en todo caso las obligaciones no podrían ser aquellas de aplicación general o en lo abstracto,²⁹² (como aquellas en materia fiscal), sino aquellas obligaciones específicas al proyecto de inversión, la realidad es que todo esto estará delimitado por el texto del tratado, y no cabe una limitación de las leyes sobre las cuales el Estado podría solicitar a un tribunal que se pronuncie sobre los incumplimientos derivados de la inversión. Por ende, el tipo de legislación que podrá ser objeto de la reconvención derivará totalmente del proyecto de inversión mismo.

En este sentido, cuando se hace referencia explícita ya sea, de manera general o particular a las obligaciones que deben de cumplir los inversionistas será más fácil demostrar ante un tribunal arbitral que el Estado puede presentar una reclamación.²⁹³

²⁹⁰ Ver, por ejemplo, artículo 13 del Acuerdo de Inversión Revisado para el Área de Inversión Común COMESA. Artículo 9 del Acuerdo sobre la Promoción, Protección y Garantía de Inversiones entre los Estados Miembro de la Organización de la Conferencia Islámica, de 1981.

²⁹¹ Ver, por ejemplo, Artículo 14 (Evaluación del Impacto), y párrafo 4 del Artículo 18 (Obligaciones Post-Establecimiento) del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria, de 2016. Artículo 27 (Obligaciones Ambientales del Inversionista) del Código de inversión Común de ECOWAS, de 2018. Artículo 11 (Cumplimiento de la ley) del Tratado sobre Inversiones entre la República de Belarús y la República de India, de 2018. Ver también Artículos 22 (Responsabilidad Social Corporativa) y 23 (Obligaciones sobre el uso de Recursos Naturales) del proyecto de Código de Inversión Pan Africano, de 2016. Ver también la Parte 3 (Obligaciones y Deberes de los Inversionistas y sus Inversiones) del modelo de AI del *International Institute for Sustainable Development*, de 2005.

²⁹² Marisi, Flavia, *op. cit.*, p. 249.

²⁹³ Ver, por ejemplo, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, ¶ 289.

No obstante lo anterior, como se mencionó líneas arriba, la mayoría de los AI no hacen referencia expresa a obligaciones a cargo del inversionista, pero esto no debe ser interpretado como la ausencia de dichas obligaciones.

Por ejemplo, es dable pensar que existen obligaciones implícitas en algunos AI. Como lo reconoció el primer tribunal en decidir una reclamación presentada en virtud de un AI:

[D]ebe tenerse en cuenta que el Tratado Bilateral de Inversión no es un sistema jurídico cerrado y autónomo que se limite a establecer normas materiales sustantivas de aplicación directa, sino que debe contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que se integren normas de otras fuentes a través de métodos de incorporación implícita, o por referencia directa a determinadas normas complementarias, ya sean de carácter de derecho internacional o de derecho interno.²⁹⁴

Es decir, se reconoció que aún y cuando el AI no señale explícitamente una obligación a cargo del inversionista, estas obligaciones pueden estar presentes en dichos instrumentos jurídicos internacionales.

Normalmente este tipo de obligaciones implícitas se presentan con relación a disposiciones sobre la aplicación o ejecución por parte del Estado de leyes, ya que estos artículos no deben leerse como un mero acto del Estado, sino que éste necesariamente implica que el inversionista dé cumplimiento a la legislación. Esto es, se trata de una relación bilateral en donde tanto el Estado como el inversionista contribuyen al cumplimiento del marco jurídico normativo.²⁹⁵ De otra manera, sólo

²⁹⁴ *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, ¶ 21. Traducción propia. Original: “[I]t should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.”

²⁹⁵ *Ver, por ejemplo, David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 732. *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/19/1, Memorial de Dúplica a la Reclamación Subordinada, 21 de abril de 2023, ¶¶ 296-300.

se estaría ante una serie de expectativas de buena fe sobre el actuar del inversionista, y del propio Estado al aplicar estas leyes.

Para ello, es importante realizar un análisis holístico de las disposiciones que regulen el ámbito geográfico de aplicación del AI, así como aquellos artículos que refieran a la obligación del Estado de aplicar, ejecutar o hacer cumplir la legislación nacional para determinar si, en el caso en específico es posible señalar que en existe una obligación a cargo del inversionista. Por lo anterior se ha expresado lo siguiente, ante la posibilidad del Estado de adoptar medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes, según lo dispuesto en un AI:

[L]as “medidas” adoptadas por el Estado receptor para la protección del medioambiente deberían considerarse obligatorias para todos aquellos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado, en particular, los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, luego de dicha interpretación, los inversionistas tienen la obligación, no solo en virtud del derecho interno sino también en virtud [del AI en cuestión], de observar y cumplir las leyes y regulaciones nacionales en materia ambiental, incluidas las medidas adoptadas por el Estado receptor a efectos de proteger la vida o salud humana, animal o vegetal.

[...]

No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en virtud [AI relevante].²⁹⁶

En este sentido, se reitera que este tipo de obligaciones implícitas en AI pueden formar la base de una reclamación por parte de un Estado.

ii) Derecho Internacional

Por otra parte, vale la pena mencionar que los inversionistas, actuando como sujetos de Derecho Internacional indudablemente cuentan con obligaciones

²⁹⁶ *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 734 y 739.

conforme a dicho régimen,²⁹⁷ incluyendo, notablemente, la necesidad de cumplir con derechos humanos internacionales.²⁹⁸

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1º es clara en señalar que los seres humanos deben comportarse con sus pares de manera fraternal. Además, el propio artículo 29 reconoce que las personas tienen deberes respecto a la comunidad.

Así, se puede argumentar que un inversionista, ya sea persona moral o física, cuenta con la obligación de cumplir con estos preceptos.

Considerando que tribunales internacionales ya han aceptado la factibilidad de que un inversionista presente reclamaciones en contra del Estado anfitrión por supuestas violaciones a derechos humanos, en este sentido, no existiría ninguna limitante para que esto sucediera a la inversa, es decir, que el Estado presentara una reclamación por probables violaciones del inversionista a derechos humanos, siempre que estos estén dentro del derecho aplicable, y el propio tratado prevea esta posibilidad.²⁹⁹

Esto es, en la medida en la que la violación a derechos humanos derive directamente de la realización de la inversión, los arbitrajes de inversión serían un foro adecuado para resolver estas reclamaciones, ya que no se analizarían violaciones a derechos humanos en lo abstracto, sino a la luz de las acciones de un

²⁹⁷ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22 August 1946 to 1 October 1946), p. 447.

²⁹⁸ Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 206, pp. 31, 58. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, ¶¶ 1193-1210. Kube, Vivian, y Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights Law in International Investment Arbitration", en Gattini, Andrea, *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2018, p. 228.

²⁹⁹ Abel, Patrick, "Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration. Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID *Urbaser v. Argentina Award*", *Brill Open Law*, No. 1, 2018, p. 76. *Ver también*, Kryvoi, Yaroslau, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law*, 2012, pp. 219 y 250. *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 738-739.

inversionista al invertir en un Estado. Debe existir un análisis integral de la inversión y no fragmentarlo por considerar que se tratan de materias diferentes.

Sin embargo, es importante hacer notar que ha existido una cierta renuencia por parte de tribunales internacionales para tomar en consideración argumentaciones basadas en presuntas violaciones en derechos humanos,³⁰⁰ a pesar de que pudiese existir una relación obvia.

Afortunadamente, dado el desarrollo de los precedentes relativos a reconvencciones, ahora los tribunales están más abiertos a analizar la obligación en cuestión, más en casos de violaciones a derechos humanos o daños medioambientales.³⁰¹ Lo anterior, gracias a los precedentes sentados por los casos *Urbaser c. Argentina* y *Aven c. Costa Rica*, en donde los respectivos tribunales de inversión reconocieron que los inversionistas tenían responsabilidades en materia de derechos humanos y protección al medio ambiente.

En *Urbaser c. Argentina*, el tribunal al estudiar la contrademanda de Argentina sobre el derecho humano al agua declaró que “ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad.”³⁰²

Por su parte, en el caso de *Aven c. Costa Rica*, este país centroamericano solicitó al tribunal:

[Declarar] que las Demandantes le han causado daños ambientales a la Demandada;

[Ordenar] a las Demandantes que le paguen a la Demandada una indemnización por daños en lugar de la reparación del daño ambiental que las Demandantes le ocasionaron al Ecosistema Las Olas, que ha

³⁰⁰ De Brabandere, Eric, “Human Rights Considerations in International Investment Arbitration”, en Fitzmaurice, Malgosia y Merkouris, Panos (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 191 y 208.

³⁰¹ Sharma, Guarav, “Environmental Claims by States in Investment Treaty Arbitration”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 5, Issue 1, December 2020, pp. 424-425.

³⁰² *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, ¶ 1195.

de cuantificarse sobre la base de un plan de restauración que las Demandantes deben presentar ante la autoridad competente que la Demandada designe;³⁰³

Mientras que, el tribunal, al analizar la reconvencción de Costa Rica por presuntas afectaciones medioambientales producidas por las actividades de la demandante al desarrollar un proyecto turístico, reconoció que:

Ningún inversionista puede ignorar o incumplir estas medidas y su incumplimiento constituye una violación tanto del derecho interno como del derecho internacional, de modo que no puede eximirse al autor de responsabilidad por los daños ocasionados.³⁰⁴

En este sentido ambos tribunales fueron lo suficientemente certeros para enunciar la responsabilidad de inversionistas en materia internacional, específicamente en casos de inversión relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos.

(1) *ius cogens*

De igual manera, otro tipo de obligación que los inversionistas deben de cumplir según el Derecho Internacional son aquellas normas imperativas de Derecho Internacional general,³⁰⁵ esto es, que no aceptan pacto en contrario, ya que, de existir un acuerdo para transgredir estas normas, se le consideraría nulo *ab initio*.

Lo anterior, ya que se tratan de obligaciones *erga omnes*³⁰⁶ aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional (es decir, por sujetos de Derecho Internacional),³⁰⁷ que sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores de

³⁰³ *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Memorial de Contestación, 8 de abril de 2016, ¶ 720 puntos 4. y 5.

³⁰⁴ *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 734.

³⁰⁵ Ver Artículo 53 de la Convención de Viena. *Ver también*, Dumberry, Patrick, y Dumas-Aubin, Gabrielle, *op. cit.*, p. 356.

³⁰⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, ¶ 33.

³⁰⁷ Quoc Dinh, Nguyen, *et al.*, *op. cit.*, p. 445. Sobre este punto se ha mencionado que existen tres criterios alternativos o acumulativos para determinar si una persona privada puede ser un sujeto de Derecho Internacional: i) la participación directa o indirecta en la elaboración de normas que le

Derecho Internacional general con el mismo rango, según lo recogido por el Artículo 64 de la Convención de Viena.

Entre estas normas, sería factible que un inversionista realizara ciertas actividades que podrían ser consideradas como violatorias de una norma de *ius cogens*, como lo sería la transgresión a la proscripción de la agresión, la comisión de actos considerados como esclavitud, y la discriminación racial.³⁰⁸

En este sentido, se está ante normas de la más alta importancia, no sólo a nivel internacional, sino nacional en los diferentes sistemas jurídicos, razón por la cual evidentemente un inversionista debería cumplirlas, y por ende el Estado anfitrión debería poder reclamar su acatamiento.

4. *Ius standi*

Asimismo, para que una reclamación del Estado sea admisible, el Estado debe tener legitimación activa para presentarla. Esto, en algunos casos, en donde la afectación reclamada es directa hacia el Estado el vínculo es mucho más evidente y fácil de demostrar.³⁰⁹

Sobre este punto será importante determinar, si, dentro del derecho nacional del Estado, o internacional sería posible que el Estado presente la reclamación en nombre de otras personas.

son aplicables; ii) el derecho a exigir el cumplimiento de estas normas a otro sujeto de derecho en una relación contractual o con el apoyo de poderes públicos; y iii) el derecho de recurrir a terceros para exigir su cumplimiento. *Ibidem*, p. 718. Asimismo, es importante recordar que los sujetos de derecho en el ámbito internacional no son necesariamente idénticos en su naturaleza ni en el alcance de sus derechos. Ver, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 178.

³⁰⁸ Shaw, Malcolm, *International Law*, 6^{ta} edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 124. Brownlie, Ian, y Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law*, 9^{na} edición, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 581-582.

³⁰⁹ Scherer, Maxi, *et al.*, *op. cit.*, p. 427. Ver también Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, ¶ 8.

D. Reclamaciones en reconvencción

Ahora bien, ya que se ha analizado el caso del Estado como demandante directo en un arbitraje de inversión al amparo de un AI, se debe analizar si esto también pudiese suceder de manera reconvenccional.³¹⁰

1. Momento procesal oportuno

Al igual que en el caso contractual, una reconvencción deberá presentarse a más tardar en el memorial de contestación, salvo que el tribunal autorice su presentación en una etapa posterior.

2. Conexión legal y fáctica con la reclamación original

En el ámbito legal, por lo que hace a la conexión puede ser un poco más difícil de establecer, pues, como se desarrolló líneas arriba, no en todos los casos se presentan obligaciones directas en los AI.

Sin embargo, no existe impedimento para considerar que un Estado pueda presentar una reclamación reconvenccional en virtud de un AI si esta reclamación del Estado tiene una relación geográfica o temporal con la reclamación principal, o deriva directamente de la inversión.³¹¹

Si bien se ha señalado que las obligaciones del inversionista deberían de estar mencionadas en el AI o, de lo contrario, estas obligaciones en derecho

³¹⁰ En los casos en los que no se presente un análisis, se debe entender que la Sección de reclamación directa es aplicable a las reconvencciones.

³¹¹ Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. cit.*, p. 154. Bilanová, Anna, *op. cit.*, p. 401. Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions", en Chaisse Julien, *et al.*, (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021, p. 1726. Anning, Molly, *op. cit.*, p. 1323.

nacional no podrían elevarse a nivel internacional,³¹² la realidad es que no siempre es este el caso.

Esto ya que, como se mencionó anteriormente, ciertas disposiciones implican obligaciones para el inversionista, por lo que no se debería prohibir a un Estado esta reconvencción por la mera existencia de obligaciones implícitas en el AII. Esta situación se acentúa cuando el texto del AII refiere a la posibilidad o prohibición en ciertos casos puntuales para la presentación de reconvencciones por parte del Estado, y éste no prevé una obligación expresa para el inversionista.

Lo anterior dado que, debe entenderse por referencias al tratado que podría referirse a reconvencciones por violaciones a la ley,³¹³ cuando de la lectura del mismo se pueda entender que existen obligaciones implícitas para el inversionista. O, en su caso, cuando existe una cláusula paraguas lo suficientemente amplia para entender que las obligaciones del inversionista podrían ser elevadas al nivel internacional.

A este respecto es importante mencionar que las obligaciones de la reclamación principal y reconvenccional no necesariamente deben de estar en el mismo instrumento jurídico, sino que debe de hacerse una lectura holística de los instrumentos jurídicos aplicables, más aún si la reconvencción deriva de las acciones del inversionista relacionadas con su inversión.³¹⁴ En otras palabras, la base de las reclamaciones no necesariamente debe ser idéntica.³¹⁵

Evidentemente, será más fácil probar el vínculo si la obligación es directa a la inversión, o, dicho de otra manera, es parte indivisible de la reclamación del

³¹² Ver también, Kryvoi, Yaraslau, *op. cit.*, p. 239.

³¹³ Zin, Shahrizal, *op. cit.*, p. 244.

³¹⁴ Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, *cit.* p. 256. Anning, Molly, *op. cit.*, pp. 1304, 1314 y 1315.

³¹⁵ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Claim, Separate Opinion of Judge Higgins, Order of 10 March 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 218. Confróntese con la visión restrictiva en *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, ¶ 694.

inversionista,³¹⁶ pero esto, de ninguna manera significa que por el simple hecho de que exista una diferente fuente de obligaciones no exista una conexión legal.

Esto es especialmente relevante en los casos en los que las obligaciones de los inversionistas no se encuentran en el mismo instrumento jurídico, pues de otra forma se negaría una relación sólo por no estar en exactamente el mismo documento.

3. Consentimiento para arbitrar reconvencciones

a. Consentimiento del Estado

En la medida en la que el consentimiento del Estado presente en el AIJ no esté limitado a presentar una reconvencción, algo que difícilmente se encontraría, debe entenderse que el consentimiento del Estado se extiende no sólo a las reclamaciones del inversionista, sino a reclamaciones indirectas que el Estado pudiese presentar.

b. Consentimiento del inversionista

Por su parte, el consentimiento del inversionista debe estar presente,³¹⁷ aunque éste se puede circunscribir a lo necesario para presentar su reclamación en contra del Estado,³¹⁸ no hay necesidad para que sea más amplia o general.

Sin embargo, en muchas ocasiones el consentimiento presentado por el inversionista se presenta de manera general, no sólo incluyendo la controversia descrita en su solicitud de arbitraje, sino que se extiende a cualquier controversia

³¹⁶ Sullivan, Jeff, y Kirsey, Valeriya, "Environmental Policies: A shield or a Sword in Investment Arbitration", *Journal of World Investment & Trade*, No. 18, 2017, p. 114

³¹⁷ Ver, por ejemplo, *Karkey Kardeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, ¶¶ 1010 y 1014. *Metal-Tech v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, ¶ 411.

³¹⁸ Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. cit.*, p. 135.

futura que tenga relación con la reclamación presentada. En este sentido, debe de analizarse si su consentimiento es lo suficientemente general para comprender reclamaciones del Estado.

Asimismo, podría darse el caso, en que el inversionista no objete la jurisdicción para que el tribunal conozca de la reclamación del Estado. Aunque, como se explicó en la Sección II.E. esto no significa que el tribunal no pueda analizar su jurisdicción *motu proprio*.

Evidentemente esta ausencia de objeción no sólo sería benéfica para el Estado sino para el propio inversionista, ya que se resolverá el arbitraje en un foro que el mismo eligió. Por ejemplo, se ha mencionado que:

[C]uando los Estados Partes de un AII consienten contingentemente, *inter alia*, a la jurisdicción del CIADI, el componente de consentimiento del Artículo 46 del Convenio de Washington se importa *ipso facto* a cualquier arbitraje del CIADI que un inversionista decida entonces perseguir. Es importante tener en cuenta que dicha jurisdicción reconvenicional no es sólo una concesión al Estado Parte: El artículo 46 beneficia tanto al Estado demandado como al inversionista. Al rechazar la jurisdicción del CIADI sobre reconveniciones, un tribunal neutral -que, de hecho, fue seleccionado por el demandante- obliga al Estado demandado a presentar sus demandas ante sus propios tribunales, donde el mismo inversionista que había buscado un foro fuera del aparato estatal se ve ahora obligado a convertirse en demandado. (Y si se produce una sentencia adversa, ese antiguo demandado bien podría transformarse de nuevo en demandante, presentando otra demanda en virtud del AII). Aparte de la duplicación y la ineficacia, el tipo de costos de transacción que los procedimientos de reconvenición y compensación pretenden evitar, se trata de un resultado irónico, si no absurdo, en desacuerdo, en mi opinión, con los objetivos del derecho internacional de las inversiones.³¹⁹

³¹⁹ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration from W. Michael Reisman, 28 November 2011. Traducción propia. Original: “[W]hen the States Parties to a BIT contingently consent, *inter alia*, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is *ipso facto* imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal - which was, in fact, selected by the claimant - perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant.

En este sentido, se demuestra que las reconvencciones de Estados no sólo son favorables para que el Estado pueda requerir mayor responsabilidad por los actos del propio inversionista en un foro especializado, sino que se hace precisamente en el foro que el inversionista ha escogido para dirimir una controversia con un Estado; por lo que se estaría en una situación favorable para ambas partes. Aunado a lo anterior, la economía y equidad procesal son elementos muy importantes para tomar en consideración, tal y como se mencionó en la Sección III.C.1.b.i).

4. Lenguaje del All con relación a la posibilidad del Estado de presentar una reclamación

a. Posibilidad expresa

Algunos All contienen disposiciones en las que se prevén, de manera expresa que un Estado tiene la facultad para presentar una reconvencción en contra de un inversionista en un arbitraje de inversión.

Por ejemplo, el TLC entre el Gobierno de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Mauricio (TLC China-Mauricio) prevé una disposición de este tipo, en la que explícitamente contempla la posibilidad de un Estado de presentar una reconvencción en contra de un inversionista, según la reclamación sometida por el inversionista. Específicamente este artículo señala que:

Cuando el demandante someta una reclamación de conformidad con el párrafo 1(a)(i)(B), 1(b)(i)(B), *el demandado podrá reconvenir en relación con las bases de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante.*³²⁰

(And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law.”. *Ver también, Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi*, Affaire CIRDI No. ARB/01/2, Sentence, 21 juin 2012, ¶ 279.

³²⁰ Párrafo 4 del Artículo 8.24 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Mauricio, de 2019 (traducción propia y énfasis añadido). Original: “When the claimant submits a

De la lectura de dicha disposición se desprende claramente que, en el procedimiento arbitral, un Estado demandado puede presentar una reconvencción en ciertos supuestos.

b. Prohibición parcial

Por otra parte, existen All en los que no se señala expresamente que un Estado puede presentar una reconvencción, sino, más bien, que en ciertos casos no es posible que un Estado presente una reconvencción.³²¹ Sirve como ejemplo el párrafo 8 del Artículo 14.D.7 (Conducción del Arbitraje) del T-MEC, el cual señala lo siguiente:

La demandada no opondrá como defensa, contrademanda o derecho de compensación o por cualquier otro motivo, que la demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación por todos o parte de los daños reclamados de conformidad con un contrato de seguro o garantía. [Énfasis añadido]

De una lectura consistente con la regla general de interpretación de tratados, contenida en el Artículo 31 de la Convención de Viena, se desprende que este artículo permite la reconvencción de Estados en ciertos casos. Este principio básico requiere atribuir a los términos de un tratado su sentido corriente, según el contexto de estos, y considerando su objeto y fin.

claim pursuant to subparagraphs 1(a)(i)(B) or 1(b)(i)(B), the respondent may make a counterclaim in connection with the factual and legal basis of the claim or rely on a claim for the purpose of a set off against the claimant.” *Ver también*, párrafo 6 del Artículo 36 (Controversias Inversionista-Estado) del Acuerdo de Inversión Revisado para el Área de Inversión Común COMESA; el párrafo 3 del Artículo 14 (Disposiciones Generales) y el párrafo 1 del Artículo 17 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) del Acuerdo entre la República Eslovaca y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2016; el párrafo 3 del Artículo 19 (Responsabilidad de los Inversionistas) del Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática del Congo y el Gobierno de la República de Ruanda sobre la Promoción y la Protección de las Inversiones, de 2021; o incluso el párrafo 2 del Artículo 9.19 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) del Acuerdo de Asociación Transpacífico.

³²¹ Ver, por ejemplo, párrafo 3 del Artículo 1137 (Disposiciones Generales) del TLCAN, o el Artículo XVIII (Pagos conforme a contratos de seguro o de garantía) del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, de 2006.

El sentido corriente del término “contrademanda” es una reconvencción,³²² *i.e.*, una “[a]cción independiente ejercitada por el demandado en un proceso, frente al demandante, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en la misma sentencia que resolverá la demanda inicial.”^{323, 324}

El contexto relevante del párrafo 8 del Artículo 14.D.7 (Conducción del Arbitraje) del T-MEC incluye tanto el propio Artículo 14.D.7 en su totalidad, el cual refiere a un procedimiento arbitral inversionista-Estado entre “la demandada” y la “demandante”; como el Artículo 14.D.1 (Definiciones), el cual precisamente define ambos términos, a grandes rasgos, como, el Estado y el inversionista, respectivamente, como se señaló en la Sección IV.C.1.c.

En conjunto, se puede señalar que esta disposición se refiere a la contrademanda que un Estado no podría iniciar en contra de un inversionista en un arbitraje de inversión al amparo del Anexo 14-D (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos) en los supuestos referidos por el propio artículo. Asimismo, se puede descartar que esta disposición se refiera a una reconvencción en un procedimiento Estado-Estado.

Esto fue corroborado por el tribunal en *Aven c. Costa Rica*. Al analizar una disposición similar en el DR-CAFTA reconoció que “si solo un Estado que es Parte

³²² Diccionario panhispánico del español jurídico, “Contrademanda”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/contrademanda>.

³²³ Diccionario panhispánico del español jurídico, “Reconvencción”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/reconvencción>.

³²⁴ De conformidad con el Artículo 33 (Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas) de la Convención de Viena, y el Artículo 34.8 (Textos Auténticos) del T-MEC, las versiones en inglés y en francés deben ser considerados para este análisis, mismas que confirman esta interpretación. La versión en inglés señala: “*A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason, that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.*” [Énfasis añadido] Mientras que la versión en francés a la letra dice: “*Un défendeur ne peut faire valoir dans sa défense, demande reconventionnelle, demande de compensation ou pour quelque autre raison, que le demandeur a reçu ou recevra, au titre d’un contrat d’assurance ou de garantie, une indemnité ou une autre forme de compensation pour la totalité ou une partie des dommages allégués.*” [Énfasis añadido]. Tanto el vocablo *counterclaim*, como la expresión *demande reconventionnelle* refieren a la interposición de una reconvencción en el procedimiento arbitral, por lo que no hay duda del alcance del término utilizado.

del [All] puede ser una “demandada”, las Partes del Tratado también contemplaron la posibilidad de reconvencciones.”³²⁵

No obstante lo anterior, sobre este tipo de lenguaje existe cierta controversia respecto al alcance de la disposición, e incluso se ha especulado si sería o no posible presentar una reconvencción a pesar de que el All no señale expresamente que el Estado tiene esta prerrogativa.

A diferencia de lo que algunos podrían argumentar,³²⁶ desde mi perspectiva, este lenguaje en All es claro en disponer que cuando exista una indemnización o compensación por pagos, no es dable presentar una reconvencción, lo que supone, *a contrario*, que para todos los demás casos en los que no se pretenda reclamar esta situación, existe una posibilidad implícita para que el Estado demandado contrademande; no tendría sentido prohibir expresamente ciertos supuestos para la presentación de reconvencciones si todos están prohibidos.³²⁷

Si bien se pudiese pensar que este lenguaje no permite la presentación de reconvencciones,³²⁸ sino que únicamente enfatiza una prohibición para contrademandar, esta postura es contraria al principio de *effet utile*, por lo que, evidentemente un Estado demandado podría presentar una reconvencción en contra de un inversionista según los alcances y limitaciones previstas en el propio All.

Tomando como ejemplo el caso del TLC China-Mauricio referido en la Sección anterior, si dicha disposición se hubiese presentado en una formulación negativa, en virtud de esta interpretación, se pensaría que no está autorizado que

³²⁵ *David Aven y Otros c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 731.

³²⁶ *The Lopez-Goyne Family Trust y otros c. República de Nicaragua*, Caso CIADI No. ARB/17/44, Laudo, 1 de marzo de 2023, ¶ 596.

³²⁷ Ver, Ben Hamida, Walid, “L’arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu: Dans quelle mesure l’Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l’investisseur privé?”, *The Journal of the International Law Association*, No. 7, 2005,, p. 270. Ver también, Trinel, Paul, “Counterclaims and legitimacy in investment treaty arbitration” *Arbitration International*, Vol. 38 Issue 1-2, 2022, pp. 59- 81. Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. cit.*, p. 146.

³²⁸ Kjos, Hege Elisabeth, “Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration “without Privity””, en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2007, pp. 618-619.

un Estado presente una reconvencción en su totalidad, aún y cuando el significado de ambas redacciones fuera exactamente el mismo. Esto carece de sentido.

Si las Partes de un tratado hicieron referencia expresa a situaciones en las cuales no se podría presentar una reconvencción, ello indica precisamente esto, que únicamente en esos casos los Estados no podrían presentar reconvencciones; no como se ha argumentado, que los negociadores buscaron que el inversionista no se viera limitado por otras fuentes de indemnización.³²⁹

Lo que es más, ni siquiera es necesario que el All haga referencia a la posibilidad del Estado para presentar reconvencciones. El derecho de un Estado para presentar reconvencciones en contra del inversionista existe independientemente del lenguaje del All. El texto del All sólo sería relevante en la medida en la que este tratado presente restricciones o límites a este derecho.

En el contexto de la solución de controversias Estado-Estado se ha indicado que:

[U]na autorización explícita para presentar reconvencciones sería innecesaria; por el contrario, sería necesario un lenguaje expreso para excluir las reconvencciones. A este respecto, cabe señalar que destacados tribunales internacionales [...] han considerado que podían admitir reconvencciones, aun cuando sus instrumentos constitutivos no se refirieran expresamente a las reconvencciones. Por ejemplo, los respectivos Estatutos de la CPJI, la CIJ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ("TIDM") no se refieren expresamente a las reconvencciones. Sin embargo, estas instituciones determinaron que podían admitir reconvencciones y adoptaron normas que las regulan. Del mismo modo, los tratados por los que se crearon los tribunales arbitrales mixtos después de la Primera Guerra Mundial no hacían referencia a las reconvencciones, pero la mayoría de estos tribunales consideraron que podían admitir reconvencciones; los pocos

³²⁹ Bjorklund, Andrea, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law", *Lewis & Clark Law Review*, Vol 17:2, 2013, p. 469. Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. 1ª edición, Cambridge University Press, ¶ 489, p. 257.

tribunales arbitrales mixtos que prohibieron las reconveniones adoptaron reglas expresas a tal efecto.³³⁰

Así, en el Derecho Internacional general se ha desarrollado esta regla adjetiva según la cual, incluso ante la ausencia de una referencia en el instrumento jurídico base de la acción, sobre la posibilidad de presentar una reclamación en reconvenición, se entiende que este derecho existe. Este razonamiento es aplicable a los arbitrajes de inversión, porque como se mencionó anteriormente, el Derecho Internacional de las Inversiones es parte del Derecho Internacional general.

Esto es relevante, ya que los AI se consideran *lex specialis*, en donde sus disposiciones prevalecen sobre aquellas del Derecho Internacional.³³¹ Lo anterior implica que se puede apartar o derogar ciertas disposiciones que serían aplicables dentro del Derecho Internacional, pero, evidentemente, no significa que las Partes del AI hayan renunciado a todas las demás cuestiones aplicables si éstas no fueron reguladas expresamente.³³² En otras palabras:

[E] que el Tratado sea *lex specialis* no implica que este constituya un régimen autocontenido e independiente del resto del Derecho Internacional, sino que implica que, cuando las Partes Contratantes han acordado claramente una regla especial que difiere de aquellas derogables que puedan establecer otras fuentes de Derecho

³³⁰ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Case No. B1 (Counterclaim), Award No. ITL 83-B1-FT, 9 September 2004, ¶ 87 (traducción propia y énfasis añadido). Original: “[A]n explicit authorization of counterclaims would be unnecessary; on the contrary, express language would be necessary to exclude counterclaims. In this connection, it is noteworthy that prominent international tribunals [...] have considered that they could entertain counterclaims, even if their constitutive instruments did not expressly refer to counterclaims. For instance, the respective Statutes of the PCIJ, the ICJ and the International Tribunal for the Law of the Sea (“ITLOS”) do not expressly refer to counterclaims. Yet, these institutions determined that they could entertain counterclaims and adopted rules governing them. Similarly, the treaties establishing the mixed arbitral tribunal after the First World War did not refer to counterclaims, but the majority of these tribunals considered that they could entertain counterclaims; the few mixed arbitral tribunals that prohibited counterclaims adopted express rules to that effect.”

³³¹ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, ¶¶ 481-483. *Fernando Fraiz Trapote c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2019-11, Laudo final, 31 de enero de 2022, ¶¶ 355 y 363.

³³² *Raimundo J. Santamarta Devis c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2020-56, Laudo sobre Jurisdicción *Ratione Personae*, 26 de julio de 2023, ¶ 423.

Internacional que les sean aplicables, dicha regla especial prevalece sobre las reglas generales.³³³

Por esta razón algunos All sólo expresan los casos en los que no se puede contrademandar (*lex specialis*), es decir, considerando que sólo es necesario que se presente este lenguaje cuando se busca excluir la formulación de reconveniciones (*lex generalis*), ya sea total o parcialmente, por tratarse de una regla procesal general en el Derecho Internacional.

Incluso el derecho a una reconvenición deriva de un derecho general de equidad procesal entre las partes contendientes,³³⁴ inherente a una parte demandada, independientemente del foro.

Además, el hecho de que ciertos All expresamente contemplen la posibilidad del Estado de presentar una reconvenición no significa, que en aquellos casos en los que no se señale explícitamente o se haga de manera parcial, que el Estado no pueda reconvenir al amparo de este All. No es jurídicamente necesaria esta repetición, sino que tiene una explicación más sencilla:

Debido a algunas decisiones desafortunadas de tribunales arbitrales, las partes de tratados de inversión se han visto cada vez más obligadas a incluir explícitamente reglas o condiciones que vayan en contra de esas decisiones arbitrales erróneas, o a incorporar dichas reglas *ex abundante cautela*, para evitar que los árbitros se tomen la libertad de hacer interpretaciones originales y extensivas, a menudo en contra de la voluntad de las partes contratantes.³³⁵

³³³ *Ibidem*, ¶ 455. Ver también Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*. UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, ¶ 120: “Ninguna ley, tratado o costumbre se aplica en el vacío, por especial que sea la materia que trate o por limitado que sea el número de Estados a que afecte.”

³³⁴ *Westinghouse Electric Corporation v. The Islamic Republic of Iran, The Islamic Republic of Iran Air Force, Iran Air, and National Iranian Oil Company*, Case No. 389, Award No. ITL 67-389-2, 12 February 1987, ¶ 1.

³³⁵ *Ver Rand Investments Ltd, William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and Semb Investment Limited v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/18/8, Dissenting Opinion of Professor Marcelo G. Kohen, 26 June 2023, ¶¶ 3-4. Original: “Due to some unfortunate decisions by arbitral tribunals, the parties to investment treaties have been increasingly obliged to explicitly include rules or conditions going against those wrong arbitral

Es por ello que no es apropiado interpretar un tratado a la luz de otros, si no se toma en cuenta el sentido corriente de los términos de éste en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Otro ejemplo que abona a este análisis es el All entre Hungría y los Emiratos Árabes, pues en ningún lugar se menciona que el Estado puede presentar una reconvencción, sin embargo, en el artículo sobre laudos, éste señala lo siguiente:

*Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo contra la demandada o contra la demandante a la luz de una defensa, reconvencción, derecho de compensación u otra reclamación similar de acuerdo con el presente Acuerdo, el tribunal podrá conceder, separada o conjuntamente, únicamente: [...]*³³⁶

Es decir, aún sin referencia expresa a la posibilidad de un Estado de presentar una reconvencción del tratado reconoce que un inversionista demandante puede ser condenado en virtud de una reconvencción iniciada por el Estado anfitrión.

En este orden de ideas, los All no señalan que el Estado tiene derecho a presentar una defensa en contra de la reclamación principal de la Demandante, y aun así este derecho existe, esto es, precisamente porque se trata de derechos procesales que no han sido limitados o modificados por el All, sino que son regulados por las reglas procesales aplicables. Es decir, se trata de una actuación

decisions, or incorporating such rules *ex abundante cautela*, to prevent arbitrators from taking the liberty to make original and extensive interpretations, often against the will of the contracting parties.”

³³⁶ Párrafo 3 del Artículo 15 (Laudos) del Acuerdo entre el Gobierno de Hungría y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 2021 (traducción propia, y énfasis añadido). Original: “Where a tribunal makes a final award against respondent or against claimant in the light of a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim of this Agreement, the tribunal may award, separately or in combination, only:” Sobre este punto, está de más mencionar que no porque esta formulación no esté en otros All significa que no puedan inversionistas no puedan ser condenados al pago de daños. Muchos All señalan que el Tribunal puede resolver que un Estado ha incumplido sus obligaciones, no así que el Estado no ha incumplido, y no por ello significa que cada arbitraje iniciado por inversionistas el Tribunal deba determinar que hubo un incumplimiento del Estado. *Ver, por ejemplo*, párrafo 8 del Artículo 9 (Solución de controversias entre un Inversionista de una de las Partes Contratantes y la Otra Parte Contratante) del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2000: “Los laudos arbitrales podrán adoptar las siguientes formas de resolución: a) una declaración de que la Parte Contratante ha incumplido sus obligaciones de conformidad con este Acuerdo; [...]

procesal que no es comúnmente regulada en el instrumento jurídico base de la acción sino en las reglas procesales.

Pensar que se necesita lenguaje expresamente señalando que se puede presentar una reconvencción es tan absurdo como pensar que se necesita lenguaje para presentar una defensa, o cualquier otra actuación procesal, como, por ejemplo, una solicitud de medidas provisionales.³³⁷

En este punto vale la pena aclarar que, el derecho a presentar una reconvencción es una cuestión meramente procesal, que el tribunal tenga jurisdicción para decidirla dependerá del Derecho Internacional, y los términos del All regulando la reconvencción; muchos de los cuales son omisos en limitar este derecho, por lo que, en un arbitraje al amparo del Convenio del CIADI se estaría a los requisitos jurisdiccionales de este.

En esta tesitura, tomando como ejemplo las medidas provisionales, vemos que muchos All no hacen mención a la posibilidad de solicitarlas, y no por ello no se podría, más bien, este derecho estaría limitado si en el All se restringe, como por ejemplo lo que sucede con el Artículo 1134 del TLCAN.

Por esto, contrario a lo que se pudiese creer,³³⁸ ni la falta de referencia explícita³³⁹ ni la existencia de una prohibición parcial en ciertos casos precluye el derecho de un Estado para presentar una reconvencción. Este derecho permanece intacto ante la falta de limitantes expresas, salvo que la historia de la negociación confirme que las Partes buscaban que los Estados no presentaran reconvencciones.

³³⁷ Cuestión que, sin lugar a duda los Estados pueden solicitar. *Ver, por ejemplo, Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on the Respondent's Request for Security for Costs and the Claimant's Request for Security for Claim, 27 January 2020.

³³⁸ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015, ¶ 154.

³³⁹ *Ver, por ejemplo, Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Dissenting Opinion by Arbitrator Mauro Rubino-Sammartano, 14 April 2015, ¶ 42 (i).

Lo anterior es confirmado por el Convenio del CIADI,³⁴⁰ que, como se abordó anteriormente, permite que el tribunal arbitral conozca de reconveniciones, salvo que exista un acuerdo en contrario de las partes. En otras palabras, a menos que exista una limitante en el All, o en el consentimiento de las Partes respecto a las reconveniciones, el tribunal debe resolver la demanda reconvenicional presentada.

Esta referencia al Convenio del CIADI es muy importante porque, alguno podría pensar que como este instrumento fue diseñado para dirimir controversias contractuales, en donde la posibilidad de presentar una reconvenición es obvia, nunca se pensó que un Estado podría reconvenir en virtud de un All.

Sin embargo, esta postura es absurda por al menos 3 aspectos: 1) las reclamaciones de inversionistas por violaciones a All tampoco fueron tomadas en cuenta al momento de negociar el Convenio de Washington y aun así están permitidas; 2) el autorizar a inversionistas presentar reclamaciones en virtud de All no implica, en lo absoluto, que el Estado renunciaría al derecho a presentar reconveniciones si el tratado no limita a éste; 3) las Reglas de Arbitraje han sido modificadas en diversas ocasiones, como se mencionó en el Capítulo I; y aunque estas reglas fueron enmendadas en la época de auge de las reclamaciones vía All, las reconveniciones siguen estando reguladas sin ninguna mención a la imposibilidad de presentar al amparo de un All.

También se ha señalado que este tipo de reconveniciones no es posible dado que los All buscan la promoción y protección de las inversiones, pero este argumento pierde de vista el objeto principal en la protección del Derecho Internacional de las Inversiones y el ya mencionado binomio entre el Derecho y la inversión extranjera, y es que la promoción de inversiones no debe de perseguirse

³⁴⁰ Ver Artículo 46 del Convenio del CIADI, así como la Regla 48 de Arbitraje. Este razonamiento (aunque respecto a otro tipo de demanda subordinada) fue acogido por el tribunal en *Legacy Vulcan v. México. Legacy Vulcan, LLC v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/19/1, Procedural Order No. 7, 11 July 2022, ¶ 116.

a cualquier costo,³⁴¹ máxime si ésta implica la comisión de ilegalidades y afectaciones. Evidentemente los Estados anfitriones al negociar All no tienen en mente que se permitan estas acciones en el desarrollo de inversiones extranjeras. Los All sí buscan proteger, mas no inmunizar ante ilícitos.

Independientemente de lo anterior, se requiere de una decisión que tome en cuenta esta posibilidad jurídica del Estado para que se rompa un paradigma que carece de sustento jurídico, y así, la comunidad arbitral reconozca, como debe ser, que los Estados pueden presentar reclamaciones en contra de inversionistas en arbitrajes de inversión.

Al respecto, aun y cuando considero que jurídicamente no es necesario un lenguaje que expresamente acepte la presentación de reconvencciones por parte del Estado demandado para que este derecho exista, dado las diferentes interpretaciones de tribunales arbitrales y posturas doctrinarias, es preferible que los Estados en sus All, presenten un lenguaje en donde se desprenda claramente que se reconoce este derecho procesal.

Ahora bien, para el caso de los All ya negociados, quizá la mejor manera de esclarecer este punto, y, en general, cualquier interpretación, es mediante el procedimiento pertinente según el acuerdo internacional (e.g. acuerdo entre las partes, decisión del órgano administrador del Tratado, notas interpretativas, intercambio de cartas paralelas).

De esta manera, no habría ningún tipo de duda sobre la intención de las Partes y, en muchos de estos casos, esta interpretación sería obligatoria para un tribunal arbitral que dirima una controversia relacionada con este All.

Es muy probable que, precisamente para All de nueva generación se incluya un lenguaje similar, en donde, entre otras cosas, se busque resignificar el sistema

³⁴¹ Ver *Rand Investments Ltd, William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and Sembi Investment Limited v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/18/8, Dissenting Opinion of Professor Marcelo G. Kohen, 26 June 2023, ¶ 3.

de solución de controversias inversionista-Estado, y se presente una línea más clara de responsabilidad por parte de los inversionistas extranjeros.

Por ende, es necesario re-balancear el sistema en general para hacer más claro la posibilidad por parte de los Estados de presentar reclamaciones directas e indirectas en contra de las ilegalidades y conductas indebidas de los inversionistas, incluso incluyendo obligaciones expresas y detalladas para inversionistas, entre los que destaco el cumplimiento de derechos humanos, laborales, medioambientales, y de las comunidades indígenas.

Así, no sólo se haría responsable a los inversionistas en un foro neutral y especializado, por las violaciones cometidas en el desarrollo de sus inversiones; sino que, de manera más general se presentaría así una nueva perspectiva a la relación jurídica entre un Estado e inversionistas. Esto es vital para el desarrollo de la materia, pues se ha desvirtuado a tal grado que parecería que muchas de las reclamaciones presentadas en contra de Estados son más una forma de hacer negocio que realmente un derecho para la restitución por un daño generado a inversiones; si a esto se le suma que el Estado ni siquiera puede ejercer sus propios derechos procesales, entonces se está ante una falla estructural severa.

CONCLUSIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones relacionadas con el ya referido binomio Derecho e inversión:

PRIMERA: El CIADI ha probado ser un foro efectivo para la solución de controversias inversionista-Estado, razón por la cual se le ha considerado como uno de los principales desarrollos en el derecho de las relaciones económicas internacionales del siglo pasado.

SEGUNDA: Con relación a la hipótesis del Capítulo I, la historia de la negociación del Convenio del CIADI comprueba que los Estados tienen derecho a presentar reclamaciones directas y reconvencionales en arbitrajes de inversión al amparo del Convenio de Washington.

TERCERA: En arbitrajes al amparo del Convenio de Washington, se demuestra que este mismo instrumento internacional y las Reglas de Arbitraje claramente permiten la presentación de reclamaciones directas y reconvencionales por parte de Estados, en contra de inversionistas.

CUARTA: Por lo que hace a la hipótesis del Capítulo II, se sustenta que todas las reclamaciones presentadas al amparo del Convenio del CIADI, ya sea directas o reconvencionales deben cumplir con los requisitos jurisdiccionales previstos en el Capítulo II de dicho tratado internacional.

QUINTA: Para que una reclamación en arbitrajes de inversión, por parte de un Estado, ya sea directa o indirecta, prospere, se subraya que ésta debe de cumplir con los requisitos de admisibilidad y jurisdiccionales aplicables en cada caso.

SEXTA: Respecto a la hipótesis del Capítulo III, en arbitrajes de inversión basados en contratos, dada la naturaleza sinalagmática de dicho acuerdo, se señala que un Estado podría, sin inconveniente alguno, presentar tanto una reclamación directa como reconvencional en contra de un inversionista.

SÉPTIMA: La práctica en diferentes arbitrajes de inversión, especialmente en los años dos mil, demuestra que es posible que Estados presenten reclamaciones directas e indirectas en contra de inversionistas, al amparo de un contrato de inversión.

OCTAVA: Se sustenta que los Estados tienen obligaciones específicas en materia de inversión, ya sea en virtud de contratos de inversión y/o All, las cuales deben ser respetadas por todas sus autoridades, entidades, órganos y organismos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

NOVENA: Contrario a lo que muchos pudieran pensar, se ha explicado que es posible que los All contengan obligaciones a cargo de los inversionistas, ya sea que se dispongan de manera expresa, o, en algunos casos, derivado de la redacción del propio All se podría interpretar que existen obligaciones implícitas.

DÉCIMA: En lo que hace a la hipótesis del Capítulo IV, dado que la posibilidad de presentar reclamaciones directas en virtud de All es un derecho creado en virtud de estos mismos tratados, en arbitrajes cuya base sea estos instrumentos, se ha verificado que es dable que un Estado presente una reclamación directa en contra de un inversionista, pero esto dependerá del lenguaje que éste contenga, ya sea que se presente de manera inequívoca o implícita según los términos utilizados en el mismo. Por esta razón, esta posibilidad no está presente en todos los All.

DÉCIMA PRIMERA: Respecto a las reclamaciones directas por parte de Estados, en contra de inversionistas, se ha reflexionado que el Estado deberá evaluar si la mejor opción sería recurrir a un tribunal internacional y no a sus cortes y tribunales nacionales para dirimir la diferencia en cuestión.

DÉCIMA SEGUNDA: Con relación a la hipótesis del Capítulo IV, en arbitrajes basados en tratados internacionales, se ha probado que un Estado tiene el derecho a presentar una reconvencción en contra de un inversionista. Al tratarse de una cuestión procesal autorizada por las reglas de arbitraje pertinentes, esta reclamación únicamente tendrá como límites, además de los establecidos en el

Convenio del CIADI, aquellos que explícitamente se hayan detallado en el AI, por lo que no es jurídicamente necesario que en este instrumento jurídico se señale explícitamente tal derecho para que éste exista.

DÉCIMA TERCERA: Se ha indicado que para un Estado es relativamente más sencillo presentar reclamaciones directas o indirectas en virtud de un contrato, que por un AI; tanto por el consentimiento de las partes, como por las obligaciones que pudiesen haber sido transgredidas por parte de los inversionistas.

DÉCIMA CUARTA: En este sentido, a pesar de que en la actualidad los Estados normalmente no presentan reclamaciones directas o en reconvención, se debe señalar que es incorrecto que los Estados sean perpetuos demandados en arbitrajes internacionales de inversión, ya que sí es probable que presenten dichas reclamaciones.

DÉCIMA QUINTA: En virtud de las Conclusiones Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Décima, Décima Segunda y Décima Cuarta, se comprueba la hipótesis general y se reitera que es jurídicamente viable que un Estado reclame directa o reconvencionalmente contra un inversionista en un arbitraje de inversión al amparo del Convenio del CIADI.

PROPUESTAS

En virtud de lo expuesto en este trabajo, se presentan las siguientes propuestas:

PRIMERA: Se reitera que, al momento de negociar All, los Estados deben reconsiderar la inclusión de obligaciones expresas para los inversionistas, así como dejar en claro la posibilidad de reclamar directa o indirectamente, para que no exista duda alguna sobre la existencia y alcance de éstas. Esto, en aras de volver a tener un balance en el sistema general de solución de controversias en materia de inversión, que actualmente pareciera más una forma de hacer negocio que realmente un derecho para la restitución por un daño generado a inversiones; y así promover una mayor responsabilidad por parte de los inversionistas.

SEGUNDA: Asimismo, respecto a los All ya negociados y que han entrado en vigor, vale la pena mencionar que la mejor manera de esclarecer el punto sobre la existencia de obligaciones por parte del inversionista y la posibilidad de presentar reclamaciones directas o indirectas sería que los Estados Parte, mediante el procedimiento pertinente previsto en dicho tratado enunciaran de manera expresa la interpretación correcta de las disposiciones en cuestión, para así definir su alcance.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros y capítulos en libros:

AMERASINGHE, CHITTHARANJAN FELIX, “International Arbitral Jurisdiction” en Malintoppi, Loretta y Valencia-Ospina, Eduardo (eds.), *International Litigation in Practice*, Vol. 2, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

ANNING, MOLLY, “Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration. The Case of Environmental Disputes”, en Chaisse, Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2020.

BALCERZAK, FILIP, *Investor – State Arbitration and Human Rights*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2017.

BALTAG, CRINA, “The ICSID Convention: A Successful Story – The Origins and History of the ICSID”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016.

BERNASCONI-OSTERWALDER, NATHALIE, “Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements”, en Chaisse Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021.

BROWN, CHESTER y RALUMAN, ASHIQUE, “Juridical Persons and the Requirements of the ICSID Conventions”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016.

BROWNLIE, IAN, y CRAWFORD, JAMES, *Brownlie’s principles of public international law*, 9^{na} edición, Oxford, Oxford University Press, 2019.

CIURTIN, HORIA, “Paradoxes of (Sovereign) Consent: On the Uses and Abuses of a Notion in International Investment Law”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID*

Convention after 50 years: Unsettled issues, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016.

CLAPHAM, ANDREW, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

DE BRABANDERE, ERIC, “Human Rights Considerations in International Investment Arbitration”, en Fitzmaurice, Malgosia y Merkouris, Panos (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

DOLZER, RUDOLF y SCHREUER, CHRISTOPH, *Principles of International Investment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

DOUGLAS, ZACHARY, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

DUMBERRY, PATRICK, “International Investment Contracts”, en Gazzini, Tarcisio, y De Brabandere, Eric (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

FOUCHARD PAPAESFSTRAITOU, ATHINA, “Stabilization Clauses in Long-Term Investment Contracts. Their Evolution and Their Application by Investment Tribunals”, en Cima, Elena, y Mbengue, Makane Moïse (eds.) *A Multifaceted Approach to Trade Liberalisation and Investment Protection in the Energy Sector*, Leiden / Boston, Brill, 2021.

FUKUNAGA, YUKA, “Precedent in Investment Arbitration. Is an Institutionalized Investment Court More Desirable?”, en Cheng, Chia-Jui (ed.). *A New Global Economic Order. New Challenges to International Trade Law*, Leiden/ Boston, Brill Nijhoff, 2022.

GARCÍA CORONA, IRENE GABRIELA, *Arbitraje de inversión: la cláusula de nación más favorecida en derechos adjetivos*, Ciudad de México, UNAM-IIJ, 2013.

GJUZI, JOLA, *Stabilization clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*, Cham, Springer, 2018.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS, *Derecho de los Tratados*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2011.

HERDEGEN, MATTHIAS, *Derecho Económico Internacional*, 9ª edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012.

ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. I.

ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. II-1.

ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States. Analysis of Documents*, Washington, D.C., ICSID, 1970, Vol. II-2.

KJOS, HEGE ELISABETH, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The Interplay Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

KJOS, HEGE ELISABETH, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"", en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2007.

- KRIEBAUM, URSULA, “Indirect Expropriation: A Comparative Approach”, en Gattini, Andrea *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2018.
- KUBE, VIVIAN, y PETERSMANN, ERNST-ULRICH, “Human Rights Law in International Investment Arbitration”, en Gattini, Andrea, *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2018.
- MARISI, FLAVIA, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- MCLACHLAN, CAMPBELL, *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2^{da} edición, Oxford, Oxford University Press, 2017
- MOSES, MARGARET, *International Commercial Arbitration*, 3^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- NEDUMPARA, JAMES y LADDHA, ADITYA, “Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, en Chaisse Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021.
- NEWCOMBE, ANDREW y PARADELL, LLUÍS, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.
- ORTINO, FEDERICO, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value and Reasonableness*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- PARRA, ANTONIO, *The History of ICSID*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.

- PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PETERSMANN, ERNST-ULRICH, “Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions”, en Chaisse Julien, *et al.* (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2021.
- PURICE, MATEI, “Natural Persons as Claimants under the ICSID Convention”, en Baltag, Crina (ed.), *ICSID Convention after 50 years: Unsettled issues*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2016.
- QUOC DINH, NGUYEN, *et al.*, *Droit International Public*. 8^a edición, París, L.G.D.J., 2009.
- RADON, JENIK, “The ABCs of Petroleum Contracts: License-Concession Agreements, Joint Ventures and Production-sharing Agreements” en Tsalik, Svetlana y Schiffrin, Anya (eds), *Covering Oil: A Reporter’s Guide to Energy and Development*, New York, Open Society Institute, 2005.
- REED, LUCY, *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*. 2^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010.
- SABAHI, BORZU, *et al.*, *Investor-State Arbitration*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- SALACUSE, JESWALD, *The Law of Investment Treaties*, 3^{ra} edición, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- SARZO, MATTEO, “The National Treatment Obligation”, en Gattini, Andrea, *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2018.

- SCHLEMMER, ENGELA, “Investment, Investor, Nationality, and Shareholders”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SCHREUER, CHRISTOPH, “Consent to Arbitration”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SCHREUER, CHRISTOPH, *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*. 2ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER, CHRISTOPH, “Investment Arbitration” en Romano, Cesare, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- SCHREUER, CHRISTOPH, y WEINIGER, MATTHEW, “A Doctrine of Precedent?”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SHAW, MALCOLM, *International Law*, 6ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SICARD-MIRABAL, JOSEFA y DERAÏNS, YVES. *Introduction to Investor-State Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2018.
- SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

TAMADA, DAI, “Host States as Claimants. Corruption Allegations”, en Lalani, Shaheeza, y Polanco, Rodrigo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Leiden/ Boston, Brill Nijhoff, 2015.

TORAL, MEHMET, y SCHULTZ, THOMAS, “The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”, en Michael Waibel, *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.

VOSS, JAN OLE, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

WEILER, TODD, *The Interpretation of International Investment Law. Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

WILLIAMS, DAVID, “Jurisdiction and Admissibility”, en Muchlinski, Peter, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

ZIN, SHAHRIZAL, “Reappraising Access to Justice in ISDS: A Critical Review on State Recourse to Counterclaim”, en Anderson, Alan y Beaumont, Ben (eds.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

Artículos:

ABEL, PATRICK, “Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration. Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award”, *Brill Open Law*, No. 1, 2018.

- BEN HAMIDA, WALID, “L’arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu: Dans quelle mesure l’Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l’investisseur privé?”, *The Journal of the International Law Association*, No. 7, 2005.
- BILANOVÁ, ANNA, “Environmental counterclaims in Investment Arbitration”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 5, Issue 1, December 2020.
- BJORKLUND, ANDREA, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol 17:2, 2013.
- DE NANTEUIL, ARNAUD, “Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, No. 17, 2018.
- DOUGLAS, ZACHARY, “Instead of Principles, Slogans”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 38, No. 1, 2023.
- DOUGLAS, ZACHARY, “Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental, Eureka and Methanex*”, *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, March 2006.
- DOUGLAS, ZACHARY, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 00, No. 00, 2023.
- DUMBERRY, PATRICK, y DUMAS-AUBIN, GABRIELLE, “When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, 13, Issue 2, 2012.
- FIETTA, STEPHEN, “Legitimate Expectations Principle under Article 1105 NAFTA- *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*”, *World Invest. & Trade*, No. 423, 2006.

- HEISKANEN, VEIJO, “Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, Issue 1, 2013.
- PAUWELYN, JOOST, “At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, how it Emerged and How it can be Reformed”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, Issue 2, Spring 2014.
- KRYVOI, YARASLAU, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, *Minnesota Journal of International Law*, 2012.
- LALIVE, PIERRE, y HALONEN, LAURA, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *Czech Yearbook of International Law*, 2011.
- LEBEN, CHARLES, “Arbitrage: CIRDI”, *Répertoire de Droit International*, mars 2010.
- PAPANASTASIOU, THOMAS-NEKTARIOS, “The Role of Human Rights in International Investment Arbitration: Arguments Raised by the Parties and Procedural Implications”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, No. 21, 2022.
- PAULSSON, JAN, “Arbitration Without Privity”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, Fall 1995.
- POTESTÀ, MICHELE, “The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws”, *Arbitration International, Oxford Academic*, Vol. 27, Issue 2, June 2011.
- RUDALL, JASON, “The Tribunal with a Toolbox: On Perenco v Ecuador, Black Gold and Shades of Green”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 11, Issue 3, 2020.

SCHERER, MAXI, *et al.*, “Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 36, Issue 2, Spring, 2021.

SCHNEIDER, MICHAEL, “Turnkey Contracts. Concept, Liabilities, Claims” *The International Construction Law Review*, 1986.

SHAO, XUAN, “Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law”, *Journal of International Economic Law*, No. 24, 2021.

SHARMA, GUARAV, “Environmental Claims by States in Investment Treaty Arbitration”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 5, Issue 1, December 2020.

SULLIVAN, JEFF, y KIRSEY, VALERIYA, “Environmental Policies: A shield or a Sword in Investment Arbitration”, *Journal of World Investment & Trade*, No. 18, 2017.

TRINEL, PAUL, “Counterclaims and legitimacy in investment treaty arbitration” *Arbitration International*, Vol. 38 Issue 1-2, 2022.

WAIBEL, MICHAEL, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, *Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge*, Paper No. 9/2014, February 2014.

WAKED JABER, RITA, “La Nature Juridique du Contrat BOT au Regard de la Jurisprudence et de la Doctrine Libanaises”, *Arab Law Quaterly, Advance Articles*, 2023.

Laudos, decisiones arbitrales, y escritos presentados en de procedimientos arbitrales:

Abaclat and others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/05, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 October 2011.

Abaclat y otros c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

Agility Public Warehouse Company K.S.C. v. Republic of Iraq, ICSID Case No. ARB/17/7, Decision on Jurisdiction, 9 July 2019

Aguas del Tunari, S.A c. República de Bolivia, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005.

AHG Industry GmbH & Co. KG v. Republic of Iraq, ICSID Case No. ARB/20/21, Award on the Respondent Application under ICSID Rule 41(5), 30 September 2022.

Alicia Grace y otros c. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/18/4, Resolución Procesal No. 6. Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes, 19 de diciembre de 2019.

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine. ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010.

Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/09, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013.

American Manufacturing & Trading, Inc v. Republic of Zaire, ICSID Case ARB/93/1, Award, 21 February 1997.

Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi,
Affaire CIRDI No. ARB/01/2, Sentence, 21 juin 2012.

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No.
ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014.

*Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Los
Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05, Laudo, 21 de
noviembre de 2007.

Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3,
Award, 27 June 1990.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela,
Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre
de 2001.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID
Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania, ICSID Case No.
ARB/05/22, Award, 24 July 2008.

*Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c.
República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del Tribunal
sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009.

Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5,
Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017.

Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5,
Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012.

Burlington Resources Inc c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.

Burlington Resources Inc y otros c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1 sobre las medidas provisionales de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009.

Cable Television of Nevis Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. The Federation of St. Christopher (St. Kitts) and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 16 December 1996.

Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. La República del Perú, Caso CIADI No. ARB/11/9, Laudo Arbitral, 15 de abril de 2013.

Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009.

Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eduardo Nuno Vaz Osorio Dos Santos Silva, Graham Alexander, Mónica Galán Ríos c. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/2, Laudo sobre Jurisdicción, 21 de noviembre de 2022.

Cervin Investissements S.A & Rhone Investissements S.A. c. La República de Costa Rica. Caso CIADI No. ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2014.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction, 24 May 1999.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002.

Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République Algérienne Démocratique et Populaire, Affaire CIRDI No. ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005.

David Aven y Otros c. La República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo final, 18 de septiembre de 2018.

David Aven y Otros c. La República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Memorial de Contestación, 8 de abril de 2016.

Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on the Respondent's Request for Security for Costs and the Claimant's Request for Security for Claim, 27 January 2020.

El Paso Energy International Company c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006

El Paso Energy International Company c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 octubre 2011.

Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000.

Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató KFT v. Hungary, ICSID Case

No. ARB/12/2, Decision on Respondent's Application for Bifurcation, 13 June 2013.

Espiritu Santo Holdings, LP and L1bre Holding, LLC v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/20/13, Submission of the United States of America, 21 March 2023.

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997.

Fernando Fraiz Trapote c. La República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2019-11, Laudo final, 31 de enero de 2022.

Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006.

Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia, ICSID Case No. ARB/17/29, Dissenting Opinion of Professor Zachary Douglas KC, 27 October 2022.

Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal, Rio Tinto PLC, BP P.L.C., Pacific Resources Investments Limited, BP International Limited, Sangatta Holdings Limited, and Kalimantan Coal Limited, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, 28 December 2009.

Grupo Energía Bogotá, S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/20/48, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 24 de noviembre de 2023.

Hotchief AG c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011.

Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004.

Idris Yamantürk, Tevfik Yamantürk, Musfik Hamdi Yamantürk, and Güriş İnşaat ve Mühendislik A.Ş. (Guris Construction and Engineering Inc.) v. Syrian Arab Republic, ICC Case No. 21845/ZF/AYZ, Final Award, 31 August 2020

International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, CNUDMI, Laudo, 16 de enero de 2006.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.

Karkey Kardeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017.

La República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C., Caso CIADI No. ARB/13/24, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 26 de diciembre de 2013.

Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB/19/1, Memorial de Contestación, 19 de diciembre de 2022.

Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB/19/1, Memorial de Dúplica a la Reclamación Subordinada, 21 de abril de 2023.

Legacy Vulcan, LLC v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/19/1, Procedural Order No. 7, 11 July 2022.

Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021

Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/01/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.

Malicorp v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015

Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Dissenting Opinion by Arbitrator Mauro Rubino-Sammartano, 14 April 2015.

Metal-Tech LTD v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013.

Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. La República Dominicana, Caso CPA No. 2016-17, Laudo final, 3 de septiembre de 2019.

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd., Mobil Venexuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. La República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010.

Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, March 21, 2007.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Oils Gas and Mineral Corporation (Petrobangla) and Bangladesh Petroleum Exploration and Production

Company Limited (Bapex), ICSID Case No. ARB/10/18, Annulment Proceeding, Dissenting Opinion by Committee Member Makhdoom Ali Khan, 9 October 2023.

Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/20/1, Notificación de Arbitraje, 5 de abril de 2019.

Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015

PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/18/1, Laudo, 11 de enero de 2022.

PACC Offshore Service Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. UNCT/18/5, Opinión Concurrente y Disidente del Profesor W. Michael Reisman, 7 de enero de 2022

Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012.

Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión Provisional sobre la Reconvención Ambiental, 11 de agosto de 2015.

Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de junio de 2011.

Perenco Ecuador Ltd c. La República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019.

Perenco Ecuador Ltd v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Annulment, 28 May 2021.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008

Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 9 April 2015.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012.

Raimundo J. Santamarta Devis c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2020-56, Laudo sobre Jurisdicción *Ratione Personae*, 26 de julio de 2023

Rand Investments Ltd, William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and Sembi Investment Limited v. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/18/8, Dissenting Opinion of Professor Marcelo G. Kohen, 26 June 2023.

Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020.

Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo arbitral, 1 de noviembre de 1999.

Rumeli Telekom and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001.

Saluka Investments C.V. v. The Czech Republic, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004.

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Señor Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo, 26 de julio de 2001.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República del Paraguay, Caso CIADI No, ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 13 de febrero de 2010

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003.

Southern Pacific Properties (Middles East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 10 May 1992.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration from W. Michael Reisman, 28 November 2011.

Stabil LLC, Rubenor LLC, Rustel LLC, Novel-Estate LLC, PII Kirovograd-Nafta LLC, Crimea-Petrol LLC, Pirsan LLC, Trade-Trust LLC, Elefteria LLC, VKF Satek LLC, STEMV Group LLC v. The Russian Federation, UNCITRAL, Final Award, 12 April 2019.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A., y AWG Group Ltd. c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006.

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Appendix F to Final Award, 22 June 2001

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Award, 12 July 2001.

TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America, ICSID Case No. ARB/21/63, Reply to Claimant's Observation on The Request for Bifurcation of Respondent United States of America, 2 March 2023.

TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America, ICSID Case No. ARB/21/63, Request for Bifurcation of Respondent United States of America, 11 January 2023.

TC Energy and Transcanada Pipelines Limited v. United States of America, ICSID Case No. ARB/21/63, The United States of America's Memorial on its Preliminary Objection, 12 June 2023.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.

The Lopez-Goyne Family Trust y otros c. República de Nicaragua, Caso CIADI No. ARB/17/44, Laudo, 1 de marzo de 2023.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prof. Prosper Weil, 19 April 2004.

Total S.A. c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010.

Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/24, Separate Opinion of Arbitrator Santiago Torres Bernárdez, 22 November 2017.

Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016.

Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/13/11, Laudo, 25 de julio de 2017.

Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004.

Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Opinión Disidente del árbitro Keith Highet, 8 de mayo de 2000.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

Westmoreland Mining Holdings LLC v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/20/3, Final Award, 31 January 2022.

Decisiones de otros tribunales internacionales:

Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and

Kharg Chemical Company Limited, Iran-United States Claims Tribunal Case No. 53., Partial Award, 14 July 1987.

Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Order of 29 November 2001, I.C.J. Reports 2001.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006, I.C.J. Reports 2006.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 20 December 1988, I.C.J. Reports 1988.

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment of 20 July 1989, I.C.J. Reports 1989.

Interhandel Case, Dissenting Opinion of Sir Hersch Lauterpacht, Judgment of 21 March 1959, I.C. J. Reports 1959.

International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22 August 1946 to 1 October 1946).

Laudo del Árbitro, Estados Unidos — Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos — Arbitraje de conformidad con el Artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001.

L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, 15 October 1926.

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), Judgment of 30 August 1924,
P.C.I.J. Reports 1924, Series A, No 2.

North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969.

Nottebohm Case (second phase), Judgement of 6 April 1955, I.C. J. Reports 1955.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, I.C.J. Reports
1974.

Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment of
1 October 2018, I.C.J. Reports 2018.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim,
Order of 10 March 1998, I.C.J. Reports 1998.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim,
Separate Opinion of Judge Higgins, Order of 10 March 1998, I.C.J. Reports
1998.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion
of 11 April 1949, I.C.J. Reports 1949.

The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Judgement of 28 February 1939, P.C.I.J.
Reports, Series A/B No. 76.

The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Case No. B1
(Counterclaim), Award No. ITL 83-B1-FT, 9 September 2004.

*Westinghouse Electric Corporation v. The Islamic Republic of Iran, The Islamic
Republic of Iran Air Force, Iran Air, and National Iranian Oil Company*, Case
No. 389, Award No. ITL 67-389-2, 12 February 1987.

Textos legales:

Acuerdo de Cooperación Económica entre Países Bajos e Indonesia, de 1968.

Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, de 2015.

Acuerdo de Inversión Revisado para el Área de Inversión Común COMESA.

Acuerdo entre Australia y la República Islámica de Paquistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, de 1998.

Acuerdo entre el Gobierno de Hungría y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 2021.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Ghana y el Gobierno de Malasia para la Promoción y Protección de Inversiones, de 1996.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática del Congo y el Gobierno de la República de Ruanda sobre la Promoción y la Protección de las Inversiones, de 2021.

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2021.

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2000.

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 2007.

Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Albania para la Promoción y Protección de Inversiones, de 1994.

Acuerdo entre la República Eslovaca y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 2016.

Acuerdo entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y la República de Burundi referente al Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones, de 1989.

Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, de 1998.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, de 2006.

Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, de 1991.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, de 1998.

Acuerdo sobre la Promoción, Protección y Garantía de Inversiones entre los Estados Miembro de la Organización de la Conferencia Islámica, de 1981.

Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria, de 2016.

Carta de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho*

Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, de 1991.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Código de inversión Común de ECOWAS, de 2018.

Código de Inversiones de Uganda, de 2019.

Código Minero de la República Democrática del Congo, de 2018.

CPTPP's Drafters' Note on Interpretation of "In Like Circumstances" Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment).

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales), 14 de diciembre de 1960.

Ley de Expropiación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de noviembre de 1936.

Ley de Promoción de la Inversión de Sudán del Sur, de 2009.

Ley No. 43 de 1974 de Egipto.

Modelo de Acuerdo Internacional de Inversión del International Institute for Sustainable Development, de 2005.

Proyecto de Código de Inversión Pan Africano, de 2016.

Proyecto de Convenio sobre Inversiones en el Extranjero (Abs-Shawcross Draft Convention).

Reglamento Administrativo y Financiero.

Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos – República Dominicana.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Mauricio, de 2019.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, de 2007.

Tratado de Asociación Transpacífico.

Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 1991.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá.

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

Tratado sobre Inversiones entre la República de Belarús y la República de India, de 2018.

Páginas de internet:

CIADI, “Arancel de Derechos, Honorarios y Gastos (2023)”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/derechos-honorarios-y-gastos/2023>.

CIADI, “Base de datos de casos”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>.

CIADI, “Base de datos de Estados Miembros del CIADI”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>.

CIADI, “Derechos, Honorarios y Cargos”. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/contenido/derechos-honorarios-cargos>.

CIADI, “Cláusulas modelo”. Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/main-spa.htm>.

CIADI, “Gabon v. Société Serete S.A. (ICSID Case No. ARB/76/1)”. Disponibles en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/76/1>.

Diccionario panhispánico del español jurídico, “Contrademanda”. Disponible en:
<https://dpej.rae.es/lema/contrademanda>.

Diccionario panhispánico del español jurídico, “Reconvención”. Disponible en:
<https://dpej.rae.es/lema/reconvención>.

Páez- Salgado, Daniela, y Zuleta, Natalia. “Perenco v Ecuador: An Example of a “Lengthy, Complex, Multi-faceted, Hard Fought and Very Expensive” Investment Arbitration?”, 14 November 2019, in Kluwer Arbitration Blog. Disponible en:
<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/14/perenco-v-ecuador-an-example-of-a-lengthy-complex-multi-faceted-hard-fought-and-very-expensive-investment-arbitration/>.

Rel-UITA “Grupo Barceló versus Estado nicaragüense. La Procuraduría acelera el trámite y recurre a arbitraje internacional”, 27 de junio de 2008. Disponible en: http://www6.rel-uita.org/sectores/hrct/barcelo_vs_estado.htm.

United Nations Conference on Trade and Development, Investment Policy Hub, “International Investment Agreements”. Disponible en:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

Otros:

Banco Mundial, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, contenida en la Resolución No. 214*, adoptado por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964.

CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconvenciones. Nota de la Secretaría*. UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.193.

GATT, *Concept, Forms and Effects of Arbitration. Note by the Secretariat*, MTN.GNG/NG13/W/20, February 22, 1988.

ICSID, *Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention*, July 2020.

ICSID, *ICSID Regulations and Rules*, 1975.

Institute de Droit International, *Final Resolution Third Commission Provisional Measures, Rapporteur Lord Collins of Mapesbury*, 8 September 2017.

OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011.

OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 2022.

ONU, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU*, 2011.