



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“LA RECONVENCIÓN DE LOS ESTADOS EN
ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE
INVERSIÓN”**

TESIS

Que para obtener el título de
Licenciada en Derecho

PRESENTA

Laura Mejía Hernández

ASESORA

Orlando Pérez Gárate

Ciudad Universitaria, Ciudad de México

2024





Universidad Nacional
Autónoma de México



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/01/07.03.2024

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

La alumna **LAURA MEJÍA HERNÁNDEZ** con número de cuenta **311702112** inscrita en el Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **“LA RECONVENCIÓN DE LOS ESTADOS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN”**, dirigida por el **LIC. ORLANDO PÉREZ GÁRATE**, 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 2° de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 8° 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 07 de marzo de 2024


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 "La Reconvencción de los Estados en Arbitraje Internacional en Materia de Inversión"

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

Laura Mejía Hernández  B11702112
(Nombre completo, firma y número de cuenta)



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR
OFICIO FDER/SCE/003
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

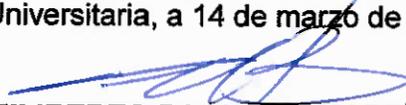
Por este conducto le informo que el trabajo de investigación titulado “**LA RECONVENCIÓN DE LOS ESTADOS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN**”, elaborado por la alumna **LAURA MEJÍA HERNÁNDEZ**, con número de cuenta **311702112**, bajo la asesoría del **LIC. ORLANDO PÉREZ GÁRATE** se sometió 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, en el que se presenta una coincidencia de 12% considerando que se excluyeron las frases menores a 10 palabras y los textos que citan la fuente de la información, es importante mencionar que, sin estos dos filtros, la coincidencia es del 33% en el índice de similitud, como se contiene en el dictamen.

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 14 de marzo de 2024


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

A mi mamá, amiga y confidente

Contenido

Introducción.....	iii
I. Conceptos Fundamentales.....	1
A. Equidad Procesal.....	2
B. Economía Procesal <i>in generi</i>	5
1. Economía procesal en arbitraje de inversión en concreto	6
C. Demanda.....	7
D. Reconvención.....	9
E. Inversión.....	11
F. Inversión Extranjera.....	15
G. Acuerdos Internacionales de Inversión.....	18
1. Obligaciones de protección del Estado receptor de la inversión.....	20
a. No Discriminación.....	20
(1) Trato Nacional.....	21
(2) Nación Más Favorecida (NMF).....	24
b. Expropiación.....	28
(1) Expropiación Directa.....	30
(2) Expropiación Indirecta.....	31
c. Nivel Mínimo de Trato (NMT).....	36
(1) Tratamiento acorde con el derecho internacional consuetudinario.....	39
(2) Trato Justo y Equitativo.....	42
(3) Protección y seguridad jurídica plenas.....	46
H. Arbitraje.....	49
I. Arbitraje de Inversión.....	51
II. Arbitraje de Inversión.....	53

A.	Antecedentes	54
1.	Origen del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado	54
2.	La suscripción de Alls a partir de 1959 y su evolución.....	57
B.	Etapas	61
1.	Notificación de Intención, Consultas o Negociación y Notificación de Arbitraje	62
2.	Constitución del tribunal arbitral y aspectos previos del procedimiento	74
3.	Fase Escrita	77
4.	Fase oral.....	89
5.	Laudo	92
III.	Reconvención de los Estados en Arbitraje de Inversión	95
A.	Consentimiento y jurisdicción.....	99
1.	Consentimiento del inversionista y su alcance.....	101
a.	Consentimiento expreso	103
b.	Consentimiento tácito	107
c.	Consentimiento implícito.....	108
2.	Alcance del consentimiento conforme la cláusula arbitral	113
a.	Cláusulas Inclusivas	114
b.	Cláusulas Excluyentes	122
B.	Conexidad con la reclamación principal.....	127
1.	Conexidad fáctica y jurídica.....	129
IV.	La Reconvención de los Estados como forma de brindar simetría al Arbitraje Internacional en materia de Inversión.....	134
A.	La asimetría en el arbitraje de inversión en el Derecho de las Inversiones y sus efectos.....	134
B.	La reconvención como una posible solución.....	142
V.	Conclusiones.....	146
	Bibliografía.....	149

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis para obtener el grado de Licenciada en Derecho busca estudiar los aspectos que han sido considerados por tribunales arbitrales al decidir sobre la admisión de una reconvencción en un arbitraje internacional en materia de inversión. Asimismo, este trabajo busca responder si la reconvencción es una forma de brindarle equilibrio procesal y sustantivo al arbitraje de inversión.

Antes de abordar estos aspectos, resulta de vital importancia explicar el binomio Derecho-Inversión cuya relevancia se ha visto incrementada como resultado de la globalización, lo que a su vez ha causado mayor complejidad en las relaciones económicas que se desarrollan entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la inversión de estos.

La relación entre inversionistas extranjeros y Estados, surge derivado de las inversiones que realizan los primeros en el territorio de un Estado diferente del que son nacionales con la expectativa de obtener una ganancia.

Sin embargo, es importante precisar que, estas ganancias no constituyen un beneficio únicamente para los inversionistas que realizan las inversiones, ya que los Estados en donde se realizaron también se verán beneficiados, pues aportarán grandes beneficios a su economía, por ejemplo, mediante la generación de empleos, el pago de impuestos o contribuciones, entre otros.

La relación que surge entre inversionistas extranjeros y el Estado es regulada por el Derecho, sin embargo, es importante que, la forma en que sean reguladas estas relaciones debe de reflejar las circunstancias actuales en que se desarrollan.

El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado contenido en los Acuerdos Internacionales de Inversión es una de las formas por las que estas relaciones se regulan. Este mecanismo surge para atender la problemática que, inversionistas extranjeros enfrentaban al invertir en un Estado diferente al que eran nacionales, el cual mediante sus actos podían afectar gravemente su inversión, sin que los inversionistas contaran con un medio de defensa eficaz para hacer frente a estos actos.

Sin embargo, este mecanismo no contempló los efectos que tendría la globalización en las relaciones entre empresas multinacionales y Estados, ni mucho menos consideró la asimetría tanto sustantiva como procesal que podía generar un mecanismo que fue diseñado únicamente con objeto de brindar derechos a los inversionistas mas no obligaciones.

El objeto general de este trabajo de tesis es analizar si las reconvenciones en arbitraje de inversión brindan equilibrio procesal e incluso sustantivo a un mecanismo que nació siendo asimétrico, mediante la aplicación de principios que son inherentes a cualquier proceso.

Los objetivos particulares de este trabajo se explican en cada uno de los Capítulos que conforman la presente tesis.

En el Capítulo I se definen los conceptos fundamentales que resultan de ayuda para tener un mejor entendimiento de este trabajo, tales como los principios de equidad y economía procesal, demanda, reconvención, inversión, arbitraje, entre otros.

Se analizan las definiciones que han sido dadas por doctrinarios, así como por autoridades judiciales o tribunales arbitrales de la materia.

Asimismo, en el Capítulo I se explican las Obligaciones de protección que asumen los Estados mediante la suscripción de Acuerdos Internacionales de Inversión, las cuales constituyen la esencia de cualquier arbitraje de inversión, pues la inobservancia o su violación podrían dar origen a un arbitraje internacional en materia de inversión. Para ello, se analizan algunos laudos emitidos por tribunales en la materia, así como los elementos o aspectos que tomaron en cuenta para considerar si ha habido una violación a estos principios.

El Capítulo II tiene por objeto responder lo siguiente: ¿Las circunstancias bajo las cuales surgió el arbitraje de inversión continúan siendo aplicables a las relaciones entre inversionistas extranjeros y Estados? Para ello se abordarán de manera sucinta los Antecedentes Internacionales del arbitraje de inversión, los cuales sirven para tener un mejor entendimiento sobre las circunstancias que ocurrieron para diseñar un mecanismo

asimétrico en el que únicamente se dotaran de derechos a los inversionistas y no de obligaciones.

Posteriormente, se explican cada una de las etapas que deben de sustanciarse en todos los arbitrajes internacionales en materia de inversión. Estas son: 1. Notificación de Intención, Consultas o Negociación y Notificación de Arbitraje; 2. Constitución del tribunal arbitral y aspectos previos al procedimiento; 3. Fase Escrita en la que se explica la presentación del Escrito de Demanda, Escrito de Contestación, Réplica, Dúplica; 4. Fase Oral y finalmente el Laudo.

El Capítulo III tiene por objeto explicar los elementos que han sido considerados por los tribunales de la materia al estar frente a una reconvencción y decidir sobre su admisión en un arbitraje de inversión.

A través del método comparativo, se analiza el texto de distintos Acuerdos Internacionales en materia de Inversión. Posteriormente, se estudia la aplicación e interpretación de estos preceptos en diferentes arbitrajes de inversión.

El Capítulo IV busca responder si las medidas que los Estados han implementado para hacer frente al desequilibrio procesal, asimismo, se responderá si la reconvencción es una figura que resuelve el desequilibrio de las partes de un arbitraje de inversión.

Asimismo, se explica cómo las medidas implementadas por los Estados tienen, principalmente, un impacto adverso para los inversionistas extranjeros que realicen inversiones en un Estado diferente al que son nacionales, pues a través de ellas, se ha disminuido la protección con la que gozaban al realizar inversiones.

En ese sentido, se analiza cómo la reconvencción resulta una solución al desequilibrio que está presente en los arbitrajes de inversión, los beneficios que otorga la sustanciación de la reconvencción en el procedimiento tanto al Estado como al inversionista, sin que ello pueda contravenir el objeto para el que fue creado el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

Finalmente, se exponen las conclusiones a las que se pueden llegar a través del análisis realizado en este trabajo.

I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. El objetivo general de este capítulo es explicar los conceptos que podrían ayudar a tener un mejor entendimiento del contenido de la presente tesis.
2. Estos conceptos abordan tanto principios generales del Derecho Procesal, así como principios especializados del Derecho de las Inversiones, lo anterior resulta necesario atendiendo al binomio Derecho-Inversión que fue explicado anteriormente.
3. El arbitraje internacional en materia de inversión es un mecanismo de solución de diferencias el cual tiene por objeto dirimir una controversia suscitada entre un inversionista extranjero y un Estado en el cual este inversionista realizó una inversión y el cual es distinto al Estado del cual es nacional.
4. El derecho aplicable en este procedimiento es un Acuerdo Internacional en materia de Inversión (AII) suscrito entre dos o más Estados, del cual el inversionista que desee iniciar un arbitraje de inversión deberá ser nacional de uno de estos Estados y haber realizado una inversión en el territorio del otro Estado Parte de este AII.
5. La disputa en este procedimiento surge cuando el inversionista extranjero considera que algún acto realizado por el Estado receptor de su inversión le ocasionaron pérdidas, daños o destruyeron su inversión.
6. El arbitraje de inversión tiene conceptos propios y especializados en razón de la materia, sin embargo, no se debe dejar a un lado que, en sustancia es un procedimiento, por lo que le resultan aplicables ciertos principios del derecho procesal.
7. Los objetivos particulares del capítulo son:
 - Definir conceptos fundamentales de principios o etapas que se encuentran presentes en cualquier tipo de procedimiento legal, incluyendo el arbitraje de inversión.

- Explicar la aplicación de estos principios procesales en el arbitraje de inversión.
- Demostrar que, a pesar de que un arbitraje de inversión puede tener conceptos o principios que le son propios en razón de la especialización de la materia, al ser un proceso, le son aplicables principios procesales generales.
- Argumentar que, la aplicación de principios procesales generales justifica la presentación de una reconvencción en un mecanismo que fue diseñado únicamente para brindar protección a los inversionistas extranjeros en un territorio diferente al del Estado del que son nacionales.

A. Equidad Procesal

8. El vocablo equidad deriva del latín *aequitas* que significa igual. En su acepción gramatical ha sido definida como “igualdad de ánimo” o “justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva”.¹

9. La equidad procesal ha sido definida como aquel principio por el que las partes —de un procedimiento— tienen las mismas cargas procesales y medios de defensa. En el sistema jurídico mexicano se encuentra consagrado en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²

10. Héctor Fix Zamudio ha definido a la equidad procesal como la igualdad de oportunidades de las partes, la cual se encuentra estrechamente relacionada con el carácter contradictorio de un proceso, es decir, todo proceso necesita la participación de forma equilibrada de las partes cuyos intereses se encuentran contrapuestos.³

¹ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Actualizado el 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/equidad>. Consultado el 8 de febrero de 2024.

² García Aguilar, Nayeli, “Valor probatorio de los documentos digitales emitidos en el juicio en línea, Publicación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. XXIV, 2013, Disponible en <http://cesmdfa.fija.gob.mx/tesisXXIV/pdf/t24.pdf>, Consultado el 5 de noviembre de 2020.

³ Fix Zamudio, Héctor, “Constitución y proceso civil en Latinoamérica”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, pp. 63 y 64.

11. De la definición antes referida, se puede desprender que, para que pueda existir la equidad procesal, es necesario que (i) existan partes cuyos intereses sean opuestos en un procedimiento y (ii) haya un equilibrio en su participación en el procedimiento, es decir, que tengan la oportunidad de tener el mismo número de actuaciones procesales y sustantivas, y cuenten con los mismos medios de defensa.

12. En México, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que el principio de equidad procesal deriva de la igualdad de las personas ante la ley, el cual implica el respeto al principio de contradicción de un proceso. La equidad procesal permite que los sujetos en un litigio cuenten con las mismas oportunidades de alegar y probar lo que estimen conveniente para sus pretensiones.⁴

13. Con base en lo anterior, se robustece la hipótesis de que la equidad procesal es un principio eminentemente orientador para las actuaciones de las partes en un procedimiento.

14. En el ámbito del arbitraje internacional en materia de inversión, la equidad procesal ha sido denominada como “igualdad de armas”, la cual al igual que en cualquier procedimiento constituye un principio fundamental, el cual requiere que las partes que participan en un procedimiento cuenten con las mismas oportunidades.⁵

15. Autores como el jurista Thomas Wälde, considera que, en un arbitraje de inversión este principio no es cumplido en su mayoría por los Estados, pues es complicado separar la dualidad con la que cuentan, es decir, por un lado ser una parte contendiente en el arbitraje y por otro lado ser un Estado soberano que cuenta

⁴ Tesis 2ª.XV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VI, Tomo 1, Marzo de 2012, p. 775.

⁵ Dias Simões, Fernando, “Clandestine Awards, Information Asymmetries, and Equality of Arms in Investment Arbitration”, Research Paper No. 2021-31, Journal of Dispute Resolution, Volume 2021, Issue 2, Article 8, The Chinese University of Hong Kong, Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3866316. Consultado el 8 de febrero de 2024.

con diversos medios o tácticas a su disposición para usar en contra de su contraparte,⁶ lo cual podría afectar la defensa del inversionista en el procedimiento.

16. Por otro lado, para efectos de este trabajo, considero que este principio resulta ser el más relevante respecto la posibilidad de que un Estado presente una reconvencción en un arbitraje de inversión.

17. El sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, desde sus inicios fue concebido como un mecanismo asimétrico, el cual ha sido entendido como un medio de defensa con el que cuentan los inversionistas extranjeros en contra de actos de un Estado, sistema que únicamente otorga derechos a los inversionistas más no obligaciones.

18. A pesar de que autores como Thomas Wälde consideran que el Estado cuenta con poderes soberanos mediante los que podría realizar acciones en contra del inversionista que podrían afectar el principio de igualdad de armas, considero que en el marco de un arbitraje de inversión los inversionistas cuentan con medios de defensa dentro del procedimiento para mitigar estos actos realizados por el Estado, como podría ser solicitar la emisión de medidas provisionales.

19. En esa tesitura, se puede concluir que la reconvencción únicamente puede traducirse como una forma en que el principio de igualdad de armas puede hacerse efectivo en un mecanismo que está diseñado únicamente para proteger inversionistas, pues este otorgará al Estado la posibilidad de presentar su caso ante un tribunal y sin que tenga que limitarse a contestar o defenderse de las reclamaciones del inversionista. Asimismo, se hace efectivo el principio respecto del inversionista, pues las reclamaciones del Estado podrán ser analizadas y resueltas por un tribunal independiente al Estado.

⁶ Wälde, Thomas W., Chapter 8 “Equality of Arms” in Investment Arbitration: Procedural Challenges en Arbitration Unver International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Mayo 2010, Disponible en: <https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/tw-chapter8.pdf>. Consultado el 8 de febrero de 2024.

B. Economía Procesal *in generi*

20. La economía procesal es uno de los principios del Derecho Procesal, el cual tiene un impacto en la forma en cómo se estructura y lleva a cabo un proceso. Este principio tiene como fin “la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales: obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo [...]”.⁷

21. De la definición antes referida se pueden desprender que la economía procesal supone dos elementos fundamentales: (i) Ahorro de esfuerzo y costos y (ii) Máximo rendimiento.

22. Riba Trepas establece que el principio de economía procesal implica la máxima actividad jurisdiccional al mínimo gasto, esto es, brindar la máxima tutela de un interés jurídico en el menor tiempo posible.⁸

23. Esta definición también recoge los elementos de ahorro de esfuerzo y coste y máximo rendimiento, pues se puede entender que, esto sucederá a través de la máxima tutela del interés jurídico.

24. Otros autores han concebido a la economía procesal como una regla del proceso, y no como un principio, es decir, han explicado que, la economía procesal debe ser entendida como la forma en que se determina o no la gratuidad del proceso, la secuencia del procedimiento, acumulación de actuaciones y la periodicidad o preclusión de las actuaciones.⁹ De ello, se puede considerar que esta definición únicamente brinda ejemplos de las formas en que el principio de

⁷ Carretero Pérez, Adolfo, “El principio de Economía Procesal en lo Contencioso Administrativo”, en Revista de administración pública, No. 65, España, 1971, ver <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111224>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁸ Sánchez, Justo Gil et. al., “La Modernización de la justicia en España”, España, ed. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, España, 2003, p. 70.

⁹ Gozáni, Osvaldo A., “El desplazamiento de los principios procesales hacia las garantías que consolidan un Derecho nuevo: El Derecho Procesal Constitucional.” Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/15.pdf>, p. 330. Consultado el 8 de febrero de 2024.

economía procesal se puede ver reflejado en un procedimiento, sin embargo, resulta debatible que esta sea considerada como una regla y no un principio.

25. Tener a la economía procesal como una regla, supondría que esta pueda cumplirse o no, sin embargo, elevarla al grado de principio, conlleva a que la economía procesal deba de estar presente en cualquier procedimiento.

1. Economía procesal en arbitraje de inversión en concreto

26. En relación con la economía procesal en un arbitraje de inversión y en particular respecto las reconvenções de los Estados en estos arbitrajes, la economía procesal podría ser considerada como otro de los principios más importantes para determinar la admisibilidad de una reconvencción, pues esta evitará el inicio de un nuevo procedimiento, lo que podría implicar decisiones contradictorias.

27. De no permitir que un Estado presente una reconvencción, este podría iniciar un nuevo procedimiento ante sus propias cortes domésticas con el objeto de perseguir su causa legal, lo cual podría resultar desfavorable para el inversionista y dar origen a un nuevo arbitraje de inversión, lo cual a su vez supondría mayores costos y tiempo que tendrían que invertir tanto el inversionista como el Estado en la sustanciación de ambos procedimientos.

28. Esto es así porque el Estado no cuenta con ningún otro medio de defensa para hacer frente a las afectaciones que un inversionista cause derivado de sus inversiones, únicamente puede recurrir a sus propias cortes para hacer valer sus derechos, lo cual incluso podría ser combatido por el inversionista mediante una solicitud de medidas provisionales dentro del arbitraje.

29. Lo anterior aconteció en *Millicom v. Senegal*¹⁰. En este caso, Millicom solicitó medidas provisionales para que se ordenara que se suspendiera un procedimiento llevado ante una Corte Regional de Senegal por el cual podría declararse inválida una concesión de la que era titular.

30. Senegal alegó que, si la decisión que eventualmente fuera emitida por la Corte Regional le llegara causar un perjuicio o daño al inversionista, este tenía la posibilidad de reclamar una compensación en el arbitraje, sin embargo, Senegal no contaba con ningún medio de defensa para poder llevar ante el tribunal arbitral su reclamación. El tribunal, de igual forma reconoció la posibilidad del inversionista de reclamar las afectaciones que considerara pertinentes en caso de perder el juicio en la corte de Senegal.

31. Es importante destacar que, la economía procesal en el arbitraje de inversión en relación con las reconvenciones, puede tener eficacia al permitir que un Estado presente una reconvención, incluso evita que el inversionista se vea obligado a presentar solicitudes interlocutorias, como medidas provisionales, lo cual, podría interrumpir el propio arbitraje, alargar su duración o generar mayores costes, pues evitará que las partes inviertan recursos económicos y humanos en la sustanciación de esta etapa procesal interlocutoria.

32. En conclusión, la aplicación del principio de economía procesal en el arbitraje de inversión mediante la presentación de una reconvención, no solo brinda beneficios para el Estado que la presenta, también los otorga para el inversionista, pues evitará que este incurra en mayores gastos y esfuerzos en plantear su defensa no solo en el arbitraje sino también en posibles procedimientos domésticos que pudiera iniciar el Estado en sus cortes nacionales.

C. Demanda

¹⁰ *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on the Application of Provisional Measures, 9 December 2009, párr. 49.

33. En su acepción gramatical, demanda es aquella súplica, petición, solicitud.¹¹

34. Alcalá Zamora ha definido a la demanda como “instancia, petición, solicitud o pretensión y en manera alguna a interrogación”.¹²

35. También ha sido definida como aquel acto jurídico dirigido a un órgano jurisdiccional con el objeto de iniciar su actividad jurisdiccional para conducir un proceso en el que una parte busca obtener determinadas pretensiones.¹³

36. De las definiciones antes referidas, queda de manifiesto que, la demanda constituirá la solicitud del demandante en la que especificará su pretensión y servirá para activar la función jurisdiccional del órgano ante el que se vaya a sustanciar el procedimiento.

37. La demanda es una parte fundamental de la etapa expositiva o postulatoria de un proceso, pues será el instrumento por el que una parte manifestará sus pretensiones, narrará los hechos asociados a la *litis* y los fundamentos jurídicos en los que basa sus pretensiones.¹⁴

38. Es decir, la demanda es la primera actuación en un procedimiento, en esta la demandante va a detallar los hechos que dieron origen a la controversia y los fundamentos jurídicos que sirven como base a la acción, fijará los puntos que se encuentran en disputa entre las partes, y únicamente con base en esos hechos y puntos en controversia, el demandado buscará refutarlos en el momento procesal oportuno.

39. En un arbitraje de inversión, a diferencia de cualquier procedimiento doméstico, el procedimiento no inicia con la presentación de la demanda sino con

¹¹ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Actualizado el 2023. Disponible en <https://dle.rae.es/demanda>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

¹² Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, “Cuestiones de terminología procesal”, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 84.

¹³ Barrios, Eduardo, “La Demanda en el Proceso Civil y Comercial”, Argentina, ed. Veléz Sarsfield, 1986, p. 71.

¹⁴ Fix Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela, “Derecho procesal”, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60.

la Solicitud de Arbitraje o Notificación de Arbitraje del inversionista, la cual es presentada una vez que la controversia no pudo ser dirimida por medio de consultas o negociación. En esta explica de forma breve los hechos y las obligaciones contenidas en el tratado que considera que fueron violadas por el Estado y establece la compensación que considera equivalen a la afectación que los actos del Estado ocasionaron a su inversión

40. Posteriormente, al igual que en derecho doméstico en su demanda el inversionista explicará los hechos que dan origen a su reclamación, los cuales normalmente se encuentran relacionados con el derecho doméstico del Estado receptor de su inversión, posteriormente explicará cómo esta actuación del Estado violó sus obligaciones contenidas en el AII aplicable afectando su inversión, y finalmente presentará la valuación de los daños que sufrió su inversión.

41. Asimismo, esta demanda podrá ser acompañada de anexos documentales, informes de experto y declaraciones testimoniales para fortalecer la postura, en este caso, del inversionista.

42. En conclusión, a pesar de que un arbitraje de inversión no inicia con la presentación de la demanda, esta explicará de una manera más profunda los hechos que dan origen a la reclamación del inversionista, y la forma en que el actuar del Estado contraviene las obligaciones previstas en el AII aplicable.

D. Reconvención

43. Judicialmente, tribunales mexicanos han definido a la reconvención como aquella contrademanda que es formulada por el demandado al dar contestación a la demanda, por la que hará valer una acción independiente y autónoma de aquella que dio inicio al juicio.¹⁵

¹⁵ Tesis I.8o.C.J/23, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Julio de 2007, p. 2386.

44. En ese sentido, una reconvencción es una acción ejercida por el demandado diferente a las excepciones y defensas que pudiese oponer en contra de la demanda, pues por medio de esta persigue alguna pretensión diferente a la desestimación de la demanda que fue interpuesta en su contra.¹⁶

45. De las dos definiciones antes mencionadas, resulta claro que, la reconvencción constituirá una nueva reclamación por el demandado en contra de quien hubiere iniciado un procedimiento en su contra.

46. En otras palabras, a través de la reconvencción el demandado podrá llevar ante el tribunal que conozca de la demanda su propio caso, sin que tenga que limitarse a refutar las alegaciones del demandante.

47. José Chiovenda ha establecido que la reconvencción es la acción del demandado, sin embargo, enfatiza en que esta es distinta de la acción (contestación de la demanda) por la que niegan los hechos o pretensiones planteadas en la demanda. Asimismo, la ha definido como la forma en la que “el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor”.¹⁷

48. La definición antes referida trae a la vista la estrecha relación entre la reconvencción y la demanda, es decir, a pesar de que la reconvencción es una acción independiente, esta surge o se desarrollará dentro del mismo procedimiento que inició el demandante.

49. Por su parte, el Grupo de Trabajo de Terminología de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) en el ámbito del derecho de las inversiones ha definido a la reconvencción como aquella reclamación del demandado, diferente a un medio de

¹⁶ Idem.

¹⁷ Chiovenda, José, “Derecho Procesal Civil”, t. 2, España, ed. Reus, 1925, pp. 666 y 667.

defensa, a través de la que el Estado buscará algún remedio en contra de la conducta ilícita que hubiese realizado un inversionista en su territorio.¹⁸

50. De las definiciones antes mencionadas se pueden desprender ciertos elementos de la reconvención que deben de ser tomados en cuenta:

- Es una acción ejercida por el demandado;
- Acción diferente a la contestación de la demanda, excepciones y/o defensas;
- El demandado a través de la reconvención busca perseguir su propia pretensión o reclamación.

51. Lo anterior resulta de suma relevancia, pues se debe de subrayar el hecho de que la reconvención no tiene por objeto que el demandado, en este caso el Estado, se limite a dar contestación o presentar algún tipo de defensa en contra de las reclamaciones del inversionista. Por medio de la reconvención un Estado puede presentar su propio caso ante el tribunal que está conociendo del caso y solicitar que el inversionista repare los daños o afectaciones que hubiera causado en su territorio con motivo de la inversión realizada.

E. Inversión

52. Gramaticalmente, la palabra inversión es definida como el acto de colocar dinero, esfuerzo, tiempo, etc. en algo, con el objeto de obtener una ganancia o ventaja.¹⁹

¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019.

¹⁹ Cambridge University Press & Assessment, “Cambridge Dictionary”, 2024. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/investment>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

53. La UNCITRAL ha definido inversión como aquella operación económica llevada a cabo por un inversionista, quien puede ser una persona física o moral, por medio de una aportación económica en un tiempo determinado teniendo en cuenta que está tiene un riesgo mínimo.²⁰

54. Entonces, de estas definiciones se desprende que, toda inversión comprenderá la colocación de capital, la cual está diseñada para que se realice en un tiempo determinado en el cual se espera recibir una ganancia, teniendo en cuenta que esta podría tener un riesgo económico.

55. En materia de arbitraje de inversión la definición de lo que puede ser entendido como una inversión, se encuentra contenida en los AII, lo cual resulta de suma relevancia, pues ésta determinará las inversiones extranjeras que gozarán de la protección del tratado.

56. A pesar de lo anterior, la mayoría de los AII no contemplan una definición de lo que debe de entenderse como inversión, pues las Partes de estos tratados han optado por ser ilustrativas y enunciar lo que puede constituir una inversión en el marco del tratado. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los Estados por acotar la definición, ha correspondido a los tribunales arbitrales interpretar el alcance de dicho término.

57. En ese sentido, la mayoría de los AII's prevén cinco categorías de lo que puede ser entendido como una inversión en el marco del tratado:

- Bienes muebles e inmuebles;
- Distintos tipos de interés en una empresa;
- Reclamaciones pecuniarias o reclamaciones derivadas de un contrato que cuenta con un valor financiero;
- Propiedad intelectual, y

²⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, "Glossary Working Group", coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019.

- Licencias o concesiones.²¹

58. Para efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el Artículo 1139 establece lo que debe entenderse como inversión, por ejemplo:

- Una empresa;
- Acciones de una empresa;
- Obligaciones de una empresa;
- Préstamo a una empresa;
- Una participación en una empresa que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; entre otros.

59. Asimismo, con el objeto de acotar el alcance de dicha definición, el TLCAN ha establecido lo que no puede ser entendido como una inversión (e.g. reclamaciones pecuniarias derivadas de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio exceptuando las previstas en el tratado, etc.).²²

60. Respecto de las reglas procesales que pudieran ser aplicables a un arbitraje de inversión, aunque no definen lo que debe de entenderse como inversión, establecen que la jurisdicción del organismo que administrará la disputa será sobre aquellas diferencias que surjan respecto de una inversión de un inversionista extranjero en un Estado.

61. En ese sentido, el artículo 25 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) establece que:

²¹ Pollan, Thomas, "Legal Framework for the Admission of FDI", Países Bajos, ed. Eleven International Publishing, 2006, pp. 32-36.

²² Artículo 1139, Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

(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.²³

62. Dicha disposición cobró relevancia por los tribunales arbitrales después de la decisión del tribunal *Salini Constructory c. Moroco*, del cual surgió el conocido “*Salini Test*”.

63. Al respecto, el Profesor Schreuer apunta que el *Salini Test* enlista una serie de elementos que, se encuentran presentes en la mayoría de las operaciones que son objeto de un arbitraje CIADI.²⁴

64. En ese sentido, los requisitos conforme el *Salini Test* que deben satisfacerse para que determinar la existencia de una inversión son:

- Contribución;
- Duración;
- Riesgo, y
- Otorgar un beneficio al desarrollo económico del Estado anfitrión.²⁵

65. Los elementos de lo que debe de considerarse una inversión conforme el *Salini Test* resultan interesantes, pues este al considerar que, una inversión debe

²³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 25.

²⁴ Pahis, Stratos, “Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 45:1, Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=yjil>, pp. 82-83. Consultado el 9 de febrero de 2024.

²⁵ *Salini Constuttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Case No. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, 23 de julio de 2011, párrs. 52-57.

de otorgar un beneficio al desarrollo económico del Estado anfitrión, le otorga cierto grado de especialización en razón de la materia a las inversiones.

66. A pesar de que el *Salini Test* ha sido utilizado por un gran número de tribunales arbitrales, otros tribunales como *Abaclat* o *Biwater* han tomado un enfoque más “intuitivo”, señalando que este análisis solo constituye un criterio orientador para determinar la existencia de una inversión, y no una exigencia.²⁶

67. En un arbitraje de inversión, analizar la existencia de una inversión en el marco de un AIJ será de suma relevancia, pues ello determinará si esta inversión goza de la protección del tratado y si una controversia relacionada con esta puede ser objeto de un arbitraje y en consecuencia, si un tribunal puede tener jurisdicción para conocer de esta.

F. Inversión Extranjera

68. Como se mencionó en la sección anterior, una inversión surge cuando una persona destina bienes, propiedades o derechos a la realización de un fin con el propósito de obtener un beneficio, ingreso o utilidad.

69. La inversión extranjera se puede definir como la transferencia de fondos o materiales de un país, el cual recibirá el nombre de país exportador de capital, a otro país, denominado país receptor, a cambio de la participación directa o indirecta en las ganancias generadas por la inversión.²⁷

70. La inversión extranjera implica la transferencia de bienes o activos, tangibles e intangibles de un país a otro con la finalidad de que se utilicen en ese lugar para

²⁶ Pahis, Stratos, “Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 45:1, Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=yjil>, p. 84 Consultado el 9 de febrero de 2024.

²⁷ Sornarajah, Muthucumaraswamy, “The International Law on Foreign Investment”, 3a Edición, Reino Unido, ed. Cambridge University Press, 2004, p. 8.

generar riqueza y bienestar, ello bajo el control total o parcial del propietario de los activos.²⁸

71. En México, la Ley de Inversión Extranjera publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, ha definido a la inversión extranjera como:

Artículo 2o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...]

II. Inversión Extranjera:

a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas;

b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y

c) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.²⁹

72. Es importante precisar que, esta definición únicamente podrá tener efectos a un nivel interno, es decir, en caso de existir una controversia entre México, en este caso, o un inversionista extranjero, a efecto de determinar si su inversión es extranjera y puede gozar de una protección, se deberá de estar a lo que mencione el texto del tratado que resulte aplicable y no así a la ley doméstica.

73. La inversión extranjera puede clasificarse en inversión extranjera directa e indirecta. La primera de ellas puede definirse como “aquella efectuada por particulares para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de negocios, en un país extranjero”.³⁰ Por su parte, la inversión extranjera indirecta es “aquella efectuada generalmente a través de préstamos entre gobiernos, o de organismos internacionales a gobierno o a empresas públicas, o a través de la

²⁸ Ídem.

²⁹ Ley de Inversión Extranjera, 15 de junio de 2018, Artículo 2.

³⁰ Ramos Garza, Óscar, “México ante la inversión extranjera”, 3ª Edición, México, ed. Docal Editores, 1974, p. 3.

colocación de valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores del país que otorga el crédito.”³¹

74. En ese sentido, la principal diferencia entre la inversión extranjera directa e indirecta es el hecho de que en la inversión extranjera directa el inversionista se encarga de administrar la inversión con el objeto de crear un vínculo duradero en el país receptor de su inversión con fines económicos a largo plazo.

75. En el marco de un arbitraje de inversión, la inversión extranjera se encuentra estrechamente relacionada con la “nacionalidad” de la inversión, lo cual para este procedimiento es de suma relevancia, pues este elemento será el que le otorgue legitimidad al inversionista para poder activar el mecanismo de solución de controversias.

76. Dicho aspecto ha sido reconocido por académicos como Javier García Olmedo, al determinar que el mecanismo de solución de diferencias está diseñado para resolver controversias entre Estados e inversionistas extranjeros.³²

77. Esto ha sido recogido en el Convenio CIADI, al establecer que, el CIADI tendrá jurisdicción sobre las controversias que surjan entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante. En ese sentido, define a “nacional de otro Estado Contratante” de la siguiente manera:

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda 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

³¹ Ídem.

³² García Olmedo, Javier, “Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?”, ed. *Journal of International Dispute Settlement*, Volúmen 8, Tomo 4, 2017, pp. 41-42.

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.³³

78. Por su parte, el tribunal de *Bayview* determinó que, conforme el artículo 1139 del TLCAN, para tener el carácter de inversionista se debe de realizar una inversión en el territorio de otro Estado Parte del TLCAN, más no en el propio, es decir, en el Estado del que se es nacional.³⁴

79. De lo antes analizado, podemos concluir que, determinar si una inversión es extranjera –así como su nacionalidad- es de suma importancia para un arbitraje en materia de inversión, pues este mecanismo ha sido diseñado únicamente para que extranjeros puedan demandar a un Estado en el que hubieran realizado una inversión diferente al de su nacionalidad, de lo contrario, será complicado que pudiera prosperar en su reclamación.

G. Acuerdos Internacionales de Inversión

80. Los AII son tratados internacionales en materia de inversión, los cuales tienen como objetivo la promoción y protección de las inversiones extranjeras, es decir, las inversiones que realicen los nacionales de un país en un Estado —distinto al de su nacionalidad—. ³⁵

³³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 25.2.

³⁴ *Bayview Irrigation District et al. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso TLCAN/CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo (en Jurisdicción), 19 de junio de 2007, párrs. 102, 105.

³⁵ Secretaría de Economía, Acuerdos Internacionales sobre Inversiones, ver <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos/acuerdos-internacionales-de-inversion>, Consultado el 3 de diciembre de 2020.

81. Lo anterior fortalece lo mencionado previamente, pues el objeto de estos tratados únicamente es la protección y fomento de las inversiones extranjeras que sean nacionales de una Parte del AIJ en otro Estado Parte.

82. La UNCITRAL ha definido a los AIJs como aquel tratado bilateral o multilateral el cual tiene por objeto promover y proteger las inversiones de forma recíproca cuando estas se realicen por nacionales de una Parte en el territorio de la otra Parte.³⁶

83. Los AIJs pueden ser principalmente de tres tipos:

- Tratados Bilaterales de Inversión o Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones;
- Acuerdos Económicos Bilaterales que contengan disposiciones en materia de inversión y
- Acuerdos de Inversión celebrados entre más de dos Estados.

84. Los AIJs regulan únicamente las relaciones en materia de inversión entre los Estados signatarios, sin embargo, es importante destacar que existen tratados internacionales en materia económica que contienen disposiciones en materia de inversión, como es el caso de los tratados de libre comercio o bien, los acuerdos de cooperación económica, sin embargo, su diferencia con los tratados previamente mencionados radica en que éstos regulan diversas materias, y no solo temas de inversión (e.g. comercio de bienes, reglas de origen, obstáculos técnicos al comercio, etc.).³⁷

85. Como fue mencionado *supra*, uno de los principales objetos de los AIJs es proteger a las inversiones extranjeras, lo cual sucede a través de las obligaciones que adquieren los Estados, mediante la suscripción del AIJ, respecto el tratamiento que se les dará a las inversiones de los nacionales de otro Estado Parte.

³⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019.

³⁷ Ídem.

86. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados, los AIIs establecen diversos mecanismos de solución de diferencias, entre los que se encuentra un procedimiento para resolver las controversias que surjan entre una Parte y un inversionista de otra Parte.

87. Este mecanismo dará inicio cuando un inversionista extranjero considere que, los actos del Estado receptor de su inversión han afectado esta y ha incumplido las obligaciones de protección previstas en el AII.

88. En ese sentido, en un arbitraje internacional en materia de inversión, el derecho aplicable lo será el AII.

1. Obligaciones de protección del Estado receptor de la inversión

89. Cada AII establece las obligaciones a las que el Estado receptor de la inversión se compromete a cumplir para brindar protección a la inversión cuya nacionalidad sea la de otro de los Estados signatarios.

90. Estas obligaciones pueden varían entre un tratado y otro, sin embargo, existen ciertas obligaciones que están previstas en la mayoría de los AIIs, las cuales se explicarán a continuación.

a. No Discriminación

91. Los AIIs han establecido la obligación de los Estados de no implementar medidas que sean discriminatorias o arbitrarias para el mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.

92. Para la aplicación de este principio es necesario que se realice un análisis de forma individual, es decir caso por caso, pues requiere el estudio de todos los factores que concurrieron en el caso concreto para determinar si hubo o no violación a este estándar.

93. En el Derecho de las Inversiones, la obligación de no discriminación se refiere al compromiso del Estado receptor de la inversión de NO dar un trato desfavorable a los inversionistas extranjeros.

94. El tribunal de *South American Silver c. Bolivia*, aceptando la definición de las partes respecto la obligación de no discriminación, estableció que, “la discriminación implica un tratamiento diferenciado de personas o compañías en circunstancias similares, sin una justificación racional para dicho tratamiento diferenciado”.³⁸

95. De la definición antes referida, se puede deducir que, el análisis que deba de realizarse para determinar la violación a este principio, siempre supondrá un análisis comparativo respecto el trato que el Estado otorgó a otros que se hubieran encontrado en las mismas circunstancias que el inversionista que alega la violación.

96. Esta protección del Estado se debe de garantizar de diversas formas:

- Trato Nacional
- Nación más favorecida

(1) Trato Nacional

97. Refiere a la obligación del Estado de no dar un trato menos favorable a las inversiones extranjeras que el que es otorgado a las nacionales.³⁹ Por su parte, la UNCITRAL ha definido al Trato Nacional como el “régimen jurídico no menos favorable que el acordado a los nacionales.”⁴⁰

³⁸ South American Silver Limited c. El Estado Plurinacional de Bolivia, PCA Caso No. 2013-15, Laudo, 22 de Noviembre de 2018, párr. 710.

³⁹ Nadakavukaren Shefer, Krista, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, 3a Edición, Reino Unido, ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2020, Sección 5.3.

⁴⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 16.

98. En este caso, el análisis comparativo que deberá de utilizarse para determinar la violación a este principio, es el trato que el Estado hubiere otorgado a sus nacionales respecto del que otorgó al inversionista extranjero que se encontrara en las mismas circunstancias que los primeros.

99. El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), República Dominicana y EE.UU. en su Artículo 10.3 Trato Nacional, establece lo siguiente:

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte.⁴¹

100. El DR-CAFTA detalla las actividades en la que los Estados Parte se han comprometido a no dar un trato más favorable a sus nacionales (*i.e.* establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y a pesar de que pareciera que limita las actividades en las que este trato debe de ser garantizado, al establecer “u otra forma de disposición” le da un alcance más amplio a esta obligación.

101. Asimismo, es claro en establecer que esta obligación deberá de ser cumplida a nivel regional.

⁴¹ Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 5 de agosto de 2004.

102. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, regula la obligación de Trato Nacional en su Artículo 1102, estableciendo lo siguiente:

Artículo 1102: Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.⁴²

103. Analizando dicho artículo, distintos tribunales TLCAN⁴³ han determinado que, para que se pudiera determinar que, hubo una violación al trato nacional, deben de probarse distintos factores.

104. *Primero*. El inversionista debe de demostrar que, recibió un trato respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.

105. *Segundo*. El inversionista debe de estar en circunstancias similares a la de los inversionistas nacionales del Estado demandado.

106. *Tercero*. El Estado debió de tratar al inversionista extranjero de una forma menos favorable de la que trata a sus inversionistas nacionales.

⁴² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023.

⁴³ United Parcel Service of America Inc. c. Canadá, Laudo, 24 de mayo de 2007, párr. 83. *Ver también* Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 de enero de 2008, párr. 117.

107. Otro ejemplo fue lo determinado por el tribunal de *Champion c. Egipto*, el cual, analizando el Artículo II.2.a del AI⁴⁴ entre EE.UU. y Egipto resolvió de forma en una forma más sucinta que, para poder determinar un cumplimiento a la obligación de no discriminación fue cumplida no debe de existir un trato menos favorable entre inversionistas extranjeros y nacionales que estén en circunstancias similares.⁴⁵

108. De las decisiones antes referidas se puede desprender que, el cumplimiento de la obligación de trato nacional supone dos factores:

- El Estado no debe de otorgar un trato más favorable a sus inversionistas nacionales que el que le es otorgado a inversionistas extranjeros; y
- Los inversionistas extranjeros y nacionales deben de estar en circunstancias similares.

(2) Nación Más Favorecida (NMF)

⁴⁴ Article II Encouragement and Promotion of Investments [...] 2. (a) Each Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investments of nationals or companies of the other Party, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of its own nationals and companies, or nationals and companies of any third country, whichever is the most favorable. [...]. APPRI Estados Unidos-Egipto.

Traducción de cortesía

[...] 2. (a) Cada Parte otorgará a las inversiones en su territorio, y a las actividades conexas relacionadas con dichas inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte, un trato no menos favorable que el otorgado en situaciones similares a las inversiones y actividades conexas de sus propios nacionales y sociedades, o de nacionales y sociedades de cualquier tercer país, según cuál sea el más favorable.

⁴⁵ *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006.

109. El estándar de NMF, refiere a la obligación del Estado de no dar un trato menos favorable a una inversión extranjera que al otorgado a una inversión que también sea extranjera pero sea nacional de un tercer Estado.⁴⁶

110. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha definido a la cláusula de Nación Más Favorecida como aquel compromiso de los Estados de dar un trato no menos favorable a las inversiones de una Parte respecto al otorgado a las inversiones de un tercer Estado que estén en circunstancias similares respecto áreas cubiertas por dicha cláusula. En ese sentido, este estándar de tratamiento sólo puede ser aplicable cuando la cláusula de NMF se encuentre prevista en el AII, de lo contrario, los Estados pueden dar un tratamiento diferente a las inversiones extranjeras dependiendo de la nacionalidad de estas.⁴⁷

111. De las dos definiciones mencionadas *supra*, se desprende que, al igual que en el principio de Trato Nacional, para determinar una violación al estándar de NMF, será necesario llevar a cabo un análisis comparativo, sin embargo, en este caso el factor comparable deberá de ser el trato que le hubiere sido otorgado a un inversionista de un Estado que no sea Parte del AII aplicable.

112. El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) en su Artículo 14.5 Trato de Nación Más Favorecida, establece lo siguiente:

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el trato que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las

⁴⁶ Nadakavukaren Shefer, Krista, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, 3a Edición, Reino Unido, Ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2020, Sección 5.3

⁴⁷ Organization for Economic Cooperation and Development, "Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, Disponible en: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf, Consultado 8 de febrero de 2024.

inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.

3. El trato otorgado por una Parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, con respecto a un gobierno distinto del nivel central, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno a los inversionistas en su territorio, y a las inversiones de aquellos inversionistas, de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte.

4. Para mayor certeza, si el trato se otorga en “circunstancias similares” conforme a este Artículo depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.⁴⁸

113. El lenguaje del precepto antes referido resulta de gran relevancia, pues conforme el lenguaje del T-MEC este reconoce que, las Partes pueden otorgar un trato diferenciado cuando encuentren su justificación en la persecución de objetivos legítimos de bienestar público. Esto, como se explicará más adelante, ha incluso sido reconocido por tribunales de la materia.

114. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) en el Artículo 9.5 regula lo concerniente a la obligación de Trato de Nación Más Favorecida de la siguiente manera:

Artículo 9.5: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

⁴⁸ Artículo 9.5, Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020.

3. Para mayor certeza, el trato al que se refiere este Artículo no abarca los procedimientos o mecanismos internacionales de solución de controversias, tales como aquellos incluidos en la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado).⁴⁹

115. De la disposición antes referida se desprende que, la obligación de NMF se encuentra exceptuada del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, esto es, un inversionista no podrá alegar que este principio es violado cuando se le esté otorgando un mejor trato a un inversionista durante la sustanciación de un arbitraje.

116. De forma similar, el Artículo 3 del AIJ suscrito entre Albania y Reino Unido, dispone que la cláusula NMF —y Trato Nacional— únicamente será aplicable a los artículos 1 a 11 del tratado.

117. El lenguaje de esta cláusula limita el alcance de la aplicación del estándar NMF a ciertas disposiciones del tratado.

118. En contraste a lo anterior, el AIJ entre Argentina y España dispone que la cláusula NMF cubre todas las materias previstas en el tratado.⁵⁰

119. En ese sentido, resulta relevante que, dependerá únicamente de la voluntad de las Partes de un AIJ restringir el ámbito de aplicación de la cláusula NMF.

120. Como ya lo mencionamos, al igual que en el estándar de Trato Nacional, determinar una violación a la cláusula NMF dependerá de un análisis comparativo respecto el trato que recibieron otros inversionistas extranjeros que se encontraban en circunstancias similares. Por lo anterior, ha correspondido a los tribunales resolver sobre las circunstancias que deben concurrir para determinar que los inversionistas se encontraban en circunstancias similares y, en consecuencia, el incumplimiento a esta obligación.

⁴⁹ Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, Chile, suscrito el 8 de marzo de 2028, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2018.

⁵⁰ 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, párrs. 52-53.

121. El tribunal de *Parkerings c. Lituania* determinó que, para poder concluir que los inversionistas se encuentran en circunstancias similares tres condiciones se deben de cumplir:

- Que el inversionista sea extranjero;
- Que los inversionistas participen en el mismo sector económico; y
- Los inversionistas deben de recibir un trato diferenciado.⁵¹

122. Respecto la última condición, este tribunal determinó que, este trato diferenciado podría encontrarse justificado si el Estado persigue un objetivo legítimo. Lo cual ya ha sido reconocido por diversos AIs (e.g. T-MEC, TIPAT, etc.)

123. Del análisis antes realizado podemos concluir que, el objeto de la cláusula de NMF es que los Estados garanticen un trato igualitario a las inversiones e inversionistas extranjeros, en otras palabras, los Estados no deben de brindar un trato menor favorable a los inversionistas atendiendo a su nacionalidad.

124. Por lo anterior, corresponde a los tribunales determinar mediante un análisis comparativo, el trato que el Estado ha otorgado a los inversionistas extranjeros del trato que otorgó a aquel inversionista que alega la violación y que se encontraban en circunstancias similares.

b. Expropiación

125. Conforme el Derecho Internacional Público, los Estados cuentan con el derecho soberano de tomar la propiedad de particulares a través de expropiaciones

⁵¹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 Septiembre 2007, párr. 371.

o nacionalizaciones por razones económicas, políticas o sociales, sin embargo, la legalidad de este acto dependerá del cumplimiento de determinados requisitos.⁵²

126. Lo anterior resulta interesante, pues una expropiación debe de cumplir ciertos requisitos a nivel doméstico, como en el caso de México, y a nivel internacional, cuya inobservancia podría generar la ilegalidad de ésta conforme derecho nacional o bien, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado conforme el AI.

127. La UNCITRAL ha definido a la expropiación como una “medida o conjunto de medidas por medio de las cuales un Estado despoja a un inversor extranjero de sus activos. Conforme al Derecho internacional, el Estado solo puede proceder a una expropiación por motivos de interés público, de manera no discriminatoria y ofreciendo una compensación económica adecuada.”⁵³

128. Peter Malanczuk establece que el estándar mínimo de protección de una inversión frente a una expropiación requiere que esta haya realizada por una causa de interés público y el Estado pague una compensación la cual debe de ser pronta, adecuada y efectiva.⁵⁴

129. De las definiciones antes mencionadas, podemos establecer que una expropiación debe de satisfacer ciertos requisitos para no incumplir esta obligación, los cuales se enlistan a continuación:

- Sea realizada por el interés público;
- No sea discriminatoria;

⁵² United Nations Conference on Trade And Development, “Expropriation”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, Rêforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS), 2019, p. 9.

⁵⁴ Castillo Argañarás, Luis Fernando, “Arbitraje, Expropiaciones y Ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, año 3, No. 5, Marzo 2015, p. 394.

- Sea conforme el debido proceso; y
- Exista una compensación.

130. Es importante destacar que, la expropiación puede presentarse de dos formas:

- Expropiación Directa; o
- Expropiación Indirecta.

(1) Expropiación Directa

131. La expropiación directa de forma general es entendida como aquella privación de la posesión física de algún bien.

132. La UNCTAD ha definido a la expropiación directa como aquel mandato legal por el que se da la transferencia de la propiedad o se da la confiscación física del bien en beneficio del Estado o bien, un tercero que se encuentre bajo el mandato del Estado.⁵⁵

133. La expropiación directa supone una privación material o física de la inversión, la cual pasará a manos del Estado.

134. Asimismo, la expropiación directa puede suceder de distintas formas, por ejemplo cuando se da una confiscación directa a una inversión por parte del Estado, o se da una transferencia de los derechos de propiedad de una inversión en favor del Estado, o bien, cuando el Estado receptor se convierte en beneficiario de algún elemento esencial de la inversión.⁵⁶

⁵⁵ United Nations Conference on Trade And Development, “Expropriation”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁵⁶ Lim,C.L., Jean Hoy Martins, “International Investment Law and Arbitration, Commentary, Awards and other Materials”, Reino Unido, ed. Cambridge University Press, 2018, p. 334.

135. De esta definición se puede desprender que, puede haber una expropiación directa cuando el Estado no expropia la totalidad del bien, bastara que este prive de la titularidad de una parte de la inversión.

136. Sin embargo, considero importante aclarar que, en caso de que el inversionista pudiera conservar el activo material de su inversión, pero el Estado se convirtiera en beneficiario de los resultados de esta, estaríamos en presencia de una expropiación indirecta y no directa, como se explicará a continuación.

(2) Expropiación Indirecta

137. La expropiación indirecta ocurre como resultado de una serie de medidas que van surgiendo paulatinamente, las cuales en conjunto tienen efectos expropiatorios.⁵⁷

138. A diferencia de la expropiación directa que sucede en un solo acto, la expropiación indirecta es más difícil de determinar su existencia, por lo que ha correspondido a los tribunales determinar cuándo se está en frente de esta.

139. Esto es así porque, en la expropiación indirecta “el inversionista conserva la titularidad de la inversión, pero las medidas regulatorias adoptadas por el Estado privan al inversor de la utilidad o el beneficio de su inversión o la limitan severamente.”⁵⁸

140. Es por lo anterior, que siempre que el inversionista tenga la titularidad de la inversión, no podría hablarse de una expropiación directa, como se mencionó anteriormente. Sin embargo, el hecho de que se encuentre impedido de gozar de

⁵⁷ Newcombe, Andrew & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Reino Unido, ed. Kluwer Law International, 2009, p. 343.

⁵⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 9.

los beneficios de su inversión podrá ser un indicativo que se está en presencia de una expropiación indirecta.

141. Esto es así porque el objetivo de una expropiación indirecta es privar de la propiedad por medio de medidas “indirectas”, es decir, la expropiación no sucede *de jure* pero existe *de facto*.

142. En la práctica ha sido complicado determinar cuándo ocurre una expropiación indirecta, por lo que la jurisprudencia ha identificado ciertos principios que pueden ayudar a un tribunal a saber si se está en presencia de una expropiación indirecta. Estos son:

- La medida no es determinante, ni el Estado tiene la intención que lo sea;
- El inversionista debe de probar que la medida tuvo un efecto privativo respecto su inversión;
- Debe de analizarse si alguna excepción a la medida puede aplicarse en virtud del ejercicio de facultades policíacas;
- Las expectativas legítimas del inversionista son fundadas para determinar que hubo una expropiación indirecta, y
- Se debe de analizar los hechos y contexto específico en que se dio la medida.⁵⁹

143. El problema sobre determinar lo que puede constituir una expropiación indirecta ha sido tal que, incluso mediante el T-MEC se ha intentado subsanar este.

144. El Artículo 1110 del TLCAN establece que “[n]inguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (“expropiación”)”. Sin embargo, no establecía ninguna guía para los tribunales sobre lo que podría constituir una

⁵⁹ Newcombe, Andrew y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Ed. Kluwer Law International, Reino Unido, 2009, p.341.

expropiación indirecta o los elementos que debían de estar presentes para determinar que se estaba frente a una expropiación indirecta.

145. El T-MEC recogió la misma redacción en su Artículo 14.8 y estableció la obligación de las Partes de no expropiar o nacionalizar directa o indirectamente una inversión cubierta.

146. A pesar de esta, similitud el T-MEC incorporó el Anexo 14-B Expropiación mediante el que especificaron que, un acto o serie de actos no puede equipararse a una expropiación a menos de que estos actos interfieran con un derecho de propiedad tangible o intangible o con las facultades esenciales de dominio que se tiene sobre la inversión.

147. En ese mismo Anexo 14-B del T-MEC, establece que para determinar que ha existido una expropiación indirecta, los actos del Estado deben de tener el mismo efecto que el de una expropiación directa, sin que medie la transferencia formal del título o derecho de dominio. En ese sentido, para determinar si los actos del Estado tienen este efecto, se enlistan una serie de aspectos a considerar, los cuales son:

(a) La determinación de si un acto o serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:

el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido, la medida en que el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión, y el carácter del acto gubernamental, incluidos su objeto, contexto e intención;

(b) Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales.⁶⁰

⁶⁰ Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020, Anexo 14-B.3.

148. El hecho de que el T-MEC hubiese incorporado una lista de elementos que se deben de considerar para determinar si los actos del Estado tuvieron efectos expropiatorios, es una clara muestra de que los Estados buscan perfeccionar el lenguaje de los tratados con el objeto de brindar claridad a las disposiciones de esto y limitar las reclamaciones de los inversionistas. Asimismo, mejorar el lenguaje del tratado puede evitar que haya decisiones, emitidas por distintos tribunales en distintos casos, que pudieran resultar contradictorias, pues se podría dar uniformidad a estas.

149. El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) de igual forma establece la prohibición a las partes del tratado de expropiar o nacionalizar una inversión cubierta de forma directa o indirecta por medio de medidas equivalentes a la expropiación.⁶¹

150. De forma parecida al TMEC, el TIPAT establece en su Anexo 9-B.3 las circunstancias o características por el que los actos de los Estados pueden constituir una expropiación indirecta al amparo del tratado.⁶²

151. Sin embargo, ha correspondido a los tribunales arbitrales determinar la existencia de una expropiación indirecta. Por ejemplo, el Tribunal de *Metalclad* definió a la expropiación indirecta en el marco del TLCAN de la siguiente forma:

103. Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se

⁶¹ Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, Chile, suscrito el 8 de marzo de 2028, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2018, Artículo 9.8.1.

⁶² Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, Chile, suscrito el 8 de marzo de 2028, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2018, Anexo 9-B.3.

esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.⁶³

152. Por su parte, el tribunal de *Lauder c. República Checa* definió a la expropiación indirecta como aquella que no implica una medida manifiesta por parte del Estado, sin embargo, impide a un inversionista gozar de forma efectiva de su propiedad. Determinar la existencia de una expropiación indirecta dependerá de las circunstancias que ocurrieron al momento de los hechos debido a la gran cantidad de medidas por las que puede ocurrir esta.⁶⁴

153. De lo antes analizado, distintos puntos pueden ser traídos a la vista.

154. *Primero*. La expropiación directa se dará a través de un acto del Estado, por lo que determinar su existencia no supone un análisis exhaustivo, sin embargo, el problema en este tipo de expropiación radicará en determinar si esta cumplió los demás requisitos (*i.e.* no discriminatoria, cumplió el debido proceso, existió compensación, fue hecha por causa de interés público). Este acto será la principal diferencia entre la expropiación directa e indirecta.

155. *Segundo*. La expropiación indirecta no se materializará a través de un acto del Estado, esta puede ocurrir a través de una serie de medidas, las cuales pueden ocurrir en distintos momentos y ser de diferente naturaleza, por lo que deberán de analizarse todas las circunstancias que concurrieron en tal momento.

156. *Tercero*. A través de los actos realizados por el Estado, el inversionista, aunque conserve la titularidad de su inversión se verá impedido de gozar de los beneficios de esta. En otras palabras, la expropiación indirecta será una expropiación de facto y no de iure como una expropiación directa.

⁶³ Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 Agosto 2000, párr.103.

⁶⁴ Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 de septiembre de 2001, párr. 200.

157. *Cuarto.* Determinar la existencia de una expropiación indirecta corresponderá al tribunal que conozca del arbitraje, el cual deberá de realizar un cauteloso análisis de las circunstancias y hechos que privaron al inversionista de su inversión.

158. *Quinto.* Los Estados han buscado limitar el alcance de lo que una expropiación indirecta pudiera constituir para efectos de una reclamación de un inversionista en un arbitraje de inversión.

c. Nivel Mínimo de Trato (NMT)

159. El nivel mínimo de trato establece una referencia o estándar para el tratamiento que un Estado debe de otorgar a las inversiones extranjeras, es decir, el trato que el Estado otorgue no puede ir por debajo de dicho estándar. El nivel mínimo de trato sirve como una guía para la valoración de los actos de un gobierno con base en estándares internacionalmente aceptados de buena gobernanza.⁶⁵

160. La obligación de NMT se distingue de la obligación de trato nacional o NMF, pues mientras que estas únicamente se refieren a que un Estado otorgue el mismo trato a los inversionistas extranjeros que el que otorga a sus inversionistas nacionales o extranjeros pero que sean nacionales de un tercer Estado.

161. El nivel mínimo de trato refiere a una serie de derechos básicos establecidos conforme el derecho internacional que el Estado debe garantizar a los inversionistas extranjeros.⁶⁶ En ese sentido, determinar si ha existido una violación a esta obligación —exceptuando reclamaciones por medidas discriminatorias—, no dependerá de un análisis comparativo respecto el trato que el Estado haya otorgado

⁶⁵ Newcombe, Andrew & Lluís Paradell, “Law and Practice of Investment Treaties”, Standards of Treatment, Países Bajos, ed. Kluwer Law International, 2009, pp. 233 y 234.

⁶⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004, Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

a otras inversiones, pues su análisis se realizará con base en circunstancias o hechos objetivos y no situaciones contingentes.⁶⁷

162. Lo anterior, fue recogido por el tribunal de *UPS c. Canadá* al resolver lo siguiente:

80. The orthodox, even traditional, character of article 1105 also appears on this view from the context in which it appears, in a set of three provisions designed to protect the rights and interests of investors throughout the free trade area. The other two protections are very common in international treaty practice. They require national treatment under article 1102 and most favoured nation treatment under article 1103 (with the better treatment of the two being accorded under article 1104). Those obligations are relative. They depend simply and solely on the specifics of the treatment the Party accords to its own investors or investors of third States. Article 1105, by contrast, states a generally applicable, minimum standard which, depending on the circumstances, may require more than the relative obligations of articles 1102 and 1103. That is also the case with other provisions of chapter 11, notably article 1110 which states limits on the Parties' powers to nationalize or expropriate investments of an investor of another Party.⁶⁸

Traducción de cortesía

80. El carácter ortodoxo, incluso tradicional, del artículo 1105 se desprende también, desde el punto de vista en el contexto en el que aparece, en un conjunto de tres disposiciones destinadas a proteger los derechos e intereses de los inversionistas en toda la zona de libre comercio. Las otras dos protecciones son muy comunes en la práctica de los tratados internacionales. Exigen el trato nacional en virtud del artículo 1102 y el trato de nación más favorecida en virtud del artículo 1103 (concediéndose el mejor trato de los dos en virtud del artículo 1104). Estas obligaciones son relativas. Dependen simple y exclusivamente de las especificidades del trato que la Parte concede a sus propios inversionistas o a los inversionistas de terceros Estados. El artículo 1105, por el contrario, establece una norma mínima de aplicación general que, según las circunstancias, puede exigir más que las obligaciones relativas de los artículos 1102 y 1103. Lo mismo ocurre con otras disposiciones del

⁶⁷ Crawford, Jo-Ann & Barbara Kotschwar, "Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Evolution and Current Trends". Disponible en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201814_e.pdf, p.22, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁶⁸ *United Parcel Service of America Inc. v. el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Laudo en Jurisdicción, 22 Noviembre 2002, párr. 80.

capítulo 11, en particular el artículo 1110, que establece límites a los poderes de las Partes para nacionalizar o expropiar las inversiones de un inversor de otra Parte.

163. De lo analizado por el tribunal de *UPS v. Canadá* se desprende que, un análisis del incumplimiento de las obligaciones de Trato Nacional o NMF puede resultar más sencillo, pues este únicamente supondrá tomar en consideración el trato que se le otorgó a un tercero.

164. Por su parte, determinar una violación al NMT requerirá un análisis exhaustivo, pues este debe de analizar un estándar mínimo que el Estado debe de otorgar al inversionista, por lo que se deberán de atender todas las circunstancias que estuvieron presentes.

165. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha interpretado que el nivel mínimo de trato consagrado en el artículo 1105(1) hace referencia al “nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.” En ese sentido, el trato justo y equitativo y la protección y seguridad jurídica plenas únicamente requieren el nivel mínimo de trato comprendido en el derecho internacional consuetudinario.⁶⁹ Dicha interpretación ha sido recogida en diversos AIs suscritos por México.

166. La mayoría de los AIs como el TLCAN prevén comúnmente determinados tipos de “estándares” relativos a la obligación de nivel mínimo de trato, los cuales son:

- Tratamiento acorde con el derecho internacional consuetudinario;
- Trato Justo y Equitativo;
- Protección y seguridad jurídica plenas, y

⁶⁹ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

(1) Tratamiento acorde con el derecho internacional consuetudinario

167. El derecho internacional consuetudinario ha sido concebido como aquella práctica generalmente aceptada como derecho.⁷⁰

168. Los Estados están obligados a otorgar a los extranjeros un trato acorde al derecho internacional consuetudinario, esto no solo respecto el Derecho de inversiones sino de una forma general, pues ante la falta de un AII este estándar sirve como fundamento para poder realizar las reclamaciones de protección diplomática.⁷¹

169. Esto subraya la importancia y el carácter general de la obligación de los Estados de observar el derecho internacional consuetudinario en su actuar, pues alejarse de este no solo podría dar como resultado una violación a un AII, también podría enfrentar procedimientos de protección diplomática.

170. El Profesor Schreuer estableció que las reglas contenidas en el derecho internacional, las cuales otorgan el mínimo estándar de protección para los extranjeros, existen independientemente de la ley que se hubiera elegido para un caso en concreto, pues estas constituyen un marco regulatorio del orden público en el que se desarrollan estos casos. Asimismo, esta obligatoriedad no queda al arbitrio de las partes, pues a pesar de que el derecho doméstico pudiera ser aplicable a una determinada transacción, a este le resulta aplicable las reglas de derecho internacional consuetudinario como podría ser la prohibición de una denegación de justicia.⁷²

⁷⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, Estados Unidos, firmado el 26 de junio de 1945, Artículo 38.

⁷¹ Newcombe, Andrew & Lluís Paradell, "Chapter 6 – Minimum Standards of Treatment en Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment", ed. Kluwer Law International, 2009, p. 234.

⁷² Shreuer, Christoph, "The ICSID Convention, A Commentary", 2a Edición, Austria, ed. Cambridge University Press, 2009, §42- 70.

171. De lo anterior, se desprende de forma clara que, sin importar el derecho que pudiera ser aplicable a una controversia, en este caso All, el derecho internacional consuetudinario deberá de ser respetado por los Estados en sus relaciones con los inversionistas extranjeros. Sin embargo, a pesar de la obligatoriedad que pudiese tener el derecho internacional consuetudinario, determinar una violación a este es sumamente difícil, pues el estándar o lo que pudiese constituir “derecho internacional consuetudinario” no se encuentra establecido de forma clara por lo que corresponde a los tribunales internacionales determinar si hubo una violación a esta obligación.

172. Ha sido reconocido internacionalmente que para determinar la existencia de que una regla forma parte del derecho internacional consuetudinario deben de estar presentes dos factores: (i) si esa regla es una práctica generalizada y (ii) si esa práctica es aceptada como derecho (*opinio juris*).⁷³

173. El caso *Neer c. los Estados Unidos Mexicanos* llevado a cabo ante la Comisión de Reclamaciones ha sido de suma relevancia para establecer un estándar respecto el trato otorgado acorde con el derecho internacional consuetudinario, así como la denegación de justicia y el trato justo y equitativo.

174. En dicho caso, la Comisión resolvió que los actos realizados por el Estado deben de ser analizados mediante un examen a la luz de estándares internacionales. Por lo que, para que el trato otorgado a un extranjero pudiera ser considerado un delito internacional debe de estar presente la mala fe, la negligencia deliberada en el cumplimiento de los deberes o el hecho de que la acción gubernamental se encuentre tan alejada de los estándares internacionales que sea tan fácil de reconocer.⁷⁴

175. De lo anterior, puede desprenderse que el umbral para determinar una violación al derecho internacional consuetudinario es sumamente alto, pues el

⁷³ Chernor Jalloh, Charles, “Statement of the Chair of the Drafting Committee on Identification of Customary International Law”, International Law Commission, 70a Sesión de la Comisión de Derecho Internacional, 25 de mayo de 2018, p. 3.

⁷⁴ L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, Vol. Iv, pp. 60-66, 15 de octubre de 1926.

actuar del Estado debe de ser notoriamente violatorio de los estándares internacionales.

176. En arbitraje de inversión existen casos en los que el inversionista ha hecho reclamaciones basadas en violaciones al derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en *Cambodia Power Company v. Cambodia*.⁷⁵

177. En este caso, Camboya argumentó que las partes habían excluido el derecho internacional consuetudinario de su consentimiento a arbitraje cuando habían decidido que los acuerdos celebrados con el inversionista se rigieran por la ley inglesa. Sin embargo, el tribunal siguiendo la postura del Prof. Shreuer, determinó que el derecho internacional consuetudinario existe y puede ser aplicado independientemente del derecho que hubiere sido elegido.

178. El tribunal resolvió que, el derecho inglés incorporaba al derecho internacional consuetudinario, pues al ser parte del *common law* este se rige por la doctrina de “incorporación” (*doctrine of incorporation*), asimismo, apuntó que, en caso de que las partes quisieran excluir la aplicación del derecho internacional consuetudinario, esto debía de ser forma expresa e inequívoca, lo que en dicho caso no había ocurrido.

179. Finalmente, reconoció que indiscutiblemente el derecho internacional consuetudinario es de suma relevancia en el marco de las inversiones extranjeras y los arbitrajes de inversión, pues establece estándares mínimos de protección, por lo que resulta poco creíble que las partes excluyan la aplicación de este al elegir la aplicación de algún derecho doméstico a sus disputas.⁷⁶

180. De lo antes analizado resulta claro que, el derecho internacional consuetudinario constituirá uno de los ejes principales sobre los cuales el Estado deberá de basar su actuar, pues alejarse de estos podría constituir una violación a sus obligaciones contraídas en los AII. Adicionalmente, ha sido reconocido por la

⁷⁵ Ver *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No. ARB/09/18, Decision on Jurisdiction, 22 Marzo 2011.

⁷⁶ *Cambodia Power Company v Kingdom of Cambodia and Electricité du Cambodge*, Decision on Jurisdiction, 22 de marzo de 2011, párr. 27-34.

doctrina y jurisprudencia que el derecho internacional consuetudinario es un estándar vinculante para los Estados, por lo que su cumplimiento no queda al arbitrio de estos.

181. A pesar de esta obligatoriedad, el estándar para poder demostrar una violación a este es sumamente alto, pues el inversionista tendrá la carga de la prueba, primero de demostrar qué es lo que constituye derecho internacional consuetudinario y segundo, el actuar del Estado debe de estar sumamente alejado de este principio, lo cual además debe de ser notorio

(2) Trato Justo y Equitativo

182. El Trato Justo y Equitativo (TJE) ha sido definido como el “régimen jurídico, a veces considerado como parte del estándar mínimo de trato a los extranjeros y otras como un estándar autónomo, que implica, en particular, la prohibición de denegación de justicia así como de medidas arbitrarias o discriminatorias, el respeto de la buena fe y de los procedimientos legales, la prohibición del acoso u hostigamiento, así como el respeto del principio de transparencia y de las expectativas legítimas del inversor.”⁷⁷

183. La Definición de la UNCITRAL permite enlistar lo que pudiera constituir una violación al TJE:

- Denegación de Justicia
- Medidas arbitrarias o discriminatorias
- No actuar bajo el principio de buena fe
- No respetar el debido proceso
- Acoso y hostigamiento

⁷⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019.

- No respetar las expectativas legítimas del inversionista ni el principio de transparencia

184. Este listado resulta interesante, pues da al estándar de TJE un alcance sumamente amplio, pues permitiría que un tribunal pueda alegar medidas discriminatorias incluso cuando un AI no pudiera contemplar la obligación de No Discriminación, es decir, el alcance amplio podría ser utilizado —como lo ha sido en algunas ocasiones— como una *carte blanche* por parte de los inversionistas, quienes pueden buscar encuadrar cualquier reclamación en este estándar.

185. En 1992 el Banco Mundial emitió una serie de directrices que los Estados deberían de cumplir con el fin de brindar un TJE a las inversiones extranjeras,⁷⁸ sin embargo, estos lineamientos únicamente tienen un carácter orientador para los Estados que sean miembros del Banco Mundial.

186. La cláusula de TJE contenida en los AIs tiene por objeto subsanar las lagunas que pudieran existir respecto otras obligaciones previstas en el tratado y otorgar un mayor nivel de protección al inversionista, por ello la definición de esta cláusula suele ser general y ha correspondido a los tribunales arbitrales determinar si un acto del Estado constituye una violación a esta obligación.⁷⁹

187. Como se mencionó anteriormente, el alcance tan amplio de esta obligación, ha permitido que, cualquier actuar de un Estado que no le sea favorable a un inversionista, pueda ser reclamado a través de esta cláusula.

188. El estándar de TJE no puede interpretarse de manera general, su interpretación debe de tomar en cuenta diversos factores como la redacción del AI, el contexto en el que fue negociado el tratado, la forma en que se llevaron a cabo

⁷⁸ The World Bank Group, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Guidelines, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Disponible en <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁷⁹ Dolzer, Rudolf, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/216910288.pdf>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

las negociaciones de este o cualquier otra intención que hubieren contemplado las Partes durante la redacción de este.⁸⁰

189. Asimismo, es importante destacar que, aunque el estándar de TJE ha sido concebido como una ventana para realizar alegaciones sobre obligaciones que no se encuentran previstas en el tratado, los tribunales han sido renuentes en aceptar, por ejemplo, reclamaciones basadas en supuestas violaciones contractuales, pues han resuelto que estas no pueden ser consideradas como una violación al estándar de TJE.⁸¹

190. El tribunal en *Waste Management II v. México*, tomando en cuenta de forma conjunta lo analizado en *S.D. Myers v. Canadá*, *Mondev v. Rusia*, *ADF v. E.U.A.* y *Loewen v. E.U.A.* determinó que el “nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo.”⁸²

191. De lo anterior se desprende que, para que la conducta del Estado pueda traducirse en una violación al TJE esta debe de ser:

- Arbitraria;
- Notoriamente injusta;

⁸⁰ Organisation for de Co-operation and Development, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁸¹ Ver *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, párr. 337. Ver también *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007, párr. 344.

⁸² *Waste Management Inc. II v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párr. 98.

- Idiosincrática o Antijurídica;
- Discriminatoria; y
- No cumplir con el debido proceso.

192. De forma similar, el Tribunal de *Cargill* resolvió que, para determinar si una medida del Estado no cumple el requisito de Trato Justo y Equitativo, las medidas sujetas a reclamación deben de ser manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas, arbitrarias:

En conclusión, el Tribunal considera que las obligaciones establecidas en el Artículo 1105(1) del TLCAN deben interpretarse mediante referencia a la norma mínima del trato que se debe otorgar a extranjeros en el marco del derecho internacional consuetudinario. El requisito de trato justo y equitativo es un aspecto de la norma mínima. Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial[...]⁸³

193. Otro ejemplo de lo que pudiera ser considerado una violación al TJE la explicó Daniel M. Price en su opinión disidente en *Tokios Tokelés v. Ucrania*, en la que señaló que, cuando el Estado ejercía su poder soberano como el de investigación, persecución, facultades regulatorias con objeto de intimidar a un inversionista por razones políticas, esto constituía una violación a la obligación de TJE.⁸⁴

194. La Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* determinó que, para que una conducta del Estado pueda ser considerada violatoria del TJE esta requiere que

⁸³ Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 [Testado], párr. 296.

⁸⁴ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Daniel M. Price, 26 de julio de 2007.

se encuentre deliberadamente alejada del debido proceso, que esta conducta sea impactante o sorprenda, por lo que el umbral para determinar una violación a este estándar es sumamente alto.⁸⁵

195. Determinar una violación al estándar de TJE ha sido una tarea que ha correspondido a los tribunales arbitrales, pues la forma en que los AIJ han regulado esta disposición ha dado oportunidad a que los inversionistas intenten encuadrar cualquier reclamación que no se encuentre expresamente prevista en el tratado como una violación al TJE. Es por ello que los tribunales deben de ser sumamente cuidadosos al analizar este estándar pues deberán de analizarse todas las circunstancias que concurrieron al realizarse la medida reclamada.

(3) Protección y seguridad jurídica plenas

196. La protección y seguridad jurídica plenas es el “estándar previsto en los tratados de protección de inversión que obliga al Estado receptor de la inversión a garantizar la seguridad física del inversor y la protección material de su inversión. Algunos tribunales han admitido su extensión a la protección jurídica de la inversión, en particular cuando la inversión consiste en derechos inmateriales como los derechos de propiedad intelectual.”⁸⁶

197. Resulta interesante que, conforme la definición antes mencionada, aunque se pudiera pensar que, este estándar únicamente tiene únicamente una connotación jurídica, esta protección también abarca el aspecto material de la inversión y la seguridad física del inversionista, lo cual ha sido por distintos tribunales como se analizará *infra*.

⁸⁵ Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989, p. 124.

⁸⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 14.

198. Christopher Schreuer ha señalado que la protección y seguridad jurídica plenas refieren a la obligación del Estado receptor de implementar medidas que protejan la inversión extranjera de posibles efectos adversos.⁸⁷

199. Gran parte de los AIs prevén la obligación del Estado receptor de otorgar “protección y seguridad jurídica plenas” a las inversiones extranjeras, sin embargo, no definen lo que debe de entenderse como protección y seguridad jurídica plenas o el estándar que debe de ser aplicado, lo que ha provocado la discrecionalidad de los tribunales arbitrales para determinar el alcance de este estándar.

200. Algunos tribunales han señalado que la obligación de brindar protección y seguridad jurídica plenas a la inversión únicamente comprende la afectación física de la inversión o inversionistas, es decir, en esencia busca proteger al inversionista de cualquier daño físico o material.

201. Un ejemplo de lo anterior fue la decisión del tribunal en *Wena v. Egipto* en donde se determinó que el hecho de que el Estado no hubiese ejercido acciones para evitar que fueran confiscados los hoteles del inversionista a pesar de haber tenido conocimiento de ello, e incluso una vez realizada la confiscación Egipto no haya impuesto sanciones a aquellos que confiscaron de forma ilegal la propiedad del inversionista, constituía una violación a la obligación de brindar protección y seguridad jurídica plenas.⁸⁸

202. A pesar de esta decisión, es importante aclarar que han sido mayoría los tribunales que han establecido que la obligación de brindar protección y seguridad jurídica plenas no se limita a la protección física de la inversión, es decir, le han dado un mayor alcance de protección a los inversionistas a la luz de este estándar.

203. Por ejemplo, el tribunal de *Azurix c. Argentina* determinó que la protección y seguridad jurídica plenas no solo es un tema relacionado con la seguridad física, sino también comprende otorgar estabilidad a través de un ambiente seguro para la

⁸⁷ Laird, Ian A. et. al., “Investment Treaty Arbitration and International Law”, vol. 8, Ed. Juris Net, EE.UU., 2015, p. 141.

⁸⁸ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 de diciembre de 2000, párr. 84.

inversión. En ese sentido, cuando el tratado no contiene mayor explicación de lo que debe de entenderse como protección y seguridad jurídica plenas, debe de entenderse que la protección de este estándar va más allá de una protección física.⁸⁹

204. En *Tecmed v. México* y *Lauder v. República Checa* los Tribunales determinaron que la disponibilidad del sistema judicial constituía un elemento para cumplir con la obligación de brindar protección y seguridad jurídica plenas.⁹⁰

205. Con base en las decisiones de los tribunales que han sido mencionadas, podemos decir que, algunos actos que podrían ser considerados como incumplimiento a esta obligación, podrían ser:

- Se afectó la integridad física del inversionista
- No se dio protección material a la inversión
- Los derechos de propiedad intelectual del inversionista se vieron afectados
- No se garantizó un ambiente seguro para la inversión
- El sistema judicial del Estado no se encontraba disponible para el inversionista.

206. Aunque algunos tratados han intentado limitar lo que debe de entenderse como protección y seguridad plenas⁹¹ no existe una definición uniforme de lo que este estándar abarca, por lo que este lenguaje ambiguo ha provocado que sean los tribunales arbitrales quienes analicen cada caso concreto y determinen si el Estado ha incumplido o no esta obligación.

⁸⁹ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 de julio de 2006, párr. 408.

⁹⁰ Reinisch, August, "Standards of Investment Protection", EE.UU., ed. Oxford University Press, 2008, pp. 138-145.

⁹¹ El APPRI celebrado entre Uruguay y Estados Unidos limita la protección y seguridad plenas a la protección policial exigida conforme el derecho internacional consuetudinario.

H. Arbitraje

207. El arbitraje constituye una forma heterocompositiva de resolución de conflictos, la cual encuentra sus antecedentes en el derecho romano por medio de la Ley de las XII Tablas, por la que se estableció la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Por medio de esta figura las partes elegían de una lista que nombraba a los ciudadanos que podrían fungir como jueces o árbitros, sin embargo, el pretor era el encargado de designarlo y de dicha forma este tercero podría conocer de la controversia que hubiere surgido entre las partes. De esta forma, la ley otorgaba a un particular una facultad excepcional y transitoria de administrar justicia.⁹²

208. Este último aspecto es de suma relevancia, pues por medio del AIJ el Estado ofrece su consentimiento para que, el inversionista, puede iniciar un arbitraje de inversión aceptando el ofrecimiento del Estado de arbitrar la controversia. Una vez perfeccionado el consentimiento de las partes, este otorgará a un tribunal *ad-hoc* la facultad de conocer del caso, y una vez que haya resuelto, este tribunal se disolverá. Esto será explicado más adelante.

209. Adolfo Alvarado Velloso ha definido al arbitraje como:

[...] un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto el proceso judicial: generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma verbal y sin formalismos anacrónicos, no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto, la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa, no es tan oneroso ni dilatado en su duración, facilita interrogatorios, aclaraciones, se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y con cordialidad), pues ante todo

⁹² Garavito Cuervo, David, “La justicia arbitral en el derecho romano”, Universidad de los Andes, Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/30210/596110/file/2013%203.%20David%20Garavito%20Cuervo.pdf>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual.”⁹³

210. El arbitraje muestra similitudes con un proceso judicial, pues las partes presentan escritos acompañados de pruebas al árbitro o árbitros, según sea el caso, sin embargo, la diferencia con un proceso judicial radica en que este puede llevarse a cabo de forma más rápida, y sin seguir las formalidades de un proceso.

211. El arbitraje, a diferencia de un proceso judicial, muestra flexibilidad respecto algunos aspectos que no pueden ser modificados en un proceso judicial por encontrarse previstos en la legislación aplicable. Algunos aspectos que pueden ser elegidos por las partes de un arbitraje son los siguientes:

- Plazos procesales del procedimiento;
- Reglas procesales aplicables;
- Idioma del procedimiento;
- Número de árbitros, etc.

212. Sin embargo, la principal diferencia entre un proceso judicial y el arbitraje radica en el *ius imperium*, pues a pesar de que los árbitros están dotados de facultades para conocer y resolver una controversia entre particulares, estos no pueden ejecutar lo decidido, ya que esta facultad corresponde exclusivamente al Estado.⁹⁴ Asimismo, por medio del *ius imperium*, el Estado establece limitantes a las materias susceptibles de ser arbitrables.⁹⁵

213. Entonces, es así que, el arbitraje será un procedimiento que se podrá desarrollar con mayor eficiencia que un proceso judicial, si es que las partes lo

⁹³ Gómez Frode, Carina et. al., “Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho”, México, t. X, UNAM, ed Porrúa, 2018, p. 26.

⁹⁴ Ledesma Narváez, Marianella, “Jurisdicción y arbitraje”, Perú, ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, sección 13.

⁹⁵ Código de Comercio, México, 28 de marzo de 2018, Artículo 1457, fracción II.

desean, y tendrá mayor flexibilidad respecto cuestiones procesales que serán aplicables al procedimiento.

214. Sin embargo, una vez emitido el laudo, se deberán acudir a instancias judiciales para que este pueda ser ejecutado.

I. Arbitraje de Inversión

215. El arbitraje de inversión es el mecanismo de solución de controversias por el que los inversionistas pueden llevar reclamaciones ante un tribunal arbitral de forma directa, es decir, sin necesidad de que lo tenga que hacer a través de la protección diplomática de su Estado, en contra del Estado, que hubiese sido el receptor de su inversión, cuando consideren que este ha incurrido en violaciones a sus obligaciones contenidas en los AII's causando afectaciones a su inversión.⁹⁶

216. El arbitraje de inversión encuentra su base en las relaciones asimétricas que surgen entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de su inversión, pues en caso de surgir una controversia, este será el mecanismo por el que se podrá analizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado mediante la suscripción de un tratado internacional cuyo objeto es regular el tratamiento otorgado a un inversionista que ha decidido invertir en su territorio.⁹⁷

217. El incumplimiento de estas obligaciones podría tener como efecto la afectación a la inversión extranjera permitiendo que el inversionista active el mecanismo de solución de controversias previsto en el tratado.

218. Dicho de otra forma, el arbitraje de inversión es el medio por el que se garantiza la protección de los derechos de un inversionista extranjero frente a actos

⁹⁶ Weijia, Rao, "Development status and decision-making in investment treaty arbitration", *International Review of Law and Economics*, Vol. 59, Disponible en: <https://www-sciencedirect-com.pbidi.unam.mx:2443/science/article/pii/S0144818818302436?via%3Dihub>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

⁹⁷ Dupuy, Pierre-Marie et. al., "Human Rights in International Investment Law and Arbitration", EE.UU., ed. Oxford University Press, 2009, p. 108.

de un Estado en el que realizó una inversión, diferente al de su nacionalidad a través de un AI.

219. Los AI contemplan un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado, en el que el inversionista podrá someter sus reclamaciones ante un tribunal arbitral, independiente del Estado receptor de su inversión, el cual será establecido conforme lo dispuesto en el tratado y analizará los hechos materia de la *litis*, el derecho que tiene como fundamento su reclamación y determinará si el Estado incumplió sus obligaciones conforme el AI y si el inversionista tiene derecho a una compensación una vez que escuchara a las partes.

220. Es importante mencionar que el arbitraje de inversión surgió como un mecanismo asimétrico, buscando proteger al inversionista del poder de un Estado, sin embargo, la globalización ha cambiado la situación de los inversionistas frente a un Estado, pues consideró que la posición o poder que estos tenían se ha visto modificada con el paso del tiempo.

221. Asimismo, los inversionistas han abusado del mecanismo, llevando reclamaciones frívolas a arbitraje, lo que ha ocasionado que, en la renegociación de diversos tratados el mecanismo se haya visto “reducido” en lugar de expandir la protección otorgada, un claro ejemplo de lo anterior fueron los cambios introducidos en el T-MEC y sus diferencias con el TLCAN.

222. Otro claro ejemplo de la evolución que ha tenido el mecanismo con el paso del tiempo, son las prácticas que han sido implementadas por los inversionistas para poder llevar su reclamación a arbitraje, como el uso de terceros fondeadores. Lo anterior, ha provocado que inversionistas cuenten muchas veces con mayores recursos para llevar a cabo el arbitraje que los propios Estados, haciendo así aún más grande la asimetría que ya existía en el mecanismo.

223. Considero que, una forma en que podría ser subsanada la asimetría antes referida es por medio de la presentación de reconveniciones por parte de los Estados.

II. ARBITRAJE DE INVERSIÓN

224. Este capítulo tiene como objetivo general dar una mejor visión de la forma en que surgió este mecanismo, la cual justifica el desequilibrio procesal y sustantivo que se encuentra presente en los arbitrajes de inversión, con ello se podrá responder a la siguiente interrogante ¿Las circunstancias bajo las cuales surgió el arbitraje de inversión continúan siendo aplicables a las relaciones entre inversionistas extranjeros y Estados?

225. Asimismo, se explican las distintas etapas bajo las cuales se desarrolla un arbitraje internacional de inversión, desde la presentación de la Notificación de Intención hasta la emisión del laudo.

226. Los objetivos particulares de este capítulo, son los siguientes:

- Relatar los antecedentes del arbitraje de inversión para así poder entender el origen de la asimetría que existe en el procedimiento.
- Identificar las distintas etapas procesales que están presentes en un arbitraje de inversión.
- Describir cómo se regulan las etapas procesales tanto en los AIIs como en las reglas procesales que pueden ser aplicables al arbitraje.
- Identificar arbitrajes de inversión en las que se han aplicado los preceptos de los AIIs relacionados con las etapas procesales.
- Analizar las distintas formas en que una etapa procesal se encuentra regulada en diferentes tratados.
- Explicar el análisis que han realizado tribunales arbitrales en los casos que se describen *infra* para resolver distintos aspectos relacionados con las etapas procesales del arbitraje de inversión:

Arbitraje	All Aplicable
Western NIS v. Ucrania	Ucrania-Estados Unidos
SGS v. Pakistán	Suiza-Pakistán
El Paso Energy c. Argentina	Argentina-Estados Unidos
Murphy c. Ecuador	Ecuador-Estados Unidos
Heemsen v. Venezuela	Alemania-Venezuela
Champion Trading v. Egipto	Egipto-Estados Unidos
Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman	Omán-Estados Unidos
Wena Hotels Limited v. Egipto	Egipto-Reino Unido

227. Para el cumplimiento de este objetivo se analizará la construcción argumentativa hecha por los tribunales antes referidos, es decir, se analizará el texto del precepto del All aplicable al caso en concreto y posteriormente la resolución del tribunal.

228. Por ejemplo, se explicará lo que el tribunal de *Western NIS v. Ukraine* determinó en relación a la importancia de la presentación de la NOI en un arbitraje de inversión, o bien, lo que determinó el tribunal de *SGS v. Pakistán* sobre la obligatoriedad de la celebración de consultas interpretando el lenguaje del All Suiza-Paquistán.

A. Antecedentes

1. Origen del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado

229. Autores como Borzu Sabahi, reconocido abogado en la materia, afirma que las economías de mercado modernas, así como el sistema de protección de inversión, encuentran su base ideológica en las ideas desarrolladas en 1776, principalmente, por Adam Smith quien sostenía que los mercados debían de regirse por el libre movimiento de capitales y el respeto a la propiedad privada y a los contratos.⁹⁸

230. Por otro lado, se ha sostenido que el derecho de las inversiones surge del derecho internacional consuetudinario, al ser el encargado de regular lo concerniente a la protección con la que contaban los ciudadanos que se encontraran en el extranjero.

231. Países europeos, así como Estados Unidos argumentaban que los extranjeros gozaban de un estándar mínimo de protección conforme el derecho internacional. Sin embargo, el problema de dicha “protección” radicaba en que los inversionistas solo podían acceder a una protección diplomática mediante la reclamación que hiciera su país de origen ante la Corte Internacional de Justicia, lo cual constituía un proceso con mayores tintes políticos que legales, y únicamente podían acceder a este a discrecionalidad de su país de origen.⁹⁹

232. Los antecedentes antes mencionados resultan de suma importancia, pues estas obligaciones han sido recogidas en el texto de los AII actuales al establecer la obligación de los Estados de brindar un trato a las inversiones extranjeras conforme al derecho internacional consuetudinario ha sido consagrado en la mayoría de los AII, tal y como fue explicado en el Capítulo I del presente trabajo.

233. De igual manera, los AII recogieron la obligación de los Estados de otorgar un nivel mínimo de trato a los inversionistas extranjeros, sin embargo, este antecedente explica de forma concisa el principal problema de someter una reclamación relacionada con una inversión por medio de la protección diplomática,

⁹⁸ Sabahi, Borzu et. al., “International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice and Future Prospects”, Países Bajos, ed. Koininklijke Brill NV, 2018, p. 3.

⁹⁹ Gottwald, Eric, American University International Law Review, Vol. 22, 2007, pp. 241-242.

el cual es la discrecionalidad del Estado del cual es nacional el inversionista de someter las reclamaciones de este a arbitraje.

234. Asimismo, como se explicará a detalle más adelante, distintos Estados, como Brasil, han optado por regresar a este sistema e implementar un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado en sus AII, que puede ser visto como una “protección diplomática”, para que sus inversionistas hagan frente a las medidas del Estado receptor de su inversión que consideren que le causa una afectación a su inversión.

235. En el siglo XVII países europeos buscaron desarrollar mecanismos legales para proteger lo que era entendido, en ese tiempo, como propiedad y promover los intereses de sus nacionales que deseaban invertir en el extranjero, por lo que surgieron los llamados tratados en materia de amistad, comercio y navegación (FCN por sus siglas en inglés). En 1778 fue firmado el primer FCN entre Estados Unidos y Francia.¹⁰⁰

236. Los FCNs no tuvieron el impacto esperado, pues los compromisos que asumían los Estados eran limitados y no preveían la posibilidad de que los inversionistas pudieran presentar reclamaciones en contra de los Estados en donde hubieran realizado su inversión.¹⁰¹

237. Para poder subsanar las deficiencias de los FCNs, los Estados implementaron un nuevo mecanismo de defensa para los inversionistas que realizaban inversiones en un Estado diferente al que eran nacionales, con ello surgieron los AII. Es así que en 1959 fue firmado el primer AII entre Alemania y Paquistán.

238. Los antecedentes antes narrados nos permiten concluir diversos aspectos.

¹⁰⁰ Fakhri, Michael, “The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, Septiembre 2015, p. 698. *Ver también* Alschner, Wolfgang, “Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2, 13 de Agosto de 2013.

¹⁰¹ Gottwald, Eric, *American University International Law Review*, Vol. 22, 2007, p. 242.

239. *Primero.* Los FCNs no atendieron la problemática de la época, pues a pesar de brindar cierta protección a los barcos y pertenencias de los navegantes de Estados Unidos y Francia, no brindaban un medio de defensa eficaz para los inversionistas.

240. *Segundo.* El hecho de que los Estados hubieran buscado subsanar las deficiencias de los FCNs son una clara muestra de la constante búsqueda de los Estados por implementar un mecanismo que brindara una protección efectiva a los inversionistas y de la importancia de las inversiones para los Estados.

241. *Tercero.* Es evidente que, los FCNs no atendieron la problemática de dicha la época, por lo que aún menos podrían brindar un mecanismo que pudiera resolver las problemáticas que actualmente enfrentan los inversionistas o los Estados en relación a las inversiones extranjeras.

2. La suscripción de Alls a partir de 1959 y su evolución

242. En 1959 fue firmado el Tratado entre la República Federal de Alemania y Paquistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, este tratado fue el primer All celebrado, el cual entró en vigor en 1962 y a la fecha continua vigente.¹⁰²

243. El All Alemania-Paquistán consta de 14 Artículos, y prevé las siguientes obligaciones de los Estados Parte:

- No Discriminación
- Expropiación
- Transferencias

¹⁰² Tratado entre la República Federal de Alemania y Paquistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, Bonn, Alemania, firmado el 25 de noviembre de 1959.

244. Este tratado contempla un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado el cual tiene por objeto solucionar las controversias que surjan de la aplicación o interpretación del tratado. Para ello como primer paso, los Estados debían de someterse a consultas o negociación con el objeto de encontrar una solución amigable. Si la controversia no podía solucionarse a través de la negociación, los Estados podían someter su controversia ante la Corte Internacional de Justicia o ante un tribunal arbitral a solicitud de una de las Partes.

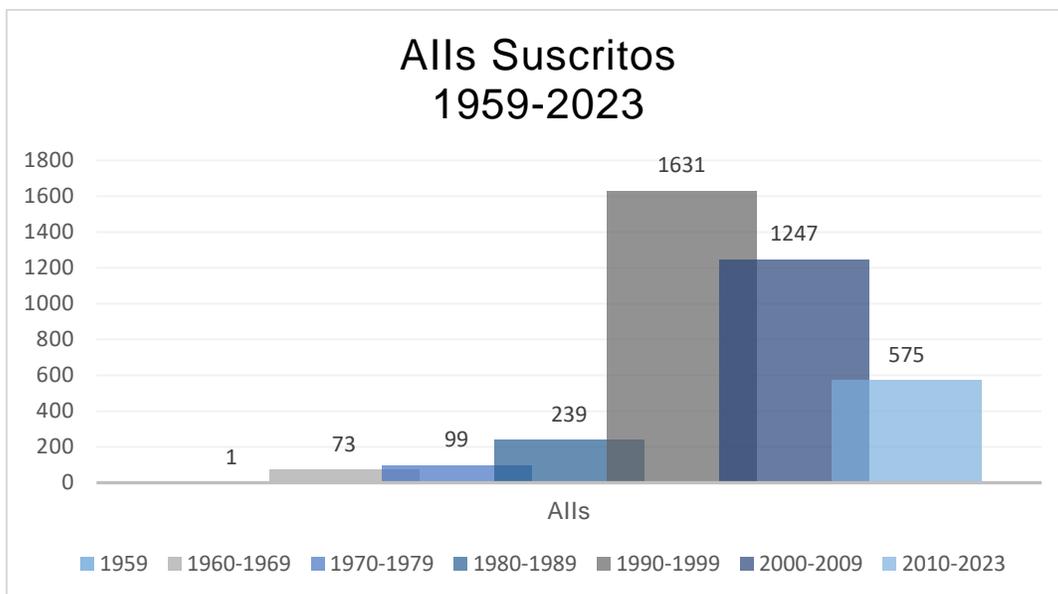
245. Fue hasta 1970 que surge el primer AI en contener disposiciones específicas sobre el Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado, el AI celebrado entre Bélgica/Luxemburgo e Indonesia.¹⁰³

246. Posteriormente, en los años 90s y hasta el 2009 la suscripción de AIs tuvo su auge, pues la mayoría de los AIs fueron celebrados en dichos años.

247. Es así que desde la suscripción del primer AI en 1959 hasta el 31 de julio de 2023, se han celebrado más de 3000 AIs de los cuales 2,594 se encuentran en vigor.¹⁰⁴ Lo anterior, se describe en la siguiente gráfica:

¹⁰³ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Bélgica e Indonesia, Djakarta, firmado el 15 de enero de 1970.

¹⁰⁴ United Nations Conference on Trade and Development, "Investment Policy Hub", Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, Consultado el 16 de febrero de 2024.



Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator.

248. Aunque pudiera percibirse que, la celebración de All se ha visto desacelerada, es importante considerar que ello puede deberse al hecho de que, la mayoría de los países ya ha celebrado tratados con sus principales socios comerciales, por lo que la negociación de tratados con otros países podría tener como finalidad la atracción de la inversión extranjera.

249. A pesar de que el primer All fue suscrito en 1959, fue hasta 1987 que surgió la primera controversia con base en un All en el marco del CIADI.

250. Desde 1987 hasta el 31 de julio de 2023, se han presentado 1303 casos inversionista-Estado, de los cuales 924 han concluido, 357 se encuentran pendientes, y de 22 no se conoce su estado procesal.¹⁰⁵

251. De los 924 arbitrajes concluidos, estos han sido decididos de la siguiente forma:

¹⁰⁵ United Nations Conference on Trade and Development, "Investment Policy Hub", Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, Consultado el 16 de febrero de 2024.

SENTIDO DEL LAUDO	NO. DE CASOS
Favorable para el Estado	344
Favorable para el Inversionista	260
No fueron concedidos daños para ninguna de las partes	23
Acordado	173
Descontinuado	124

Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Investment Policy Hub

252. A partir del incremento de arbitrajes inversionista-Estado, y la experiencia de los Estados en esto se han creado los llamados AII de nueva generación.¹⁰⁶

253. Estos AII de nueva generación han tenido modificaciones principalmente en los siguientes rubros:

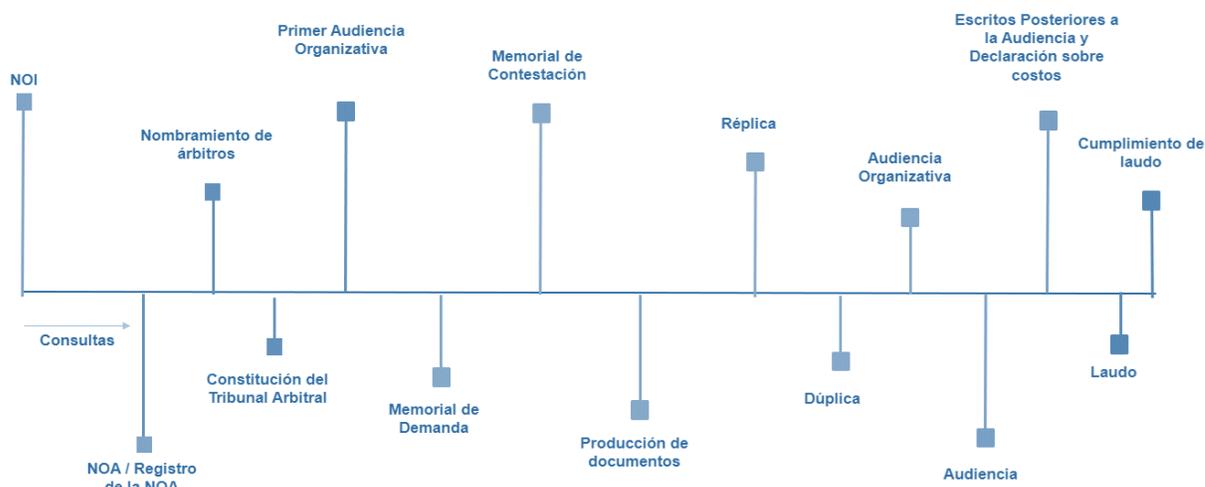
- Se ha optado por tener una definición más clara de lo que puede ser considerado inversión para efectos de gozar de la protección del tratado.
- El lenguaje de obligaciones sustantivas ha sido revisado con el objeto de brindar mayor claridad sobre el alcance estas.
- Se han incluido la protección de aspectos no solo económicos, como el medio ambiente, los derechos indígenas.
- Los AII de nueva generación han optado por una mayor transparencia tanto en la información que es intercambiada entre Estados signatarios como en los procedimientos arbitrales.

¹⁰⁶ United Nations Conference on Trade and Development, “Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”, 2007, Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/iteiia20073_en.pdf, Consultado el 16 de febrero de 2024.

254. Brasil por su parte ha implementado los Acuerdos de Cooperación y de Facilitación de Inversiones en el que se ha excluido el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

B. Etapas

255. Un arbitraje de inversión desarrollado de forma “ordinaria” o sin ningún tipo de complicaciones va a estar conformado por las siguientes etapas:



256. A pesar de esto, con la evolución que ha tenido la materia, un arbitraje de inversión resulta más complejo, pues este puede llegar a ser más complejo por diversas circunstancias, lo que puede generar que se requiera la sustanciación de otras etapas procesales.

257. Por ejemplo, la presentación de una Solicitud de Medidas Provisionales, Solicitud de Garantía de Costos, la muerte de un árbitro, la presentación de reclamaciones subordinadas, entre otras. Éstos son solo algunos ejemplos de los eventos que pudiesen ocurrir durante el procedimiento, complicando su desarrollo.

258. Para efectos de este trabajo, únicamente se analizarán las etapas ordinarias de un arbitraje de inversión.

1. Notificación de Intención, Consultas o Negociación y Notificación de Arbitraje

259. Para poder iniciar un arbitraje internacional de inversión, comúnmente, el inversionista debe de presentar una Notificación de Intención de someter una reclamación a arbitraje (NOI).

260. La NOI es el escrito en el que, de forma sucinta el inversionista explica los hechos que dan origen a su reclamación y el derecho aplicable en los que funda esta.¹⁰⁷ Si bien, la NOI no se traduce en el inicio formal del arbitraje, esta es de gran relevancia, pues será el primer acercamiento del inversionista con el Estado receptor de su inversión para hacerle conocer los actos que está realizando y que, a su consideración le están causando una afectación a su inversión.

261. Los requisitos y formalidades que debe de contener la NOI dependerá del tratado aplicable a la controversia, los cuales pueden variar entre un tratado y otro.

262. A continuación, se realiza un análisis comparativo entre lo dispuesto en el TLCAN y el 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, hecho en Davos, Suiza, el 23 de enero de 2020.

TLCAN	APPRI México-Hong Kong
El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a	2. Con el fin de resolver una controversia de manera amistosa, el inversionista contendiente entregará a la Parte

¹⁰⁷ Billier, Johan & Maria Elenora Benini, "International Investment Arbitration, A Practical Handbook", ed. Maklu, 2016, p. 61.

<p>arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:</p> <p>(a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;</p> <p>(b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;</p> <p>(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y</p> <p>(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.</p>	<p>Contratante contendiente una notificación por escrito de su intención de presentar una reclamación al arbitraje por lo menos seis meses antes de que se presente formalmente la reclamación. Dicha notificación de intención especificará:</p> <p>(a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y, cuando una reclamación se haya realizado por un inversionista en nombre de una empresa de conformidad con el Artículo 16 (Sometimiento de una Reclamación), el nombre y la dirección de la empresa;</p> <p>(b) las disposiciones del Capítulo II presuntamente incumplidas;</p> <p>(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación;</p> <p>(d) el tipo de inversión que entrañe la definición establecida en el Artículo 1 (Definiciones); y</p> <p>(e) la reparación solicitada y el monto aproximado de los daños reclamados.</p>
---	--

263. De lo anterior se desprende que, el APPRI México-Hong Kong además de contemplar los requisitos previstos por el TLCAN, exige que el inversionista señale el tipo de inversión del que se trate.

264. Los datos contenidos en la NOI permitirán al Estado identificar al inversionista, contactar a las autoridades involucradas para poder conocer los hechos que dieron origen a la controversia.

265. Adicionalmente, la presentación de la NOI será de gran relevancia para el desarrollo del procedimiento, pues esta otorga al Estado la posibilidad de resolver la disputa a través de negociaciones.

266. Esto fue reconocido por el tribunal de *Western NIS Enterprise Fund v. Ucrania* al determinar lo siguiente.

5. Proper notice is an important element of the State's consent to arbitration, as it allows the State, acting through its competent organs, to examine and possibly resolve the dispute by negotiations.¹⁰⁸

Traducción de cortesía

5. Una adecuada notificación es un element importante del consentimiento del Estado para el arbitraje, pues permite que el Estado, actuando a través de sus órganos competentes, examine y posiblemente resuelva la controversia mediante negociaciones.

267. Es decir, la NOI al ser el primer acercamiento entre el inversionista y el Estado, le permitirá conocer a este las inquietudes del inversionista y analizar si sus reclamaciones pueden ser resueltas a través de las negociaciones sin necesidad de acudir a arbitraje.

268. Una vez presentada la NOI, comúnmente, empezará a transcurrir el plazo para la celebración de consultas o negociaciones. Es importante subrayar que, aunque haya transcurrido el plazo requerido por el tratado para la celebración de consultas, las partes pueden intentar negociar en cualquier momento del arbitraje, e incluso pueden suspender el procedimiento para entablar conversaciones.

269. Las consultas o negociaciones surgen ya que la mayoría de los AIs contemplan métodos alternativos de solución de controversias, los cuales tienen por objeto intentar que las partes logren un acuerdo amistoso mediante la celebración

¹⁰⁸ *Western NIS Enterprise Fund v. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/04/2), Order, 16 de marzo de 2006, párr. 5.

de estas consultas o negociaciones con el fin de evitar el inicio de un arbitraje internacional de inversión.¹⁰⁹

270. Por medio de las consultas o negociaciones las partes, *i.e.* el inversionista y el Estado, tendrán la posibilidad de intercambiar sus puntos de vistas, manifestar sus intereses y dar propuestas de solución a la controversia. Para llevarlas a cabo, no se requiere la intervención de un tercero, por ejemplo, un conciliador o mediador.

271. Lograr una solución a través de las consultas o negociaciones sin duda otorga grandes beneficios tanto al Estado como al inversionista, estos pueden ser:

- Se evitará que las partes incurran en gastos de representación legal.
- Se evitará que las partes incurran en gastos de administración del centro o institución en la que se lleve a cabo el arbitraje.
- En ocasiones, permitirá al inversionista seguir operando su inversión.
- El inversionista podría recuperar los daños ocasionados a su inversión.
- El Estado podrá seguir reflejando que su territorio es un ambiente estable para atraer la inversión extranjera.
- Las partes no tendrán que destinar tiempo, recursos humanos y económicos a la sustanciación de un arbitraje.

272. Ahora bien, la obligatoriedad de entablar consultas como un requisito previo al sometimiento de la disputa a arbitraje ha sido ampliamente analizado por distintos tribunales arbitrales, dependerá del texto del AIJ aplicable y de la interpretación que, el tribunal que conozca del caso haga de este.

273. Por ejemplo, el TLC entre República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA por sus siglas en inglés), establece lo siguiente:

En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante

¹⁰⁹ United Nations Conference on Trade and Development, “Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration”, Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf, p. 40, Consultado el 8 de febrero de 2024.

consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.¹¹⁰

(Énfasis añadido)

274. Por su parte, respecto las consultas y negociaciones el TLCAN establece lo siguiente:

Artículo 1118: Solución de controversias mediante consulta y negociación

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.¹¹¹

(Énfasis añadido)

275. De lo anterior, se puede inferir que el texto del TLCAN era más laxo respecto la obligatoriedad de la celebración de consultas a diferencia lo dispuesto en el DR-CAFTA, el cual parece otorgarle cierto grado de obligatoriedad a las consultas o negociaciones como una etapa previa al arbitraje.

276. Sin embargo, han sido los tribunales arbitrales los que han tenido que determinar si la celebración de consultas es un requisito obligatorio para poder acceder al arbitraje.

277. Otro ejemplo es el Artículo 9 del AII Suiza-Pakistán, el cual fue interpretado por el tribunal de SGS v. Paquistán al analizar las objeciones del Estado.

278. En este caso, el Artículo 9 del AII Suiza-Paquistán establece lo siguiente respecto la celebración de consultas:

Article 9

Disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party

¹¹⁰ Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 5 de agosto de 2004, Artículo 10.15.

¹¹¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 1118.

(1) For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party and without prejudice to Article 10 of this Agreement (Disputes between Contracting Parties), consultations will take place between the parties concerned.

(2) If these consultations do not result in a solution within twelve months and if the investor concerned gives a written consent, the dispute shall be submitted to the arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, instituted by the Convention of Washington of March 18, 1965, for the settlement of disputes regarding investments between States and nationals of other States.

[...] ¹¹²

Traducción de cortesía

Controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante

(1) Con el fin de resolver controversias con respecto a inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 10 del presente Acuerdo (Controversias entre Partes Contratantes), se celebrarán consultas entre las partes interesadas.

(2) Si estas consultas no dan lugar a una solución en el plazo de doce meses y si el inversor afectado da su consentimiento por escrito, la controversia se someterá al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, instituido por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

[...]

279. En *SGS v. Pakistán*¹¹³ el inversionista presentó su NOA dos días después de haber presentado su NOI, por lo que Paquistán objetó la jurisdicción del tribunal al referir que era una obligación la celebración de consultas para poder acceder al arbitraje de inversión.

280. Sin embargo, el tribunal resolvió que, comúnmente los tribunales han considerado al periodo de consultas como un aspecto directivo y procedimental y

¹¹² Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 11 de julio de 1995, Artículo 9.

¹¹³ *Ver SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Agosto 6, 2003.

no como algo mandatorio y jurisdiccional. Por lo anterior, determinó que la celebración de consultas no puede ser considerado como un factor para determinar la jurisdicción del tribunal.

281. Consideró que, como se señaló *supra*, el lenguaje del tratado únicamente establecía que, “consultas tomarán lugar”, sin que ello estuviera acompañado por los verbos podrá o deberá (como en DR-CAFTA). Este lenguaje al ser tan amplio otorga cierta –sino es que total- discrecionalidad a los tribunales, pues no establece un lenguaje orientador respecto la obligatoriedad de la celebración de consultas para poder acceder a arbitraje.

282. Por otro lado, el tribunal en *El Paso Energy c. Argentina*¹¹⁴ dentro de su análisis realizado para determinar si tenía competencia sobre la controversia, derivado de las objeciones realizadas por Argentina, con relación a la celebración de consultas resolvió que, debido al lenguaje utilizado en el AII Argentina-Estados Unidos, determinar si esto era un requisito obligatorio para poder acceder al arbitraje podría conllevar a un problema de interpretación.

283. Esto fue así porque el Artículo VII del AII Argentina-Estados Unidos, aplicable y analizado por el tribunal de *El Paso Energy c. Argentina*, establece lo siguiente:

[...]

2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución[.]

[...] ¹¹⁵

284. El tribunal analizó que el tratado al utilizar la palabra “procurarán” podría suponerse que la celebración de consultas no era un requisito obligatorio para

¹¹⁴ Ver *El Paso Energy International Company c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 Abril 2006.

¹¹⁵ Tratado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, Washington, D.C., EE.UU., Artículo VII.

acceder al arbitraje, sin embargo, conforme lo estipulado en la segunda oración podría considerarse que, la celebración de consultas si es una condición previa para poder someter una controversia a arbitraje, interpretación que fue sostenida por Argentina.

285. A pesar de lo anterior, la celebración de consultas no resultó ser un tema que incidiera en la determinación de la competencia del tribunal sobre la disputa, pues la Demandante si intentó entablar negociaciones con Argentina.

286. Esto es de suma relevancia, pues pone de relieve dos aspectos importantes, por un lado, como se mencionó *supra* las consultas o negociaciones pueden ser entabladas por las partes incluso una vez que el arbitraje fue iniciado y por otro lado, el hecho de que, el inversionista hubiese intentado entablar negociaciones, demostró su buena fe y este, al ser uno de los principios rectores del arbitraje de inversión, pudo contribuir a que, la interpretación del tribunal le resultara favorable.

287. De forma contrastante a lo resuelto por los tribunales de *SGS y El Paso Energy*, el tribunal en *Murphy c. Ecuador* determinó que la celebración de consultas era un requisito obligatorio.

288. En dicho caso el All aplicable a la controversia era el All Ecuador-Estados Unidos, el cual establecía lo siguiente respecto las consultas y negociaciones:

Artículo VI

[...]

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

[...]

3.

a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá

optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio [...] ¹¹⁶

289. Murphy presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI a los tres días de haber presentado su NOI a Ecuador, por lo que el Estado objetó la jurisdicción del tribunal al considerar que Murphy debía cumplir con el plazo de seis meses previsto en el tratado para la celebración de consultas, antes de poder presentar su solicitud de arbitraje ante el CIADI.

290. Sobre este aspecto el tribunal concluyó lo siguiente:

132. Este Tribunal concluye entonces que **el plazo de seis meses fijado en el artículo VI (3) del TBI es de acatamiento obligatorio** y que, en las cartas citadas, tanto Repsol como Murphy International reconocen ese hecho. El Tribunal considera, además, que los reclamos de Repsol y de Murphy International son distintos y, consecuentemente que, los intentos de negociación realizados por Repsol a partir del 12 de noviembre de 2007 y desde antes no satisfacen la obligación que tenía Murphy International de cumplir con esa exigencia del TBI, antes de acudir al CIADI. ¹¹⁷

(énfasis añadido)

291. Por lo anterior, resulta interesante que, la presentación de la NOI puede tener un enfoque únicamente procedimental, o bien, podría precluir la jurisdicción de un tribunal para conocer de la disputa.

292. Sin embargo, como ya se ha mencionado, la obligatoriedad de la celebración de consultas para poder acceder al arbitraje dependerá de lo previsto en el AIJ aplicable, así como la interpretación realizada por los tribunales arbitrales.

293. El plazo que transcurrirá entre la presentación de la NOI y la NOA se le conoce como “*cooling off period*”.

¹¹⁶ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 27 de agosto de 1993, Artículo VI.

¹¹⁷ Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, párr.132.

294. El *cooling off period* comúnmente tiene una duración de entre tres a seis meses, sin embargo, existen AIs que establecen periodos de tiempo más extensos, como es el caso del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, el cual contempla lo siguiente:

(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.¹¹⁸

295. De lo anterior se desprende que, una vez realizadas las consultas, si la controversia no hubiere podido ser dirimida amigablemente en el plazo establecido, esta debe de ser sometida a los tribunales nacionales de Argentina, por lo que el plazo para poder someter una controversia a arbitraje se extiende a más de seis meses.

296. Una vez que fue presentada la NOI, transcurrió el *cooling off period* y las partes no pudieron alcanzar un acuerdo respecto la resolución de la disputa, el inversionista podrá presentar la NOA, la cual deberá de cumplir con determinados requisitos.

297. Conforme el Artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (Reglamento UNCITRAL por sus siglas en inglés) la NOA debe de contener lo siguiente:

Artículo 3

¹¹⁸ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado el 3 de octubre de 1991, Buenos Aires, Argentina, Artículo X.

[...]

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

- a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;
- b) El nombre y la dirección de las partes;
- c) Una referencia a la cláusula compromisoria o al acuerdo de arbitraje separado que se invoca;
- d) Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado;
- e) La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado;
- f) La materia u objeto que se demanda;
- g) Una propuesta sobre el número de árbitros (es decir, una o tres) cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

- a) Las propuestas relativas al nombramiento del árbitro único y de la autoridad nominadora mencionada en el párrafo 1 del artículo 6.
- b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7;
- c) El escrito de demanda mencionado en el artículo 18.¹¹⁹

298. Conforme el Reglamento UNCITRAL de 1976, la NOA tiene algunas similitudes con la NOI, pues en esta también deben de ser identificadas las partes, se narran los hechos que dan origen a la controversia, se debe de establecer el monto que se reclama.

299. En la práctica, la NOA busca brindar más detalles sobre la controversia a diferencia de la NOI en la que comúnmente, los hechos se narran de forma sucinta.

300. Conforme lo previsto en el Reglamento UNCITRAL, en la NOA al ser el inicio del arbitraje las partes deben de proponer la forma en que se constituirá el tribunal, es decir el número de árbitros. Sin embargo, esto no resulta aplicable en un arbitraje de inversión, ya que los propios AIs, normalmente, establecen el número de árbitros

¹¹⁹ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 3.

que compondrán el tribunal, los plazos para su nombramiento, etc. Esto se explicará de forma detallada en la siguiente sección.

301. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI) establece lo siguiente:

Artículo 36

(1) 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.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

302. De lo anterior se desprende que, conforme el Reglamento UNCITRAL el inicio de un arbitraje se da de forma bilateral, pues se entenderá que el arbitraje inicia al momento en que el Estado recibe la NOA, sin embargo, conforme el Convenio CIADI el proceso inicia mediante la notificación a la Secretaria General, quien está facultada para realizar una examinación preliminar de la solicitud para determinar si se encuentra o no dentro de la jurisdicción del Centro.

303. Asimismo, conforme el Convenio CIADI resulta importante destacar que este le brinda la facultad a la Secretaria General para que, del análisis preliminar que realice del caso pueda decidir rechazar su registro.

304. Estas primeras etapas del arbitraje servirán para que las partes, principalmente el Estado, puedan conocer de forma general los hechos de la controversia, puedan allegarse de la información necesaria para conocer detalles sobre estos y realizar un análisis de los perfiles de árbitros que pudieran resultar convenientes para conocer del caso por su experiencia.

2. Constitución del tribunal arbitral y aspectos previos del procedimiento

305. Una vez presentada la NOA o Solicitud de Arbitraje, en el caso de que las partes elijan al CIADI como el centro encargado de administrar el arbitraje, el Secretario del CIADI transmitirá la solicitud al Estado demandado y una vez que se hubiera realizado el análisis de los requisitos previstos en el artículo 36.3 del Convenio registrará el arbitraje y de igual forma, deberá de notificar al Estado Demandado sobre ello.

306. La Notificación de Registro deberá de indicar la fecha en que se registró el arbitraje, asimismo, deberá de confirmar que, son correctas las direcciones de contacto que fueron establecidas en la Solicitud de Arbitraje.

307. Posteriormente, requerirá a las partes que informen sobre el acuerdo que hubieran alcanzado respecto del número de árbitros que conocerá la controversia y su método de selección e invitará a las partes para que constituyan el tribunal sin demoras.¹²⁰

308. Una vez registrada la controversia, las partes procederán a constituir el Tribunal, cuyo número de árbitros dependerá de lo dispuesto en el tratado aplicable y las reglas procesales aplicables.

309. El Tribunal podrá estar compuesto por un único árbitro, o bien un número impar de árbitros. Comúnmente, los tribunales de arbitrajes en materia de inversión se conforman de tres árbitros.

310. La elección de los árbitros comúnmente es decidida por las partes, es decir, cada una de las partes nombra a uno de los árbitros. El tercer árbitro, quien fungirá como presidente del Tribunal puede ser elegido por acuerdo de las partes, y en caso

¹²⁰ Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, Washington. D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 1 de julio de 2022, Regla 7.c.

de que estas no logren un acuerdo, el Secretario General del CIADI podrá elegir a este.¹²¹

311. Otra de las formas comúnmente utilizadas por las partes para la constitución del tribunal, es mediante la elección de un procedimiento de listas. Estos procedimientos pueden llevarse a cabo de la siguiente manera:

- Las partes intercambian una lista de candidatos, y sobre ella su contraparte informará los candidatos que acepta o rechaza.
- Las partes pueden solicitar al CIADI que les proporcione una lista con determinado número de candidatos, los cuales serán calificados por cada una de las partes. El candidato con mayor calificación será elegido, y en caso de que dos o más candidatos tuvieran la misma calificación será el CIADI quien podrá seleccionar a alguno de estos.
- Las partes y el CIADI nominan a candidatos para integrar la lista, las partes no serán informadas cuáles candidatos fueron elegidos por su contraparte ni por el CIADI.

312. Ahora bien, para que una persona pueda fungir como árbitro debe de cumplir con determinados requisitos conforme las reglas procesales aplicables a la disputa, el más importante de ellos es la nacionalidad.

313. Conforme el Convenio CIADI, la mayoría de los árbitros que conformarán el tribunal arbitral no podrán tener la nacionalidad del Estado demandado o del Estado cuya nacionalidad sea la del inversionista, sin embargo, en caso de que las partes acuerden lo contrario, esto no será aplicable.¹²² Esto es una clara muestra de la flexibilidad con la que un procedimiento arbitral puede conducirse, pues mientras

¹²¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 37. Ver Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 5. Ver Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 1123.

¹²² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 39.

exista un convenio entre las partes de la controversia, lo previsto en las reglas procesal aplicables puede llegar a ser un aspecto secundario del arbitraje.

314. Si a pesar de los métodos antes referidos, las partes no alcanzaran un acuerdo sobre los árbitros y el tribunal no se hubiere constituido dentro de los 90 días siguientes a la notificación de registro de arbitraje, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente del Consejo Administrativo que elija el árbitro o árbitros que aún no hubieran sido nombrados, previa consulta a las partes.¹²³

315. Una vez nombrados los árbitros, el Secretario General del CIADI deberá de solicitar la aceptación del árbitro elegido y le transmitirá la documentación que hubiera sido enviada por las partes y que sea necesaria para que este pueda realizar su análisis respecto cualquier posible conflicto de interés que pudiera tener con las partes.

316. Lo anterior es de suma importancia, pues la persona que funja como árbitro deberá de ser imparcial a las partes y la controversia, por lo que diversos reglamentos procesales establecen disposiciones para garantizar dicha situación.

317. El Reglamento UNCITRAL de 2010 establece que, cuando se hubiere designado un árbitro, este debe de revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, por lo que, a partir de que sea nombrado árbitro y durante todo el procedimiento, deberá de notificar a las partes y los demás árbitros de las circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad.¹²⁴

318. En ese sentido, tanto el Convenio CIADI como el Reglamento UNCITRAL prevén mecanismos para que cualquiera de las partes solicite la recusación de los árbitros, lo cual en la mayoría de los casos se da por temas de conflicto de interés de los árbitros.

¹²³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 38. Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 1 de julio de 2022, Regla 18.

¹²⁴ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 6 de diciembre de 2010, Artículo 11.

319. Una vez conformado el tribunal arbitral, las partes y el tribunal decidirán las cuestiones procesales del procedimiento, como lo pueden ser:

- Número de miembros del tribunal necesarios para constituir quórum en sus reuniones.
- Idioma(s) en que se llevará a cabo el procedimiento.
- Número y orden de los escritos.
- Calendario procesal.

320. Fijados los aspectos procesales que regirán el procedimiento y establecido el calendario procesal dará inicio la fase escrita del arbitraje.

321. Como sucede respecto el nombramiento de los árbitros, los aspectos previos del arbitraje son un claro reflejo de la flexibilidad con la que cuentan las partes de este, pues como fue explicado en el Capítulo I a diferencia de un procedimiento judicial, las partes podrán elegir los aspectos procesales que mejor se adapten a sus necesidades e intereses.

3. Fase Escrita

322. La fase escrita iniciará con la presentación del Escrito de Demanda del inversionista en el que comúnmente, el inversionista expondrá los hechos que dieron origen a la controversia, el derecho aplicable, los daños que considere ha sufrido su inversión, así como sus puntos petitorios.

323. Conforme el Reglamento de la UNCITRAL, los requisitos formales que debe de cumplir el Escrito de Demanda son los siguientes:

2. El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:
 - a) El nombre y la dirección de las partes;
 - b) Una relación de los hechos en que se base la demanda;

- c) Los puntos en litigio;
- d) La materia u objeto que se demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.¹²⁵

324. En la demanda, al igual que en cualquier procedimiento llevado ante una corte doméstica, se narrarán los hechos que dan origen a la controversia, en estos comúnmente, se explicarán las actividades o forma de operación de la inversión del inversionista demandante, aspectos de derecho doméstico del Estado receptor de la inversión, se describirá el actuar de las autoridades del Estado.

325. Posteriormente, en la Demanda se explicará cómo este actuar del Estado resulta violatorio de las obligaciones previstas en el AII aplicable a la controversia. Finalmente, comúnmente, se abordará una sección en la que se expliquen los daños que la inversión sufrió derivado del actuar del Estado, en la que se describirá la metodología que fue utilizada para calcular los daños.

326. Los hechos que se narran en la demanda podrán estar acompañados del soporte documental que prueba lo dicho por el inversionista, informes de experto, declaraciones testimoniales, jurisprudencia en la materia.

327. Ahora bien, es importante establecer ¿quién puede presentar una demanda en un arbitraje de inversión? El AII aplicable a la controversia establecerá quiénes se encuentran legitimados para presentar una demanda.

328. En ese sentido, uno de los factores determinantes para poder presentar una reclamación en el marco de un arbitraje inversionista-Estado, es haber realizado una inversión en el Estado receptor, por lo que se debe atender a lo que es considerado una inversión cubierta conforme el tratado aplicable.

329. El T-MEC define inversión cubierta de la siguiente forma:

¹²⁵ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 18.

inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado o que se haya establecido, adquirido o expandido posteriormente;¹²⁶

330. Conforme el T-MEC para que una inversión pueda contar con la protección del tratado debe de cumplir con determinados elementos:

- Elemento territorial: la inversión se hubiera realizado en el territorio de la otra Parte del tratado.
- Elemento temporal: la inversión debe de existir a la fecha en que el T-MEC hubiera entrado en vigor, o bien, de forma posterior a esta.

331. Respecto el elemento territorial este resulta de gran relevancia, pues tribunales como el de *Bayview* ha determinado que, para que un inversionista pueda gozar de la protección del tratado es necesario que la inversión se hubiera realizado en el territorio de la otra Parte del tratado.¹²⁷

332. Sobre este aspecto, es claro que otro aspecto que será importante considerar para saber quién está legitimado para presentar una demanda es la nacionalidad del inversionista, pues es fundamental que este sea nacional de uno de los Estados contratantes.

333. Lo anterior es así, pues como se ha señalado a lo largo de este trabajo, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado está diseñado para controversias internacionales de inversión, es decir, para controversias que surjan entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de su inversión, el cual debe de ser diferente al de la nacionalidad del primero. Este mecanismo no permite que inversionistas nacionales demanden a sus propios Estados.

334. Al respecto, el Convenio CIADI define a los nacionales de la siguiente forma:

¹²⁶ Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020.

¹²⁷ *Bayview Irrigation District et al. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo (en Jurisdicción), 19 de junio de 2007, párr. 102.

[...]

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

a. toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

b. toda 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.¹²⁸

335. A pesar de que determinar la nacionalidad de un inversionista parece una tarea sencilla, la globalización ha provocado que esto sea sumamente complicado, debido a la complejidad societaria que actualmente tienen las empresas transnacionales, pues es común que estas cuenten con compañías subsidiarias en distintas jurisdicciones cuya propiedad es de inversionistas que detentan distintas nacionalidades. Sin embargo, es importante aclarar que este problema no es exclusivo de las empresas, pues incluso determinar si un tratado protege a una persona física que ostenta dos nacionalidades ha sido objeto de discusión de diversos tribunales los cuales han establecido ciertos requisitos para poder determinar la nacionalidad de un inversionista.

336. El tribunal en *Heemsen v. Venezuela*¹²⁹ determinó que a la luz del derecho internacional público los problemas que pudieran surgir en torno a la nacionalidad han sido resueltos con base en la Convención de la Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930

¹²⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 25.

¹²⁹ Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. la República Bolivariana de Venezuela, Laudo de Jurisdicción, Caso CPA No. 2017-18, 29 de octubre de 2019, párrs. 421 y 422.

la cual ha dispuesto que es prerrogativa de cada Estado determinar quiénes son sus nacionales con base en sus propias leyes, las cuales deben de ser reconocidas por otros Estados.

337. En ese mismo sentido, el tribunal en *Champion Trading v. Egipto*¹³⁰ determinó que tres de los inversionistas que presentaron la reclamación en contra de Egipto, poseían la nacionalidad egipcia con base en la legislación nacional de este país, por lo que se encontraban impedidos de presentar una reclamación en contra de Egipto.

338. Otro de los criterios utilizados para determinar la nacionalidad es el denominado “nacionalidad dominante y efectiva”. Dicho criterio fue adoptado en el caso *Nottebohm*,¹³¹ en el que resolvió que, en caso de que una persona tuviera dos nacionalidades, era importante considerar los hechos, es decir, los hechos que demuestran los lazos que tiene con un país, como su lugar de residencia, su centro de negocios, las relaciones familiares, entre otros.

339. Asimismo, dicho criterio fue recogido por el DR-CAFTA al definir lo siguiente:

inversionista de una Parte como significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva;¹³²

340. Al respecto, el tribunal de *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*¹³³ consideró que, el hecho de que el AIJ aplicable regule la nacionalidad dominante y efectiva

¹³⁰ *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, pp. 11 y 17.

¹³¹ *Nottebohm Case (Liechtesntein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment of April 6th, 1995, p. 22

¹³² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 10.28.

¹³³ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Award, ICSID Case No. ARB/11/33, 27 de octubre de 2015.

tiene por objeto evitar que, nacionales de los dos Estados parte del tratado usen el mecanismo para demandar a su propio Estado, es decir, el de su nacionalidad dominante y efectiva, lo cual contravendría el propósito del AI de proteger únicamente a los inversionistas de la otra Parte.

341. Por otro lado, los criterios aplicables para determinar la nacionalidad de una empresa son distintos a los aplicables a las personas físicas y requieren un mayor análisis debido a la globalización y las estructuras societarias adoptadas por las empresas como se mencionó *supra*.

342. Por lo anterior, los AIs han establecido los requisitos que debe de cumplir una empresa para que pueda ser considerada nacional de uno de los Estados Parte. Por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI México-Argentina), establece que, para que una empresa pueda tener el carácter de inversionista y gozar de la protección del Tratado requiere “est[ar] constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y ten[er] su sede en el territorio de dicha Parte Contratante.”¹³⁴

343. De la definición antes referida se desprende que la empresa debe de haberse constituido conforme las leyes de uno de los Estados y tener su sede en este.

344. Sin embargo, en contraste a lo establecido en el APPRI México-Argentina, el Acuerdo entre la República de El Salvador y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI El Salvador-Chile) establece que, para que una empresa sea considerada como un inversionista, además de los requisitos contemplados en el APPRI México-Argentina, esta debe de tener sus “actividades económicas efectivas, en el territorio de dicha Parte Contratante”.¹³⁵

¹³⁴ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Buenos Aires, Argentina, firmado el 13 de noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de agosto de 1998, Artículo Primero.

¹³⁵ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y su Protocolo, entre la República de Chile y la República de el Salvador, Santiago, Chile, 8 de noviembre de 1996, Artículo 1.

345. En ese sentido, se concluye que, determinar la nacionalidad de una persona física dependerá primordialmente de la ley doméstica del Estado del cual se alega que es nacional, mientras que la nacionalidad de una persona jurídica se determinará por el criterio de la constitución/ incorporación, establecimiento de la compañía, así como los acuerdos, tratados y legislación.

346. Es importante destacar que, el hecho de no estar legitimados para presentar una reclamación podrá ser argumentado por el Estado durante la sustanciación del procedimiento, y corresponderá al tribunal resolver este aspecto.

347. Una vez presentado el Escrito de Demanda, la contraparte presentará su Contestación de Demanda, la cual es el medio por el que el Estado Demandado refutará las reclamaciones hechas valer por el inversionista, exponiendo los hechos relacionados con la reclamación, responderá los puntos en litigio y la materia u objeto que se demanda.

348. Respecto los requisitos formales con que este debe de cumplir, el Reglamento UNCITRAL establece lo siguiente:

CONTESTACIÓN

Artículo 19

1. Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.

2. En la contestación se responderá a los extremos b, c y d del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 18). El demandado podrá acompañar su escrito con los documentos en que base su contestación o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvencción fundada en el mismo contrato o hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.

4. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18 se aplicarán a la reconvencción y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación.¹³⁶

¹³⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 19.

349. De lo anterior, es claro que el primer medio de defensa con el que contará el Estado para debatir las reclamaciones del inversionista, combatir temas sobre legitimidad o jurisdicción será la Contestación de Demanda. Sin embargo, el Estado únicamente se limitará a responder las reclamaciones del inversionista, por medio de la Contestación de Demanda, no podrá presentar su propio caso al tribunal que conozca de la controversia.

350. La presentación de la Contestación de la Demanda resulta de suma relevancia para efectos de una Reconvención, pues como lo mencionamos esta etapa no solo será el primer medio de defensa del Demandado, será el momento procesal en el que el Estado podrá presentar su reconvención.

351. Al respecto, la Regla 40 de las Reglas CIADI establece lo siguiente:

(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvención que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

(2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvención a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.

[...] ¹³⁷

352. De la misma manera, el Reglamento UNCITRAL establece que la reconvención deberá de ser formulada a más tardar en la Contestación de Demanda.

353. Posterior a la presentación del Escrito de Demanda y de Contestación se llevará a cabo la fase de producción de documentos.

¹³⁷ Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 1 de julio de 2022, Regla 40.

354. Al respecto, las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA), define documento como “un escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio;”, asimismo, define a la solicitud de exhibición de documentos como una “petición por escrito de una Parte para que otra Parte exhiba Documentos”.¹³⁸

355. Es así que, la exhibición de documentos es el procedimiento por el que las partes solicitan la exhibición de determinados documentos que consideren necesarios para fortalecer su caso o defensa a su contraparte cuando consideren que están en el poder de esta.

356. Las solicitudes de exhibición de documentos hechas por las partes deberán de contener la siguiente información:

[...]

3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

(a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o

(ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede ó el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.

(b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y

(c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y

¹³⁸ Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010, Londres, Reino Unido, Definiciones.

(ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.¹³⁹

357. Sin embargo, es importante destacar que, el tribunal arbitral cuenta con la facultad de requerir en cualquier momento, a cualquiera de las partes, la exhibición de algún documento que considere pertinente o necesario.

358. Una vez presentadas las Solicitudes de Documentos de las partes, su contraparte exhibirá los documentos que considere puede presentar de forma voluntaria (Producción Voluntaria), sin embargo, también podrá objetar la solicitud cuando estas no cumplan con los requisitos antes referidos, o bien por considerar que las solicitudes de su contraparte encuadran en alguno de los siguientes supuestos:

- (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
- (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal Arbitral;
- (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;
- (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;
- (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes;
- (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o
- (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.¹⁴⁰

¹³⁹ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010, Londres, Reino Unido, Artículo 3.

¹⁴⁰ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010, Londres, Reino Unido, Artículo 9.

359. Posteriormente el Tribunal Arbitral decidirá cuáles de las solicitudes presentadas por las partes son procedentes y cuáles no, ordenando así que, en un plazo establecido, la parte exhiba los documentos que le fueron ordenados.

360. En caso de que alguna de las partes no exhibiera algún documento ordenado por el tribunal arbitral sin explicación alguna o suficiente, el tribunal arbitral podrá crear inferencias negativas, o bien, la contraparte podrá solicitarlas al tribunal.

361. Las inferencias negativas surgen por la creencia de que la parte que se negó a exhibir los documentos ordenados por el tribunal, los tiene en su posesión, por lo que el tribunal arbitral podrá inferir que la evidencia es perjudicial o negativa para su caso pues sin causa justificable se negó a entregar los documentos que obraban en su control.¹⁴¹

362. Por lo anterior, los aspectos que comúnmente han sido reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia para que un tribunal realice inferencias negativas que pudieran resultar en un laudo desfavorable son los siguientes:

La parte que hubiere solicitado las inferencias negativas, deberá producir toda la evidencia disponible que corrobore la inferencia solicitada;

La documentación solicitada debió de ser accesible para la parte que no exhibió lo ordenado;

La inferencia debe de ser razonable, consistente con los hechos contenidos en el expediente y relacionado con la naturaleza de la evidencia que no fue producida;

La parte que solicite las inferencias negativas debe de producir los indicios que fundamenten su solicitud;

La parte que no hubiere exhibido los documentos ordenados deberá saber sobre las inferencias negativas que pudieren surgir al no haber producido lo ordenado.¹⁴²

¹⁴¹ Solis, Menalco, "Adverse inferences in investor-state arbitration", Inglaterra, ed. Oxford University Press, pp. 79 y 80.

¹⁴² Sharpe, Jeremy, "Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence", *Arbitration International*, Vol. 22, No.4, LCIA, 2006, p 551.

363. Los efectos o impacto que pudieran tener las inferencias negativas en la emisión del laudo dependerán del tribunal arbitral que conozca del caso, pues este tiene facultades discrecionales respecto la aplicación y efectos de las inferencias negativas, pues basar su decisión únicamente en éstas podría afectar derechos de debido proceso y equidad entre las partes.

364. A pesar de ello, la tendencia en arbitraje de inversión ha sido darle mayor carga probatoria a la evidencia que consta en el expediente sobre la que no hubiera sido presentada en la etapa de exhibición de documentos.

365. Una vez presentados los Escritos de Demanda y el Escrito de Contestación de Demanda, el tribunal arbitral podrá decidir si requiere que las partes presenten escritos adicionales, o bien, alguna de las partes podrá solicitarlo al tribunal, estos escritos pueden referirse a la Réplica y Dúplica.¹⁴³

366. En la práctica de arbitrajes internacionales en materia de inversión, la Réplica y Dúplica suelen estar previstas desde el inicio del procedimiento, es decir, no son un escrito adicional a la Demanda y Contestación de Demanda.

367. Al igual que el Escrito de Demanda y el de Contestación de Demanda, la Réplica y Dúplica deberán de contener “la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones.”¹⁴⁴

368. En ese sentido, la Réplica la presentará el Demandante, y por medio de este escrito dará contestación o refutará los argumentos presentados por el Estado Demandado en su Escrito de Contestación, asimismo buscará refutar los argumentos presentados en los informes de experto presentados por su

¹⁴³ Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 10 de abril de 2006, Regla 31. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículos 22 y 24.

¹⁴⁴ Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 10 de abril de 2006, Regla 31.

contraparte, declaraciones testimoniales, y podrá presentar pruebas, informes de experto, o declaraciones testimoniales adicionales a las que presentó en el Escrito de Demanda que considere pertinentes para fortalecer su caso.

369. La Dúplica buscará dar contestación y refutar los argumentos establecidos en el Escrito de Réplica, podrá presentar pruebas documentales adicionales a las que hubieren acompañado su Escrito de Contestación de Demanda, sin embargo, a diferencia del Demandante, el Demandado únicamente podrá presentar informes de experto en la o las materias que el Demandante hubiere presentado.

370. Una vez presentado el Escrito de Dúplica terminará la fase escrita del arbitraje y dará inicio a la fase oral del arbitraje.

4. Fase oral

371. La Audiencia constituye la “fase oral del procedimiento en la que las partes presentan sus argumentos y el tribunal tiene la oportunidad de formularles preguntas directamente.”¹⁴⁵

372. La Regla 29 de las Reglas CIADI disponen que, una vez transcurrida la etapa de actuaciones escritas (*i.e.* Escrito de Demanda, Escrito de Contestación, Réplica y Dúplica), dará inicio la etapa oral del arbitraje.

373. Sin embargo, en contraste a lo anterior, el Reglamento UNCITRAL prevé la celebración de la audiencia como una facultad de las partes o del tribunal para solicitar esta, al disponer lo siguiente:

Artículo 15

[...]

¹⁴⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 3

2. A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de prueba por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

[...] ¹⁴⁶

374. Sin embargo, en la práctica, las audiencias del caso son celebradas como una etapa común del procedimiento, siendo que, únicamente queda a discreción del tribunal las audiencias que pudieran resultar de alguna etapa incidental como podrían ser una audiencia de Medidas Provisionales.

375. Al igual que respecto la presentación del Escrito de Dúplica y Réplica, en la práctica, las audiencias siempre están previstas para realizarse desde el inicio del procedimiento, pues esta será la oportunidad del tribunal de poder aclarar las dudas que tuviera respecto de las posturas de las partes.

376. Asimismo, durante la audiencia las partes, al igual que el tribunal, podrán interrogar a los testigos y expertos buscando fortalecer su caso y desestimar lo dicho por los testigos y expertos de su contraparte en su declaración testimonial o informe de experto según sea el caso.

377. Respecto la transparencia para llevar a cabo las audiencias las Reglas CIADI establecen que:

Regla 32

[...]

(2) Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer

¹⁴⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 25.

procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.¹⁴⁷

378. En la práctica, y en los modelos de tratados antiguos, así como en las reglas procesales, era común establecer que las audiencias fueran celebradas a puerta cerrada, es decir únicamente los miembros del tribunal, las partes, los representantes legales de las partes, sus peritos podían estar presentes, y los testigos únicamente podían acudir cuando fueran a ser interrogados.¹⁴⁸

379. Actualmente, a partir de las reformas realizadas en 2013, el Reglamento UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados¹⁴⁹ en el Marco de un Tratado, establece como regla general el que las audiencias sean públicas, sin embargo, también prevé la posibilidad de que estas se lleven a cabo en privado por acuerdo de las partes.

380. Asimismo, no solo las reglas procesales han cambiado las condiciones para la celebración de las audiencias, los propios AIs han optado por un enfoque de mayor transparencia al establecer que las audiencias sean abiertas al público, ejemplo de lo anterior son el T-MEC, CPTPP, el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Alianza del Pacífico (Alianza del Pacífico), DR-CAFTA entre otros.

381. Una vez llevada a cabo la audiencia, según lo que hubieren acordado las partes u ordenado el tribunal, se podrán realizar alegatos de clausura, es decir, las partes al finalizar la audiencia podrán presentar al tribunal un resumen de los aspectos que ocurrieron durante la audiencia y consideran que podrían ayudar a fortalecer su caso. O de lo contrario, podría ocurrir que, el tribunal decida que las partes presenten Escritos Posteriores a la Audiencia, asimismo, el tribunal podrá

¹⁴⁷ Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, Washington. D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 1 de julio de 2022.

¹⁴⁸ Schreuer, Christoph et. al., "The ICSID Convention; a Commentary", Reino Unido, 2a Edición, ed. Cambridge University Press, 2009, p. 699.

¹⁴⁹ Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013, Artículo 6.

enviar a las partes preguntas adicionales a las que hubieran sido realizadas durante la audiencia.

5. Laudo

382. El laudo es la decisión que dictará el tribunal arbitral y pondrá fin a la controversia, o bien, este podrá limitarse a resolver una cuestión previa como la jurisdicción del tribunal, o la responsabilidad y los daños que deberá de pagar alguna de las partes.¹⁵⁰

383. El laudo deberá constar por escrito, y en este se expondrán las posiciones de las partes respecto cada uno de los hechos controvertidos, así como el análisis que hubiere realizado el tribunal en donde explicará las razones y motivos sobre los cuales funde su decisión.

384. El laudo será trasmitido a las partes y posteriormente, una vez que estas lo hayan consentido, el laudo podrá ser publicado.¹⁵¹

385. Conforme las Reglas CIADI, el laudo debe de dictarse a los 120 días siguientes en que se hubiere declarado cerrado el procedimiento, teniendo la posibilidad de prorrogar dicho plazo por 60 días.¹⁵²

386. Respecto los requisitos formales que debe de contener el laudo, las Reglas CIADI establecen que este debe de contener:

- La identificación de las partes;

¹⁵⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 15.

¹⁵¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 48. Reglamento UNCITRAL, Artículo 34.

¹⁵² Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 1 de julio de 2022, Regla 38.

- Una declaración de que el tribunal fue constituido conforme lo establecido en el Convenio, la forma en que fue constituido, los miembros que lo integran y la identificación de la parte que designó a estos;
- Los nombres de las representantes de las partes;
- Las fechas y lugares en donde se llevaron a cabo las reuniones del tribunal;
- Resumen del procedimiento;
- Los hechos de la controversia;
- Las pretensiones de las partes;
- La decisión del tribunal sobre todas las cuestiones en disputa, así como el razonamiento en las que basó su decisión;
- La decisión del tribunal sobre las costas del procedimiento, y
- La firma de cada uno de los miembros del tribunal.¹⁵³

387. El sentido en que puede ser dictado un laudo dependerá de lo establecido en el All aplicable, sin embargo, la mayoría contempla el pago de daños pecuniarios e intereses y/o la restitución de la propiedad. Asimismo, el tribunal arbitral podrá pronunciarse respecto el pago de los gastos y costas en que hubiere incurrido la parte vencedora.¹⁵⁴

388. Una vez dictado el laudo, las partes contarán con un plazo determinado, dependiendo las reglas procesales aplicables, para requerir al tribunal la rectificación del laudo sobre cualquier error de cálculo, tipográfico o bien, solicitar que se decida sobre cualquier situación o punto en que hubiese sido omiso en

¹⁵³ Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 1 de julio de 2022, Regla 59.

¹⁵⁴ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 16 de diciembre de 2013, Artículos 40 y 42.

resolver.¹⁵⁵ Asimismo, las partes también cuentan con el derecho de solicitar una interpretación o aclaración del sentido o alcance del laudo.¹⁵⁶

389. En ese sentido, el tribunal de *Wena Hotels Limited v. Egipto* determinó que dos condiciones deben de reunirse para la admisibilidad de una solicitud de interpretación del laudo las cuales son:

- La existencia de una controversia entre las partes respecto el significado o alcance del laudo, y
- El propósito de dicha solicitud debe ser obtener la interpretación del laudo.¹⁵⁷

390. Con la emisión del laudo, el arbitraje podría considerarse como concluido, pero es importante mencionar que, atendiendo a las reglas procesales que le sean aplicables, la parte que no le fue favorable el laudo podría buscar su anulación (en caso de un arbitraje bajo las Reglas CIADI).

¹⁵⁵ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 49. Artículos 38 y 39, Reglamento UNCITRAL de 2013.

¹⁵⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 50. Artículo 37, Reglamento UNCITRAL de 2013.

¹⁵⁷ *Wena Hotels Limited c. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. For interpretation of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 31 de Octubre de 2005.

III. RECONVENCIÓN DE LOS ESTADOS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

391. El objeto de este Capítulo es explicar los requisitos o elementos que han sido considerados y analizados por los tribunales arbitrales de la materia al estar frente de una reconvencción.

392. Los objetivos particulares del capítulo son:

- Identificar los requisitos que han sido considerados por los tribunales en la materia al determinar si tienen jurisdicción sobre las reconvencciones presentadas por Estados en un arbitraje de inversión.
- Explicar los requisitos que deben de satisfacerse para presentar una reconvencción en un arbitraje internacional en materia de inversión.
- Explicar y contrastar la regulación de estos requisitos en diferentes AIs.
- Identificar casos de arbitrajes de inversión en los que se han analizado los requisitos que deben satisfacerse para presentar una reconvencción y el lenguaje del AI aplicable.
- Explicar el análisis que realizaron tribunales arbitrales en los siguientes casos para resolver los requisitos relacionados con los requisitos de una reconvencción.

Caso	AI Aplicable
SGS v. Paquistán	Paquistán-Suiza
Burlington c. Ecuador	Ecuador-EE.UU.
Roussalis v. Rumania	Grecia-Rumania
Alex Genin v. Estonia	Estonia-EE.UU.
Goetz v. Burundi	Bélgica-Luxemburgo-Burundi
Saluka v. República Checa	República Checa-Países Bajos

Al Warraq v. Indonesia	Estados Miembros de la Organización de Cooperación Islámica
Urbaser c. Argentina	Argentina-España
Legacy c. México	TLCAN
Oxus Gold v. Uzbekistán	Reino Unido-Uzbekistán
Naturgy Energy c. Colombia	Colombia-España
Sergei Paushok v. Mongolia	Mongolia-Rusia

393. El análisis de los casos antes referidos responderá la siguiente interrogante ¿Conforme la jurisprudencia, es necesario que el AI aplicable tenga una disposición expresa que reconozca el derecho del Estado de presentar una reconvención en un arbitraje de inversión?

394. Antes de abordar los requisitos que deben satisfacerse para determinar si un tribunal tiene jurisdicción para conocer de una reconvención, es importante identificar el objeto de una reconvención.

395. Una reconvención en el marco de un arbitraje de inversión no solo busca que el Estado demandado dé contestación o se defienda de las reclamaciones planteadas por el inversionista con el objeto de que el tribunal arbitral desestime las alegaciones del inversionista.

396. La presentación de una reconvención permite que el Estado exponga su propio caso al tribunal que está conociendo de la controversia, en el que podrá explicar las acciones que realizó el inversionista y que considera que son violatorias del derecho aplicable a la controversia y así el inversionista pueda ser condenado al pago de daños.¹⁵⁸

¹⁵⁸ De Nanteull, Arnaud, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunal*, 2018, p. 374, Disponible en: https://brill.com/view/journals/lape/17/2/article-p374_6.xml, Consultado el 8 de febrero de 2024.

397. A pesar de que una reconvencción puede estar basada en principios procesales fundamentales, como la equidad procesal, también conocida como la “igualdad de armas”, su principal problema en el marco de un arbitraje de inversión es que, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado encuentra su fundamento en un tratado que fue diseñado para fomentar la inversión extranjera y brindar protección y seguridad a los inversionistas que realizan una inversión en un Estado extranjero, es decir, un Estado distinto del que son nacionales.

398. En otras palabras, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado busca garantizar que el inversionista extranjero cuente con un medio de defensa en contra de los actos que realice el Estado receptor de su inversión que considera que está afectando su inversión o incluso que provocaron su destrucción.

399. En este sentido, el AIJ brinda una garantía al inversionista de que el Estado receptor se obliga al cumplimiento de ciertos estándares u obligaciones que respeten su inversión. Sin embargo, es importante aclarar que esto no debe de ser confundido como una forma de limitar el poder soberano de un Estado,¹⁵⁹ su objetivo es que, el actuar del Estado esté alineado a los compromisos y obligaciones que adquirió mediante la suscripción del tratado y ante la inobservancia de estos que tengan como consecuencia una afectación a un inversionista extranjero, este cuente con un medio de defensa.

400. Este medio de defensa permitirá que las reclamaciones del inversionista sean resueltas por un tribunal independiente del Estado.

401. En la actualidad, la mayoría de los AIJ únicamente prevén derechos para los inversionistas e imponen obligaciones a los Estados, sin embargo, esto no ocurre de forma *vice versa*, es decir, comúnmente los AIJ no establecen obligaciones a cargo de los inversionistas.

¹⁵⁹ Farmer, Kelsey, “The Best Defence is a Goof Ofense- State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, LLM Research Paper, University of Wellington, Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/41340254.pdf>, p. 9, Consultado el 8 de febrero de 2024.

402. A pesar de esto, en ocasiones los inversionistas deben de cumplir con determinadas obligaciones en el territorio del Estado receptor de su inversión. Por ejemplo, la obligación de cumplir con la legislación doméstica del Estado.¹⁶⁰

403. Esta obligación resulta relevante, pues la inobservancia por parte del inversionista podría ser un supuesto en el que un Estado podría fundar su reconvención. Sin embargo, es importante precisar que, un simple incumplimiento a la legislación doméstica no puede ser objeto de una reconvención a menos que su cumplimiento se encuentre previsto en el AII aplicable.

404. Otro supuesto bajo el cual un Estado podría fundar su reconvención puede ser cuando un inversionista cause daños a una persona o una comunidad del Estado como resultado de la operación de su inversión. Estos grupos o sujetos al no estar legitimados para presentar una reclamación en el marco de un arbitraje de inversión, el Estado receptor podrá reclamar las afectaciones que estos sufrieron en el arbitraje a través de una reconvención.¹⁶¹

405. A pesar de que una reconvención podría traer el balance a este mecanismo que nació siendo asimétrico, actualmente existe la discusión de si los Estados pueden presentar una reconvención en un arbitraje de inversión.

406. Por lo anterior, algunos de los Estados que han intentado ejercer este medio de defensa se han enfrentado a la renuencia de los tribunales arbitrales para conocer o admitir las reconvenciones o incluso, una vez admitidas resulta poco probable que estas puedan resultar exitosas.

407. El arbitraje de inversión fue diseñado para otorgar una protección a inversionistas extranjeros frente actos de gobierno del Estado receptor de dicha inversión, pero en su diseño no se contempló la posibilidad de que fuera el

¹⁶⁰ Bjorklund, Andrea K, "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law", 17 Lewis & Clark L. Rev. 461, pp. 463- 465.

¹⁶¹ Ishikawa, Tomoko, "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, Symposium on Investor Responsibility: The next frontier in international investment law", Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/counterclaims-and-the-rule-of-law-in-investment-arbitration/1864471C7ABB41A54C72A373F19B6AFC>, p. 35, Consultado el 8 de febrero de 2024.

inversionista quien causara afectaciones al Estado a través de su inversión y mucho menos contempló un mecanismo en el que el Estado pudiera reclamar estas afectaciones ante un tribunal internacional.

408. Por ello, en el desarrollo de los casos los Estados han enfrentado la necesidad de utilizar el mecanismo, vía reconvención, para hacer valer sus derechos y reclamar las afectaciones ocasionadas por el inversionista.

409. A continuación, se explicarán los elementos que deben de estar presentes al momento de que un tribunal decida si puede conocer de una reconvención.

A. Consentimiento y jurisdicción

410. El consentimiento ha sido definido como la “anuencia de las partes de someterse a la competencia de un tribunal arbitral”¹⁶², es decir, las partes son quienes le otorgan jurisdicción a un tribunal arbitral para que este pueda conocer de una controversia.

411. Es así que, en un arbitraje de inversión, como en cualquier arbitraje, el consentimiento constituye la piedra angular de este, pues de este va a emanar la jurisdicción del tribunal lo que permitirá que se desarrolle el procedimiento.

412. Conforme la jurisprudencia establecida por los tribunales de la materia, se ha señalado de forma clara que, los temas relacionados con el consentimiento de las partes o el alcance de este son de carácter jurisdiccional, pues en caso de que alguna de las partes no hubiera otorgado su consentimiento para arbitrar la controversia, el tribunal ni siquiera podría conocer de la disputa.¹⁶³

¹⁶² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, *Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS)*, 2019, p. 6.,

¹⁶³ *Achmea B.V. v. Slovak Republic II*, PCA Case No. 2013-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 20 May 2014, párrs. 115-119.

413. En el arbitraje de inversión, a diferencia de un arbitraje comercial, no existe un acuerdo o cláusula arbitral en un sentido “convencional”. En un arbitraje comercial, el consentimiento se perfecciona mediante la suscripción de un acuerdo entre las partes de que, en caso de que surgiera una controversia en torno a cierto tema este podrá ser sometido a arbitraje. Es decir, mediante la suscripción de un acuerdo en el que participan las partes que, eventualmente, serán partes contendientes en un arbitraje, y mediante el cual acuerdan que ciertos aspectos podrán ser arbitrables.

414. En un arbitraje de inversión es diferente, ya que el consentimiento de las partes para someter una controversia a arbitraje se perfecciona en momentos diferentes y bajo dos distintos actos.

415. *Primero.* El consentimiento del Estado se da a través de un tratado internacional que es suscrito con otro Estado, no con un inversionista, mediante el cual las Partes otorgan –de manera previa- su consentimiento para que determinadas controversias puedan ser sometidas a un arbitraje de inversión por determinados sujetos.¹⁶⁴ Este consentimiento del Estado es irrevocable y será ofrecido siempre que el AII se encuentre en vigor, y el inversionista cumpla con ciertas formalidades y condiciones que se encuentran previstas en el AII aplicable.

416. *Segundo.* El consentimiento del inversionista se perfecciona cuando este acepta la oferta del Estado, cumple con las formalidades y condiciones previstas en el tratado y decide someter la controversia a arbitraje a través de la presentación de una solicitud (NOA). En ese segundo momento, el consentimiento de las partes es perfeccionado.¹⁶⁵ Lo anterior, sin perjuicio de las defensas u objeciones jurisdiccionales que el Estado pudiera oponer en relación al sometimiento de la controversia a arbitraje.

¹⁶⁴ Steingruber, Andrea M., “Consent in International Arbitration”, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, párrs. 2.10- 2.11.

¹⁶⁵ *Iddem.*

417. Por lo anterior, determinar si el consentimiento de las partes abarca las reconvencciones es un tema fundamental para determinar si un tribunal tiene jurisdicción sobre estas. En ese sentido un tribunal deberá de analizar:

- Si existe consentimiento de las partes, principalmente si existe el consentimiento del inversionista para que se pueda presentar una reconvencción en el procedimiento; y
- El alcance del consentimiento de las partes.

418. Determinar si el inversionista otorgó su consentimiento para que un Estado pueda presentar una reconvencción, es el primer problema que enfrentará el Estado debido al diseño del mecanismo.

1. Consentimiento del inversionista y su alcance

419. El inversionista frente a un All puede ser visto como un tercero que goza únicamente de los beneficios de un contrato que fue suscrito por otras personas, sin tener que cumplir con ninguna obligación.

420. En el caso de los All, los inversionistas tienen una posición privilegiada frente a estos en la medida que se benefician de la protección que ofrece el tratado a las inversiones que se realicen en el Estado Parte del que no son nacionales, sin que asuman obligaciones de manera directa al no ser Parte de ese All.

421. Bajo esta concepción, parecería que los inversionistas extranjeros únicamente gozarán de determinados derechos sin tener que cumplir con obligación alguna, por lo anterior, en su mayoría los All no regulan lo relativo a la presentación de la reconvencción de un Estado de manera expresa.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Kryvoi, Yaraslau, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law*, 2012, p. 226.

422. Es por ello que, ante la ausencia de un lenguaje que regule de forma explícita las reconvenções ha correspondido a los tribunales interpretar el All, en este caso, particularmente debe de analizar si el consentimiento otorgado por el inversionista abarca las reconvenções de conformidad con lo establecido en el All aplicable.

423. Ahora bien, es importante precisar que, a diferencia del consentimiento del Estado que emana del tratado, el consentimiento del inversionista no deriva del All —y por ende tampoco la jurisdicción del tribunal—, pues este no es Parte del tratado, únicamente es un sujeto que se beneficia de la protección que otorga el tratado.

424. El hecho de que los inversionistas no participen en la negociación del All cobra especial relevancia con relación al consentimiento otorgado para arbitrar una controversia, pues estos al aceptar la oferta del Estado no se encuentran facultados, ni tienen la posibilidad de modificar los términos de la oferta otorgada por los Estados, ya que los términos y condiciones fueron negociados únicamente por las Partes y se encuentran previamente establecidos en el tratado.¹⁶⁷

425. En otras palabras, cuando un inversionista decide someter una controversia a arbitraje

426. Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que, un Estado y un inversionista pueden otorgar su consentimiento por medio de un acuerdo por separado o independiente a un All, en el que acepten someter una reclamación a arbitraje.¹⁶⁸ Un ejemplo de lo anterior puede ser el caso de un contrato público en el que las partes acuerden que este contenga una cláusula arbitral.

427. Ahora bien, el consentimiento del inversionista respecto las reconvenções podrá ser expreso, tácito o implícito como se explicará a continuación.

¹⁶⁷ George Jain, Abhimanyu, "Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis", (October 9, 2013). 16(5) International Arbitration Law Review 135 (2013), Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2338135>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

¹⁶⁸ Kryvoi, Yaroslau, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", Minnesota Journal of International Law, 2012, pp. 226 y 227.

a. Consentimiento expreso

428. El consentimiento expreso se da cuando el propio tratado establece de forma clara que el consentimiento de las partes abarca las reconvencciones que pudieran ser presentadas durante el arbitraje, o bien cuando el propio inversionista manifiesta su consentimiento o reconoce la posibilidad de que el Estado demandado interponga una reconvencción durante el arbitraje.

429. Lo anterior, facilita la tarea del tribunal arbitral pues no deberá de realizar un análisis para determinar el alcance del consentimiento del inversionista.

430. A pesar de que pudiera resultar una situación que no es común en el marco del arbitraje de inversión, existen casos en los que el propio inversionista ha argumentado que un tribunal puede conocer de las reconvencciones que el Estado pudiera plantear.

431. Por ejemplo, en *SGS v. Pakistan*,¹⁶⁹ el Estado objetaba la jurisdicción del tribunal al considerar que otra corte ya estaba conociendo de la disputa derivado de un acuerdo contractual celebrado entre las partes.

432. En contraste a la postura de Paquistán, sorprendentemente SGS era quien sostenía que, el tribunal internacional tenía jurisdicción para conocer de las reclamaciones subordinadas, así como de las reconvencciones que surgieran de forma directa de la disputa, siempre y cuando se encontraran dentro del alcance del consentimiento de las partes.

433. SGS consideraba que el consentimiento de las partes abarcaba todas las disputas que surgieran respecto a su inversión de conformidad con el Artículo 9 de APPRI Paquistán- Suiza, el cual establecía lo siguiente:

Article 9

¹⁶⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003, párr. 108, nota al pie 125.

Disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party

(1) For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party and without prejudice to Article 10 of this Agreement (Disputes between Contracting Parties), consultations will take place between the parties concerned.¹⁷⁰

[...]

Traducción de cortesía

Artículo 9

Controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de otra Parte Contratante

(1) Con el fin de resolver controversias con respecto a inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 10 del presente Acuerdo (Controversias entre Partes Contratantes), se celebrarán consultas entre las partes interesadas.

434. En ese sentido, SGS argumentó que el consentimiento de las partes se extendía a las reconvencciones que Paquistán pudiera presentar. Es así que, en su Réplica, SGS de forma expresa confirmó su consentimiento respecto cualquier reconvencción que pudiera ser presentada por Paquistán. A pesar de lo anterior, en el referido caso, Paquistán decidió no presentar una reconvencción.

435. La misma postura fue sostenida por SGS en el arbitraje iniciado en contra de Filipinas, en el que manifestó que, a pesar de no aceptar las acusaciones de fraude que Filipinas había realizado en su contra, si el Estado lo deseara, aceptaría que presentara una reconvencción.¹⁷¹

436. Los casos de SGS demuestran que, la presentación de una reconvencción en un arbitraje de inversión, no solo es un tema que pudiera resultar de interés para los

¹⁷⁰ *Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, firmado el 11 de julio de 1995.

¹⁷¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, párr. 40.

Estados, incluso algunos inversionistas han optado por que sea un solo tribunal quien resuelva de las controversias que surjan en relación a su inversión.

437. Otro arbitraje de relevancia — y de los pocos en los que un Estado ha podido tener éxito al presentar una reconvencción— es *Burlington c. Ecuador*,¹⁷² en este caso, inicialmente el inversionista manifestó que objetaría la jurisdicción del tribunal respecto de las reconvencciones ambientales presentadas por Ecuador.

438. A pesar de esta objeción de Burlington, posteriormente las partes firmaron un acuerdo mediante el cual el inversionista aceptaba la jurisdicción del tribunal para conocer de las reconvencciones de Ecuador.

439. En *Roussalis v. Rumania*,¹⁷³ el Estado intentó demostrar el consentimiento del inversionista argumentando que, en una carta enviada por el demandante a Rumania de forma previa al inicio del arbitraje, el inversionista manifestó que las reconvencciones de Rumania conforme el Artículo 46 del Convenio CIADI eran consistentes con las obligaciones de Rumania bajo el APPRI, informando posteriormente a las cortes de Rumania, que la controversia debía de ser resuelta ante el CIADI. Por lo anterior, consideraba que estos escritos debían de ser considerados como el consentimiento escrito del demandante para poder arbitrar las reconvencciones del Estado.

440. El tribunal analizó que, conforme el Convenio CIADI resultaba indispensable que el consentimiento de las partes se hubiera dado por escrito, sin embargo, las partes tenían libertad para elegir la forma en que este consentimiento va a ser expresado.

441. A pesar de lo anterior, al analizar el lenguaje del tratado (Artículo 9) y el Convenio CIADI, el Tribunal, por mayoría, consideró que el consentimiento de las partes no abarcaba las reconvencciones que pudiera presentar el Estado, pues

¹⁷² Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión en Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 6.

¹⁷³ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 1 December 2011, párrs. 775-776.

conforme el All únicamente el inversionista se encontraba legitimado para presentar reclamaciones.¹⁷⁴

442. Sin embargo, este análisis no fue compartido por uno de los árbitros del tribunal por lo que emitió una opinión disidente en la que manifestó que lamentaba que sus compañeros hubieran rechazado la jurisdicción para conocer de las reconveniciones por considerar que había falta de consentimiento.

443. El Prof. Reisman argumentó que, una contrademanda no es un “privilegio” para el Estado, pues el artículo 46 del Convenio CIADI es un beneficio tanto para el Estado como para el inversionista pues, al rechazar la jurisdicción de la reconvenición que permitiría que un tribunal neutral elegido por el propio inversionista conociera y resolviera esta, daba paso a que el Estado llevara sus reclamaciones ante un tribunal nacional, lo cual podría causar que el inversionista ahora se convirtiera en demandado. Adicionalmente, en caso de que la resolución no le resultara favorable al inversionista, podría dar paso a un nuevo arbitraje.¹⁷⁵

444. Resulta evidente que, el hecho de que un inversionista otorgue de forma expresa su consentimiento a arbitrar una reconvenición facilita la tarea de los tribunales arbitrales para examinar si tienen jurisdicción para conocer de los hechos planteados en ésta.

445. Sin embargo, ello conlleva a un planteamiento fundamental que cualquier inversionista podría hacerse respecto de los motivos que tendría para otorgar su consentimiento y permitir que un Estado pudiera demandarlo.

446. La respuesta no es sencilla, pero el hecho de que el inversionista otorgue su consentimiento para que un tribunal internacional, independiente del Estado del cual está cuestionando su actuar, conozca de la controversia o reclamaciones por parte del Estado podría brindarle mayor certeza de que se respetaría el debido proceso y se juzgarían de forma objetiva los hechos.

¹⁷⁴ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 1 December 2011, párrs. 859-877.

¹⁷⁵ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration, November 28, 2011.

447. Permitir que los tribunales domésticos del Estado receptor de su inversión conozcan de la controversia, podría tener como resultado resoluciones que se vean motivadas por cuestiones políticas.

b. Consentimiento tácito

448. El consentimiento tácito se da cuando el inversionista no presenta ninguna objeción a la jurisdicción del Tribunal respecto la reconvencción presentada por el Estado en el arbitraje.¹⁷⁶ Por lo tanto, en ese momento procesal se entiende que el inversionista acepta que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la reconvencción presentada por el Estado.

449. A pesar de que este tipo de consentimiento no es muy común, este sucedió en *Alex Genin v. Estonia*.¹⁷⁷ En este caso, Estonia argumentó que los inversionistas habían realizado una serie de transferencias ilícitas por lo que a manera de reconvencción solicitaba el pago de daños y costas.

450. Al respecto, los demandantes en su Réplica no presentaron ninguna objeción en cuanto a la jurisdicción del Tribunal sobre la reconvencción de Estonia, únicamente se limitaron a refutar las acusaciones de fondo en las que Estonia fundó su reconvencción. El Tribunal determinó rechazar la reconvencción de Estonia por falta de méritos.

451. Esta decisión es una clara muestra de que, permitir la presentación de una reconvencción no contraviene el objeto del mecanismo de solución de controversias, pues ello no garantiza que el Estado obtenga una resolución favorable a la

¹⁷⁶ Kjos, Elisabeth Hege, "Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration", Julio 2007, p. 23 Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/259980510_Counterclaims_by_Host_States_in_Investment_Treaty_Arbitration, Consultado el 8 de febrero de 2024.

¹⁷⁷ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001, párrs.195-201. 378, 202-212..

reconvencción que presente pues un tribunal independiente, deberá de decidir sobre esto.

c. Consentimiento implícito

452. El consentimiento del inversionista puede ser perfeccionado por el simple hecho de que haya iniciado el arbitraje, siempre y cuando el tratado o las reglas procesales aplicables regulen lo concerniente a las reconvencciones.¹⁷⁸

453. Este consentimiento se perfecciona de forma implícita cuando el AII aplicable contempla la posibilidad de que se presente una reconvencción, entonces los AIIs al ser el resultado de la voluntad de dos o más Estados soberanos, en el cual ningún inversionista participa, cuando este acepta la oferta de someter una controversia a arbitraje, ésta está aceptando someterse a la aplicación de la totalidad de las disposiciones del tratado, y no únicamente a las disposiciones que le pudieran resultar favorables.

454. A pesar de que la mayoría de los AIIs son omisos en regular las reconvencciones, existen tratados que si incluyen disposiciones en relación con estas.

455. Por ejemplo, el Tratado que establece el Mercado Común para el Sur y Este de África en su Artículo 28.9 establece:

9. A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article **may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim**, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Kjos, Hege Elisabeth, "The Scope of the Arbitration Agreement: Claims and Counterclaims of a National and/or International Nature" en "Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law", ed. Oxford, 2013, p. 130.

¹⁷⁹ Tratado estableciendo el Mercado Común para el Sur y Este de África, Firmado el 5 de noviembre de 1993, Kapala, Uganda.

Traducción de cortesía

9. Un Estado Miembro contra el que un inversionista COMESA presente una reclamación en virtud del presente artículo **podrá alegar como defensa, reconvención, derecho de compensación u otra reclamación similar**, que el inversionista COMESA que presenta la reclamación no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente Acuerdo, incluidas las obligaciones de cumplir todas las medidas internas aplicables, o que no ha adoptado todas las medidas razonables para mitigar los posibles daños. (énfasis propio)

456. La redacción de dicho artículo cobra especial relevancia, pues como se explicará *infra* establece de forma clara el alcance del consentimiento del inversionista y contrario a lo que podría suponerse, establece obligaciones a cargo de los inversionistas y no solo eso, eleva el cumplimiento de derecho doméstico a una obligación bajo el AI.

457. Un ejemplo de tratados de nueva generación que regulan expresamente la posibilidad de presentar una reconvención es el CPTPP, el cual establece lo siguiente:

Artículo 9.19: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

[...]

2. Cuando el demandante someta una reclamación de conformidad con el párrafo 1(a)(i)(B), 1(a)(i)(C), 1(b)(i)(B) o 1(b)(i)(C)¹⁸⁰, el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante.¹⁸¹ (énfasis propio)

¹⁸⁰ Artículo 9.19: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje. 1. Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses a partir de la recepción por parte del demandado de una solicitud por escrito para la realización de consultas de conformidad con el Artículo 9.18.2 (Consultas y Negociación): (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje de conformidad con esta Sección una reclamación: (i) que el demandado ha violado: (A) una obligación establecida en la Sección A; (B) una autorización de inversión; 31 o (C) un acuerdo de inversión[.]

¹⁸¹ Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, Chile, suscrito el 8 de marzo de 2028, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2018, Artículo 9.19.2.

458. De dicho Artículo se desprende que, el CPTPP permite que el demandado pueda presentar una reconvencción cuando la reclamación se haya sometido respecto violaciones de ciertos supuestos como una autorización de inversión o un acuerdo de inversión.

459. Esto es, cuando un inversionista someta una reclamación a arbitraje porque considera que el Estado ha violado una autorización o un acuerdo de inversión con base en el Capítulo 9 del CPTPP está consintiendo que el Estado pueda presentar una reconvencción.

460. Por otro lado, a su vez la mayoría de los tratados hacen referencia a las reglas procesales que el inversionista podrá elegir para que se lleve a cabo el arbitraje una vez sometida una disputa a arbitraje, por lo que podría inferirse que, al someter una reclamación a arbitraje y estar otorgando su consentimiento, a su vez está aceptando que se aplicará en su totalidad el tratado y a su vez todas las disposiciones relativas a las reglas procesales.¹⁸²

461. Como se explicará infra a pesar de que esta postura podría resultar razonable, tribunales han rechazado esta interpretación respecto el alcance del consentimiento, sin embargo, antes de poder entrar al análisis de lo que tribunales de la materia han resuelto, es importante examinar el contenido de las principales reglas arbitrales que son utilizadas en arbitrajes de inversión.

462. La mayoría de los AIJ establecen que, un inversionista podrá someter una reclamación a arbitraje conforme determinadas reglas procesales, las cuales son elegidas por el propio inversionista. Comúnmente las reglas procesales a las que hacen referencia los AIJ son el Convenio CIADI o el Reglamento UNCITRAL.

463. Por ejemplo, el DR-CAFTA en la parte relevante establece lo siguiente:

Artículo 10.16 Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

¹⁸² Kryvoi, Yaraslau, "Counterclaims in Investor-State Arbitration", EE.UU., Minnesota Journal of International Law, 2012, p. 222.

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;

(b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o

(c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI¹⁸³

464. El precepto citado de forma clara identifica las reglas procesales bajo las cuales el inversionista puede someter una reclamación en arbitraje en contra del Estado.

465. El Convenio CIADI así como el Reglamento UNCITRAL establecen la posibilidad de que un Estado pueda presentar una reconvencción en el arbitraje, sin embargo, estos establecen ciertos requisitos que deberán satisfacerse. [Cabe señalar que el Convenio CIADI o el Reglamento UNCITRAL prevén reglas procesales del arbitraje que se aplican a las controversias en particular que se presenten bajo esas reglas, sin embargo, prevalece las disposiciones procesales que pudieran tener los AII.]

466. El Convenio CIADI establece lo siguiente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconconvencionales 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.¹⁸⁴

¹⁸³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 10.16.

¹⁸⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 14 de octubre de 1966, Artículo 46.

467. Del precepto antes referido se puede decir que, para que una reconvencción pueda ser presentada en un arbitraje que se está llevando a cabo conforme el Convenio CIADI esta debe de:

- Estar directamente relacionada con la diferencia, es decir, el Estado no podrá reclamar hechos diferentes a los que hubieren sido planteados por el inversionista en su Demanda.
- Debe de estar dentro de los límites del consentimiento que hubiere otorgado el Estado y particularmente el inversionista.
- Encontrarse dentro de la jurisdicción del CIADI.

468. Lo anterior, fue reconocido por el tribunal de *Goetz v. Burundi* al concluir que, conforme el artículo 46 del Convenio CIADI y el artículo 40 de las Reglas de Arbitraje CIADI, un tribunal solo puede conocer de una reconvencción cuando esta sea de la competencia del centro y principalmente, se encuentre cubierta por el consentimiento de las partes y se encuentre relacionada directamente con el objeto de la controversia.¹⁸⁵

469. Por su parte, el Reglamento UNCITRAL establece lo siguiente respecto las reconvencciones:

[...]

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvencción o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.

Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18¹⁸⁶ se aplicarán a la reconvencción y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi II, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21 June 2012 [French], párr. 275.

¹⁸⁶ Artículo 18. [...] 2. El escrito de demanda debe contener los siguientes datos: a) El nombre y la dirección de las partes; b) Una relación de los hechos en que se base la demanda; c) Los puntos en litigio; d) La materia u objeto que se demanda. Reglamento UNCITRAL 1976.

¹⁸⁷ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, Artículo 19.

470. El Reglamento UNCITRAL en contraste con el Convenio CIADI únicamente establece que el Tribunal deberá de ser competente para poder conocer de las reconvencciones que se presenten, así como requisitos formales que deberá de contener la reconvencción.

471. Con relación a las reglas arbitrales antes referidas se debe hacer especial énfasis en dos aspectos: 1. Las reglas procesales previstas en el tratado, pueden contemplar la posibilidad de que el demandado pueda presentar una reconvencción, aunque el All aplicable no lo regule de forma expresa; y 2. El propio inversionista es quien elegirá las reglas procesales previstas en el All que desea que apliquen al procedimiento.

472. En ese sentido, se dice que cuando un inversionista acepta la “oferta” del Estado de someter una reclamación a arbitraje está aceptando que las reglas procesales aplicables serán las que se encuentren previstas en el tratado. Lo anterior es porque el All debe de ser aplicado en su totalidad, y no solo determinadas disposiciones al arbitrio del inversionista,¹⁸⁸ por lo que de forma implícita está otorgando su consentimiento respecto de las reconvencciones.

473. Sin embargo, a pesar de que las reglas procesales establezcan la posibilidad de que el demandado presente una reconvencción, tribunales han rechazado conocer de estas al considerar que no están dentro de su jurisdicción. Por lo anterior, es importante analizar el lenguaje del All aplicable para poder conocer el alcance del consentimiento de las partes de arbitraje.

2. Alcance del consentimiento conforme la cláusula arbitral

¹⁸⁸ Kryvoi Yaraslau, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, EE.UU., Minnesota Journal of International Law, 2012, p. 227.

474. Como fue explicado *supra* la jurisdicción del tribunal en un arbitraje de inversión encuentra su base en el consentimiento otorgado por las partes. El alcance del consentimiento se encuentra previsto en la cláusula arbitral del AII que sea aplicable a la controversia, por lo que el lenguaje de esta deberá de ser analizado por los tribunales para determinar si este consentimiento otorgado las partes, principalmente del inversionista, abarca las reconvencciones.¹⁸⁹

475. En ese sentido, cuando la cláusula arbitral del AII establece un lenguaje amplio respecto el alcance del consentimiento, se pueden encontrar incluidas obligaciones del inversionista que pudieran servir como fundamento legal de la reconvencción que pudiera interponer un Estado.

476. Por lo anterior, se han distinguido dos tipos de cláusulas fundamentales que se encuentran contenidas en los tratados y que pueden ser determinantes para realizar el análisis del alcance del consentimiento de las partes respecto las reconvencciones. Estas cláusulas pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- Inclusivas
- Excluyentes

a. Cláusulas Inclusivas

477. Ha sido reconocido por la jurisprudencia y doctrina que, un AII que contenga una cláusula arbitral con un alcance amplio permite que la jurisdicción del tribunal se pueda extender a las reconvencciones que pudieran presentar los Estados en contra del inversionista.

¹⁸⁹ Farmer, Kelsey, “The Best Defence is a Goof Ofense- State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, LLM Research Paper, University of Wellington, Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/41340254.pdf>, p. 22, Consultado el 8 de febrero de 2024.

478. En este tipo de disposiciones se podrá encontrar un lenguaje del que se puede desprender que el consentimiento abarca todas o cualquier controversia siempre y cuando se encuentre relacionada con una inversión.¹⁹⁰

479. Lo anterior cobre relevancia, pues de dicha cláusula se pudiera asumir que esta no limita el alcance del consentimiento de las partes al incumplimiento de obligaciones por parte del Estado, pues supone que el único requisito es que la controversia se encuentre relacionada con una inversión.

480. Un ejemplo de un AIJ que ha utilizado dicho lenguaje es el Convenio entre la República Argentina y la República de Austria para la Promoción y la Protección de las Inversiones (APPRI Argentina-Austria), el cual en su Artículo 8 establece que “**[t]oda controversia** relativa a las inversiones entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante sobre las materias regidas por el presente Convenio [...]”¹⁹¹ (énfasis añadido).

481. Del lenguaje del APPRI Argentina-Austria, se desprende que, cualquier controversia que surja por una inversión podrá ser sometida a arbitraje, sin especificar quien tendrá el carácter de demandado o demandante.

482. La interpretación antes referida fue adoptada por el tribunal de *Saluka v. República Checa*, al resolver que el lenguaje del Artículo 8 del AIJ celebrado entre la República Checa y Países Bajos, el cual de forma similar al APPRI Argentina-Austria, establecía lo siguiente:

Article 8

¹⁹⁰ Farmer, Kelsey Brooke, “The Best Defence is a Goof Ofense- State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, LLM Research Paper, University of Wellington, Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/41340254.pdf>, p. 22, Consultado el 8 de febrero de 2024.

¹⁹¹ Convenio entre la República de Argentina y la República de Austria para la Promoción y la Protección de las Inversiones, Buenos Aires, Argentina, Firmado el 7 de agosto de 1992, Artículo 8.

1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.¹⁹²

Traducción de cortesía

Artículo 8

1) Todas las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de otra Parte Contratante concerniente a una inversión del último de ser posible, será resulta amigablemente.

483. Otro ejemplo de este tipo de cláusulas se puede encontrar en el APPRI entre Estados Miembros de la Organización de Cooperación Islámica el cual fue el tratado aplicable en *Al Warraq v. Indonesia*. Este tratado en la parte relevante del Artículo 17 establece lo siguiente:

Article 17

[...]

2. Arbitration

a) If the two parties to the dispute do not reach an agreement as a result of their resort to conciliation, or if the conciliator is unable to issue his report within the prescribed period, or if the two parties do not accept the solutions proposed therein, then each party has the right to resort to the Arbitration Tribunal for a final decision on the dispute.¹⁹³

484. En *Al Warraq v. Indonesia*, el tribunal determinó que el inversionista había incumplido con las leyes de Indonesia y su conducta, hubiera sido ilícita o no, había causado problemas de liquidez al *Bank Century*, afectando el interés público, por lo que por ello no podía gozar de la protección del tratado conforme la teoría de las manos limpias (“*clean hands*”).

¹⁹² Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, Firmado el 29 de abril de 1991, Artículo 8.

¹⁹³ Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of The Organization of the Islamic Conference, Bagdad, firmado en junio de 1981, Artículo 17.

485. Por estas conductas, Indonesia presentó una reconvencción para solicitar la compensación de los daños causados por el inversionista.

486. En esta reconvencción el tribunal analizó que, debido al carácter asimétrico del arbitraje de inversión, su análisis era complicado, sin embargo, siguiendo lo establecido por James Crawford en su libro *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, consideraba que los tribunales debían de tener la posibilidad de analizar las reconvencciones que se encuentren estrechamente vinculadas con las inversiones y que surjan del mismo tratado.

487. En ese sentido, determinó que, conforme el Artículo 17 del APPRI de la OCI era posible que un Estado presentara una reconvencción por los siguientes motivos.

488. *Primero*. El Artículo únicamente hace referencia a “controversias”, por lo que al ser ambiguo el término, se considera que en estas pueden incluirse las reconvencciones.

489. *Segundo*. El Artículo 17.2 establece que, las partes, sin especificar si se trata del Estado o el inversionista tienen el derecho de acudir u optar por el arbitraje. En este caso, especificó que, optar por un arbitraje puede hacerse iniciando un arbitraje o bien, presentando una reconvencción. El lenguaje anterior, incluso abre la posibilidad de que sea el propio Estado el que inicie un arbitraje en contra del inversionista.

490. *Tercero*. Conforme el lenguaje del AI, este establece la obligación de un Estado Parte de implementar las decisiones que hubieren sido emitidas en contra de inversionistas que sean sus nacionales,¹⁹⁴ por lo que de ello se puede inferir que un Estado puede presentar una reconvencción.

¹⁹⁴ Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of The Organization of the Islamic Conference, Bagdad, firmado en junio de 1981, Artículo 17(2)(d).

Article – 17

[...]

(d) The decisions of the Arbitration Tribunal shall be final and cannot be contested. They are binding on both parties who must respect and implement them. They shall have the forcé of judicial decisions. The contracting parties are under an obligation to implement them in their

491. *Cuarto*. De forma adicional a los puntos antes referido, el APPRI de la OIC prevé que el inversionista tiene la obligación de respetar las leyes del Estado receptor, el interés público y la moral, es decir, eleva el derecho doméstico a una obligación con base en el tratado, por lo que resulta evidente que un Estado puede presentar una reconvencción.¹⁹⁵

492. *Quinto*. Si el lenguaje del tratado no fuere suficiente, las reglas procesales elegidas por las partes –Reglamento UNCITRAL- establecían la posibilidad de que se presentara una reconvencción.¹⁹⁶

493. Por todo lo anterior, el tribunal admitió la jurisdicción respecto de la reconvencción presentada por Indonesia, sin embargo, desestimó esta al considerar que el Estado no había logrado demostrar un fundamento legal adecuado para su reconvencción.¹⁹⁷

494. Otro de los All que en sus disposiciones incluyen este tipo de cláusula incluyente y que ha servido de fundamento para que un Estado presente una reconvencción, es el APPRI Argentina-España, el cual en el Artículo X establece lo siguiente:

territory, no matter wether it be a party to the dispute or not and irrespective of wether the investor against whom the decisión was passed is one of its nationals or residents or not, as if it were a final and enforceable decisión of its national courts.

(Traducción de cortesía)

Artículo - 17

[...]

(d) Las decisiones del Tribunal de Arbitraje serán definitivas e inapelables. Son vinculantes para ambas partes, que deberán respetarlas y ejecutarlas. Tendrán la fuerza de las decisiones judiciales. Las partes contratantes están obligadas a aplicarlas en su territorio, sea o no parte en la controversia e independientemente de que el inversor contra el que se haya dictado la decisión sea o no uno de sus nacionales o residentes, como si se tratara de una decisión definitiva y ejecutable de sus tribunales nacionales.

¹⁹⁵ Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of The Organization of the Islamic Conference, Bagdad, firmado en junio de 1981.

¹⁹⁶ Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014, párrs. 667-671.

¹⁹⁷ Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014, párr. 672.

Artículo X. Solución de controversias entre una Parte e inversores de la otra Parte

1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las Partes en la controversia.¹⁹⁸

2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. La controversia podrá ser sometida a un Tribunal Arbitral Internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a. A petición de una de las Partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las Partes.

b. Cuando ambas Partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las Partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las Partes en la controversia no hubiesen acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del <<Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965, o a un Tribunal Arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

[...]

5. El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional.

6. La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado el 3 de octubre de 1991, Buenos Aires, Argentina, Artículo X.

¹⁹⁹ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado el 3 de octubre de 1991, Buenos Aires, Argentina.

495. En *Urbaser c. Argentina* el cual se desarrolló con base en el APPRI Argentina-España, Argentina presentó una reconvencción, argumentando que el inversionista había violado el derecho humano de acceso al agua y saneamiento al no cumplir con las obligaciones previstas en la concesión que le fue otorgada, asimismo, Argentina reclamó los daños que fueron causados por las inversiones que el inversionista dejó de realizar.

496. Por su parte, el inversionista alegó que, el APPRI no otorgaba ningún tipo de protección al Estado para reclamar ningún tipo de daño, esto es por la simple naturaleza asimétrica de los AIIs los cuales al no imponer obligación alguna a los inversionistas, no permiten al Estado reclamar la violación a algún derecho con base en el tratado a través de una reconvencción.²⁰⁰

497. El Tribunal determinó que, conforme el lenguaje del Artículo X del APPRI Argentina-España, este no identifica la identidad del demandante o demandado en sus párrafos 1 y 2. Adicionalmente, el párrafo 3 del Artículo X establece que, a petición de una de las partes de la controversia una reclamación podrá ser sometida a arbitraje, por lo que, el APPRI al no identificar la identidad de las partes de la controversia, permite que un Estado pueda presentar una reconvencción.²⁰¹

498. El tribunal de *Urbaser c. Argentina* determinó que, a pesar de las alegaciones del Estado, este solamente logró probar que la obligación del inversionista de garantizar el derecho humano al acceso al agua era una obligación que encontraba su fundamento en una concesión otorgada por el Estado, es decir, en el derecho doméstico de Argentina y no logró demostrar que esta obligación tenía su fundamento en el derecho internacional general, requisito que, de una interpretación armónica del tratado, podría suponer que este impone obligaciones a los inversionistas. Por lo anterior, el Tribunal rechazó la reconvencción de Argentina al

²⁰⁰ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Award, 8 December 2016, párr. 1143.

²⁰¹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Award, 8 December 2016, párrs. 143-145.

considerar que no invocó ningún fundamento legal que sustente una reparación a las personas afectadas por la supuesta violación al derecho humano al agua.²⁰²

499. El análisis del tribunal de *Urbaser c. Argentina* resulta relevante, pues interpreta las obligaciones referentes a la protección o garantía de los derechos humanos conforme el derecho internacional general (*ius cogens*) a la luz de las disposiciones del AIJ aplicable a la controversia.

500. Por su parte, el tribunal de *Al Warraq v. Indonesia* determinó que, el lenguaje del Artículo 17 del OIC establecía que, en caso de que una disputa entre un Estado y un inversionista, no pudiera ser resuelta de forma amigable, “cada parte” sin especificar si se hacía referencia al Estado o al inversionista, podía ejercer su derecho para acudir a arbitraje ya sea presentando una reclamación o una reconvencción.²⁰³

501. Adicionalmente, el tratado al establecer obligaciones para el inversionista, como el respeto al derecho doméstico del Estado, el orden público y la moral elevaba una obligación de “cumplimiento doméstico” a una obligación internacional, la cual resultaba vinculante para el inversionista en un arbitraje de inversión.

502. Asimismo, el tribunal determinó que, el lenguaje del APPRI hace referencia al Convenio CIADI o Reglamento UNCITRAL, las cuales contemplan la posibilidad de que el demandado presente una reconvencción en el marco del arbitraje. La aceptación de la oferta del Estado se da de forma integral, no puede ser dividido atendiendo al origen *ratione personae* de los reclamos. Por lo anterior, el consentimiento otorgado por las partes contempla todas las controversias que puedan surgir en relación con las inversiones. Por lo anterior, el tribunal determinó que tenía jurisdicción para conocer de la reconvencción.²⁰⁴

²⁰² Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Award, 8 December 2016, párrs. 1210-1220.

²⁰³ Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014, párrs. 661-663.

²⁰⁴ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Award, 8 December 2016, párr. 1153.

503. Con base en lo antes analizado, resulta claro que, conforme la jurisprudencia y doctrina podemos concluir que, como se ha repetido a lo largo de esta tesis, a falta de una disposición expresa en el All sobre la posibilidad de que un Estado pueda presentar una reconvencción en un arbitraje de inversión, ha correspondido a los tribunales determinar si pueden ejercer jurisdicción sobre esta.

504. Asimismo, de los casos analizados *supra* se debe de subrayar algunos aspectos:

- El alcance del consentimiento de las partes del arbitraje resulta de suma relevancia para efectos de la jurisdicción de un tribunal, pues este definirá si el tribunal puede conocer o no de la reconvencción que presente el inversionista.
- El lenguaje de la cláusula arbitral prevista en el All relevantes clave, pues de esta podrá inferirse quien se encuentra legitimado para presentar una reclamación en arbitraje, ya sea por medio de una demanda o una reconvencción, por lo que una cláusula arbitral con un lenguaje “ambiguo” o amplio podrá suponer que los Estados tienen el derecho de someter una reclamación a arbitraje.
- Un All puede imponer obligaciones al inversionista. Como fue reconocido por el tribunal en *Urbaser c. Argentina*, , la obligación de cumplir con la legislación interna del Estado receptor de su inversión, por lo que un posible incumplimiento al derecho interno de este Estado podría suponer la base en que el Estado funde su reconvencción, pues el derecho doméstico únicamente podrá ser invocado en la reconvencción cuando la obligación de su cumplimiento se encuentre prevista en el All aplicable.
- Finalmente, es de destacar que, el hecho de que un tribunal encuentre que tiene jurisdicción sobre una reconvencción no supondrá que el Estado tendrá “éxito” en su pretensión, pues esta deberá de ser debidamente fundada y motivada, atendiendo a los requisitos de forma aplicables conforme las reglas procesales.

b. Cláusulas Excluyentes

505. Las cláusulas excluyentes restringen las reclamaciones que pueden ser sometidas a un arbitraje de inversión, pues comúnmente suelen establecer que únicamente podrán ser arbitrables reclamaciones cuando se aleguen violaciones

sobre determinadas disposiciones del tratado. A pesar de existir este tipo de cláusulas es importante destacar que en su mayoría, los tratados no contemplan este tipo de lenguaje.²⁰⁵

506. El lenguaje en este tipo de cláusulas supone que el inversionista no debe de cumplir con ninguna obligación de conformidad con el AI y únicamente goza de la protección del tratado, no así el Estado, quien es el único que debe de cumplir con obligaciones.

507. Un ejemplo de un AI que prevé cláusulas excluyentes es el APPRI Rumania-Grecia el cual en la disposición relevante establece lo siguiente:

Article 9 Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party

1 Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way.

2. If such disputes cannot be settled within six months from the date either party requested amicable settlement, the investor concerned may submit the dispute either to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made or to international arbitration.

Each Contracting Party hereby consents to the submission of such dispute to international arbitration.

3. Where the dispute is referred to international arbitration the investor concerned may submit the dispute either to:

a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature at Washington D. C. on 18 March 1965, for arbitration or conciliation, or

b) an ad hoc arbitral tribunal to be established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (U. N. C. I. T. R. A. L.).

4. The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of

²⁰⁵ Farmer, Kelsey, "The Best Defence is a Goof Ofense- State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", LLM Research Paper, University of Wellington, Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/41340254.pdf>, p. 27, Consultado el 8 de febrero de 2024.

international law. The awards of arbitration shall be final and binding on both parties to the dispute. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and such award shall be enforced in accordance with domestic law.²⁰⁶

Traducción de cortesía

Artículo 9 Solución de controversias entre un inversor y una Parte Contratante

1 Las controversias entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativas a una obligación de esta última en virtud del presente Acuerdo, en relación con una inversión del primero, serán resueltas, si es posible, por las partes contendientes de manera amistosa.

2. Si dichas controversias no pueden resolverse en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado una solución amistosa, el inversor afectado podrá someter la controversia bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión, bien a arbitraje internacional. Cada Parte Contratante consiente en someter dicha controversia a arbitraje internacional.

2. Cuando la controversia se someta a arbitraje internacional, el inversor afectado podrá someter la controversia bien a:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, establecido en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma en Washington D. C. el 18 de marzo de 1965, para su arbitraje o conciliación, o bien

b) un tribunal arbitral ad hoc que se establecerá de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

4. El tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo y las normas y principios aplicables del derecho internacional. Los laudos arbitrales serán definitivos y vinculantes para ambas partes en la controversia. Cada Parte Contratante ejecutará sin demora dicho laudo y éste se ejecutará de conformidad con la legislación nacional.

508. Diferentes puntos pueden ser desglosados del precepto antes referido:

- El párrafo 1 del Artículo 9 es claro en establecer que las controversias que pudieran ser sometidas a arbitraje únicamente podrán versar

²⁰⁶ Agreement between the Government of Romania and the Government of the Hellenic Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of investments.

sobre el incumplimiento de las obligaciones de la Parte contratante, es decir, limita la posibilidad de que el Estado pudiera argumentar un probable incumplimiento del inversionista a cualquier tipo de obligación.

- El párrafo 2 únicamente legitima al inversionista a elegir el foro en el que desea que sea resuelta la controversia, ya sea en cortes domésticas de las Partes o bien, en un arbitraje internacional.
- El párrafo 3 faculta al inversionista a elegir las reglas procesales que pueden ser aplicables a la controversia, ya sea el Convenio CIADI o el Reglamento UNCITRAL.

509. El lenguaje contenido en los párrafos 1 y 2 sirvieron como base del análisis realizado por el tribunal de *Roussalis v. Rumania*, del cual ya se ha hecho referencia.

510. En este caso, Rumania interpuso una serie de alegaciones en contra del inversionista argumentando que este no había cumplido ciertas obligaciones previstas en un Acuerdo de Privatización (*Privatization Agreement*), las cuales sirvieron de fundamento para su reconvencción. El tribunal en este caso especificó que, al ser Rumania quien promovía la reconvencción tenía la carga de la prueba de demostrar que las reconvencciones se encontraban dentro del alcance del consentimiento de las partes y por ende, tenía jurisdicción para conocer de éstas.

511. En ese sentido, el tribunal centró su análisis en lo dispuesto en el Artículo 9, párrafos 1 y 2 del APPRI Rumania-Grecia, y al respecto, señaló que, el tratado al establecer que “controversias... relacionadas con una obligación de este último” indudablemente limitaba la jurisdicción del tribunal a conocer de reclamaciones presentadas por inversionistas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones del Estado.

512. Asimismo, determinó que el tratado no imponía ninguna obligación al inversionista, por lo que únicamente el Estado debía de cumplir las obligaciones previstas en este. Por lo anterior, el tribunal por mayoría determinó rechazar la reconvencción al considerar que esta se encontraba fuera del alcance de su jurisdicción.

513. A pesar del enfoque realizado por el tribunal, como ya fue explicado al inicio de este capítulo, la opinión disidente del Prof. Reisman da un enfoque que contrasta la decisión tomada por sus co-árbitros en dicho caso y que explica de forma concisa las razones por las que un Estado puede promover una reconvención, lo cual no solo supone beneficios para este, sino también para el propio inversionista.

514. El TLCAN de igual forma contempla este tipo de lenguaje al establecer lo siguiente:

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1 De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en [...] ²⁰⁷ (énfasis añadido)

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en: [...] ²⁰⁸ (énfasis añadido)

515. De la disposición antes referida, se puede inferir que únicamente podrá ser sometida una reclamación cuando uno de los Estados Parte hubiese violado alguna de sus obligaciones previstas en el TLCAN. Es decir, las únicas obligaciones que podrían ser objeto de un arbitraje corresponden a los Estados y no al inversionista.

516. Sin embargo, como algunos doctrinarios afirman, esto no puede suponer que un Estado Parte del TLCAN no pueda interponer una reconvención, pues el arbitraje

²⁰⁷ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 1116.

²⁰⁸ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023, Artículo 1117.

supone un procedimiento flexible, del cual conocerá un tribunal que podrá adoptar su propia interpretación y criterio²⁰⁹.

517. Tal es el caso que, a pesar de esto México, Estado Parte del TLCAN el 12 de mayo de 2023 presentó una Reconvención en el arbitraje *Legacy c. México* en el que argumenta que, los inversionistas han causado severas afectaciones al medio ambiente (e.g. daño al estado de la biodiversidad, al agua, al suelo).

518. México argumenta que, a pesar del lenguaje del TLCAN este no prohíbe a un Estado presentar una reconvención, y además contiene elementos dentro de sus disposiciones de las que se pueden inferir que el tratado permite la presentación de una reconvención, esto atendiendo a que las disposiciones del tratado deben de ser interpretadas conforme la Convención de Viena.

519. Sin duda, la decisión que emita el tribunal en dicho arbitraje podrá ser un referente que permita precisar si, a pesar de que un AI no contemple obligaciones para los inversionistas al contener un lenguaje excluyente, un Estado encuentre la posibilidad de interponer una reconvención en el arbitraje.

B. Conexidad con la reclamación principal

520. Uno de los principales objetos de las reconvenciones es el garantizar el cumplimiento de los principios de economía procesal y una mejor administración de justicia, pues como ha sido explicado *supra*, no admitir una reconvención podría generar retrasos injustificados en procedimientos basados en la misma evidencia, así como posibles decisiones contradictorias.²¹⁰

²⁰⁹ Foy, Patrick, "Effectiveness of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Arbitration Procedures", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 18, Issue 1, Spring 2003, Pages 44–108, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/18.1.44>, pp. 50-51.

²¹⁰ Kjos, Hege Elisabeth, "The Scope of the Arbitration Agreement: Claims and Counterclaims of a National and/or International Nature", *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*"; Oxford, 2013; online edn, Oxford Academic, 23 May 2013). Disponible en:

521. Ahora bien, cuando una reconvencción presentada por el Estado ha logrado “pasar” el análisis del tribunal sobre si cuenta con jurisdicción para conocer de esta, será necesario determinar si esta es admisible, por lo que el tribunal deberá de analizar si la reconvencción tiene conexidad con la reclamación principal.²¹¹

522. En ese sentido, es importante precisar la diferencia entre la jurisdicción y la admisibilidad, la primera supone un atributo del tribunal a diferencia de la admisibilidad, la cual es un atributo de una reclamación,²¹² esto es, la admisibilidad refiere a las razones por las que, un tribunal a pesar de contar con jurisdicción pueda rechazar el conocer de una reclamación.

523. Veijo Heiskanen establece lo siguiente:

“A typical way to explain this distinction is to say that, whereas jurisdiction is about the scope of the tribunal’s authority, based on the State’s consent to arbitrate, admissibility is about the particular claim raised by the claimant. Stated differently, while jurisdiction is about the scope of the State’s consent to arbitrate, admissibility is about whether the claim, as presented, can or should be resolved by an international tribunal, which otherwise has found jurisdiction.”

Traducción de cortesía

"Una forma típica de explicar esta distinción es decir que, mientras que la competencia se refiere al alcance de la autoridad del tribunal, basada en el consentimiento del Estado, la admisibilidad se refiere a la reclamación concreta planteada por el demandante. Dicho de otro modo, mientras que la competencia se refiere al alcance del consentimiento del Estado al arbitraje, la admisibilidad se refiere a si la demanda, tal como se presenta, puede o debe ser resuelta por un tribunal internacional que, por lo demás, se ha declarado competente".

524. A diferencia de la jurisdicción del tribunal derivada del consentimiento de las partes, establecido tanto en los AIs como en las reglas procesales aplicables, la

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199656950.003.0004>, p. 24, Consultado el 8 de febrero de 2024.

²¹¹ De Nanteuil, Arnaud, “Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?”, BRILL, Disponible en: https://brill.com/view/journals/lape/17/2/article-p374_6.xml, p. 384.

²¹² Reinisch, August, “Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law”. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0454.pdf, Consultado el 8 de febrero de 2024.

conexidad no siempre se encuentra establecida en un instrumento legal, sin embargo, los tribunales han observado este requisito como un principio de derecho.²¹³

525. Para poder determinar si la reconvencción se encuentra estrechamente conectada con la reclamación principal, el tribunal arbitral deberá de analizar elementos fácticos y jurídicos de esta.

1. Conexidad fáctica y jurídica

526. La conexidad a un nexo suficiente y próximo entre la demanda original y la reconvencción, para determinar la existencia de este requisito, los tribunales han analizado si la reconvencción tiene conexidad jurídica y fáctica.

527. La conexidad jurídica refiere a que la reclamación y la reconvencción deben de encontrar su fundamento jurídico en el mismo instrumento legal, en este caso los All, por su parte, la conexión fáctica refiere a que la reclamación se encuentre relacionada con los hechos en los que se fundó la reclamación principal.

528. Uno de los casos en el que fue analizada la conexidad fue en *Saluka c. República Checa*, en el que el Estado Demandado presentó una serie de reconvencciones, sin embargo, el tribunal determinó que únicamente tenía jurisdicción para conocer de algunas de estas y otras fueron desestimadas por falta de jurisdicción.

529. El tribunal determinó que, una reconvencción legítima debe de satisfacer determinadas condiciones, particularmente, debe de existir una estrecha conexión entre la reclamación principal y la reconvencción.²¹⁴

²¹³ Klímová, Nikola, "Host State Counterclaims in Investment Arbitration: Holdings Investors Accountable for Human Rights Violations", Master's Thesis, Charles University Faculty of Law, 8 de abril de 2018, p. 43.

²¹⁴ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, párr. 61.

530. Este tribunal realizó un análisis de diversas reconvencciones presentadas a la luz de distintos tratados y reglas procesales, por lo que determinó que la conexidad podía ser interpretada como un principio general de derecho aplicable a las reconvencciones.²¹⁵

531. El tribunal analizó que, las reconvencciones presentadas por República Checa encontraban su fundamento en derecho doméstico, por lo que las controversias que surgieran en relación a este tenían que ser decididas a través de procedimientos previstos en la legislación Checa y no a través de un arbitraje de inversión.²¹⁶

532. Adicionalmente, el tribunal determinó que, el Estado presentó su reconvencción en contra de una empresa que se encontraba estrechamente relacionada con Saluka por medio de un acuerdo de compra de acciones (*share purchase agreement*) por lo que no existía una conexión suficientemente estrecha entre la reclamación principal y la reconvencción.

533. Por lo anterior, el tribunal determinó que no tenía jurisdicción para conocer de estas reconvencciones.

534. De lo anterior se desprende que, al igual que para determinar el alcance del consentimiento de las partes conforme lo previsto en la cláusula arbitral del AII, esta también tendrá impacto sobre la conexidad de la reclamación, pues cuando un AII contemple una cláusula más ambigua o se establezcan obligaciones para el inversionista en el tratado, el Estado contará con mayor probabilidad de que su reconvencción pueda tener éxito, pues le permitirá probar la conexidad jurídica entre la reclamación principal y la reconvencción.

535. Otro ejemplo de un caso en el que el tribunal analizó la conexidad que una reconvencción debe de tener con la reclamación principal fue el tribunal de *Oxus Gold v. Uzbekistán*, pues Uzbekistán presentó diversas reconvencciones en contra

²¹⁵ Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, párr. 76.

²¹⁶ Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, párr. 79.

de los inversionistas. Por lo anterior, el Tribunal determinó que, Uzbekistán tenía que probar que:

- Las reconvencciones se encontraban dentro de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal;
- Precisar cuáles eran las obligaciones internacionales incumplidas por los inversionistas;
- Cuáles eran, de forma específica, las acciones de los inversionistas que habían incumplido estas obligaciones internacionales, pues como incluso fue reconocido por Uzbekistán, un simple incumplimiento al derecho doméstico no bastaba para determinar que los inversionistas habían incurrido en responsabilidad internacional conforme el APPRI.²¹⁷

536. Las partes en dicho arbitraje hicieron referencia al Artículo 21.3 del Reglamento UNCITRAL, sin embargo, el tribunal consideró que esta disposición no le otorgaba jurisdicción donde no existía pues lo único que establecía respecto las reconvencciones es si son admisibles y pueden ser presentadas cuando se encuentren dentro del alcance de la jurisdicción del tribunal, y en ese caso el alcance de su jurisdicción estaba determinado por el Artículo 8.1 del AII aplicable.²¹⁸

537. En ese sentido, el tribunal estableció que resultaba evidente que, el lenguaje del Artículo 8.1 del APPRI Uzbekistán-Reino Unido²¹⁹ únicamente contemplaba la posibilidad de que un inversionista presentara una reclamación en contra del Estado, pero no reclamaciones del Estado en contra de los inversionistas, con la

²¹⁷ Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, párr. 939.

²¹⁸ El artículo 8.1 del APPRI Uzbekistán-Reino Unido contiene una cláusula arbitral excluyente al establecer lo siguiente: Article 8 Settlement of Disputes between an Investor and a Host State (1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification to a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes.

²¹⁹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Uzbekistan, Londres, Reino Unido, Firmado el 24 de noviembre de 1992, Artículo 8.1.

posible excepción de que la reconvencción tenga una estrecha conexión con la reclamación principal.

538. Por lo anterior, reconoció que, como un principio para que un tribunal pueda tener jurisdicción sobre una reconvencción es necesario que exista una conexión entre la reclamación principal, es decir, debe de surgir de una inversión y estar relacionada con las obligaciones que surjan de esta, pues no basta el simple hecho de que se encuentre cubierta por el derecho doméstico del Estado demandado.

539. El tribunal en este caso rechazó la reconvencción de Uzbekistán al no haber podido probar que una violación contractual sujeta a su derecho doméstico constituía una violación al APPRI por parte de los inversionistas.

540. Dicho criterio fue seguido por el tribunal de *Naturgy Energy c. Colombia* al resolver que:

Incluso si el Tribunal aplicara dicha excepción en este caso, no se ha demostrado la estrecha conexión necesaria. Las reconvencciones de la Demandada no se basan en las cuestiones subyacentes a las diversas violaciones del Tratado planteadas por las Demandantes. Se basan más bien en la operación general de Electricaribe por parte de las Demandantes en el sector regulado que, según la Demandada, fue incompatible con los requisitos de la legislación nacional colombiana. Ninguna de las reclamaciones de la Demandada se basa en el Tratado, y mucho menos en las obligaciones del Tratado afirmadas por las Demandantes. Además, la indemnización solicitada por la Demandada en sus reconvencciones es de naturaleza diferente y se basa en fundamentos de hecho y de derecho distintos de la indemnización solicitada por las Demandantes en las reclamaciones principales. En estas circunstancias, **el Tribunal no considera que las reconvencciones de la Demandada guarden una relación suficientemente estrecha con las reclamaciones de las Demandantes como para justificar que el Tribunal acepte la competencia sobre dichas reconvencciones con carácter excepcional** y a pesar de la formulación expresa que figura en el Tratado.²²⁰ (énfasis propio)

541. Resulta evidente que, con objeto de que un Estado interponga una reconvencción deberá probar el incumplimiento del inversionista a una disposición

²²⁰ Naturgy Energy Group S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.A. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) v. Republic of Colombia. Laudo, 12 de marzo de 2021, párr.623.

específica del All aplicable, pues reclamaciones basadas en incumplimientos al derecho doméstico no bastaran para que un tribunal pueda adjudicar una reconvencción. Permitir una reconvencción basada únicamente en una violación al derecho doméstico del Estado supondría dotar de extraterritorialidad las leyes domésticas de un Estado.

542. Esta postura fue reconocida por el tribunal de *Sergei Paushok v. Mongolia* al determinar que mediante su reconvencción Mongolia pretendía extender de forma extraterritorial la aplicación y ejecución de sus leyes domésticas, particularmente sus leyes fiscales, a empresas que no se encontraban sujetas a estas leyes, sin tener un fundamento basado en derecho internacional que permitiera extender esta aplicación, por lo que el Tribunal rechazó las reconvencciones presentadas por Mongolia.²²¹

543. En ese sentido, resulta claro que, de manera consistente, los tribunales han resuelto que la conexidad es un elemento que todo Estado deberá de demostrar con objeto de poder tener éxito en su reconvencción presentada.

544. Asimismo, el Estado tendrá que ser cuidadoso en que su reconvencción tenga su fundamento legal en el All aplicable, pues no bastará que alegue que el inversionista ha incumplido obligaciones con base en derecho doméstico, ya que comúnmente estas prevén sus propios medios y procedimientos conforme los cuales podrán ser ejecutables conforme la legislación interna.

²²¹ Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, párrs. 695-698.

IV. LA RECONVENCIÓN DE LOS ESTADOS COMO FORMA DE BRINDAR SIMETRÍA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN

545. Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado fue diseñado como un medio de defensa de los inversionistas extranjeros que realizaban inversiones en un Estado diferente al que fueran nacionales.

546. El objetivo general de este capítulo es ejemplificar algunas de las consecuencias que, la asimetría actual del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, ha provocado en el Derecho de las inversiones y así mismo explicar cómo el permitir la presentación de reconvencciones podría equilibrar este mecanismo sin necesidad de realizar reformas, únicamente haciendo efectivo el principio de igualdad de armas (equidad de armas) en el proceso.

547. Los objetivos particulares del capítulo son:

- Identificar las formas en que se ve manifiesta la asimetría del arbitraje de inversión.
- Ejemplarizar algunas de las medidas que han sido implementadas por los Estados para hacer frente a los problemas que han enfrentado derivado del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.
- Explicar la forma en que la reconvencción podría ser una de las formas en que se podría dar simetría al mecanismo.

A. La asimetría en el arbitraje de inversión en el Derecho de las Inversiones y sus efectos

548. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado fue diseñado para brindarle certeza jurídica a los inversionistas que realizaban inversiones en un Estado distinto al de su nacionalidad, garantizando que el Estado receptor de su inversión se comprometería la observancia de ciertos estándares

mínimos en su actuar y ante un eventual incumplimiento de los Estados contarían con un mecanismo que les permitiría demandar a este Estado ante un tribunal internacional independiente del Estado receptor de su inversión y sin necesidad de la intervención del Estado del que fueran nacionales.

549. Fue así que el sistema únicamente otorgó derechos al inversionista sin tener que comprometerse al cumplimiento de ninguna obligación para gozar de esta protección.

550. Lo anterior, tenía sentido considerando que, en la época en que surgió lo que actualmente podría entenderse como un arbitraje de inversión (*ver* Capítulo II), los inversionistas fueron concebidos como un sujeto “débil” frente a los Estados.

551. Sin embargo, el diseño del mecanismo no contempló los efectos que tendría la globalización en la economía mundial, ni se esperó que un inversionista pudiera tener mayores recursos o poder que un Estado.

552. Esto puede ser observado principalmente en reclamaciones en donde participa un inversionista extranjero nacional de un país en desarrollo y un Estado en vías de desarrollo.

553. Un ejemplo de lo anterior, es el caso de Honduras, quien está siendo demandado por la empresa estadounidense Honduras Prospera al amparo del DR-CAFTA. En esta reclamación, el inversionista estadounidense solicita una compensación que asciende, aproximadamente, a USD 10,700 millones de dólares, casi la mitad del Producto Interno Bruto (PIB) del Estado Demandado, lo anterior considerando que en 2022 el PIB de Honduras fue de aproximadamente USD 31,717,699.76.²²²

²²² *Ver* Honduras Próspera Inc., St. John’s Bay Development Company LLC, and Próspera Arbitration Center LLC c. República de Honduras, Caso CIADI No. ARB/23/2. *Ver también* Banco Mundial, Datos sobre las cuentas nacionales del Banco Mundial y archivo de datos sobre cuentas nacionales de la OCDE, Honduras. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=HN>, Consultado el 9 de febrero de 2024.

554. Esta controversia, ha provocado que Honduras haya presentado su notificación escrita de denuncia al Convenio CIADI, pues en diversas ocasiones manifestó cuestionar el actuar del Centro.²²³

555. A pesar de que no se conocen los detalles del caso, las cifras de este arbitraje hacen evidente el poder que un inversionista extranjero puede tener frente a un Estado, pues una sola inversión puede ascender a casi la mitad del PIB de un país que es considerado uno de los más pobres de América Latina.

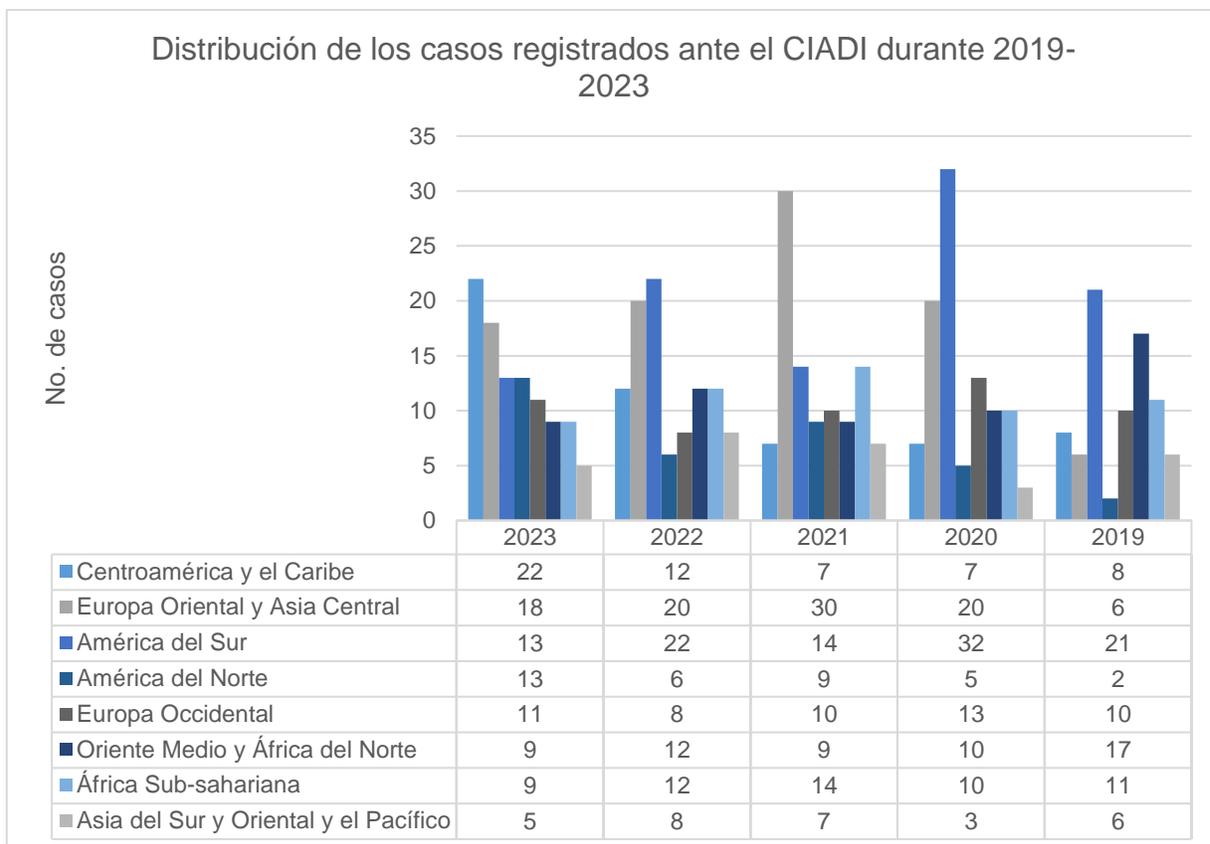
556. La denuncia del Convenio CIADI ha sido una medida por la que han optado diversos países, principalmente de América Latina, como Bolivia, quien denunció el Convenio CIADI en 2007, Ecuador, hizo lo propio en 2009 y finalmente Venezuela en 2012.²²⁴

557. Esto puede ser visto como una de las consecuencias que, la asimetría del arbitraje de inversión puede ocasionar, pues los Estados buscarán tomar medidas para hacer frente a las reclamaciones de inversionistas y evitar sustanciar arbitrajes inversionista-Estado, los cuales son sumamente onerosos.

558. Otra consecuencia de la asimetría del arbitraje de inversión se puede ver reflejada en la distribución de casos que han sido registrados ante el CIADI los últimos años, donde regiones conformadas por países en vías de desarrollo son las más demandadas, comúnmente, por inversionistas provenientes de países en desarrollo.

²²³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, “Honduras denuncia el Convenio del CIADI”, 29 de febrero de 2024, Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/honduras-denuncia-el-convenio-del-ciadi>, Consultado el 29 de febrero de 2024. Ver Comunicado de prensa de la Secretaría de Finanzas de Honduras sobre las acciones del CIADI, 31 de mayo de 2023.

²²⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 25 de octubre de 2022), Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/listas/ciadi-3>, Consultado el 10 de febrero de 2024.



Fuente: Gráfica realizada con base en los Informes Anuales del CIADI 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023.

559. Sin embargo, es importante enfatizar el hecho de que la asimetría del arbitraje de inversión no es un problema que enfrentan exclusivamente países en vías de desarrollo, incluso países desarrollados han tomado medidas para enfrentar los problemas del arbitraje de inversión.

560. Por ejemplo, Canadá, durante la negociación del T-MEC, decidió ya no formar parte del Anexo 14-D del tratado. Aunque no existe una declaración oficial de Canadá sobre las razones por las que tomó esta decisión, una de las causas podría ser el gran número de laudos condenatorios en su contra en los arbitrajes que fueron iniciados en su contra al amparo del TLCAN.

561. Otra de las medidas que han tomado los Estados para hacer frente a los problemas del arbitraje de inversión es excluir el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado de sus AII.

562. Por ejemplo, esto fue implementado en 2015 por Brasil cuando celebró sus primeros Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones, los cuales excluyen el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del tratado y únicamente contemplan la Solución de controversias Estado-Estado.

563. Esto, podría verse como un retroceso al mecanismo, pues en cierta medida es una forma de regresar a la protección diplomática como único medio de defensa con el que cuentan los inversionistas para hacer frente a los actos del Estado receptor de su inversión.

564. La asimetría del arbitraje de inversión también se puede ver reflejada durante el desarrollo del procedimiento, por ejemplo, a través de la financiación por terceros, mayormente a inversionistas, mejor conocida como “*third-party funding*” (TPF).

565. Los TPF comúnmente son fondos de inversión cuya inversión es la reclamación que hubiere sometido un inversionista extranjero a un arbitraje de inversión. A través de este financiamiento, los TPF otorgan recursos económicos a los inversionistas para llevar a arbitraje de inversión su reclamación a cambio de que, en caso de resultar un laudo favorable estos obtendrán una parte de los costos adjudicados al inversionista.

566. Es importante considerar que, aunque podría verse que un Estado cuenta con mayores recursos que un inversionista para sustanciar el arbitraje de inversión, hay distintos factores que deben de ser considerados. Por ejemplo, los Estados normalmente al inicio de cada ejercicio fiscal asignan sus recursos a diferentes temas, por lo que tienen un cierto control a los recursos que puede destinar a los arbitrajes de inversión que enfrentan, a diferencia de los inversionistas, que pueden disponer libremente de sus recursos económicos para poder llevar una adecuada defensa.

567. Los inversionistas son los únicos sujetos que pueden recibir esta forma de financiamiento durante un arbitraje de inversión, pues los Estados, al no poder

presentar una reclamación en contra de los inversionistas por medio de la cual soliciten el pago de daños al inversionista, no resultan una opción para estos TPF.

568. Asimismo, incluso aunque un Estado gane un arbitraje de inversión en contra de un inversionista, estos no adquieren ninguna ganancia. Lo máximo a lo que un Estado puede esperar recibir después de haber recibido un laudo favorable, es recuperar los gastos y costas en los que incurrió para sustanciar el arbitraje. En ese sentido, resulta evidente que los Estados no son un mercado atractivo para los TPFs.

569. Entre las ventajas que un TPF otorga a los inversionistas es poder acceder a grandes firmas legales con experiencia en arbitrajes de inversión, allegarse de reconocidos expertos que sirvan para fortalecer su caso. Por ejemplo, Odyssey Marine Exploration, empresa estadounidense quien inició un arbitraje de inversión en contra del Gobierno de México, ha reconocido públicamente contar con fondeadores, esto le ha permitido contar con la representación de dos grandes firmas legales.²²⁵

570. Otro de los efectos o medidas que los Estados han tomado para hacer frente a la asimetría del arbitraje de inversión, es que los Estados hagan más restrictivo el acceso al mecanismo, estableciendo condiciones o mayores requisitos para que inversionistas puedan someter una reclamación a arbitraje.

571. Por el ejemplo, México y Estados Unidos en la negociación del T-MEC establecieron mayores requisitos para poder someter una reclamación a arbitraje. Esto se ve reflejado en el texto del Artículo 14.D.5 del T-MEC el cual establece lo siguiente:

Artículo 14.D.5: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento

1. Ninguna reclamación será sometida a arbitraje conforme a este Anexo a menos que:

²²⁵ Ver Odyssey Marine Exploration, “Odyssey Marine Exploration Secures Strategic Debt Financing Deal”, 4 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.businesswire.com/news/home/20231204703726/en/Odyssey-Marine-Exploration-Secures-Strategic-Debt-Financing-Deal>, Consultado el 14 de febrero de 2024.

(a) la demandante (para reclamaciones presentadas conforme al Artículo 14.D.3.1(a) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje)) y la demandante o la empresa (para reclamaciones presentadas conforme al artículo 14.D.3.1(b) primero inicien un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo competente de la demandada con respecto a las medidas que presuntamente constituyen una violación referida en el Artículo 14.D.3;

(b) la demandante o la empresa obtengan una decisión final de un tribunal de última instancia de la demandada o hayan transcurrido 30 meses desde la fecha en que el procedimiento a que se refiere el subpárrafo (a) haya sido iniciado;

(c) no hayan transcurrido más de cuatro años desde la fecha en que la demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debería haber tenido conocimiento por primera vez, de la presunta violación conforme al Artículo 14.D.3.1 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) y conocimiento de que la demandante (para reclamaciones presentadas conforme al Artículo 14.D.3.1(a)) o la empresa (para reclamaciones presentadas conforme al Artículo 14.D.3.1 (b)) ha sufrido pérdidas o daños;

(d) la demandante consienta por escrito someterse al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(c) la notificación de arbitraje se acompañe:

(i) para reclamaciones sometidas a arbitraje conforme al Artículo 14.D.3.1(a) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), con la renuncia escrita de la demandante, y

(ii) para reclamaciones sometidas a arbitraje conforme al Artículo 14.D.3.1 (b) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), con las renunciaciones escritas de la demandante y la empresa, a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte del Anexo, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que presuntamente constituye una violación referida en el Artículo 14.D.3 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje).

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1(e), la demandante (para reclamaciones presentadas conforme al Artículo 14.D.3.1(a) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje)) y la demandante o la empresa (para reclamaciones presentadas de conformidad con el Artículo 14.D.3.1(b)) podrán iniciar o continuar una acción en la que se busque la aplicación de medidas precautorias, y que no implique el pago de daños pecuniarios ante un tribunal judicial o administrativo de la demandada, siempre que la acción se presente con el único propósito de preservar los derechos e intereses de la demandante o de la empresa durante la tramitación del arbitraje.

572. De lo anterior se desprende que, conforme el T-MEC, únicamente bajo los siguientes supuestos un Estado Parte otorga su consentimiento para que una reclamación pueda ser sometida a arbitraje:

- Que el inversionista hubiera iniciado procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo doméstico en el que se demanden las mismas medidas que son reclamadas en arbitraje.
- Contar con una sentencia de un tribunal de última instancia o que hayan transcurrido 30 meses desde que se inició el procedimiento doméstico.
- No hayan transcurrido más de 4 años desde que el inversionista tuvo conocimiento por primera vez o tuvo que haber tenido conocimiento por primera vez de la violación.

573. Por su parte, el TLCAN regulaba en su Artículo 1121 las Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al arbitraje, es decir, los requisitos que un inversionista debía de cumplir para poder acceder a arbitraje, y establecía lo siguiente:

Artículo 1121. Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

(a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa: (a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y (b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

574. De lo anterior, se puede observar que el T-MEC recogió lo establecido en el TLCAN, sin embargo, estableció requisitos adicionales para los inversionistas que deseen someter su reclamación a arbitraje.

575. Las consecuencias de las medidas tomadas por Estados para enfrentar la problemática actual del mecanismo recaen, principalmente, en los inversionistas, pues a través de estas medidas pueden quedar de nueva cuenta en un estado de indefensión ante los actos de un Estado o bien, depender de la decisión del Estado del que sean nacionales para poder realizar una reclamación con base en la protección diplomática o bien, el inicio de un procedimiento de solución de controversias Estado-Estado.

B. La reconvencción como una posible solución

576. El mecanismo de solución de controversias requiere reformas que reflejen las relaciones actuales entre gobiernos y empresas multinacionales, que brinden certeza jurídica mediante decisiones homologadas. Sin embargo, estas reformas conllevan un gran esfuerzo, trabajo, pero especialmente tiempo.

577. Por ejemplo, en su 50º periodo de sesiones de la UNCITRAL, la Comisión ordenó al Grupo de Trabajo III estudiar la posibilidad de realizar una Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. Este Grupo de Trabajo III se encuentra integrado por la totalidad de los Miembros de la UNCITRAL. A pesar de esto, el Grupo de Trabajo III, tras más de cinco años de estudio, aún se encuentra analizando y deliberando su propuesta.

578. Por otro lado, de forma creciente, desde 2017, 178 AIs han sido denunciados por diferentes países como India, Bolivia, Indonesia entre otros.²²⁶

579. Realizar reformas a las reglas procesales aplicables, o incluso re-negociar los AIs sin duda podrían brindar mayor certeza al sistema, sin embargo, ante el creciente incremento de reclamaciones presentadas por inversionistas conforme un tratado que únicamente les otorga derechos a los inversionistas y en el que el Estado se ve limitado en sus medios de defensa esta solución resulta poco probable.

580. Es por ello, que este trabajo sostiene que, el permitir la presentación de reconvenções de los Estados en un arbitraje de inversión podría brindar cierto equilibrio al mecanismo sin contravenir el objeto por el que fue creado.

581. Esto es porque, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el objeto de un arbitraje de inversión es permitir que un inversionista extranjero someta una reclamación -o en otras palabras, presente su caso- ante un tribunal independiente de las cortes nacionales del Estado en el que realizó una inversión.

582. El hacer más permisiva la presentación de una reconvenção no contraviene este objeto, pues será un tribunal independiente el que se encargará de analizar las reclamaciones del inversionista, así como las que pudiera realizar el Estado por medio de su reconvenção.

583. El objeto del mecanismo no es brindar una compensación al inversionista de forma automática, se debe de sustanciar un procedimiento en el que el Estado

²²⁶ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>, Consultado el 10 de febrero de 2024.

pueda oponer las defensas que considere necesarias haciendo efectivo el principio de igualdad de armas.

584. Asimismo, el objeto del mecanismo no es brindar cierta inmunidad al inversionista por las afectaciones que hubiere podido ocasionar su inversión en el Estado receptor de su inversión, por lo que, al aceptar ser un sujeto de derecho internacional, aceptar gozar de una protección basada en un acuerdo internacional.

585. Permitir la presentación de una reconvencción en el marco de un arbitraje de inversión, no solo debe de ser visto como un beneficio para el Estado, incluso el propio inversionista gozará de estos, pues como lo refirió el Prof. Reissman en su Opinión Disidente (Capítulo III), esto brinda la certeza al inversionista de que el Estado no someterá ante sus cortes nacionales esta controversia, la cual de resultarle desfavorable al inversionista, podría dar como resultado la presentación de un nuevo arbitraje.

586. Permitir la presentación de una reconvencción, únicamente debe de ser concebido como una forma de brindarle eficacia a los principios de igualdad de armas y economía procesal.

587. El principio de igualdad de armas se hará efectivo pues, permitirá al Estado oponer como medio de defensa una reconvencción, a través de la cual podrá presentar su caso ante el tribunal que conoce del arbitraje, no se limitará a refutar las reclamaciones del inversionista y permitirá que, en caso de ser procedente, el inversionista lo indemnice por las afectaciones que hubiere causado en su territorio.

588. Permitir la presentación de una reconvencción, hará efectivo el principio de economía procesal pues, un solo tribunal conocerá de las reclamaciones de ambas partes del arbitraje, evitando que: (i) El Estado someta ante sus propios tribunales - los cuales podrían carecer de imparcialidad- su reclamación, lo cual implicará que, el inversionista incurra en mayores gastos por representación legal y (ii) En caso de que el Estado tome medidas en contra del inversionista o bien, las resoluciones emitidas por los tribunales domésticos no le resulten favorable al inversionista se pueda dar el inicio de un nuevo arbitraje.

589. El permitir la presentación de una reconvencción no tiene que ser visto como un medio de defensa que será efectivo por su sola presentación, este deberá de cumplir con los requisitos previstos tanto en el AII aplicable, así como en las reglas procesales.

590. La reconvencción podría ser una solución a la asimetría del arbitraje de inversión, y evitar que, Estados pudieran seguir implementando las medidas antes descritas para hacer frente a las reclamaciones de los inversionistas extranjeros.

V. CONCLUSIONES

Primera. La relevancia del binomio Derecho-Inversión se ha visto incrementada como resultado de la globalización, lo que a su vez ha causado mayor complejidad en las relaciones económicas que se desarrollan entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la inversión.

Segunda. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado es una de las formas por las que las relaciones que surgen entre inversionistas extranjeros y Estados puede regularse, el cual surgió como una solución a la problemática que, inversionistas extranjeros enfrentaban al invertir en un Estado diferente del que eran nacionales.

Tercera. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado no contempló los efectos que tendría la globalización sobre las relaciones entre empresas multinacionales y Estados, ni mucho menos se consideró la asimetría que podía generar un mecanismo que fue diseñado únicamente con objeto de brindar derechos a los inversionistas y no imponer obligaciones.

Cuarta. La economía procesal en el arbitraje de inversión en relación con las reconvencciones, puede tener eficacia al permitir que un Estado presente esta, incluso evita que el inversionista se vea obligado a presentar solicitudes interlocutorias, como medidas provisionales, lo cual, podría interrumpir el propio arbitraje, supone que las partes inviertan recursos económicos y humanos en la sustanciación de esta etapa procesal.

Quinta. La aplicación del principio de economía procesal en el arbitraje de inversión no solo brinda beneficios para el Estado que la presenta, también para el inversionista, pues evitara que este incurra en mayores gastos y esfuerzos en

plantear su defensa no solo en el arbitraje sino también en posibles procedimientos domésticos que pudiera iniciar el Estado en sus cortes nacionales.

Sexta. La reconvencción permitirá al Estado demandado llevar ante el tribunal que conozca de la demanda su propio caso, sin que tenga que limitarse a refutar las alegaciones del demandante. Asimismo, permitirá que el Estado pueda solicitar la reparación del daño que hubiere generado el inversionista en su territorio.

Octava. Conforme el diseño del mecanismo, ha correspondido a los tribunales realizar la interpretación de un AIJ, lo cual ha generado incertidumbre en el procedimiento.

Novena. El mecanismo de solución de controversias no refleja la realidad actual en la que se desarrolla tanto las relaciones entre inversionistas extranjeros y Estados.

Décima. El mecanismo de solución de controversias no refleja la forma en que se desarrolla actualmente el arbitraje de inversión.

Decimoprimera. Una reforma al mecanismo de solución de controversias podría ser una forma de solución a los problemas de la asimetría que se encuentra presente en el sistema, sin embargo, estas acciones llevan tiempo y los Estados han estado implementando medidas para enfrentar los problemas del mecanismo, las cuales, podrían tener consecuencias adversas para los inversionistas.

Decimosegunda. El permitir la presentación de una reconvencción en un arbitraje de inversión no solo otorga beneficios al Estado que la promueve, también para el inversionista, pues podría evitar que, el Estado comience procedimientos

ante sus tribunales o autoridades nacionales, lo cual podría llevar al inicio de un nuevo arbitraje de inversión.

Decimotercera. La presentación de una reconvención no contraviene el objeto y fin con el que fue creado el mecanismo de solución de controversias inversionista- Estado, pues un tribunal independiente del Estado receptor de la inversión, será quien decida de las reclamaciones de este.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, “Cuestiones de terminología procesal”, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Banco Mundial, Datos sobre las cuentas nacionales del Banco Mundial y archivo de datos sobre cuentas nacionales de la OCDE, Honduras. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=HN>, Consultado el 9 de febrero de 2024.

Barrios, Eduardo, “La Demanda en el Proceso Civil y Comercial”, Argentina, ed. Veléz Sarsfield, 1986.

Billier, Johan & Maria Elenora Benini, “International Investment Arbitration, A Practical Handbook”, ed. Maklu, 2016.

Bjorklund, Andrea K, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, 17 Lewis & Clarik L. Rev. 461.

Cambridge University Press & Assessment, “Cambridge Dictionary”, 2024. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/investment>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Carretero Pérez, Adolfo, “El principio de Economía Procesal en lo Contencioso Administrativo”, en Revista de administración pública, No. 65, España, 1971, ver <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111224>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Castillo Argañarás, Luis Fernando, “Arbitraje, Expropiaciones y Ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, año 3, No. 5, Marzo 2015.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 25 de octubre de 2022)

Chernor Jalloh, Charles, “Statement of the Chair of the Drafting Committee on Identification of Customary International Law”, International Law Commission, 70a Sesión de la Comisión de Derecho Internacional, 25 de mayo de 2018.

Chiovenda, José, “Derecho Procesal Civil”, t. 2, España, ed. Reus, 1925.

Comunicado de prensa de la Secretaría de Finanzas de Honduras sobre las acciones del CIADI, 31 de mayo de 2023.

Crawford, Jo-Ann & Barbara Kotschwar, "Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Evolution and Current Trends". Disponible en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201814_e.pdf, p.22, Consultado el 8 de febrero de 2024.

De Nanteuill, Arnaud, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunal*, 2018, p. 374, Disponible en: https://brill.com/view/journals/lape/17/2/article-p374_6.xml, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Dias Simões, Fernando, "Clandestine Awards, Information Asymmetries, and Equality of Arms in Investment Arbitration", Research Paper No. 2021-31, *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2021, Issue 2, Article 8, The Chinese University of Hong Kong, Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3866316. Consultado el 8 de febrero de 2024.

Dolzer, Rudolf, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/216910288.pdf>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Dupuy, Pierre-Marie et. al., "Human Rights in International Investment Law and Arbitration", EE.UU., ed. Oxford University Press, 2009.

Fakhri, Michael, "The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital", *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, Septiembre 2015.

Farmer, Kelsey Brooke, "The Best Defence is a Goof Ofense- State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", LLM Research Paper, University of Wellington, Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/41340254.pdf>, p. 22, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Fix Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela, "Derecho procesal", México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Fix Zamudio, Héctor, "Constitución y proceso civil en Latinoamérica", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.

Foy, Patrick, "Effectiveness of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Arbitration Procedures", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 18, Issue 1, Spring 2003, Pages 44–108, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/18.1.44>.

Garavito Cuervo, David, "La justicia arbitral en el derecho romano", Universidad de los Andes, Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/30210/596110/file/2013%203.%20David%20Garavito%20Cuervo.pdf>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

García Aguilar, Nayeli, “Valor probatorio de los documentos digitales emitidos en el juicio en línea, Publicación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Colección de Estudios Jurídicos, Vol. XXIV, 2013, Disponible en <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/tesisXXIV/pdf/t24.pdf>, Consultado el 5 de noviembre de 2020.

García Olmedo, Javier, “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?”, *J. Int’l Disp. Settlement* (forthcoming).

George Jain, Abhimanyu, “Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis”, (October 9, 2013). *16(5) International Arbitration Law Review* 135 (2013), Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2338135>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Gómez Frode, Carina et. al., “Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho”, México, t. X, UNAM, ed Porrúa, 2018.

Gottwald, Eric, *American University International Law Review*, Vol. 22, 2007.

Gozaíni, Osvaldo A., “El desplazamiento de los principios procesales hacia las garantías que consolidan un Derecho nuevo: El Derecho Procesal Constitucional.” Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/15.pdf>, p. 330. Consultado el 8 de febrero de 2024.

Ishikawa, Tomoko, “Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, Symposium on Investor Responsibility: The next frontier in international investment law”, Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/counterclaims-and-the-rule-of-law-in-investment-arbitration/1864471C7ABB41A54C72A373F19B6AFC>, p. 35, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Kjos, Elisabeth Hege, “Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration”, Julio 2007, p. 23 Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/259980510_Counterclaims_by_Host_States_in_Investment_Treaty_Arbitration, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Kjos, Hege Elisabeth, “The Scope of the Arbitration Agreement: Claims and Counterclaims of a National and/or International Nature” en “Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law”, ed. Oxford, 2013.

Klímová, Nikola, “Host State Counterclaims in Investment Arbitration: Holding Investors Accountable for Human Rights Violations”, Master’s Thesis, Charles University Faculty of Law, 8 de abril de 2018.

Kryvoi Yaraslau, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, *EE.UU., Minnesota Journal of International Law*, 2012.

Kryvoi, Yarik, "The Path of Investor-State Disputes: From Compensation Commissions to Arbitral Institutions", *ICSID Review*, Vol. 33, No. 3, 2018.

Laird, Ian A. et. al., "Investment Treaty Arbitration and International Law", vol. 8, Ed. Juris Net, EE.UU., 2015..

Ledesma Narváez, Marianella, "Jurisdicción y arbitraje", Perú, ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Lim,C.L., Jean Hoy Martins, "International Investment Law and Arbitration, Commentary, Awards and other Materials", Reino Unido, ed. Cambridge University Press, 2018

Nadakavukaren Shefer, Krista, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, 3a Edición, Reino Unido, ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

Newcombe, Andrew & Lluís Paradell, "Chapter 6 – Minimum Standards of Treatment en Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment", ed. Kluwer Law International, 2009.

Odyssey Marine Exploration, "Odyssey Marine Exploration Secures Strategic Debt Financing Deal", 4 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.businesswire.com/news/home/20231204703726/en/Odyssey-Marine-Exploration-Secures-Strategic-Debt-Financing-Deal>, Consultado el 14 de febrero de 2024.

Organisation for de Co-operation and Development, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Organization for Economic Cooperation and Development, "Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, Disponible en: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf, Consultado 8 de febrero de 2024.

Pahis, Stratos, "Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 45:1, Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=yjil>, Consultado el 9 de febrero de 2024.

Pollan, Thomas, "Legal Framework for the Admission of FDI", Países Bajos, ed. Eleven International Publishing, 2006.

Ramos Garza, Óscar, "México ante la inversión extranjera", 3ª Edición, México, ed. Docal Editores, 1974.

Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Actualizado el 2023. Disponible en: <https://dle.rae.es/equidad>. Consultado el 8 de febrero de 2024.

Reinisch, August, “Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law”. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0454.pdf, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Reinisch, August, “Standards of Investment Protection”, EE.UU., ed. Oxford University Press, 2008.

Sabahi, Borzu et. al., “International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice and Future Prospects”, Países Bajos, ed. Koininklijke Brill NV, 2018.

Sánchez, Justo Gil et. al., “La Modernización de la justicia en España”, España, ed. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, España, 2003.

Schreuer, Christoph et. al., “The ICSID Convention; a Commentary”, Reino Unido, 2a Edición, ed. Cambridge University Press, 2009.

Secretaría de Economía, Acuerdos Internacionales sobre Inversiones, ver <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos/acuerdos-internacionales-de-inversion>, Consultado el 3 de diciembre de 2020.

Sharpe, Jeremy, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence”, Arbitration International, Vol. 22, No.4, LCIA, 2006.

Shreuer, Christoph, “The ICSID Convention, A Commentary”, 2a Edición, Austria, ed. Cambridge University Press, 2009.

Solis, Menalco, “Adverse inferences in investor-state arbitration”, Inglaterra, ed. Oxford University Press.

Sornarajah, Muthucumaraswamy, “The International Law on Foreign Investment”, 3a Edición, Reino Unido, ed. Cambridge University Press, 2004.

Steingruber, Andrea M., “Consent in International Arbitration”, ed. Oxford University Press, marzo 2012.

The World Bank Group, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Guidelines, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Disponible en <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>, Consultado el el 8 de febrero de 2024.

UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>, Consultado el 10 de febrero de 2024.

United Nations Conference on Trade And Development, “Expropriation”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf, Consultado el 8 de febrero de 2024.

United Nations Conference on Trade and Development, “Investment Policy Hub”, Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

United Nations Conference on Trade and Development, “Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration”, Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf, p. 40, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Walde, Thomas W., Chapter 8 “Equality of Arms” in Investment Arbitration: Procedural Challenges en Arbitration Unver International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Mayo 2010, Disponible en: <https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/tw-chapter8.pdf>. Consultado el 8 de febrero de 2024.

Weijia, Rao, “Development status and decision-making in investment treaty arbitration”, International Review of Law and Economics, Vol. 59, Disponible en: <https://www.sciencedirect-com.pbidi.unam.mx:2443/science/article/pii/S0144818818302436?via%3Dihub>, Consultado el 8 de febrero de 2024.

Wisner, Robert & Nick Gallus, “Nationality Requirements in Investor-State Arbitration”, p. 927, Disponible en: https://www.biicl.org/files/956_jwit56_wisner_&_gallus_-_nationality.pdf,

Legislación y Tratados

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Buenos Aires, Argentina, firmado el 13 de noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de agosto de 1998.

Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado el 3 de octubre de 1991, Buenos Aires, Argentina.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y su Protocolo, entre la República de Chile y la República de el Salvador, Santiago, Chile, 8 de noviembre de 1996.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Uzbekistan, Londres, Reino Unido, Firmado el 24 de noviembre de 1992.

Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 11 de julio de 1995.

Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of The Organization of the Islamic Conference, Bagdad, firmado en junio de 1981.

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, Firmado el 29 de abril de 1991.

Código de Comercio, México, 28 de marzo de 2018.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo de terminología, “Glossary Working Group”, coord. Catherine Kessedjian et Arnaud de Nanteuil, Rèforme du règlement des différends investisseurs/Etats (ISDS), 2019.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, Estados Unidos, firmado el 26 de junio de 1945.

Ley de Inversión Extranjera, 15 de junio de 2018.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 6 de diciembre de 2010.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976.

Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013.

Reglas de Arbitraje del CIADI, Washington, D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo de Administración del CIADI el 1 de julio de 2022.

Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010, Londres, Reino Unido.

Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, Washington. D.C., EE.UU., adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 1 de julio de 2022.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2023.

Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, Washington, D.C., EE.UU., firmado el 5 de agosto de 2004.

Tratado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, Washington, D.C., EE.UU.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 27 de agosto de 1993.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020.

Tratado Integral Progresista de Asociación Transpacífico, Chile, suscrito el 8 de marzo de 2028, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2018.

Jurisprudencia y laudos arbitrales

Achmea B.V. v. Slovak Republic II, PCA Case No. 2013-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 20 May 2014.

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, Award, ICSID Case No. ARB/11/33, 27 de octubre de 2015.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi II, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21 June 2012 [French].

Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 de julio de 2006.

Bayview Irrigation District et al. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso TLCAN/CIADI No. ARB(AF)/05/1, Laudo (en Jurisdicción), 19 de junio de 2007.

Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión en Jurisdicción, 2 de junio de 2010.

Cambodia Power Company v Kingdom of Cambodia and Electricité du Cambodge, Decision on Jurisdiction, 22 de marzo de 2011.

Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 [Testado].

Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006.

Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 de enero de 2008.

El Paso Energy International Company c. la República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 Abril 2006.

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.

Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. la República Bolivariana de Venezuela, Laudo de Jurisdicción, Caso CPA No. 2017-18, 29 de octubre de 2019.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010.

Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014.

Honduras Próspera Inc., St. John's Bay Development Company LLC, and Próspera Arbitration Center LLC c. República de Honduras, Caso CIADI No. ARB/23/2.

L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, Vol. Iv, 15 de octubre de 1926.

Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 Agosto 2000.

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on the Application of Provisional Measures, 9 December 2009.

Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010.

Naturgy Energy Group S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.A. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) v. Republic of Colombia. Laudo, 12 de marzo de 2021.

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1995.

Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007.

Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 de septiembre de 2001.

Salini Constuttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, 23 de julio de 2011.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 de mayo de 2004.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Agosto 6, 2003.

Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989.

South American Silver Limited c. El Estado Plurinacional de Bolivia, PCA Caso No. 2013-15, Laudo, 22 de Noviembre de 2018.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 1 December 2011.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Daniel M. Price, 26 de julio de 2007.

United Parcel Service of America Inc. c. Canadá, Laudo, 24 de mayo de 2007.

United Parcel Service of America Inc. v. el Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Laudo en Jurisdicción, 22 Noviembre 2002.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Award, 8 December 2016.

Waste Management Inc. II v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004.

Wena Hotels Limited c. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. For interpretation of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 31 de Octubre de 2005.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 de diciembre de 2000.

Western NIS Enterprise Fund v. Ucrania (Caso CIADI No. ARB/04/2), Order, 16 de marzo de 2006.