

Demandas Reconvencionales de Estados frente a Inversionistas: ¿Realidad o Ficción Jurídica?

Fernando Pérez Lozada*

Principia No. 7–2022 pp. 71-86

Resumen: Aunque la reciprocidad ha sido la base del mecanismo de solución de controversias Estado-inversionista, parecen persistir desequilibrios entre los derechos y obligaciones de inversionistas y Estados. Los Acuerdos Internacionales de Inversión permiten a los inversionistas obtener compensación por violaciones a los tratados, sin imponer obligaciones sustantivas a los inversionistas. Tradicionalmente, la defensa de los Estados está limitada a la presentación de objeciones de jurisdicción o alegatos para disminuir la compensación por los daños reclamados. Discutiblemente, no existe un recurso efectivo o foro internacional para que los Estados sede y/o sus nacionales obtengan reparación por daños ambientales o violación de derechos humanos causados por inversionistas extranjeros. Sin embargo, algunos tribunales de inversión han admitido reconvenciones de Estados, mientras que TBIs de nueva generación y algunas legislaciones han comenzado a imponer obligaciones y sanciones a inversionistas, respectivamente, por daños causados en los Estados receptores de la inversión.

Abstract: Although reciprocity has been the foundation of Investor-State Dispute Settlement, imbalances seemed to remain between the rights and obligations of investors and States. International Investment Agreements enable investors to obtain compensation for treaty violations, without imposing substantive obligations on investors. Traditionally, Host States can only defend themselves by raising either jurisdictional objections or allegations to off-set compensation on damages. Arguably, no proper recourse or international forum appears to be available for host States and/or its nationals to obtain redress for environmental damages or human rights violations caused by foreign investors. However, only a handful of investment tribunals have admitted counterclaims submitted by host States, while a new breed of BITs and some legislations have started to impose obligations and extraterritorial sanctions on investors, respectively, for damages caused in the hosts States of the investment.

Palabras Claves: Reconvención | Jurisdicción | Derechos humanos | Daños ambientales

Keywords: Counterclaim | Jurisdiction | Human rights, | Environmental damages

* Abogado en México, Universidad del Pedregal (2001); admitido en la barra de Paris (2019-2020 “omission volontaire”); LL.M. University of Manchester, UK (2007); LL.M. (MIDS), Graduate Institute, University of Geneva (2016); Miembro del Panel de Árbitros del Centro de Arbitraje de México; Asociado en CMS, Hasche Sigle, Munich, Alemania. El presente artículo está inspirado en la ponencia del autor impartida en la conferencia bianual de la International Law Association (Kyoto, 2020).

Sumario:

I. Introducción

Aunque la reciprocidad ha sido la base angular de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs), ciertos Estados han cuestionado la simetría de derechos y obligaciones en dichos Acuerdos y la posible “inmunidad del inversionista” como sujeto obligado para responder por la violación a derechos humanos o daños al medio ambiente como consecuencia directa de la ejecución y operación de una inversión.

Tradicionalmente, la defensa de los Estados en arbitrajes de inversión se ha caracterizado en gran medida, por la adopción de una estrategia defensiva (en vez de ofensiva). En primer lugar, al invocar objeciones sobre jurisdicción del tribunal y/o admisibilidad de la reclamación. Por ejemplo, alegando la ilegalidad de la inversión, el incumplimiento de leyes locales, o incluso actos de corrupción o fraude favorables al proyecto de inversión. En su defecto, otra medida defensiva comúnmente adoptada por los Estados es la presentación de alegaciones subsidiarias para reducir la indemnización de los daños reclamados por el inversionista (v.gr., negligencia contributiva).

La doctrina y práctica actual reflejan en cierta medida la falta de un recurso efectivo o foro internacional idóneo para los Estados sede y/o población afectada (comunidades indígenas) para reclamar

la reparación de daños generados por proyectos de inversión, en particular en sectores de impacto ambiental o social adverso como el energético, petroquímico, minero e inmobiliario, los cuales representan los sectores de mayor incidencia de arbitrajes Estado-Inversionista a nivel mundial.

En efecto, la mayoría de las decisiones arbitrales sobre reconveniones de Estados ha sido denegada en la fase de jurisdicción y sólo en algunos casos en la fase de méritos, sin que a la fecha exista un caso positivo en el que en ambas fases el tribunal arbitral haya resuelto favorablemente.

Las demandas reconventionales que se analizarán en el presente artículo se pueden clasificar en reclamaciones por: i) violaciones contractuales; ii) violaciones de derechos humanos; y iii) violación de normas ambientales.

De manera excepcional, Ecuador ha sido el único Estado que ha obtenido una compensación del inversionista por daños ambientales por la vía reconventional; no obstante, las partes del arbitraje acordaron que ésta fuera dirimida por el tribunal arbitral.

La falta de obligaciones vinculantes a cargo de inversionistas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) representa una limitante legal importante en materia de responsabilidad a nivel internacional. No

obstante, se ha tratado de vincular dichas obligaciones en la “ley aplicable” invocada en el Tratado, ya sea por violación de leyes locales u obligaciones internacionales mediante su interpretación sistémica. Por otro lado, los TBIs de nueva generación prevén obligaciones sustantivas a cargo de inversionistas.

En este artículo se abordará la motivación de demandas reconventionales de Estados (II); y los escenarios de jurisdicción previstos en reglas de arbitraje a la luz de las principales decisiones arbitrales (III). Finalmente, se mencionarán algunas propuestas de reforma, así como los beneficios y obstáculos para su implementación (III).

II. Motivación de la reconvencción

En cierta medida, la interpretación en “sentido amplio” de los estándares de protección de inversión ha sido criticado por interferir con el espacio normativo del Estado para proteger el medio ambiente y la salud pública¹. Algunos autores han sugerido la exclusión de sectores prioritarios del ámbito de protección para blindar las políticas públicas sobre posibles reclamaciones

de inversionistas, al tiempo de evitar el efecto conocido como “regulatory chill”².

Por otro lado, un número creciente de TBIs establece la obligación o el derecho del Estado para regular y adoptar medidas para el cumplimiento de objetivos y principios de desarrollo sustentable, u otros fines legítimos de política social³. Sin embargo, en ciertos casos la prerrogativa del Estado para defender el interés público – en detrimento de intereses privados–, debe asegurar que la medida no sea arbitraria, discriminatoria o injustificada. Algunas decisiones arbitrales han concluido que dicha prerrogativa o grado de maniobra del Estado no impone obligaciones positivas al inversionista⁴.

Con respecto a los estándares de protección, los AII de nueva generación han adoptado ciertas medidas, i) limitado los estándares de protección a ciertos sectores; ii) enfatizado la soberanía del Estado sobre “áreas reservadas” fuera de la protección del Tratado; o iii) subordinado dicha protección a la salvaguarda o cumplimiento de reglas de medio ambiente, salud pública y/o derechos fundamentales.

¹ Tienhaara, K., “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environmental Law*, 7(2) (2018): 229-250, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C1103F92D8A9386-D33679A649FEF7C84/S2047102517000309a.pdf/regulatory-chill-in-a-warming-world-the-threat-to-climate-policy-posed-by-investor-state-dispute-settlement.pdf>

² Idem.

³ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 23.

⁴ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

Un claro ejemplo de estas medidas se refleja en el capítulo de inversión del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (“T-MEC”) que entró en vigor el 1º de Julio de 2020, en remplazó al TLCAN⁵. El nuevo Tratado prevé dos tipos de régimen protección, una amplia y otra limitada.

Por un lado, la protección amplia se otorga a inversiones en cinco “sectores cubiertos” (petróleo y gas natural; generación de energía; suministro de servicios de telecomunicación; servicios de transporte; y propiedad o administración de infraestructura)⁶. Los estándares de protección en los sectores cubiertos no tienen reserva alguna y son equivalentes a los previstos en el anterior TLCAN. Por otro lado, la protección limitada es aplicable a todas las actividades fuera de los sectores cubiertos.

La principal diferencia entre ambas es la exclusión de estándares de protección de i) Nivel Mínimo de Trato (“trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”)⁷; y ii) Expropiación Indirecta⁸, otorgadas únicamente a las inversiones realizadas en los “sectores cubiertos”⁹.

Cabe señalar que el T-MEC prevé un plazo de 3 años a partir de su entrada en vigor para someter una reclamación de inversión a arbitraje (el sentido amplio antes señalado), bajo las reglas del TLCAN. Los inversionistas deberán tomar en cuenta este plazo, sobre todo los de nacionalidad canadiense ya que Canadá no forma parte del mecanismo de solución de controversias de inversión del T-MEC¹⁰. Durante este periodo transitorio, las denominadas “inversiones legadas” realizadas antes del 1 de Julio de 2020 podrán someter una controversia legada antes del 1 de Julio de 2023¹¹. No obstante, las inversiones realizadas a partir de Julio 2020 (entre México y Estados Unidos) están sujetas a las reglas del T-MEC.

Los Estados Parte del T-MEC también se reservan el derecho de adoptar medidas relacionadas con la inversión en ciertos sectores, por ejemplo, para servicios de entretenimiento (México); televisión por cable (Estados Unidos); e instrumentos de deuda pública (Canadá).¹² En particular, en relación con el estándar de Trato Nacional, los Estados Parte del T-MEC se reservan el derecho de adoptar

⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés).

⁶ T-MEC, Anexo 14-E, párrafo 6(b).

⁷ T-MEC, Artículo 14.6.

⁸ T-MEC, Artículo 14.8; Anexo 14-B (Expropiación), párrafo 3 (“en donde un acto o serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”).

⁹ Dichas inversiones suponen la celebración de un “contrato de gobierno cubierto” para establecer o adquirir una inversión en el país sede a partir de la entrada en vigor del Tratado.

¹⁰ T-MEC, Anexo 14-D.

¹¹ T-MEC, Anexo 14-C.

¹² T-MEC, Artículo 14.12(2), Anexo II (Lista de México; Lista de los Estados Unidos; Lista de Canadá).

medidas que otorguen derechos a grupos minoritarios social o económicamente en desventaja¹³. Esta reserva podría ser invocada (válidamente o no) por el Estado sede como alegato de defensa en un arbitraje de inversión. Por ejemplo, en contra de una demanda de denegación de autorizaciones o concesiones sobre tierras que puedan afectar los derechos de comunidades indígenas, sujeto a las circunstancias del caso y en consideración a autorizaciones o representaciones previas del Estado.

Del mismo modo, el T-MEC prevé que la interpretación del Tratado no supone un impedimento para adoptar medidas encaminadas a asegurar que la inversión se realice de manera sensible al medio ambiente¹⁴. Esta obligación podría ser analizada por un tribunal arbitral como criterio normativo del Tratado, sujeto a la situación particular del caso y siempre que no se realice de manera discriminatoria, arbitraria o en violación a los estándares de protección de inversión aplicables.

Por otro lado, la presentación de una demanda reconvenional en contra del

inversionista constituye otro mecanismo de defensa del Estado como medida de contrapeso a las posibles limitaciones de su campo de acción bajo el Tratado.

No obstante, sólo un número limitado de reconveniones ha sido admitido por tribunales arbitrales en materia de daños ambientales (*Aven v. Costa Rica*; *Burlington v. Ecuador*; *Perenco v. Ecuador*)¹⁵, violaciones a derechos humanos (*Urbaser v. Argentina*)¹⁶ o fraude (*Al Warraq v. Indonesia*)¹⁷.

De manera notable, sólo Ecuador ha logrado obtener una indemnización por daños ambientales ocasionados por inversionistas en el desarrollo de pozos petroleros. No obstante, los inversionistas en cuestión dieron su consentimiento expreso para que el tribunal se pronunciara al respecto y (paradójicamente) obtuvieron una indemnización de Ecuador diez veces mayor por violación a los estándares de protección de Trato Justo y Equitativo y Expropiación de la inversión¹⁸.

En este sentido, la principal “victoria” para los Estados en la vía reconvenional

¹³ T-MEC, Anexo II, Sector “cuestiones relacionadas con las minorías”, los Estados Parte (Lista de México; Lista de los Estados Unidos; Lista de Canadá).

¹⁴ T-MEC, Artículo 14.16.

¹⁵ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafos 742, 745-747; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

¹⁶ Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

¹⁷ Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Laudo Final, 15 Diciembre 2014.

¹⁸ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

es la desestimación de la demanda interpuesta en su contra, por falta de jurisdicción arbitral. En estos casos la “sanción” del inversionista es la pérdida de los derechos de protección bajo el Tratado. Algunos TBIs prevén de manera directa la pérdida de dicha protección, por incurrir en prácticas de corrupción.

Si bien es cierto que el Estado podría demandar el pago de compensación por los daños generados ante los tribunales del país sede de la inversión, ésta vía podría enfrentar algunos inconvenientes. Por ejemplo, la falta de bienes suficientes del inversionista (en dicho país) podría dificultar la ejecución de sentencias. De igual forma, los tribunales del país sede no siempre son competentes en deferencia a la jurisdicción del país de origen del inversionista, por razón de su domicilio o sede de cuentas bancarias, por ejemplo, en aplicación de la doctrina *forum non conveniens*. En particular, el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) prevé que Estado sede puede demandar el pago de compensación por daños al medio ambiente, lesiones personales o pérdida de vidas en el Estado receptor de la inversión ante los tribunales del país de origen del inversionista¹⁹.

En otros casos, la ejecución de una sentencia condenatoria para el inversionista podría desencadenar – paradójicamente – una reclamación arbitral del mismo inversionista (“treaty claim”) alegando, por ejemplo, la expropiación judicial de la inversión y/o de las utilidades.

Algunos Estados como Francia prevén reglas de aplicación extraterritorial con el fin de reforzar los deberes empresariales (“*devoir de diligence*”) en materia de derechos humanos, así como minimizar los impactos negativos al medio ambiente. En este caso, las empresas francesas de cierto tipo están sujetas a obligaciones de prevención y detección de riesgos en la materia²⁰. Asimismo, la ley francesa de anticorrupción “*Loi Sapin II pour la transparence de la vie économique*” (conocida como “SAPAN II”), impone obligaciones a las empresas francesas para implementar sistemas internos de detección y prevención de actos de corrupción cometidos en y fuera de Francia. Su incumplimiento da lugar a la responsabilidad penal de sus dirigentes y a la imposición de sanciones que pueden alcanzar hasta el 30% de las utilidades anuales promedio durante los últimos tres años²¹.

¹⁹ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (no en vigor), Artículo 20.

²⁰ La loi française sur le devoir de vigilance, Labor Solutions, <https://www.worker-engagement.com/laws-regulations-and-guidelines/la-loi-francaise-sur-le-devoir-de-vigilance/>

²¹ Law No. 2016-1691, 9 Diciembre 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT-000033558528/>; SAPIN II Law, Anti-Corruption Aspects (CMS), <https://cms.law/en/fra/publication/sapin-ii-law-anti-corruption-aspects>.

III. Jurisdicción arbitral

Las demandas reconventionales en contra de inversionistas suelen estar condicionadas a requisitos de jurisdicción, admisibilidad y méritos. A manera de ejemplo podemos mencionar los siguientes:

1. La vinculación de la reconvencción con la diferencia o demanda original (jurisdicción);
2. El consentimiento de las partes (jurisdicción);
3. La presentación oportuna y suficiencia de la reconvencción (admisibilidad); y
4. La violación de una norma nacional o internacional (méritos).

Es importante señalar que las principales reglas aplicables en materia de arbitraje de inversión (CIADI y CNUDMI) prevén la posibilidad de formular una reconvencción, sujeta – principalmente – a la competencia del tribunal arbitral y, en su caso, a otros criterios de jurisdicción y/o admisibilidad.

El Artículo 46 del Convenio del CIADI establece que el tribunal deberá resolver las demandas reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del CIADI²².

Por su parte, el Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dispone que el demandado podrá formular una reconvencción siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas. Asimismo, establece que la reconvencción se deberá formular en la contestación de la demanda (salvo que su demora sea justificada) y contener, entre otros, los datos de hecho, de derecho y las pruebas en que se funde, conforme a lo dispuesto en el Artículo 20 del mismo Reglamento.

A continuación, analizaremos los requisitos principales a la luz de la jurisprudencia arbitral.

A. Vinculación de la reconvencción

El primer requisito de conexión de la reconvencción con la controversia o demanda original (“close connection”), obedece a principios de eficiencia procesal. Efectivamente, la acumulación de ambas pretensiones en un mismo asunto (demanda y reconvencción) evita la duplicación de demandas y favorece la eficiencia del proceso adjudicatorio.

Es debatible que un Estado pueda formular una demanda reconventional sobre una cuestión distinta al reclamo original del inversionista y/o ajena al proyecto de inversión. No obstante, existen visiones opuestas adoptadas por tribunales arbitrales.

²² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Por ejemplo, en el caso *Paushok v. Mongolia*, el tribunal desestimó la reconvencción por falta de conexión razonable con la demanda del inversionista, al reclamar del éste el pago de impuestos no relacionados con la inversión en empresas de minería. A juicio del tribunal, el incumplimiento de leyes fiscales de Mongolia es de competencia exclusiva de las cortes del Estado²³. El tribunal incluyó en su razonamiento que el aceptar jurisdicción sobre la reconvencción, sería consentir la extensión extraterritorial de la jurisdicción legislativa de Mongolia sin ninguna base legal en derecho internacional²⁴.

Asimismo, en el arbitraje *Saluka v. República Checa* el tribunal adoptó un criterio de interpretación restrictivo del criterio de conexión (“common origin”), exigiendo el mismo instrumento de obligaciones recíprocas – contrato de inversión – para sustentar tanto la demanda del inversionista como la reconvencción del Estado. En la opinión del tribunal, no es razonable que se formule una reconvencción con base en un contrato distinto al invocado por el inversionista en su demanda original, salvo que ambos contratos sean

interdependientes o se encuentren íntimamente ligados entre sí, “por un origen común, fuentes idénticas y una unidad operativa”²⁵. Esta postura ha sido criticada por limitar la posibilidad de éxito de la reconvencción, al requerir la indivisibilidad e interdependencia de ésta con la demanda original²⁶.

De manera análoga, en el caso *Amco v. Indonesia*, el tribunal CIRDI rechazó la jurisdicción sobre la reconvencción por el presunto fraude fiscal del inversionista para el desarrollo de un hotel y un complejo de oficinas. El tribunal admitió que la obligación de pago de impuestos es una obligación general en Indonesia, el cual no deriva del contrato de inversión celebrado con el Estado, ni “surge directamente de una inversión” *per se*, en términos del Artículo 25(1) de la Convención CIRDI²⁷.

Por el contrario, en el caso *Urbaser v. Argentina*, el tribunal se declaró competente para conocer de la reconvencción de Argentina al concluir que la simple “conexión fáctica” (no jurídica) entre la reclamación original y la accesoria, es suficiente para establecer la jurisdicción sobre las reconvencciones

²³ Sergei Paushok, et al v. Mongolia, UNCITRAL, Laudo, 28 Abril 2011, párrafos 694-699.

²⁴ Idem., párrafo 695.

²⁵ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decisión sobre la competencia de la demanda reconvenccional de la República Checa, 7 Mayo 2004, párrafos 67, 79.

²⁶ Elena Burova, “Jurisdiction of Investment Tribunals Over Host States’ Counterclaims: Wind of Change?”, Kluwer Arbitration Blog (Marzo 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/>

²⁷ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988.

del Estado²⁸. Esta postura más reciente se diferencia de otras decisiones que desestimaron las reconveniones bajo criterios de interpretación restrictivos.

De igual forma, en el caso *Aven v. Costa Rica*²⁹, el tribunal consideró que una reconvenición es una demanda independiente y autónoma con respecto al escrito de contestación del Estado, aunque es habitual que materialmente forme parte de ese escrito.

Estos dos últimos casos representan un cambio de postura sobre el alcance de la jurisdicción arbitral.

B. Consentimiento de las partes

El segundo requisito sobre el “consentimiento” de las partes suele ser uno de los temas más debatidos en arbitrajes de inversión. En efecto, la fuente de competencia arbitral reside en el acuerdo de las partes contratantes para someter a un Estado soberano a la jurisdicción de un tribunal internacional y, en su caso, al inversionista en la vía reconvenional.

En principio, la competencia del tribunal sobre demandas reconvenionales puede emanar del consentimiento a

arbitraje previsto en el TBI; del arreglo entre las partes ya sea en un contrato de inversión, en un “*compromis*” posterior, o incluso del acuerdo pactado después de haber iniciado el arbitraje como ocurrió en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*³⁰.

Tratándose de reconveniones por incumplimientos contractuales (“*contractual claims*”), se podría argumentar – sujeto a las circunstancias particulares del caso– que el principio de *pacta sunt servanda* opera en ambos sentidos (cuyo cumplimiento no sólo está a cargo del Estado) y, en consecuencia, no sería razonable que el inversionista fuera totalmente inmune al cumplimiento de sus obligaciones sinalagmáticas frente al Estado.

Al respecto, existen decisiones arbitrales en sentidos opuestos sobre demandas reconvenionales por incumplimiento de obligaciones contractuales. En *Saluka v. República Checa*³¹ el tribunal aceptó, en principio, la existencia del consentimiento de las partes para resolver la reconvenición Estatal, mientras que en el caso *Roussalis v.*

²⁸ Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016; Elena Burova, “Jurisdiction of Investment Tribunals Over Host States’ Counterclaims: Wind of Change?”, Kluwer Arbitration Blog (Marzo 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/>

²⁹ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 745.

³⁰ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 Febrero 2017; Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; Laudo, 27 Septiembre 2019.

³¹ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decisión sobre la competencia de la demanda reconvenional de la República Checa, 7 Mayo 2004.

*Romania*³², esta fue rechazada por primera vez por falta de consentimiento.

No obstante, la opinión disidente del árbitro Michael Reisman, en este último caso, ha sido la postura más contundente a favor de los Estados para demandar el pago de compensación por la vía reconvenional en arbitrajes CIRDI, invocada por otros tribunales³³, según la cual:

[I]n my view, when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal [...] perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT

claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law³⁴.

Destaca también la decisión de jurisdicción *prima facie*, adoptada sobre la reconvenión de Costa Rica por daños ambientales. En este arbitraje, el tribunal consideró que el lenguaje del Tratado DR-CAFTA (en sus Artículos 10.15 y 10.16) es lo suficientemente amplio para abarcar las reconveniones. En la opinión del tribunal, el último precepto citado no es aplicable únicamente a controversias interpuestas por el inversionista³⁵, y por lo tanto “[n]o existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, en particular, en materia ambiental”³⁶

Por otro lado, la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) fueron concebidos por los Estados para promover la inversión extranjera, ofreciendo garantías y protecciones

³² Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaración de W. Michael Reisman, 28 Noviembre 2011.

³³ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 741.

³⁴ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaración de W. Michael Reisman, 28 Noviembre 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf>

³⁵ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 740.

³⁶ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 739.

adicionales a las otorgadas a sus nacionales y/o establecidas en leyes locales. En este sentido, los Tratados prevén el derecho del inversionista a iniciar un arbitraje en caso de incumplimiento de dichas garantías, sujeto en todo caso, a requisitos de admisibilidad (agotamiento de recursos), limitaciones sobre la temporalidad de la reclamación³⁷, y/o cláusulas de denegación de beneficios.

Sin embargo, un número limitado de tribunales arbitrales, han determinado la existencia de consentimiento *prima facie* sobre demandas reconventionales, al considerar que el lenguaje (amplio o neutro) del TBI aplicable a la disputa lo permite, al cubrir, por ejemplo:

- i. “todas las disputas entre una Parte Contratante y un inversionista”³⁸ (*Saluka v. República Checa*);
- ii. “Las controversias que surgieren entre una de las Partes [Contratantes] y un inversor”³⁹ (*Urbaser v. Argentina*); y
- iii. “Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje”⁴⁰ (*Aven v. Costa Rica*).

No obstante, en estos casos las reconversiones fueron desestimadas, la primera de ellas por otras causas de jurisdicción (“falta de vinculación”) y las dos últimas, en la fase de méritos.

En *Urbaser v. Argentina*⁴¹, el tribunal rechazó la reclamación de violación de derechos humanos por falta de evidencia y fundamento legal del “deber de reparación” en derecho internacional, así como por la imposibilidad de atribuir el cumplimiento de derechos humanos a empresas privadas, incluso al tener bajo su cargo la prestación de un servicio público de suministro de agua.

Por otro lado, en *Aven v. Costa Rica*⁴², la reclamación del Estado fue desestimada por no cumplir con reglas del procedimiento arbitral y la inexistencia de una “obligación positiva” del inversionista. Asimismo, el tribunal desestimó la reclamación del inversionista.

De manera alternativa, el análisis del consentimiento para arbitrar reconversiones puede tomar en cuenta el significado ordinario, contexto y finalidad del Tratado, o en su defecto, las normas de derecho internacional aplicable, según las reglas de

³⁷ V. gr. “cooling-off period”; “statute of limitations”.

³⁸ Artículo 8 del TBI Países Bajos-República Checa.

³⁹ Artículo X del TIB España-Argentina.

⁴⁰ Artículos 10.16 y 10.17 del DR-CAFTA.

⁴¹ *Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

⁴² *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³.

C. Presentación oportuna y suficiencia de la reconvencción

En otros casos, a pesar de pronunciarse competente sobre la reconvencción, el tribunal arbitral determinó su desestimación por inadmisibilidad procesal, ya sea por su presentación tardía o por insuficiencia de la reconvencción conforme a las reglas de arbitraje aplicables.

Tal es el caso de *Aven v. Costa Rica*, administrado bajo las reglas de arbitraje del CNUDMI. En este caso, a juicio del tribunal, el Estado no cumplió con lo dispuesto en los Artículos 20.2, 20.4 y 21 de dichas reglas, al no presentar de manera completa y oportuna la reconvencción en el escrito de contestación. A juicio del tribunal, a persa del intento de subsanar dicha falla en su escrito posterior a la audiencia, esta situación fue considerada por el tribunal como inoportuna y contraria al debido proceso, afectando la posibilidad del inversionista para presentar una defensa adecuada oportuna⁴⁴. En particular, el tribunal consideró que

Costa Rica sólo hizo una referencia general sobre posibles daños ambientales en sus escritos de contrademanda y dúplica, sin especificar de manera clara y precisa, los hechos y pruebas que respaldaran la reclamación ni la cuantificación de daños, fuera de una referencia a informes de expertos y sin mencionar ningún método de valuación adecuado⁴⁵.

IV. Violación de una obligación sustantiva: ¿inmunidad o responsabilidad?

El problema de fondo sobre demandas reconvenccionales es la falta de obligaciones sustantivas vinculantes a nivel internacional. No obstante, algunos tribunales han considerado que los inversionistas que operan internacionalmente no son “totalmente inmunes” como sujetos del derecho internacional, sobre todo en materia de medio ambiente (*Aven v. Costa Rica*)⁴⁶ y derechos humanos (*Urbaser v. Argentina*)⁴⁷.

La solución a este problema podría ser la referencia a i) instrumentos vinculantes en el TBI, o en su defecto; ii) a obligaciones sustantivas en la ley

⁴³ Artículos 31(1) y 31(3)(c) de la Convención.

⁴⁴ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafos 745-746.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Caso No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 738.

⁴⁷ *Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, párrafo 1195.

aplicable⁴⁸, ya sea nacional o internacional.

Con respecto a ésta última opción, la violación de leyes locales no siempre equivaldría a una violación del Tratado (como base legal de una reconvencción), sujeto a la interpretación del tribunal arbitral. En *Aven v. Costa Rica*, por ejemplo, el tribunal determinó la ausencia de una obligación positiva del inversionista en el Tratado DR-CAFTA. En su opinión, los Artículos 10.9.3.c y 10.11 del Tratado únicamente conceden al Estado cierto margen de acción para asegurar que la inversión se realice de manera sensible al medio ambiente⁴⁹. En efecto, esta determinación depende del lenguaje particular del Tratado, en materia de alcance y atribución directa de tales obligaciones al inversionista.

Por otra parte, algunos TBIs han comenzado a imponer obligaciones a los inversionistas, incluyendo el TBI entre Marruecos y Nigeria (2016); el TBI entre Irán y Eslovaquia (2016); y el T-MEC (2020).

El TBI entre Marruecos y Nigeria es un modelo innovador en materia de obligaciones sustantivas, no obstante, aún no entra en vigor. Por un lado, la definición de “inversión” del Tratado exige “contribuir al desarrollo sustentable del país receptor de la inversión”⁵⁰, mientras que – en materia de responsabilidad corporativa–, además de cumplir con las leyes locales, los inversionistas deberán esforzarse por realizar la máxima contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y de la comunidad local⁵¹.

Asimismo, una vez realizada la inversión, el Artículo 18(2) y (4) del Tratado, exige al inversionista defender los derechos humanos en el Estado anfitrión, así como no administrar ni operar las inversiones de una manera que eluda las obligaciones ambientales, laborales y de derechos humanos internacionales⁵². En particular, el TBI exige la implementación de un sistema de gestión ambiental y la certificación ISO 14001 (para empresas industriales de alto riesgo); además de cumplir con los estándares de gobernanza empresarial nacional e internacionalmente

⁴⁸ Artículo 42(1) de la Convención CIRDI (“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”)

⁴⁹ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018, párrafo 743.

⁵⁰ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 1(3).

⁵¹ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 24(1); Tarcisio Gazzini, “El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016: Una Importante Contribución a la Reforma de los Tratados de Inversión” – HSD (Septiembre 2017), <https://www.iisd.org/itm/es/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.

⁵² TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 18.

aceptados. Finalmente, en materia de responsabilidad civil, el Tratado circunscribe la sede del proceso judicial al país de origen del inversionista⁵³.

Por otro lado, el T-MEC prevé que los Estados Parte fomentarán que las empresas que operan dentro de su territorio o estén sujetas a su jurisdicción, incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como protección del medio ambiente, derechos humanos, derechos de pueblos indígenas y corrupción (v.gr. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales)⁵⁴. Al parecer, no existe una obligación vinculante para los inversionistas.

Asimismo, el TBI entre Irán y Eslovaquia (2016), impone una obligación de mejor esfuerzo (“best efforts”) a los inversionistas y sus inversiones, según la cual deben aplicar normas de gobierno corporativo nacionales e internacionalmente aceptadas, así como esforzarse por hacer la máxima contribución posible al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local⁵⁵.

El modelo de TBI de los Países Bajos (2019) prevé la disminución del monto de indemnización por daños ocasionados por el inversionista, en la medida en que incumpla con sus compromisos en virtud de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁵⁶.

V. Propuestas de reforma

En los últimos años, tanto organizaciones internacionales⁵⁷ como regionales⁵⁸ y académicos⁵⁹, han propuesto “disposiciones modelo” sobre obligaciones sustantivas a cargo de inversionistas (v. gr., Normas Mínimas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente), así como “clausulas modelo” sobre mecanismos de solución de controversias para arbitrar la conducta de los inversionistas en los Estados receptores de la inversión.

El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (reforma de la ISDS) estudia propuestas para imponer obligaciones a inversionistas en materia de derechos humanos y medio ambiente, al tiempo de sugerir la conveniencia de interponer

⁵³ TBI entre Marruecos y Nigeria (2016) (aún no en vigor), Artículo 20.

⁵⁴ T-MEC, Artículo 14.17.

⁵⁵ TBI entre Irán y Eslovaquia, Artículo 10, tercer párrafo.

⁵⁶ Modelo de TBI de Países Bajos (2019), Artículo 23.

⁵⁷ ISDS Model (2018); UNCTAD’s IPFSD (2015); Commonwealth Template for IIAs (2012).

⁵⁸ Pan African Investment Code (2017); Economic Community of Western African States (ECOWAS); East African Community (EAC) – Estos instrumentos no vinculantes tienen como objetivo proporcionar modelos para la negociación de tratados.

⁵⁹ Jose Daniel Amado, et al., “Arbitrating the Conduct of International Investors”, Cambridge University Press (2018).

reconvenciones de los Estados y/o de terceros frente a inversionistas⁶⁰.

Recientemente, la 18^a Comisión del “*Institut de Droit International*” ha incluido en el Artículo 6 de su resolución, la posibilidad de los Estados para interponer reconvenciones contra inversionistas, a fin de garantizar la igualdad procesal de las partes⁶¹. En particular, esta resolución reconoce que la igualdad de las partes es un derecho humano fundamental y un elemento esencial del estado de derecho que garantiza un sistema justo de adjudicación, el cual no es ajeno al ISDS.

Notablemente, la posición de esta Comisión sobre la admisibilidad de las reconvenciones aclara que no es imprescindible que el Estado demandado invoque el mismo instrumento de competencia que el invocado por el demandante, ni que la competencia del tribunal esté limitada por el alcance de la controversia definida por el inversionista en su solicitud de arbitraje. Esta recomendación pudiera resolver algunos de los conflictos de interpretación adoptados por la jurisprudencia arbitral en materia de jurisdicción, con relación al requisito de

“vinculación” de la reconvención analizado anteriormente.

VI. Conclusiones

Actualmente se percibe una asimetría entre los derechos y obligaciones de Estados e inversionistas, enmarcada en la mayoría de los AIIs. Si bien las reconvenciones de Estados frente a inversionistas han sido admitidas por algunos tribunales – por violación de derechos humanos (*Urbaser v Argentina*)⁶², de obligaciones contractuales (*Al Warrak v Indonesia*)⁶³, y por daños ambientales (*Aven v. Costa Rica*)⁶⁴ – éstas han sido rechazadas en su totalidad en la fase de méritos.

La admisibilidad de dichas reclamaciones dentro del mismo procedimiento podría ser benéfico para ambas partes y para el sistema de solución de controversias en general, tal y como lo menciona Michael Reisman en su opinión disidente (*Romania v. Rousalis*). Sin embargo, la definición de criterios de jurisdicción y estándares de responsabilidad a cargo de inversionistas debe asegurar el equilibrio adecuado.

Por un lado, la competencia arbitral sobre reconvenciones podría aumentar los niveles responsabilidad empresarial y

⁶⁰ Report of Working Group III (ISDS Reform) thirty-seventh session (New York, 1-5 Abril 2019).

⁶¹ 18th Commission, Equality of Parties before International Investment Tribunals, Institute of International Law, session of the Hage, 31 August 2019.

⁶² Urbaser S.A. et al v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016.

⁶³ Hesham T. M. Al Warrak v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Laudo Final, 15 Diciembre 2014.

⁶⁴ David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo, 18 Septiembre 2018.

grado de cumplimiento de estándares para mitigar y, en su caso, compensar los daños ocasionados por proyectos de inversión, sobre todo en sectores sensibles al medio ambiente. Al respecto, las controversias en dichos sectores representan casi la mitad de los casos registrados por el CIADI, y es posible que sigan en aumento en proporción directa a los compromisos internacionales (Acuerdo de París) y a las políticas sobre cambio climático que se sigan implementando. La admisión de reconveniones podría también reducir el número de reclamos frívolos de inversionistas en contra de Estados, en la medida en que aquellos puedan ser objeto de demandas reconvenionales.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta la *raison d'être* de los AIs, evitando poner en riesgo la protección efectiva de los inversionistas y de sus inversiones. En este sentido, los negociadores de tratados y árbitros internacionales tienen un importante reto para mantener un equilibrio entre la protección de inversionistas y los bienes jurídicos tutelados del Estado, como el medio ambiente, la salud pública y los derechos humanos. Asimismo, el desarrollo del derecho internacional en el ámbito de solución de controversias puede y debe fomentar la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales, a la vez de garantizar y promover los derechos y obligaciones de inversionistas en el plano internacional.