



Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

**Reconvenciones en el arbitraje internacional de las
inversiones**

Desafíos jurisdiccionales para su interposición exitosa

Autor: Juan Ignacio Leguízamo

Legajo: 27235

Mentor: Julio César Rivera (h)

Victoria, 3 de junio de 2020

Síntesis

A lo largo de su historia, el arbitraje de inversiones no se ha caracterizado como un mecanismo que logre otorgar respuesta a los reclamos de los Estados demandados. Pues, según indican las decisiones arbitrales en la materia, existen estrictos requisitos que un tribunal arbitral deberá analizar a fin de concluir que una demanda reconvenicional se encuentra bajo el alcance de su jurisdicción. Así, los Estados reconvinentes se ven enfrentados con la tarea de demostrar al tribunal arbitral que la presentación de una reconvenición se encuentra en el ámbito de su jurisdicción y, por ende, debería ser atendida en su caso. En primer lugar, considerando que el consentimiento resulta la piedra angular de cualquier arbitraje, los Estados reconvinentes deberán lograr establecer que la presentación de una reconvenición ha sido consentida por las partes del arbitraje. Una vez sorteado el primer requisito, el Estado reconviciente deberá demostrar que su demanda reconvenicional es admisible. Para ello se deberá acreditar que la reconvenición se encuentra estrechamente conectada con el reclamo principal presentado por el inversor. Un último obstáculo para la procedencia de la reconvenición yacerá en la fundamentación de sus méritos. Frecuentemente los Estados reconvinentes han encontrado grandes dificultades al momento de identificar una obligación susceptible de ser violada por el inversor extranjero y cuyo incumplimiento pueda ser analizado en el marco de un arbitraje de inversión. El presente trabajo se propone desarrollar los distintos desafíos jurisdiccionales que enfrentan aquellos Estados que buscan interponer con éxito una reconvenición en un arbitraje de inversión. Solo dando cuenta de los distintos obstáculos existentes es que podremos visibilizar una propuesta a futuro que facilite la procedencia de demandas reconvenicionales en arbitrajes de inversión.

Índice

I.	Introducción	1
II.	Arbitraje internacional de las inversiones y las demandas reconventionales	3
A.	Los orígenes de un sistema ¿asimétrico?.....	3
B.	La demanda reconventional en el arbitraje de inversiones.....	7
III.	El fundamento procesal para la interposición de reconversiones	11
A.	Convenio CIADI.....	11
B.	Reglas CNUDMI	13
C.	Reglas CCS.....	15
IV.	Aspectos Jurisdiccionales: los principales desafíos.....	16
A.	Consentimiento y Conexidad: Un test de dos niveles	16
B.	Sobre la distinción entre jurisdicción y admisibilidad.....	19
C.	El consentimiento de las partes y la jurisdicción del tribunal	22
i.	Jurisdicción racione materiae	24
ii.	Jurisdicción racione personae	28
iii.	Relevancia de las reglas del arbitraje.....	30
iv.	Cláusulas de jurisdicción exclusiva	33
D.	La conexidad entre reclamos y la admisibilidad de la reconversión	35
i.	Conexidad fáctica	35
ii.	Conexidad jurídica.....	37
V.	Méritos de las demandas reconventionales.....	40
VI.	Consideraciones finales: hacia una interposición exitosa de la demanda reconventional.....	47
	Bibliografía	i
	Decisiones arbitrales y jurisprudencia.....	iii
	Normativa	v

I. INTRODUCCIÓN

Con más de tres mil tratados bilaterales de inversión (en adelante, “TBI” o “TBIs”)¹ firmados y aproximadamente mil arbitrajes llevados a cabo, la resolución de disputas internacionales mediante el método de arbitraje de inversiones se ha consolidado como una de las grandes opciones de los inversores al momento de proteger sus activos del accionar estatal. A diferencia de otros métodos de resolución de controversias en los que las partes deben dar su consentimiento en un mismo instrumento (por ejemplo, un contrato), el arbitraje de inversiones inicia con una oferta genérica del Estado dirigida a los inversores, manifestada en un TBI. Así, toda vez que un inversor extranjero haya visto su inversión perjudicada por una o varias acciones u omisiones del Estado anfitrión aquel podrá aceptar la oferta realizada por el Estado y recurrir a las defensas que el TBI aplicable le otorga.

Desde sus inicios los TBIs se han concentrado en imponerle obligaciones a los Estados y derechos a los inversores, y no viceversa. De esta manera, algunas de las cláusulas típicas de los TBIs obligan a los Estados a otorgar a los inversores extranjeros un “trato justo y equitativo”, una “protección y seguridad plenas” y a no expropiar sus inversiones. El hecho de que estos instrumentos hayan sido concebidos para imponer obligaciones a una sola de las partes encuentra un claro sentido en que el inversor extranjero se halla en un claro desequilibrio frente al accionar de un Estado soberano. Por esta razón, el sistema de resolución de diferencias Estado-inversor se ha originado como una forma de proteger a los inversores extranjeros y, así, promover las inversiones internacionales.

Ahora bien, varias décadas han pasado desde principios de los setenta, cuando el primer inversor decidió recurrir a un sistema novedoso para resolver una controversia con un Estado. El paso del tiempo, la creación constante de nuevos TBIs, las críticas doctrinarias a las que el sistema ha sido sometido y la evolución constante de los casos arbitrales han abierto nuevos desafíos y han puesto en jaque algunos de los presupuestos básicos del sistema en general. Tal es el caso de las reconveniones.

¹ A lo largo del presente trabajo utilizaremos la sigla TBI para hacer referencia a cualquier tipo de tratado firmado entre países soberanos con la intención de proteger la inversión extranjera, estableciendo derechos y obligaciones a tales fines, e instituyendo como método de resolución de disputas al arbitraje internacional, usualmente bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. De este modo, a nuestros fines, debe considerarse incorporado dentro de la sigla TBI a aquellos tratados multilaterales cuya redacción contenga provisiones aplicables a la relación Estado-inversor extranjero, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), el Tratado de la Carta de la Energía, el Acuerdo COMESA o el Acuerdo OIC.

Las reconvencciones, contrademandas o demandas reconconvencionales en el marco del arbitraje de inversiones refieren a – en resumidas cuentas – el derecho de que los Estados anfitriones de la inversión puedan iniciar un reclamo hacia los inversores luego de que estos hayan hecho, previamente, lo propio. Así, cuando un Estado interpone una demanda reconconvencional no está ejerciendo su derecho de defensa, sino que está operativizando un derecho que le pudiese corresponder a iniciar una acción contra el inversor. Sin dudas, la posibilidad de que los Estados puedan reconvenir en el marco de una disputa arbitral plantea una naturaleza problemática. Pues existe una visión generalizada de que el régimen de resolución de disputas Estado-inversor ha sido ideado para solucionar una situación de asimetría en la que se encuentra el inversor extranjero frente al poder soberano del Estado que recepta la inversión. No obstante, es posible encontrar distintos beneficios en la permisión de reconvencciones, i.e., la eficiencia procesal que significa lidiar con distintas disputas relacionadas en un mismo proceso, la eliminación de la posibilidad de decisiones contradictorias, la legitimación de un sistema asimétrico, entre otras.

De este modo, las reconvencciones en el arbitraje de inversiones han comenzado a ser utilizadas por los Estados como una forma de equilibrar la disputa arbitral y de hacer responsables a los inversores por sus acciones. Sin embargo, hasta el momento, la presentación de contrademandas por los Estados ha tenido poco éxito. Ello se debe a que los tribunales han entendido que existe una serie de requisitos que deben cumplirse para que la reconvencción pueda ser aceptada y tratada en el marco de la disputa principal. Así, es posible agrupar a los obstáculos en dos grandes grupos.

En primer lugar, se encuentran los requisitos que hacen a la jurisdicción del tribunal sobre la reconvencción. En este sentido, los tribunales arbitrales han tendido a señalar que resulta necesario encontrar un claro consentimiento de ambas partes de la disputa para la presentación de reconvencciones.

En segundo lugar, resulta un requisito esencial que la reconvencción se encuentre estrechamente conectada a la disputa principal. De este modo, debe existir un claro nexo fáctico o jurídico que una el reclamo principal y la demanda reconconvencional.

En último lugar, encontramos los requisitos sobre los méritos de la reconvencción, i.e., el derecho de fondo de la demanda presentada por el Estado. Como se señaló, tradicionalmente los TBIs no han impuesto obligaciones para los inversores; por esta razón, los Estados se encuentran ante el desafío de identificar cuál es la obligación que el inversor internacional ha violado y cuyo incumplimiento pueda ser examinado en el seno de un arbitraje de inversión.

Con todo, la presentación de reconvenções en el marco del régimen de resolución de disputas Estado-inversor propone una oportunidad para que los Estados puedan gozar de una mejor defensa en un sistema que comúnmente ha servido para otorgar respuestas únicamente a los inversores extranjeros. Sin embargo, esta nueva oportunidad plantea una serie de desafíos y obstáculos a superar.

El presente trabajo tiene como objetivo exponer los principales desafíos jurisdiccionales que enfrenta un Estado soberano al momento de interponer una reconvencción en un arbitraje de inversiones. Para ello, se expondrá la forma en la que los tribunales arbitrales, en el marco de controversias dirimidas mediante un arbitraje de inversión, han lidiado con las reconvenções. Considerando su naturaleza problemática se buscará enseñar las respuestas que han otorgado distintas decisiones arbitrales hasta el momento. En consonancia, agruparemos los obstáculos y requisitos jurisdiccionales en dos grandes grupos. El primero de ellos tendrá que ver con el consentimiento de las partes a la presentación de reconvenções. El segundo se encontrará relacionado con el grado de conexión que deberá tener la reconvencción para con el reclamo principal. Por último, si bien no es la intención aquí estudiar los aspectos de derecho de fondo de las reconvenções en los arbitrajes de inversiones, se desarrollará brevemente cuáles son los distintos escenarios que enfrenta un Estado reconviniente al momento de fundar su demanda reconvenccional, considerando la dificultad que yace en identificar una obligación internacional pasible de ser violada por un inversor extranjero. En esta línea, se planteará la tendencia actual, expresada en algunos pocos laudos arbitrales, de considerar a los inversores internacionales como sujetos de derecho internacional.

En este escenario, el presente trabajo pretende contribuir al debate actual sobre la presentación de reconvenções en el marco del régimen del arbitraje de inversiones. En particular, se buscará enseñar al lector las principales particularidades, obstáculos y requisitos jurisdiccionales a los que se enfrentan los Estados a la hora de presentar una reconvencción. Si ello se lograra con éxito el trabajo podrá consolidarse como una verdadera guía para la interposición exitosa de reconvenções en un arbitraje de inversiones.

II. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LAS DEMANDAS RECONVENCCIONALES

A. LOS ORÍGENES DE UN SISTEMA ¿ASIMÉTRICO?

Previo a adentrarse en el desarrollo de las reconvenções en el marco de los arbitrajes de inversión resulta necesario repasar algunos de los aspectos fundacionales del

sistema de resolución de disputas Estado-inversor. Pues, ello nos permitirá comprender en qué medida la interposición de reconvenções puede problematizar la naturaleza del sistema en cuestión.

Hacia mediados de los años 60s, en el marco de los debates que encontraban lugar en la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), existía una gran dificultad para arribar a acuerdos en torno a la situación de los Estados soberanos y sus conflictos internacionales relacionados a la inversión extranjera.² En este escenario, el Banco Mundial decidió contribuir con la creación de un foro arbitral imparcial que facilite el alcance de acuerdos en aquellos casos en los que las disputas relacionadas a inversiones sean inevitables.³ De esta forma, en 1965 se creó el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“Convenio CIADI”).⁴

Con la creación del Convenio CIADI, la firma de tratados de inversión, que había comenzado algunos años antes con el primer TBI firmado en 1959 entre Alemania y Pakistán, se vio fuertemente incentivada. Actualmente, existen 2339 TBIs en vigor, a los cuáles se le suman otros 319 tratados internacionales que incorporan artículos relativos a inversiones extranjeras.⁵

A lo largo de las casi ocho décadas que han transcurrido desde sus inicios, el sistema de arbitraje de inversiones ha sido sujeto a cuestionamientos en cuanto a su legitimidad en diversas ocasiones. Particularmente, se sostiene que se trata de un sistema asimétrico, en el que los inversores se encuentran ampliamente favorecidos toda vez que se los ha dotado de diversos y amplios derechos internacionales, pero ninguna aparente obligación frente a los Estados soberanos.⁶ Generalmente, los inversores son los únicos facultados a interponer una demanda arbitral en el marco de un TBI.⁷ En esta

² Schwebel, Stephan M. 2008. “A BIT about ICSID.” *ICSID Review* 23 (1): 3. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/23.1.1>.

³ Schwebel, 3.

⁴ El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Al día de la fecha, el Convenio CIADI ha sido ratificado por 154 Estados Contratantes.

⁵ United Nations Conference on Trade and Development. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (Consultado el 1 de junio de 2020).

⁶ Ver Dudas, Stefan. 2016. “Treaty Counterclaims under the ICSID Convention. En *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, editado por Crina Baltag, 385-406. Holanda: Kluwer Law International, 385; Bubrowski, Helene. 2013. “Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims”. En *Improving International Investment Agreements*, editado por Armand de Mestral y Céline Lévesque, 212-229. New York: Routledge Research in International Economic Law, 214-215; y Bjorklund, Andrea. 2013. “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”. *Lewis & Clark Law Review* 17, 462.

⁷ Cabe precisar que esta afirmación no resulta del todo acertada, toda vez que algunos TBIs admiten que los Estados actúen como Demandantes en el marco de un proceso arbitral. En este sentido, ver Laborda, 97, presentando su teoría de *Reverse paradigm of investment arbitration*.

línea, el sistema de resolución de diferencias Estado-inversor se ha entendido como un régimen ilegítimo que consagra un balance desproporcionado entre las partes, ignorando el principio de igualdad de armas y desconociendo los intereses sociales y públicos de los Estados soberanos.⁸

Sin embargo, quienes defienden dicho modo de resolución de controversias internacionales, entienden que esta asimetría es, precisamente, la razón de ser del sistema, toda vez que este tipo de arbitraje internacional se ha creado para otorgar respuestas a los inversores que buscan proteger sus inversiones del poder soberano de un Estado.⁹ En este sentido, se ha señalado que dicha asimetría se debe a que los Estados ya cuentan con diversas herramientas al momento de responsabilizar a los inversores extranjeros por sus acciones. Así, *“the government has not only the police power; it has the police. It can bring the weight of its bureaucracy to bear. It can prescribe, delay, enjoin, renegotiate, renege, decree, tax, incite, strangle”*¹⁰.

El arbitraje de inversiones busca equilibrar la situación de asimetría que naturalmente rige la relación entre un Estado soberano y sus inversores extranjeros y es por ello razonable que los TBIs históricamente se hayan concentrado en otorgar derechos a los inversores y obligaciones a los Estados.¹¹

En suma, las críticas sobre el presunto carácter parcial en favor de los inversores no encuentran un claro fundamento en las estadísticas actuales disponibles sobre la resolución de disputas por medio de arbitrajes de inversión. Si bien cabe destacar que muchos de estos arbitrajes son anónimos, la mayoría de los arbitrajes de inversión celebrados hasta el momento (de los cuáles se tiene conocimiento y que han arribado a un laudo final) han sido decididos en favor de los Estados:

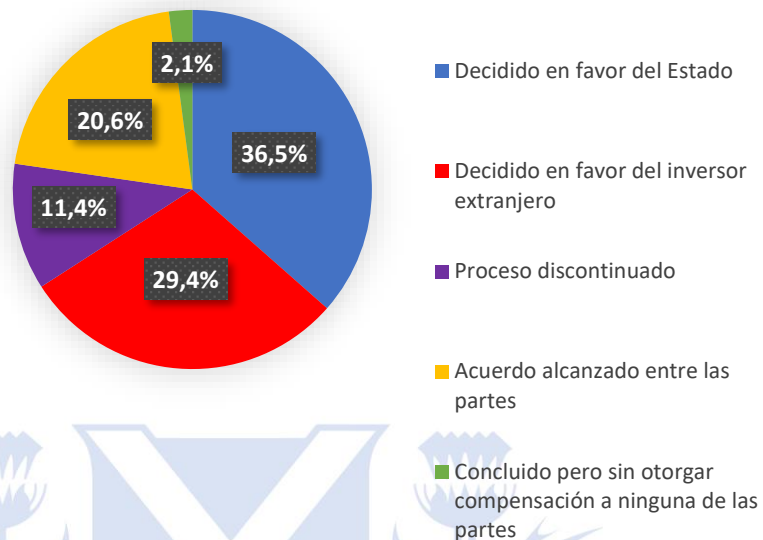
⁸ Bubrowski, 214.; Schwebel, 5; Laborde, Gustavo. 2010. “The Case for Host State Claims in Investment Arbitration” (1) *Journal of International Dispute Settlement*, 97.

⁹ Ver Dudas, 1.

¹⁰ Schwebel, 6.

¹¹ Bjorklund, 463. En la misma línea, Ishikawa sostiene *“The asymmetric structure of investment treaty arbitration is explained by the fact that the investment treaty regime has developed as a mechanism to protect foreign investors who are in a weaker bargaining position with respect to the host state”* (33).

Arbitrajes de inversión concluidos



Fuente: United Nations Conference on Trade and Development – Investment Dispute Settlement Navigator (Actualizado al 31 de diciembre de 2019).¹²

Al 31 de diciembre de 2019 un total de 674 arbitrajes internacionales de inversión avanzaron a instancias finales y recibieron un laudo final por parte del tribunal arbitral. De estos, 246 arbitrajes fueron decididos en favor de los Estados, ya sea en cuanto a jurisdicción o méritos. Por su parte, 198 arbitrajes fueron decididos en favor de los inversores demandantes. Teniendo en cuenta estas cifras es – al menos – difícil concluir que nos encontramos ante un sistema parcializado en favor de los inversores extranjeros, donde el interés público de los Estados al adoptar medidas en favor de su población es ignorado.

En suma, es poco probable que si todo el sistema de resolución de disputas fuese evidentemente ilegítimo, sometiendo a los Estados a laudos injustos que socavan su capacidad como soberanos de ejercer sus poderes de policía, los Estados siguiesen, al día de hoy, firmando TBIs. En esta línea, el juez y arbitro internacional Stephen Schwebel se ha preguntado:

*Can it really be supposed that the States of North and South, East and West, developed and developing, of virtually all political complexions and economic models, have been misguided in concluding some 2700 bilateral investment treaties, and that it has taken a think tank here and a professor there to reveal to the world the error of their ways?*¹³

¹² Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1> (Consultado el 1 de junio de 2020).

¹³ Schwebel, 7.

No puede ignorarse, sin embargo, el hecho de que el sistema ha sufrido distintas transformaciones a lo largo de los años, y que los TBIs que se firman actualmente lejos están de parecerse a aquellos propios de los 80s y 90s. Naturalmente, estos avances han buscado responder a las interrogantes que se han planteado caso a caso a través de los años para, de esta manera, perfeccionar al sistema.

Ahora bien, si bien uno de los pilares fundacionales del sistema ha sido, sin duda, la protección de inversiones extranjera, cabría preguntarnos si dotar a los Estados de un derecho a presentar una reconvencción desnaturalizaría el sistema en general. Me adelantaré al señalar que la respuesta es negativa.

El principio de igualdad de armas es la esencia de todo proceso judicial o arbitral. Consagrar el derecho de los Estados demandados a presentar una reconvencción en un arbitraje de inversión no hace más que reflejar este principio.¹⁴ No existe razón aparente para denegar este derecho a los Estados, pues incluso el Convenio CIADI ha previsto este derecho desde sus inicios.¹⁵ Cabe destacar que el primer borrador de cláusulas modelo propuesto por el Centro CIADI hacia 1965 establecía que los tribunales solo estuviesen facultados a lidiar con reclamos presentados por inversores.¹⁶ Sin embargo, el documento fue posteriormente revisado y se incluyó expresamente la posibilidad de presentar reconvencciones, manifestando la intención de los autores de que el Convenio CIADI no signifique un camino de único sentido en favor de los inversores.

Sin embargo, aun cuando las reglas que rigen los arbitrajes de inversión permitan la presentación de reconvencciones¹⁷, el derecho de los Estados a interponer una reconvencción debe ser analizado prestando especial atención al TBI aplicable en cada caso en particular. Particularmente, desarrollaré esto último en la sección IV.

B. LA DEMANDA RECONVENCIONAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Una vez que hemos establecido que las reconvencciones no atentan contra la naturaleza del sistema de protección de inversiones extranjeras, y previo a introducimos en los desafíos jurisdiccionales que estas presentan, cabe delimitar el concepto de reconvencción que utilizaremos.

¹⁴ Schwebel, 6.

¹⁵ También lo han hecho los reglamentos de otras instituciones ante las cuales se desarrollan arbitrajes de inversión, como la Cámara de Comercio de Estocolmo.

¹⁶ Schreuer, Christoph H. *et al.* 2009. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 733.

¹⁷ No solo nos referimos al Convenio CIADI, sino que también a las reglas CNUDMI y las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otras.

La posibilidad de presentar una reconvencción en el marco de un proceso arbitral internacional presenta su origen en el caso *Behring Sea Seal Fishing*, un arbitraje llevado a cabo en 1892 entre Estados Unidos y el Reino Unido. Otros arbitrajes entre Estados soberanos también lidiaron con reconvencciones, como por ejemplo los tribunales mixtos establecidos luego de la Primera Guerra Mundial a fin de resolver conflictos que tuvieron origen en esta, así como también en las disputas entre México y Venezuela que tuvieron lugar a principios del siglo pasado.¹⁸ Años más tarde, la práctica de permitir la presentación de reconvencciones en el marco de una disputa internacional fue positivizada por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”).¹⁹

Una reconvencción o demanda reconvenccional refiere a aquella demanda interpuesta por el demandado en razón de la presentación previa de una demanda por la parte actora.²⁰ La naturaleza de una demanda reconvenccional no es meramente defensiva, pues una reconvencción constituye una causa de acción nueva e independiente contra el demandado, adquiriendo de este modo una faceta ofensiva.²¹ Cabe destacar que, una vez admitida, el éxito de la reconvencción se encuentra desligado de aquel que tenga la demanda principal²², por más que exista una clara conexión entre ambas. De este modo, la presentación de una demanda reconvenccional no implica – necesariamente – negar los hechos de la demanda principal, pues su objetivo puede ser el de mitigar los efectos que pudiera tener una decisión adversa por parte del tribunal en torno a la demanda principal.²³ Así, si bien la reconvencción posee una funcionalidad defensiva en términos tácticos, no constituye una “defensa” en términos procesales.²⁴ El componente ofensivo de las demandas reconvenccionales en el marco del derecho internacional ha sido señalado por la CIJ al sostener:

¹⁸ Atanasova, D., Martínez Benoit, C.A, y Ostranský, J. 2012. “Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreements (IIAs)”. *The Graduate Institute Geneva Centre for Trade and Economic Integration*, 3-4.

¹⁹ El artículo 40 de las Reglas de la Corte en 1922 permitió expresamente la presentación de reconvencciones que se encontrasen bajo la jurisdicción del tribunal.

²⁰ Atanasova, Dafina, Adrián Martínez Benoit, y Josef Ostranský. 2014. “The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”. *Journal of International Arbitration* 31 (3): 359.

²¹ Atanasova *et al* (2014), 359; Farmer, K.B. 2016. “The Best Defence is a Good Offense – State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”. *Victoria University of Wellington*, 5.

²² A lo largo de este trabajo llamaré “demanda principal” a aquella que da inicio a la disputa y contra la cual se presenta una reconvencción.

²³ Farmer, 7.

²⁴ Farmer, 7.

*[T]he thrust of a counterclaim is thus to widen the original subject-matter of the dispute by pursuing objectives other than the mere dismissal of the claim of the Applicant in the main proceedings.*²⁵

Resulta pertinente diferenciar a la reconvencción de las llamadas *set-off defences*, también usuales dentro del arbitraje de inversiones. En resumidas cuentas, un *set-off* es una defensa cuyo objetivo es disminuir la compensación económica que el demandante está buscando, en razón de que el demandado posee un crédito anterior contra el demandante.²⁶ Así, un *set-off* no implica un nuevo reclamo independiente de la demanda principal, sino que su vida se encuentra estrictamente ligada al éxito de esta última, pues si la demanda principal es rechazada también lo será el *set-off*. Además, un *set-off* se encuentra limitado en su objeto a compensaciones económicas, mientras que las reconvencciones pueden implicar otras pretensiones, como por ejemplo la restitución de bienes.²⁷ De esta manera, un *set-off* posee un carácter intrínsecamente defensivo, comparado con el carácter ofensivo que adopta una demanda reconvenccional.²⁸ En esta línea, un *set-off* “puede ser usado como un escudo, mas no como una espada”.²⁹

Permitir la interposición de reconvencciones en el marco de una disputa arbitral puede traer diversas ventajas al proceso. La primera de ellas – en línea con lo establecido en la sección anterior – es la conservación del principio de igualdad de armas, que se concreta al situar a las partes en una posición equivalente en el marco del proceso.³⁰ En este sentido el tribunal arbitral en el caso *SGS v. Pakistán* entendió que no sería equitativo permitir, por un lado, que el demandante pueda elevar su reclamo a un tribunal internacional y, al mismo tiempo, impedir que el Estado demandado pueda hacer lo propio.³¹ De este modo, resulta esencial que ambas partes cuenten con idénticas herramientas procesales durante el transcurso de la disputa, de forma que negar a un Estado la posibilidad de presentar una reconvencción podría atentar contra dicho principio.

Otra ventaja relacionada a la permisión de la presentación de demandas reconvenccionales es la eficiencia procesal. Por un lado, resulta conveniente que el

²⁵ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia) (Counterclaims), Order of 17 December 1996, ICJ Rep. 1997, 256.

²⁶ Derham, S.R. 2003. *The Law of Set Off: 3rd edition*. Oxford: Oxford University Press, 1.01.

²⁷ Farmer, 8.

²⁸ Farmer, 8.

²⁹ Berger, K.P. 1999. “Set-Off in International Economic Arbitration”. *Arbitration International Volume 15 Number 1*: 53-84, 54. [Traducción libre].

³⁰ Bubrowski, 215.

³¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2, 16 de octubre de 2002, ¶302.

mismo tribunal que resolverá la demanda principal pueda, a su vez, lidiar con la demanda reconvenicional, ya que este contará con una perspectiva global sobre los hechos del caso. En suma, rechazar la demanda reconvenicional podrá implicar que el Estado decida iniciar un proceso equivalente en sus tribunales domésticos – u otro tribunal arbitral contractualmente pactado – a fin de obtener una respuesta a su reclamo. Esto no solo resultaría ineficiente y costoso, sino que podría dar lugar a la existencia de decisiones contradictorias entre el tribunal internacional y el tribunal doméstico.³²

La eficiencia procesal como argumento en favor de la admisión de reconveniciones en el marco de un proceso arbitral ha sido recogido por el Profesor Michael Reisman en su disidencia en el caso *Roussalis v. Romania* al sostener:

Al rechazar la jurisdicción del CIADI sobre reconveniciones, un tribunal neutral – que fue, de hecho, seleccionado por la demandante – necesariamente obliga al Estado demandado a impulsar sus reclamaciones en sus propios tribunales donde el propio inversionista que había buscado un foro fuera del aparato del Estado ahora se ve obligado a convertirse en la parte demandada [...] Aparte de la duplicación e ineficacia, la clase de costos de las transacciones que los procedimientos de reconvenición y compensación procuran evitar constituyen un resultado irónico, si no absurdo, contrario, en mi opinión a los objetivos del derecho internacional de inversión.³³

Así, admitir la presentación de una reconvenición importa diversas ventajas prácticas en lo que respecta a economía y eficacia procesal, no solo para el beneficio del Estado, sino que también para el beneficio del inversor extranjero, quien también se verá beneficiado al evitar un proceso frente a los tribunales domésticos del Estado anfitrión.

Una última ventaja relacionada a la admisión de reconveniciones se encuentra relacionada a la legitimidad que esto le otorgaría a un sistema cuya imparcialidad se encuentra frecuentemente cuestionada.³⁴ De esta manera, permitir a los Estados interponer reconveniciones podría aumentar la predisposición de estos a resolver sus disputas en tribunales internacionales y, en suma, a aumentar el nivel de cumplimiento

³² Kjos, H. E. 2013. "Counterclaims by Host States." En *Applicable Law in Investor-State Arbitration* :130–155. Oxford: Oxford University Press,130; Kendra, Thomas. 2013. "State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?". *Arbitration International* 29 (4): 575-606, 600.

³³ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration, 28 de noviembre de 2011. El argumento de eficiencia expuesto por Reisman en su disidencia ha sido compartido por otros tribunales arbitrales lidiando con reconveniciones, por ejemplo, *Aven v. Costa Rica* y *Urbaser v. Argentina*.

³⁴ Kjos, 131.

de los Estados frente a los laudos arbitrales.³⁵ Así, ambas partes de la disputa se verían beneficiadas.

Más allá de las distintas ventajas que pueden encontrarse en torno a la admisión de reconvencciones, los tribunales han entendido que resulta imprescindible el cumplimiento de ciertos requisitos jurisdiccionales a fin de que estas puedan ser admitidas en el marco del proceso arbitral. Si bien la equidad, igualdad de armas y eficiencia procesal son elementos que los tribunales arbitrales han tenido en cuenta al momento de admitir reconvencciones, es claro que lejos se encuentran dichos elementos de ser considerados suficientes para lograr convencer a un tribunal arbitral.

III. EL FUNDAMENTO PROCESAL PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECONVENCCIONES

El primer obstáculo a sortear al momento de interponer una reconvencción en un arbitraje de inversiones tiene que ver con lograr subsumir la demanda reconvenccional en una regla procesal que permita su presentación en el proceso. No obstante, adelantaré que este no resultará una inconveniente mayor para el Estado que presente la reconvencción, pues las demandas reconvenccionales han sido previstas expresamente en aquellas reglas arbitrales más utilizadas en el marco del sistema de arbitraje de inversiones.

A. CONVENIO CIADI

El Convenio CIADI, adoptado en 1966, garantizó a los inversores extranjeros la posibilidad de presentar reclamos contra Estados soberanos sin la intervención necesaria de sus respectivos gobiernos nacionales. De la misma manera, desde sus orígenes, el Convenio CIADI, así como también las Reglas de Arbitraje adoptadas en 1967, previeron la posibilidad de presentar reconvencciones.

Originalmente, se consideró fundamental eliminar la necesidad de iniciar distintos procedimientos esencialmente similares que deban desarrollarse paralelamente, por esta razón es que inicialmente se contempló la posibilidad de presentar demandas reconvenccionales en el marco de un arbitraje bajo las reglas del Convenio.³⁶ De esta manera, la versión actualmente vigente del Convenio CIADI³⁷ prevé en su artículo 46:

³⁵ Kendra, 600.

³⁶ Kryvoi, Y. 2011. "Counterclaims in Investor-State Arbitration". En *LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2011*. London School of Economics and Political Science, 7. Ver también: *Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention*, Vol. II, (Washington: World Bank, 2001), 270.

³⁷ Las reglas actuales fueron aprobadas en el año 2006.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

De la redacción del artículo 46 surge que la posibilidad de interponer reconveniones, aunque expresamente contemplada, se encuentra limitada. Así, las demandas reconventionales deben cumplir dos requisitos esenciales a fin encontrarse bajo la jurisdicción del tribunal arbitral.

El primero de ellos es que la reconvenición debe relacionarse directamente con la diferencia original. Suele referirse a este como un requisito de conexidad entre la demanda original y la reconvenicional. Dicha conexidad puede ser entendida como una conexidad legal, en cuanto al instrumento en el que las partes basan sus reclamos, o una conexidad fáctica entre los hechos de ambas demandas.³⁸

El segundo requisito establecido por el artículo 46 establece que la presentación de reconveniones en el proceso debe contar con el consentimiento de las partes. A fin de determinar si las partes han consentido la presentación de reconveniones en el marco de un determinado proceso arbitral resultará esencial reparar en la redacción de la oferta de arbitraje realizada por el Estado y positivizada en el TBI aplicable. Ambos requisitos establecidos por el artículo 46 del Convenio CIADI han sido ampliamente desarrollados tanto en decisiones arbitrales como en doctrina, por lo que ahondaremos particularmente en estos en la siguiente sección del presente trabajo.

Por su lado, el artículo 40 de las Reglas de Arbitraje (las "Reglas CIADI"), parte del Convenio CIADI, desarrolla en profundidad el derecho a la presentación de demandas reconventionales:

(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvenición 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 reconvenición 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.

³⁸ Atanasova *et al* (2012), 7.

(3) *El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre la misma*

De este modo, el artículo 40 de las Reglas CIADI, en su primer párrafo, reitera los requisitos ya establecidos en el artículo 46 del Convenio CIADI. Sin embargo, en su segundo y tercer párrafo, establece los requisitos procesales con los cuales el demandante reconvenicional debe cumplir a fin de que su reconvenición sea admitida. Según este artículo las reconveniciones pueden ser presentadas hasta la presentación del memorial de contestación. Se establece, no obstante, la oportunidad de interponer una reconvenición luego de presentado el memorial de contestación. Si ello sucediese el tribunal deberá considerar las objeciones presentadas por la otra parte.

Cabe destacar que no importará el período de tiempo que ha transcurrido desde el inicio del proceso, pues toda vez que el Estado cumpla con lo establecido por el artículo 40(2) en torno a la oportunidad procesal para presentar la reconvenición este requisito se considerará cumplido.

A modo de ejemplo, en *Urbaser v. Argentina* el demandante sostenía que la reconvenición presentada por Argentina resultaba extemporánea y debía ser rechazada toda vez que el Estado había esperado un período de dos años desde el inicio del arbitraje para interponer su demanda reconvenicional.³⁹ El tribunal entendió que era comprensible la sorpresa del demandante provocada por el hecho de que Argentina no hubiese revelado su iniciativa de presentar una reconvenición sino hasta varios años después que iniciado el procedimiento y una vez acordadas las normas que rigieran el proceso. Sin embargo, el tribunal señaló que dicha sorpresa del demandante carecía de efectos legales, pues en virtud de lo establecido por el artículo 40(2) las partes pueden presentar su reconvenición con su memorial de contestación, y esto había sido cumplido por Argentina.⁴⁰

B. REGLAS CNUDMI

Desde su adopción original en 1976 las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, las “Reglas CNUDMI”) se han consolidado – junto con el las reglas del Convenio CIADI – como las más comúnmente utilizadas en las disputas Estado-inversor.

³⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, ¶1149.

⁴⁰ *Urbaser v. Argentina*, ¶1150.

El derecho de los Estados de presentar una reconvencción en un arbitraje bajo las reglas CNUDMI se encontró previsto originalmente en el artículo 19, el cual establecía que el “demandado podrá formular una reconvencción fundada en el mismo contrato”⁴¹. De esta manera, se limitaba la presentación de reconvencciones a aquellas que compartían una misma fuente legal con la demanda original. Esta redacción fue sujeta a diversas críticas por considerarla inapropiada e inaplicable en aquellos casos en los que el arbitraje tuviese su origen en un tratado internacional.⁴²

Esta redacción fue abandonada en 2010 con la revisión de las Reglas CNUDMI. Así, el artículo 21 de la versión actualmente vigente de las Reglas CNUDMI establece:

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.

De esta forma, las Reglas CNUDMI garantizan expresamente el derecho de los Estados a presentar reconvencciones sin mayores restricciones. A diferencia de su antigua redacción, la versión actual de las reglas guarda silencio con respecto al grado de conexidad que debe existir entre la demanda principal y la reconvencción. El foco se encuentra únicamente en la jurisdicción que el tribunal arbitral pueda tener para conocer la reconvencción. De este modo, las Reglas CNUDMI adoptan un enfoque menos restrictivo que aquel presente en el Convenio CIADI.⁴³

Ahora bien, ¿implica esto que los tribunales arbitrales lidiando con reconvencciones en procesos bajo las Reglas CNUDMI pueden prescindir por completo del requisito de conexidad? La respuesta que surge de la práctica arbitral resulta clara. El requisito de conexidad deberá aplicarse aun cuando no se encuentra expresamente previsto en el artículo 21(3) de las Reglas CNUDMI.⁴⁴ A modo de ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *Saluka v. Czech Republic* entendió que las demandas reconvenccionales deben cumplir las condiciones que consuetudinariamente rigen a la relación entre una demanda original y una reconvencción.⁴⁵ Particularmente, el tribunal señaló que una demanda

⁴¹ Reglas CNUDMI (1976), Artículo 19.

⁴² Atanasova *et al* (2012), 10.

⁴³ Kryvoi, 8.

⁴⁴ Kendra, 595.

⁴⁵ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 de mayo de 2004, ¶61.

reconvencional solo será legítima cuando se encuentre cercanamente conectada a la demanda original a la cual enfrenta.⁴⁶

En un segundo plano, el artículo 21(3) de las Reglas CNUDMI adopta una posición similar a la presente en el Convenio CIADI con respecto a la oportunidad para la interposición de la reconvencción. Así, una demanda reconvenccional debe ser presentada al momento de la contestación de demanda, no obstante, se prevé una excepción a ser ejercida según la discrecionalidad del tribunal arbitral quién deberá evaluar las circunstancias que justifiquen una eventual demora en la presentación.

C. REGLAS CCS

Si bien la gran mayoría de los arbitrajes de inversión suelen desarrollarse bajo las reglas de arbitraje del Convenio CIADI o bien bajo las Reglas CNUDMI es posible mencionar un tercer grupo de reglas, i.e., aquellas pertenecientes al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, las “Reglas CCS”). Aunque en minoría, existen algunos pocos arbitrajes de inversión desarrollados bajo las Reglas CCS en los que se han presentado reconvencciones.⁴⁷ Es por ello que vale la pena reparar en lo que estas reglas establecen en materia de demandas reconvenccionales.

A diferencia de las Reglas CNUDMI y del Convenio CIADI el derecho de las partes a presentar una demanda reconvenccional se ve cristalizado en distintos artículos de las Reglas CCS. De este modo, el artículo 9 de las Reglas CCS establece que las partes deberán presentar en su respuesta a la solicitud de arbitraje que contenga una declaración preliminar sobre la demanda reconvenccional a presentarse. Por su lado, el artículo 29 establece que la contestación de demanda deberá contener toda demanda reconvenccional que se presente en el proceso en cuestión. Además, las Reglas CCS establece particularidades sobre la posibilidad de modificar la demanda reconvenccional presentada (artículo 30), la forma de proceder con respecto a una reconvencción en caso de rebeldía por parte de la demandante (artículo 35), la caución de costos respecto de las reconvencciones (artículo 38), el anticipo de costos y honorarios del tribunal con respecto a las demandas reconvenccionales (artículos 51 y 2 del Apéndice IV, respectivamente).

⁴⁶ *Saluka v. Czech Republic*, ¶61. Ver también, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 de abril de 2011, ¶689.

⁴⁷ A modo de ejemplo, ver *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 de marzo de 2008.

Podemos observar, sin embargo, que las Reglas CCS no imponen ningún tipo de requisitos para la interposición de una reconvencción por parte de la demandada. Así, estas reglas se alejan de aquello establecido por el Convenio CIADI y las Reglas CNUDMI al no imponer ningún requisito aparente para que el tribunal arbitral de un caso en concreto bajo las Reglas CCS pueda entender en una reconvencción.

Con todo, podemos observar que el derecho a reconvenir se encuentra garantizado en las reglas más utilizadas para desarrollar a cabo un arbitraje de inversión. Ahora bien, ¿Resulta esto suficiente para concluir que los Estados tienen un derecho irrestricto para presentar demandas reconvenccionales? En principio, la práctica arbitral ha alcanzado un consenso considerando que aquello que ha sido específicamente previsto en el TBI aplicable deberá prevalecer sobre los derechos procesales garantizados en las reglas que rijan al arbitraje en cuestión.

IV. ASPECTOS JURISDICCIONALES: LOS PRINCIPALES DESAFÍOS

De lo anteriormente expuesto surge que existen dos requisitos esenciales con los que una demanda reconvenccional debe cumplir a fin de que esta recaiga bajo la jurisdicción del tribunal arbitral: (i) las partes deben haber prestado su consentimiento para la presentación de reconvencciones y, (ii) debe existir una conexión cercana (“*close connection*”) entre la demanda original y la demanda reconvenccional.

En esta sección nos concentraremos en desarrollar los principales desafíos jurisdiccionales que enfrentan los Estados reconvinientes. A estos efectos, comenzaremos examinando cómo es que los tribunales arbitrales han implementado el examen de los requisitos principales que ya hemos mencionado. En esta línea, daremos cuenta de la existencia de un test de dos pasos, a partir del cual los tribunales arbitrales serán capaces de determinar el alcance de su jurisdicción en el caso, así como también la admisibilidad de la reconvencción bajo análisis. Por último, ahondaremos particularmente en el desarrollo del requisito de consentimiento y el requisito de conexidad, ambos imprescindibles para obtener éxito en la interposición de la demanda reconvenccional.

A. CONSENTIMIENTO Y CONEXIDAD: UN TEST DE DOS NIVELES

Formalmente, el primer tribunal arbitral internacional en mencionar ambos requisitos aplicables a las reconvencciones fue aquel que decidió el caso *Klockner v. Cameroon* en 1983. No obstante, este caso – si bien regido bajo las Reglas CIADI – no se trata de un arbitraje de inversión basado en un TBI, sino que fue un arbitraje basado en reclamos

contractuales. Es por esta razón que el análisis de dicho caso escapa del alcance adoptado en el presente trabajo, i.e., el análisis de las reconversiones en el universo del arbitraje internacional de las inversiones (dónde los reclamos necesariamente deben poseer sustento en el texto de un TBI).

No fue hasta el año 2004, con el caso *Saluka v. Czech Republic* que un tribunal arbitral lidiando con un reclamo basado en un TBI decidió profundizar en un desarrollo en torno a cada uno de los requisitos de consentimiento y conexidad de forma separada. Esto puede verse motivado en el hecho de que la presentación de demandas reconventionales en el contexto de un arbitraje de inversión no ha sido algo popularizado sino hasta comienzos del siglo XXI. Así, cabe reparar especialmente en cómo ha sido el tratamiento realizado por el tribunal en *Saluka v. Czech Republic*, caso que ha marcado un hito en el tratamiento de reconversiones en las disputas Estado-inversor.

Los hechos del caso en *Saluka v. Czech Republic* eran los siguientes. Durante la década de 1980 República Checa experimentó un proceso de privatización de la banca, el cual sucedía a un sistema de banca pública centralizada en concordancia con el periodo comunista vigente en dicho país hasta 1989. En 1998, el demandante en el caso, Saluka Investments B.V. (una subsidiaria de la compañía japonesa Nomura Group), tomó control sobre ciertas acciones de uno de los mayores bancos checos (i.e., IPB). En el año 2000 IPB fue intervenido estatalmente y sometido a una administración pública forzosa, la cual culminó hacia el 2002, cuando Nomura Group recuperó el control de IPB. No obstante, como resultado de los dos años de intervención y las medidas tomadas en este periodo el banco comenzó un proceso de bancarrota en 2004. Así, el demandante en este caso argumentó que fue ilegítimamente privado del valor de sus acciones sobre IPB durante el periodo de intervención del banco, lo cual habría implicado una violación por parte de República Checa de los estándares de expropiación y trato justo y equitativo, ambos presentes en el TBI entre República Checa y Holanda.

Por su lado, con fundamento en el derecho que le otorgasen las Reglas CNUDMI, República Checa decidió presentar una demanda reconventional contra Saluka Investments B.V. alegando que Nomura Group, a través de su subsidiaria, incumplió obligaciones contractuales que había contraído para con la República al momento de tomar control sobre las acciones de IPB. Asimismo, República Checa sostuvo que Nomura Group se había beneficiado de la violación por parte de IPB de diversas normas de derecho local.

En su decisión de jurisdicción sobre la reconvencción, el tribunal arbitral en *Saluka v. Czech Republic* decidió dar un tratamiento escalonado a los requisitos establecidos para la procedencia de la reconvencción. Así, en primer lugar, el tribunal entendió que imperaba determinar si este podía ejercer su jurisdicción sobre la reconvencción interpuesta por la demandada. A estos fines, el tribunal otorgó especial relevancia a lo establecido por el artículo 8 del TBI entre República Checa y Holanda, el cual establece:

(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.⁴⁸

(2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement. [...]⁴⁹

Toda vez que el artículo de referencia no distingue en el tipo de disputas que podrían presentarse ante un tribunal arbitral, sino que utiliza un lenguaje lo suficientemente amplio al referir a “*all disputes*”, el tribunal entendió que las partes habían prestado consentimiento para la presentación de reconvencciones en el caso.

En segundo lugar, una vez cumplido el requisito relativo a la jurisdicción del tribunal, los árbitros del caso prosiguieron a examinar el requisito de conexidad. Particularmente, y si bien este no es un requisito que surja claramente de las Reglas CNUDMI (como sí lo hace de las Reglas CIADI), el tribunal señaló que resultaba estrictamente necesario que la reconvencción cumpla con aquellos requisitos que consuetudinariamente gobiernan la relación entre una demanda reconvenccional y la demanda original.⁵⁰ En esta línea, el tribunal remarcó la necesidad de que cualquier reconvencción que resulte legítima deberá encontrarse estrechamente conectada con la demanda original.⁵¹

A fin de que el requisito de conexidad se vea cumplido el tribunal señaló que resulta necesario que ambos reclamos (la demanda original y la demanda reconvenccional) compartan un mismo origen, una identidad de fuentes y conformen una unidad operacional.⁵² Finalmente, el tribunal arbitral determinó que la reconvencción presentada por República Checa no cumplía con el segundo requisito (i.e., conexidad) ya que la

⁴⁸ Énfasis agregado.

⁴⁹ Artículo 8, *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, firmado el 1 de agosto de 1975.

⁵⁰ *Saluka v. Czech Republic*, ¶161.

⁵¹ *Saluka v. Czech Republic*, ¶161.

⁵² *Saluka v. Czech Republic*, ¶179.

demanda reconvenicional versaba sobre incumplimientos por parte de la demandante a la ley local y a sus obligaciones contraídas contractualmente. De esta forma, la reconvenición no compartía una identidad de fuentes con la demanda original, la cual se basaba en una violación al TBI aplicable.

Cabe destacar que el entendimiento sobre el requisito de conexidad realizado por el tribunal en *Saluka v. Czech Republic* ha sido ampliamente criticado al considerar que no es posible exigir una identidad de fuentes entre reclamos toda vez que típicamente los TBIs no incluyen obligaciones para los inversores, por lo que no sería posible para los Estados fundar sus reconveniciones en un incumplimiento del tratado por parte del inversor extranjero.⁵³

Más allá de las críticas en particular, *Saluka v. Czech Republic* fue el primer caso de arbitraje de inversiones en positivizar un test de dos pasos a seguir al momento de determinar la jurisdicción de un tribunal en cuanto a una reconvenición. A partir de este caso es que diversos tribunales arbitrales decidieron seguir el mismo camino al momento de lidiar con demandas reconvenicionales en el contexto de una disputa Estado-inversor. Así, resultará esencial, en primer lugar, determinar el consentimiento que las partes han otorgado respecto de la presentación de reconveniciones. Solo si el primer requisito ha sido debidamente sorteado es que el tribunal deberá determinar si la demanda reconvenicional se encuentra estrechamente conectada con la demanda original.

Ahora bien, antes de movernos al desarrollo de cada uno de los requisitos cristalizados en *Saluka v. Czech Republic* es posible determinar una diferencia teórica en el modo de tratar con ellos. Mientras que el primero de ellos (i.e., consentimiento) hace a la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la demanda reconvenicional, el segundo requisito (i.e., conexidad cercana) se encuentra ligado a la admisibilidad de la reconvenición. Es por esta razón, que cabe realizar una distinción entre los conceptos de jurisdicción y admisibilidad.

B. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

El tribunal arbitral en *Goetz v. Burundi* fue el primero en realizar una distinción semántica respecto de los conceptos de jurisdicción y admisibilidad en torno a los requisitos para la procedencia de una demanda reconvenicional.

⁵³ Farmer, 42.

A modo de contexto, en *Goetz v. Burundi* los demandantes eran accionistas del Banco Africano de Comercio (*African Bank of Commerce*). Luego de ciertas medidas adoptadas por el gobierno de la República de Burundi que llevaron a la eventual clausura del Banco Africano de Comercio diversos accionistas iniciaron un arbitraje en contra de la República, sosteniendo que dichas medidas habían tenido efectos expropiatorios sobre su inversión. Por su parte, la República presentó una demanda reconvenzional argumentando que el banco no había respetado los términos y condiciones bajo los cuáles debía operar. De este modo, la República de Burundi sostuvo que el banco – y por ende también sus accionistas – se habían enriquecido ilegítimamente al haberse beneficiado fraudulentamente durante años de exenciones impositivas.

Al analizar su jurisdicción sobre la reconvencción el tribunal arbitral en *Goetz v. Burundi* realizó una marcada división al momento de tratar los dos requisitos impuestos por el Convenio CIADI. En primer lugar, el tribunal expuso que el alcance de su jurisdicción sobre la reconvencción se encontraría estrictamente ligado al consentimiento que las partes hubiesen brindado para la presentación de reconvencciones en el caso.⁵⁴ Mas luego, el tribunal procedió a tratar el segundo requisito impuesto por el artículo 46 del Convenio CIADI, i.e., la conexidad entre reclamos, considerando que el cumplimiento de este requisito sería ineludible a fin de consagrar la admisibilidad del reclamo.⁵⁵ De este modo, el tribunal en *Goetz v. Burundi* fue el primero en realizar una distinción teórica sobre los requisitos de jurisdicción y admisibilidad del reclamo cristalizados en el artículo 46 del Convenio CIADI y 40 de las Reglas CIADI.

Resulta pertinente, entonces, determinar cuál es la distinción entre los conceptos de jurisdicción y admisibilidad. En este sentido, el juez internacional Gerald Fitzmaurice indicó:

*[T]here is a clear jurisprudential distinction between an objection to the jurisdiction of the tribunal, and an objection to the substantive admissibility of the claim. The latter is a plea that the tribunal should rule the claim inadmissible on some ground other than its ultimate merits: the former is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim.*⁵⁶

⁵⁴ *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21 de junio de 2012, ¶276.

⁵⁵ *Goetz v. Burundi*, ¶282.

⁵⁶ Fitzmaurice, G. 1986. *The Law and Practice of the International Court of Justice, vol II, Jurisdiction*. Grotius, 438-439.

De esta manera, una objeción sobre admisibilidad constituye la afirmación de que, aun cuando el tribunal pueda ejercer su jurisdicción sobre el reclamo en particular, existen otras razones por las cuales el tribunal no debiera proceder a examinar los méritos de la cuestión.⁵⁷ Mientras que la jurisdicción es un atributo específico del tribunal (mas no del reclamo), la admisibilidad es un atributo específico del reclamo y no del tribunal.⁵⁸ La admisibilidad se encuentra, entonces, en un continuo situado entre la jurisdicción y los méritos de la disputa.⁵⁹ Esta área intermedia en el que podemos situar a la admisibilidad del reclamo le otorga al tribunal cierta discrecionalidad en torno a cómo lidiar con su cumplimiento o no en base al reclamo.⁶⁰

Ahora bien, ¿cuál es la utilidad práctica de hacer esta distinción teórica entre jurisdicción y admisibilidad? Mientras que el concepto de jurisdicción refiere a la posibilidad del tribunal de decidir sobre un caso, la admisibilidad se encuentra conectada a las características de los reclamos que se presentan en el arbitraje.⁶¹ Así, una distinción práctica esencial entre ambos conceptos resulta el hecho de que una decisión que se base en la falta de jurisdicción del tribunal puede ser usualmente sujeta a una revisión posterior por parte de un cuerpo revisor (e.g., un Comité *ad hoc* que deba decidir sobre la anulación de un laudo). Por su parte, el rechazo de un reclamo por ser considerado inadmisibile difícilmente resulte sujeta a revisión por un cuerpo posterior.⁶²

A modo de síntesis, el tribunal arbitral en *Abaclat v. Argentina* señaló cuales son las tres distintas consecuencias que resultarán en caso de que un reclamo de rechace en base a una objeción de jurisdicción o una en torno a su admisibilidad:

(i) En tanto que la falta de jurisdicción stricto sensu significa que la reclamación no puede plantearse en modo alguno ante el órgano al que se acude, la falta de admisibilidad significa que la reclamación no era apta para someterse a un tratamiento judicial, o no estaba madura a esos efectos;

(ii) En tanto que una decisión por la que se deniega el tratamiento de un caso por falta de jurisdicción arbitral puede ser

⁵⁷ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, International Court of Justice, Judgment of 6 november 2003, ¶29.

⁵⁸ *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011, ¶90.

⁵⁹ Pauker, S.A. 2018. "Admissibility of claims in investment treaty arbitration". *Oxford Academic Arbitration International*, 34: 1-78, 8.

⁶⁰ Pauker, 72. Ver también *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶256.

⁶¹ *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, Award, 18 de enero de 2017, ¶271.

⁶² *Supervision y Control v. Costa Rica*, ¶¶269-270; *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, ¶247.

apelada ante otro órgano, una decisión de ese género basada en falta de admisibilidad generalmente no puede ser objeto de revisión por otro órgano;

(iii) En tanto que una decisión denegatoria definitiva basada en falta de jurisdicción impide a las partes volver a presentar con éxito la misma reclamación ante el mismo órgano, un rechazo basado en inadmisibilidad, en principio, no impide al demandante volver a presentar su reclamación si ha subsanado el vicio anterior que provocó la inadmisibilidad.⁶³

Con todo, resultará esencial para cualquier tribunal arbitral distinguir las cuestiones relativas a la jurisdicción de aquellas referentes a la admisibilidad.⁶⁴ Como hemos expuesto anteriormente, dicha distinción ha sido expresamente realizada por distintos tribunales⁶⁵, determinando así que la jurisdicción se encuentra estrictamente ligada al consentimiento de las partes sobre la interposición de reconveniones en la disputa, mientras que la admisibilidad estará delimitada por el grado de conexión entre la reconvenición y la demanda original.

C. EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES Y LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

El consentimiento es entendido como el pilar fundamental del arbitraje en general, es por ello que resulta imprescindible que las partes en el marco de una disputa Estado-inversor hayan consentido la posibilidad de presentar reconveniones en el proceso.⁶⁶ Dicho consentimiento se encontrará necesariamente en el texto del TBI aplicable a cada caso en concreto, por esta razón el análisis del consentimiento exigirá un escrutinio estricto de la redacción del tratado aplicable por parte del tribunal arbitral. Esta tarea cobra especial relevancia toda vez que existen consecuencias sustanciales que podrían tener lugar en caso de que el tribunal arbitral se excediese de los poderes que le han sido concedidos por las partes. Decidir sobre un reclamo que exceda el ámbito del consentimiento de las partes podría ser considerado como un ejercicio excesivo de los

⁶³ *Abaclat v. Argentina*, ¶247.

⁶⁴ Es preciso señalar que hemos obviado cualquier tipo de distinción entre los conceptos de competencia y jurisdicción. Pues, en palabras de Schreuer, ambos términos han sido frecuentemente utilizados de forma intercambiable por distintos tribunales arbitrales (Schreuer, 532). Parte de la doctrina entiende que el concepto de competencia abarca a la jurisdicción y admisibilidad, de modo que un tribunal podría resultar incompetente para resolver un caso en razón del no cumplimiento de alguno de los dos requisitos (Pauker, 67).

⁶⁵ A modo de ejemplo ver *Goetz v. Burundi*, ¶276, 282; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 de octubre de 2013, ¶407.

⁶⁶ Halonen, Laura, y Pierre Lalive. 2011. "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration". *Czech Yearbook of International Law* 2: 141-156, 146.

poderes del tribunal y, por ende, la ejecución y reconocimiento del laudo podría ser cuestionada e, incluso, ser sometido a anulación por parte de un tribunal local.⁶⁷

Como ya hemos indicado, los TBIs contienen en ellos una oferta de arbitraje dirigida a los inversores originarios de los países signatarios. A fin de que el acuerdo arbitral se encuentre perfeccionado resulta necesario que el inversor deba aceptar dicha oferta por escrito.⁶⁸ Toda vez que históricamente los TBIs no han incluido expresamente el derecho de presentar reconvenções, esta posibilidad va a encontrarse determinada por aquel artículo del TBI que típicamente contiene el consentimiento de los Estados signatarios para someter a arbitraje una disputa con un inversor extranjero.⁶⁹

Cabe destacar que al momento de otorgar su consentimiento por escrito el inversor extranjero no podrá limitar todo aquello que fuese contemplado por los Estados en el TBI. Es decir, el consentimiento que otorgase un inversor extranjero resultará necesariamente idéntico al consentimiento que los Estados han positivizado en la oferta de arbitraje contenida en el TBI aplicable.⁷⁰ De este modo, un inversor extranjero que busca iniciar un procedimiento arbitral no podrá elegir ni modificar de ningún modo todo aquello que haya sido contemplado por los Estados signatarios del tratado⁷¹. Si el consentimiento previsto en el TBI resultase lo suficientemente amplio como contemplar el derecho a la presentación de reconvenções el inversor no contará con ninguna herramienta para eliminar dicho consentimiento.⁷²

Ahora bien, es posible distinguir entre dos conceptos jurisdiccionales al momento de analizar las cláusulas de los TBIs aplicables a fin de determinar el consentimiento de las partes. Por un lado, encontraremos la jurisdicción en razón de la materia (*ratione materiae*), que hace referencia a cuáles son las disputas que las partes pueden someter a arbitraje. Por otra parte, podemos distinguir la jurisdicción en razón de la persona

⁶⁷ Schreuer, 946.

⁶⁸ Artículo 25, Convenio CIADI.

⁶⁹ Hoffmann, Anne K. 2013. "Counterclaims in Investment Arbitration". *ICSID Review* 28 (2): 438-453, 447.

⁷⁰ Halonen & Lalive, 149-150.

⁷¹ Este argumento ha sido recogido por el tribunal arbitral en *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* al sostener: "In treaty arbitration, consent is achieved by the respondent State making an offer to arbitrate when ratifying the investment treaty and the investor accepting that offer in principle when filing the request for arbitration. The scope of the State's offer is defined in the investment treaty, in particular in the dispute resolution clause of that treaty. When he initiates an arbitration under the treaty, the investor accepts the offer within the scope defined in the treaty. If he chooses to resort to ICSID arbitration as one of the dispute settlement options in the treaty, the investor also accepts the conditions set in the ICSID Convention and Arbitration Rules" (¶409).

⁷² Halonen & Lalive, 149-150. Ver también, Farmer, 21.

(*ratione personae*), la cual determinará qué parte es la que se encuentra en posición de someter una disputa a arbitraje.⁷³

A lo largo de la presente sección nos encargaremos de desarrollar cada uno de los aspectos relevantes en relación al requisito de consentimiento. Comenzaremos examinando las dos clases de jurisdicción mencionadas en el párrafo precedente, determinando sus alcances y particularidades. Luego, nos concentraremos en exponer qué grado de relevancia debe otorgársele a las reglas del arbitraje a la hora de determinar el consentimiento de las partes sobre la presentación de reconveniones en la disputa. Por último, daremos cuenta de uno de los principales problemas que enfrentan los Estados al presentar una reconvenición fundada en un contrato, i.e., la elección previa un foro distinto al arbitraje para resolver la disputa.

i. Jurisdicción ratione materiae

La jurisdicción en razón de la materia se encuentra relacionada al tipo de controversias que un determinado TBI permite someter a arbitraje internacional. En concreto, la redacción de la cláusula relevante puede situar a las partes ante distintos tipos de escenarios, de modo que, por ejemplo, los Estados signatarios del TBI pueden haber acordado que *todas* las disputas entre un inversor extranjero y uno de los Estados podrían someterse a arbitraje o, por el contrario, que solo disputas relacionadas a violaciones del TBI por parte de los Estados podrían someterse a arbitraje. A fin de facilitar la presentación de reconveniones, el alcance de la cláusula de resolución de disputas en el TBI aplicable debe ser lo suficientemente amplio como para capturar aquellas disputas relacionadas a incumplimientos por parte de un inversor.⁷⁴ A continuación, expondremos ejemplos que permitirán comprender los diversos tipos de escenarios con mayor exactitud.

Aquellas cláusulas que incluyan la posibilidad de someter a arbitraje cualquier tipo de disputas entre Estado e inversor son las que menores dificultades representarán en relación a la procedencia de una reconvenición. Un ejemplo de estas puede encontrarse en uno de los casos que hemos mencionado anteriormente, i.e., *Saluka v. Czech Republic*. En este caso, al momento de determinar el consentimiento de las partes para la presentación de reconveniones, el tribunal analizó el artículo 8 del TBI entre Republica Checa y Holanda, el cual establece:

⁷³ Hoffmann, 447.

⁷⁴ Farmer, 23.

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.

2) **Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article**, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement. [énfasis agregado]

La interpretación del citado artículo no presentó mayores dificultades para el tribunal arbitral en *Saluka v. Czech Republic*, el cual entendió que la referencia a “*all disputes*” resulta lo suficientemente amplia como para otorgar a la demandada el derecho a presentar una reconvencción.⁷⁵

Un segundo prototipo de cláusulas que tampoco presenta mayores dificultades para la procedencia de demandas reconventionales resulta aquel que incluye la posibilidad de elevar a arbitraje “*any legal dispute*”. A modo de ejemplo, la cláusula relevante en *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* establecía: “*Each Contracting Party hereby consents to submit to the ICSID [...] **any legal dispute** arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former*”⁷⁶. Ante esta redacción, el tribunal en *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* entendió que el consentimiento otorgado por ambas partes comprendía la presentación de demandas reconventionales⁷⁷.⁷⁸

Otro estilo de cláusulas que han sido consideradas lo suficientemente amplias como para otorgar al Estado demandado el derecho a reconvenir son aquellas que incluyen la posibilidad de presentar “disputas” en un sentido genérico. Así, por ejemplo, el artículo 6 del TBI entre Rusia y Mongolia, bajo análisis en *Paushok v. Mongolia*, establece: “**disputes** between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with realization of investments [...] shall be

⁷⁵ *Saluka v. Czech Republic*, ¶39. Cabe destacar que en este caso el demandante no objetó el consentimiento de las partes en relación a la presentación de una demanda reconvenional en el marco del proceso arbitral.

⁷⁶ Artículo 8(1), *Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, entrado en vigor el 18 de febrero de 1997.

⁷⁷ *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, ¶410.

⁷⁸ A una idéntica conclusión arribó el tribunal en *Gavazzi v. Romania* al interpretar el artículo 8 del TBI entre Rumania e Italia, el cual establece: “*Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of that investor in the territory of the former Contracting Party, including disputes relating to compensation for expropriation and disputes relating to the amount of its relevant payments shall be settled, as far as possible, amicably by consultation and negotiations between the parties to the dispute*” (¶145).

*settled through negotiations [...]”.*⁷⁹ En dicho caso, el tribunal sostuvo que no existía razón para realizar alguna diferencia entre una cláusula que refiera a “*all disputes*” (como en *Saluka v. Czech Republic*) y otra que refiera a “*disputes*” de forma genérica, por lo que ambas deben ser consideradas suficientemente amplias como para consagrar el derecho del demandado a reconvenir.⁸⁰

Ahora bien, es posible encontrar distintos estilos de cláusulas de resolución de disputas que limitan la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal. Son estas las que presentarán mayores dificultades al momento de interponer una reconvencción, pues con toda probabilidad el tribunal arbitral entenderá que el consentimiento de las partes no ha resultado lo suficientemente amplio como para alcanzar la interposición de una reconvencción. Un ejemplo de estas puede encontrarse en el artículo 9 del TBI entre Grecia y Rumania, analizado en *Roussalis v. Romania*, el cual prevé:

*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. [énfasis agregado].*

De este modo, las partes signatarias de este TBI limitaron su consentimiento a disputas estrictamente relacionadas a obligaciones de los Estados, eliminando cualquier posibilidad para el Estado de realizar un reclamo contra el inversor extranjero en la sede arbitral. Así, el tribunal arbitral en *Roussalis v. Romania* advirtió que el TBI bajo análisis no otorgaba a Rumania el derecho a reconvenir.⁸¹

Encontramos, también, TBIs que, si bien se encuentran redactados de una forma suficientemente amplia como para otorgar la posibilidad de reconvenir, limitan la posibilidad de presentar demandas reconconvencionales relacionadas a ciertas materias particularmente previstas. A modo de ejemplo, en *Tethyan v. Pakistan* el tribunal debió analizar el consentimiento de las partes en torno a la reconvencción presentada por la República Islámica de Pakistán a la luz del TBI entre Australia y Pakistán. El artículo relativo a resolución de disputas preveía que las partes consintieron la elevación de “*any dispute*”⁸². En suma, el artículo 13(5) agregaba:

⁷⁹ Artículo 6, Mongolia-Russian Federation BIT, firmado el 29 de noviembre de 1995. [Énfasis agregado].

⁸⁰ *Paushok v. Mongolia*, ¶689.

⁸¹ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 de diciembre de 2011, ¶869. Ante una cláusula de resolución de disputas similar, el tribunal arbitral en *Oxus Gold v. Uzbekistan* alcanzó la misma conclusión (¶948).

⁸² Artículos 12 y 13, *Agreement between Australia and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments*, firmado el 7 de febrero de 1998.

[...] 5. *In any proceeding involving a dispute relating to an investment, a Party shall not assert, as a defence, counter-claim, right of set-off or otherwise, that the investor concerned has received or will receive, pursuant to an insurance or guarantee contract, indemnification or other compensation for all or part of any alleged loss.*⁸³

De esta manera, si bien el TBI aplicable no mencionaba expresamente el derecho de los Estados signatarios a presentar una reconvencción, sí limitaba el objeto que esta podría tener. En este sentido, el tribunal esgrimió un argumento *contrario sensu* y señaló que el artículo 13(5) encuentra un necesario fundamento en la asunción de que los Estados signatarios previeron el derecho a reconvenir, aunque de forma limitada.⁸⁴

Por último, cabe destacar que con el desarrollo del sistema de resolución de disputas Estado-inversor, y la congruente evolución plasmada en decisiones arbitrales, los Estados soberanos han comenzado a positivizar de forma expresa su derecho a presentar reconvencciones en los nuevos TBIs. A modo de ejemplo, el TBI firmado entre Argentina y Emiratos Árabes Unidos en 2018 prevé:

[...] *La demandada podrá, al presentar su memorial de contestación de demanda o posteriormente, si el Tribunal Arbitral entiende que las circunstancias justifican la demora, **presentar una reconvencción directamente relacionada con la controversia**, especificando de manera precisa los fundamentos de la reconvencción.*⁸⁵

Otros TBIs que cristalizan el derecho de los Estados a reconvenir son el TBI Iran-Eslovaquia⁸⁶ y el Acuerdo COMESA⁸⁷.

Así las cosas, hemos recorrido diversas clases de cláusulas de resolución de disputas que determinan el consentimiento de las partes y cuya redacción resultará esencial al momento de determinar si el derecho de los Estados a reconvenir ha sido consagrado. No obstante, ha quedado claro que la tarea interpretativa del tribunal arbitral tomará un rol determinante toda vez que aun resulta poco frecuente encontrar TBIs que positivicen

⁸³ Podemos encontrar cláusulas similares en el TBI entre Estados Unidos y Uruguay, el TBI entre Kuwait y Singapur, el TBI entre Austria y Malta, el TBI entre Benin y Canadá y el TBI entre Latvia y Estados Unidos.

⁸⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 de noviembre de 2017, ¶1418.

⁸⁵ Artículo 28 (4), Argentina-Emiratos Árabes TBI. Cabe señalar que este artículo no solo positiviza el consentimiento de las partes en relación a la presentación de reconvencciones, sino que también cristaliza el requisito necesario de conexidad entre la reconvencción y el reclamo principal.

⁸⁶ Artículo 14(3), *Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, firmado el 19 de enero de 2016.

⁸⁷ Artículo 28(9), *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, firmado el 23 de mayo de 2007.

expresamente el derecho de los Estados signatarios a interponer una demanda reconvenicional en un arbitraje de inversiones.

ii. Jurisdicción racione personae

Un segundo elemento fundamental al momento de determinar si el TBI aplicable a una disputa arbitral consagra el derecho de los Estados a reconvenir se encuentra relacionado al *locus standi* del Estado reconviniendo. En este sentido, una cláusula de resolución de disputas que solo permita a los inversores extranjeros la elevación de un reclamo a arbitraje podría ser considerada como un obstáculo para la interposición de una reconvenición.⁸⁸

Podemos identificar un ejemplo de cláusula que otorga a los Estados legitimidad activa para reconvenir en el TBI entre Estados Unidos y Estonia, bajo análisis en *Genin v. Estonia*, el cual prevé:

*Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty which is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted, **upon the request of either Party**, to an arbitral tribunal for binding decision in accordance with the applicable rules of international law.*⁸⁹[énfasis agregado].

Así, la referencia a “*either party*” presupone que tanto el inversor extranjero como el Estado demandado se encontrarán legitimados a presentar un reclamo al tribunal arbitral. Cláusulas similares – i.e., que también incluyen la referencia a “*either party*” – pueden encontrarse en el TBI entre Australia y Pakistán⁹⁰, bajo análisis en *Tethyan v. Pakistan*, y en el Acuerdo de la Organización para la Cooperación Islámica⁹¹, bajo análisis en *Al Warraq v. Indonesia*. En ambos casos los tribunales entendieron que esta redacción dejaba en claro que cualquiera de las partes podría dar inicio a una disputa relativa a la inversión extranjera.⁹²

Ahora bien, existen prototipos de cláusulas que únicamente dotarán al inversor del *locus standi* necesario para presentar un reclamo bajo un TBI. A modo de ejemplo, en *Roussalis v. Romania* la cláusula relevante establecía que “[i]f such disputes cannot be

⁸⁸ Hoffmann, 448.

⁸⁹ Artículo 7, *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, entrado en vigor el 16 de febrero de 1997.

⁹⁰ Artículo 6, *Agreement between Australia and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments*, firmado el 7 de febrero de 1998.

⁹¹ Artículo 17(2), *Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference*, firmado el 5 de junio de 1981.

⁹² *Tethyan v. Pakistan*, ¶¶1417-1418; *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award, 15 de diciembre de 2014, ¶661.

settled [...], **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.”⁹³ Ante esta redacción, el tribunal sostuvo que Rumania no tenía el derecho a presentar un reclamo ante el tribunal arbitral, por lo que su reconvencción se situaba fuera de la jurisdicción del tribunal. No obstante, en este caso – como hemos señalado en la sección anterior – tampoco se encontraba cumplido el requisito de jurisdicción *ratione materiae*. Cabe preguntarse entonces, qué pasaría en caso de que el primer requisito sí sea cumplido. Esta situación es la que enfrentó el tribunal arbitral en *Karkey v. Pakistan*.

La sección relevante de la cláusula de resolución de disputas presente en el TBI entre Turquía y Pakistán, bajo análisis en *Karkey v. Pakistan* establece:

1. **Disputes** between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, in connection with his or her investment, shall be notified in writing, including detailed information, by the investor to the recipient Contracting Party of the investment. [...]
2. If these disputes, cannot be settled [...], the disputes can be submitted, **as the investor may choose**, to [...].⁹⁴ [énfasis agregado].

Ante esta cláusula podemos concluir que la referencia a “*disputes*” de forma genérica presente en el párrafo (1) cumple con el requisito de jurisdicción en razón de la materia, el cual hemos desarrollado en la sección precedente. No obstante, observamos que el segundo párrafo refiere únicamente al inversor como aquel que podrá realizar un reclamo relacionado a su inversión. De esta manera es como lo entendió el tribunal en el caso, destacando que la referencia al inversor que hace el artículo implica que este es el único legitimado para someter una disputa a arbitraje.⁹⁵ El tribunal argumentó que el TBI entre Turquía y Pakistán no contiene un lenguaje lo suficientemente genérico como para que su interpretación a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permita concluir que los Estados signatarios han consentido la presentación de demandas reconconvencionales.⁹⁶

⁹³ Artículo 9(2), Grecia-Rumania TBI [énfasis agregado].

⁹⁴ Artículo 10, *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, firmado el 22 de mayo de 2012.

⁹⁵ “References to the “investor” highlighted above in the dispute resolution clause of the BIT means that the BIT is intended to enable arbitration only at the initiative of the investor. The BIT imposes no obligation on investors, only on the Contracting State.” *Karkey v. Pakistan*, (¶1013).

⁹⁶ “The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral

Así las cosas, difícilmente un Estado que enfrente una cláusula que no le otorgue *locus standi* pueda argumentar con éxito que una demanda reconvenional se encuentre al alcance de la jurisdicción del tribunal.⁹⁷ Cabe destacar que distinto sería si el TBI aplicable contemplase expresamente el derecho de las partes a reconvenir, en cuyo caso el análisis de este requisito perdería virtualidad y no quedarían dudas sobre el *locus standi* del demandado.

iii. Relevancia de las reglas del arbitraje

El desarrollo y evolución de las decisiones arbitrales lo largo de los años nos indica que al momento de definir el alcance de su jurisdicción sobre una reconvenición los tribunales han prestado especial atención a la redacción de la cláusula de resolución de disputas presente en el TBI aplicable. Así, los tribunales han buscado en estas cláusulas el consentimiento de las partes sobre la presentación de demandas reconvenionales en un potencial conflicto arbitral. Ahora bien, ¿cuál es entonces la relevancia que se debe otorgar a las reglas del arbitraje? Bien podría argumentarse que el consentimiento de las partes signatarias del TBI también se ha manifestado en la elección de un conjunto de reglas particulares que guiarán el proceso. En esta línea, como hemos indicado anteriormente, las reglas de arbitraje más utilizadas (i.e., las Reglas CIADI, Reglas UNCITRAL o Reglas CCS, entre otras) prevén expresamente el derecho de las partes a reconvenir en una disputa arbitral ¿Por qué no pensar, entonces, que el consentimiento de las partes en torno a la interposición de reconveniciones se encuentra en las reglas escogidas? Este es precisamente el argumento desarrollado por el profesor Reisman en su famosa disidencia en *Roussalis v. Romania*.

A modo de contexto, el conflicto en *Roussalis v. Romania* inició cuando el demandante, a través de una de sus subsidiarias llamada Continent SRL, celebró un contrato de compraventa de acciones con una agencia estatal de Rumania, adquiriendo así el 70% de las acciones de Continent S.A. En dicho contrato Continent SRL se comprometía a realizar una inversión millonaria en Continent S.A. una vez ejecutada la venta. Sin embargo, el demandante alegó que la realización de la inversión nunca pudo ser efectuada toda vez que Rumania, a través de ciertas medidas adoptadas por organismos estatales, propició a crear un contexto no apto para llevar a cabo la inversión. Así, el demandante en el caso alegó que las medidas adoptadas por Rumania significaron una expropiación indirecta de su inversión, así como también conllevaron la violación de los estándares de trato justo y equitativo, y de protección y seguridad plena,

agreement between Pakistan and Karkey includes consent by Karkey to the submission of counterclaims by Pakistan.” Karkey v. Pakistan, (¶1014).

⁹⁷ Hoffmann, 450.

ambos presentes en el TBI entre Grecia y Rumania. Por su lado, Rumania presentó una reconvencción reclamando daños por la violación del contrato de compraventa de acciones, toda vez que Continent SRL no llevó a cabo la inversión a la cual se había comprometido. Como ya hemos mencionado en la sección precedente, la decisión mayoritaria del tribunal fue la de rechazar la reconvencción, al entender que la redacción del artículo 9(1) del TBI entre Grecia y Rumania no era suficientemente amplia como para determinar que los Estados habían consentido someter una reconvencción a arbitraje.⁹⁸

Por su lado, el Profesor Reisman, uno de los árbitros en el caso, no compartió la decisión adoptada por el resto del tribunal. En su breve disidencia, Reisman señaló:

*"[...] Entiendo la línea de análisis del tribunal, pero, desde mi punto de vista, cuando los Estados signatarios de un TBI consienten, inter alia, someter la disputa a la jurisdicción del CIADI, el consentimiento reflejado en el artículo 46 de la Convención es ipso facto importado a cualquier arbitraje CIADI que el inversor elija llevar a cabo. Es importante tener en cuenta que la jurisdicción sobre esta reconvencción no constituye solamente una concesión para el Estado parte: el Artículo 46 opera en beneficio tanto del Estado demandado como del inversionista."*⁹⁹ [Traducción propia]

De este modo, Reisman sostiene que debe otorgársele prioridad a aquello previsto por las reglas del arbitraje y no así a lo previsto en el texto del TBI. Cabe señalar que, en su disidencia, Reisman fundamentó su decisión refiriendo a argumentos de economía y eficiencia procesal asociados a tratar una demanda y una reconvencción en el marco de un mismo proceso arbitral.¹⁰⁰ Teniendo en cuenta esto es que la posición de Reisman encuentra mayor sentido, pues su decisión de desplazar aquello que explícitamente han

⁹⁸ Sobre esto, el tribunal señaló: "*Pursuant to the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention and the above quoted ICSID decision, the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to "disputes ... concerning an obligation of the latter" undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the "dispute" is the issue of compliance by the State with the BIT*" *Roussalis v. Romania*, (¶869).

⁹⁹ *Roussalis v. Romania (Dissent)*.

¹⁰⁰ Sobre este punto, Reisman sostiene: "*Al rechazar la jurisdicción del CIADI sobre reconvencciones, un tribunal neutral – que fue, de hecho, seleccionado por la demandante – necesariamente obliga al Estado demandado a impulsar sus reclamaciones en sus propios tribunales donde el propio inversionistas que había buscado un foro fuera del aparato del Estado ahora se ve obligado a convertirse en la parte demandada [...] Aparte de la duplicación e ineficacia, la clase de costos de las transacciones que los procedimientos de reconvencción y compensación procuran evitar constituyen un resultado irónico, si no absurdo, contrario, en mi opinión a los objetivos del derecho internacional de inversión*" *Roussalis v. Romania (Dissent)*.

pactado las partes del TBI por la letra de las reglas de arbitraje se ve motivado en un elemento externo relativo puramente a la eficiencia del proceso.

El argumento desarrollado por Reisman se convirtió en posición mayoritaria en *Goetz v. Burundi*, a cuyos hechos hemos referido anteriormente. En este caso, el tribunal arbitral entendió que el solo hecho de someter la disputa a arbitraje bajo las Reglas CIADI resultaba suficiente al momento de determinar el consentimiento de las partes frente a la reconvencción presentada por la República de Burundi. Tomando como referencia la opinión de Reisman, el tribunal en *Goetz v. Burundi* sostuvo que el solo hecho de haber aceptado iniciar una disputa bajo el Convenio CIADI significó otorgar consentimiento para la presentación de una demanda reconvenccional en los términos del artículo 46 del Convenio CIADI.¹⁰¹ En suma, el tribunal agregó que adoptar una posición en contrario implicaría manifestarse en contra del espíritu del Convenio CIADI, que es el de simplificar las disputas entre un inversor extranjero y un Estado. Pues no resultaría eficiente obligar al Estado a recurrir a sus tribunales internos a fin de encontrar solución a un reclamo conectado con la demanda principal sometida a arbitraje.¹⁰²

Ahora bien, más allá de *Goetz v. Burundi*, la posición del Profesor Michael Reisman no ha tenido mayor impacto en otras decisiones arbitrales. Pues, existe un consenso originado en la práctica arbitral que nos indica que a fin de conocer el consentimiento de las partes sobre la presentación de demandas reconvenccionales resulta estrictamente necesario analizar la letra del TBI aplicable, el cual resulta *lex specialis* frente a las reglas que se hayan escogido para llevar a cabo el proceso. Así es como lo ha indicado, por ejemplo, el tribunal arbitral en *Rusoro v. Venezuela*, que sostuvo expresamente que aun cuando las reglas aplicables a la disputa arbitral permitan la presentación de reconvencciones, la jurisdicción del tribunal sobre estas debe surgir necesariamente de la letra del TBI.¹⁰³ En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales en *Teinver v. Argentina*, *Karkey v. Pakistan*, *Aven v. Costa Rica*, *Oxus Gold v. Uzbekistan* y *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, entre otros.¹⁰⁴ Así, es evidente que la posición del Profesor Reisman no ha encontrado mayores adeptos en el universo del

¹⁰¹ *Goetz v. Burundi*, ¶¶278-279.

¹⁰² *Goetz v. Burundi*, ¶280.

¹⁰³ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 de agosto de 2016, ¶621.

¹⁰⁴ En esta línea, el tribunal en *Oxus Gold v. Pakistan* señaló: "As concerns Article 21(3) of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Arbitral Tribunal does not consider that this provision creates a jurisdiction where there is none. All it does is stating that counter-claims are admissible and can be submitted to the extent that they already fall under the scope of jurisdiction of the Arbitral Tribunal" (¶944).

arbitraje, dejándose en claro que la letra del TBI debe resultar el elemento más relevante al momento de definir el alcance del consentimiento de las partes.

Con todo, no debemos negar que la economía y eficiencia procesal son propósitos legítimos que observar, de hecho, hemos enunciado anteriormente que estos constituyen dos de las ventajas fundamentales que propician la existencia de reconvencciones en el sistema de arbitraje de inversiones. Ahora bien, no debe ser una facultad del tribunal arbitral el hecho de moldear el consentimiento de las partes a fin de arribar a una conclusión que maximice la economía y eficiencia en el proceso. Pues, aquello que las partes han plasmado en el TBI no puede resultar ignorado por los árbitros, quienes se encuentran obligados a otorgar a dichas cláusulas un efecto útil. En todo caso, son las partes signatarias del TBI las que deben observar estos principios y, acorde a ello, redactar las cláusulas pertinentes en el tratado. De lo contrario, los árbitros se encontrarían adoptando una postura cercana al activismo judicial, actuando en desmedro del carácter soberano de los Estados.¹⁰⁵ A efectos de evitar mayores conflictos interpretativos, incluir en el TBI una cláusula que expresamente contemple el derecho de los Estados a presentar reconvencciones parece ser el camino más sencillo.

iv. Cláusulas de jurisdicción exclusiva

Una consideración final sobre el requisito de consentimiento debe realizarse en relación con aquellos casos en los que la reconvencción se vea originada en el incumplimiento de un contrato que en su redacción contemple un método distinto para la resolución de disputas en torno a este. Es decir, ¿qué pasa cuando el inversor extranjero y el Estado se encargaron de escoger un foro distinto al arbitraje de inversiones para resolver el reclamo que subyace en la demanda reconvenccional?

En miras del principio *pacta sunt servanda* la respuesta que se antepone implica conservar un alto grado de deferencia hacia lo particularmente pactado por las partes, por lo que es probable que en estos casos los tribunales tiendan a entender que la elección previa de un foro para resolver la disputa constituya un obstáculo para la procedencia de la reconvencción.¹⁰⁶

De hecho, este fue uno de los argumentos esgrimidos por el tribunal arbitral en *Saluka v. Czech Republic* al momento de rechazar la procedencia de la reconvencción. Pues, el tribunal notó que los fundamentos de la reconvencción se originaban en una presunta violación del demandante de un contrato de compraventa de acciones entre las partes.

¹⁰⁵ Jain, A.G. 2013. "Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis". *International Arbitration Law Review*, 5 :135-147, 142.

¹⁰⁶ Atanasova *et al* (2012), 53; Kjos, 146.

No obstante, en dicho contrato las partes habían acordado que cualquier disputa a partir de él se resolvería mediante arbitraje con sede en Zurich. Por esa razón, el tribunal señaló que no podía ejercer su jurisdicción sobre la demanda reconvenida e ignorar una cláusula anterior y obligatoria pactada por las partes del arbitraje.¹⁰⁷

En la misma línea, el Comité Ad Hoc en *Vivendi v. Argentina* sostuvo:

*En un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato.*¹⁰⁸

Cabe destacar que la elección preexistente de un foro distinto al arbitraje de inversiones solo resultará relevante en tanto dicha elección se haya realizado de forma exclusiva. Si la elección de foro distinta al arbitraje de inversiones no se haya pactado de forma exclusiva entonces se podrá entender que las partes gozan de distintas alternativas para la resolución de sus reclamos contractuales.¹⁰⁹

Ahora bien, cabe realizar una distinción en el caso de que el reclamo del inversor demandante también se encuentre sustentado en una violación contractual por parte del Estado, y haya sido elevado a arbitraje internacional mediante la aplicación de una “cláusula paraguas”¹¹⁰ positivizada en el TBI aplicable. En dicho caso bien podría interpretarse que si el demandante ha sido el primero en obviar una cláusula de elección de foro preexistente al llevar su reclamo a un arbitraje de inversiones, entonces el Estado también debe poder beneficiarse de dicha elección y, si el TBI lo permite, interponer su reconvenida contractual ante el mismo tribunal.¹¹¹

La mejor alternativa en favor de la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la reconvenida sería que las partes de la controversia puedan acordar en conjunto rescindir la cláusula de elección exclusiva de foro en el contrato, de modo que el tribunal arbitral se vuelva

¹⁰⁷ *Saluka v. Czech Republic*, ¶¶54-58.

¹⁰⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, ¶98.

¹⁰⁹ Bubrowski, 225.

¹¹⁰ Las denominadas “clausulas paraguas” son aquellas que imponen a las partes signatarias del TBI la obligación de observar cualquier obligación que hayan asumido con relación a la inversión protegida. Uno de los efectos principales de estas clausulas es colocar a aquellos contratos celebrados entre un inversor extranjero y el Estado anfitrión en un plano especial, de forma que una violación a este se traducirá en una violación al TBI (Krivoi, 28). A modo ilustrativo, una típica clausula paraguas puede encontrarse en el TBI entre Argentina y Estados Unidos, cuyo artículo II (c) establece: “*Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”.

¹¹¹ Kjos, 146.

competente para decidir sobre reclamos contractuales.¹¹² Prescindir de dicho acuerdo podría atentar contra la posibilidad de que la demanda reconvenicional del demandado pueda ser oída en el arbitraje.

D. LA CONEXIDAD ENTRE RECLAMOS Y LA ADMISIBILIDAD DE LA RECONVENCIÓN

El segundo requisito fundamental que definirá la procedencia de la demanda reconvenicional es la conexidad cercana que debe existir entre la demanda principal y la reconvencción. Más allá de encontrarse establecido en las Reglas CIADI y haber sido reconocido por diversos tribunales arbitrales como uno de los requisitos que gobiernan cualquier relación entre una demanda y una reconvencción¹¹³ podemos identificar las bases de la existencia de este requisito en razones de economía procesal y una mejor administración de justicia. Pues resulta razonable que el tribunal que lidie con el reclamo principal deba entender sobre todos aquellos otros reclamos que se encuentren estrictamente ligados al proceso principal.¹¹⁴

Ahora bien, distintos han sido los modos que han desarrollado los tribunales arbitrales de acercarse al análisis del presente requisito. En este sentido, no existe una práctica arbitral consistente en cuánto a cuál es el alcance del concepto de “*close connection*” y cómo es el modo en el que la reconvencción debe encontrarse conectada con la demanda principal. Así, podemos identificar dos principales modos de aproximarnos al concepto de conexidad.

i. Conexidad fáctica

Algunos tribunales arbitrales han entendido que la conexidad que debe existir entre la reconvencción y la demanda principal es una conexidad meramente fáctica.¹¹⁵ Un entendimiento puramente fáctico es el que otorga al tribunal un mayor grado de discrecionalidad al momento de evaluar el grado de conexidad y, simultáneamente, elimina la posibilidad de que existan tribunales paralelos examinando casos intrínsecamente relacionados.¹¹⁶ En este sentido, Schreuer ha señalado que el requisito de conexidad – originado en la letra del artículo 46 del Convenio CIADI – se encontrará debidamente cumplido cuando la conexión fáctica entre el reclamo principal y la demanda reconvenicional resulte tan cercana que arribar a una solución sobre la

¹¹² Kjos, 147.

¹¹³ Ver en este sentido *Saluka v. Czech Republic*, ¶76.

¹¹⁴ Ver Kjos, 148.

¹¹⁵ A modo de ejemplo, *Urbaser v. Argentina*, *Goetz v. Burundi*, *Inmaris v. Ukraine*, *Tethyan v. Pakistan*, entre otros.

¹¹⁶ Kjos, 148.

demanda principal conlleve necesariamente tener que hacer lo propio con la reconvención.¹¹⁷

Esta aproximación fáctica hacia el requisito de conexidad ha sido recogida por el tribunal en *Goetz v. Burundi* – al cual nos hemos referido anteriormente – donde se determinó que la reconvención presentada por Burundi relacionada a la forma que tenía el demandante de operar su inversión (i.e., el Banco Africano de Comercio) se encontraba indudablemente conectada con el reclamo principal, cumpliendo así con el requisito de conexidad.¹¹⁸

El mismo acercamiento fue adoptado por el tribunal arbitral en *Urbaser v. Argentina*. En concreto, la disputa sometida al tribunal refiere a una concesión de servicio de agua en el área del Gran Buenos Aires. Dicha concesión había sido adjudicada a Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (“AGBA”), de la cual los demandantes eran accionistas. En el caso en particular las demandantes alegaban que, en el marco de la crisis económica y social que tuvo lugar en el Argentina durante los años 2001 y 2002 dicho caso, la República había adoptado diferentes medidas en detrimento de los intereses de AGBA que culminaron, finalmente, con la recisión del contrato de concesión en el año 2006. Dichas medidas, de acuerdo al entendimiento de las demandantes, implicaron diversas violaciones por parte de la República de distintos artículos del TBI entre Argentina y España. Por su parte, Argentina presentó una demanda reconvencional, manifestando que AGBA había incumplido su obligación de garantizar la apropiada distribución del servicio de agua, violando no solo el contrato de concesión, sino que también los derechos humanos de los usuarios y las expectativas generadas de buena fe en la República.

Al momento de analizar el requisito de conexidad, y luego de determinar que las partes habían consentido la presentación de reconvenciones en la disputa, el tribunal señaló que existía un claro nexo fáctico entre ambas reclamaciones toda vez que ambos reclamos se basan en una misma inversión y refieren al mismo contrato de concesión.¹¹⁹ En palabras del tribunal, dicho nexo fáctico resulta suficiente para asumir jurisdicción sobre la demanda reconvencional. No obstante, el tribunal remarcó que también existía un nexo jurídico.¹²⁰

¹¹⁷ Schreuer, 751.

¹¹⁸ *Goetz v. Burundi*, ¶284.

¹¹⁹ *Urbaser v. Argentina*, ¶1151.

¹²⁰ *Urbaser v. Argentina*, ¶1151.

Así, un análisis del requisito de conexidad que considere únicamente la existencia de un nexo fáctico permitirá a los tribunales considerar de forma conjunta todos aquellos reclamos que se han realizado en el marco de una misma inversión. Esta aproximación toma especial relevancia toda vez que un mismo tribunal conociendo sobre la totalidad de los reclamos fácticamente relacionados encontrará menos límites en cuanto a la información y evidencia disponible en el proceso. Además, como hemos marcado, la adopción de un enfoque fáctico beneficiará la economía y eficiencia procesal al evitar forzar al demandado a presentar su demanda reconvenional en sus tribunales locales.

ii. Conexidad jurídica

Ahora bien, existe un segundo enfoque desplegado en torno al requisito de conexidad que implica exigir la existencia de un nexo jurídico entre la demanda principal y la reconvencción. De este modo, esta aproximación al requisito de conexidad presupone que la demanda principal y la reconvencción deben encontrarse fundadas en el mismo instrumento jurídico.

Este enfoque sobre el requisito de conexidad fue recogido por el tribunal arbitral en *Saluka v. Czech Republic*. Como hemos indicado anteriormente, la reconvencción presentada en este caso encontraba fundamento en una presunta violación contractual por parte de Saluka Investments, así como también en una presunta violación a la legislación local. Al momento de analizar el requisito de conexidad, el tribunal estableció que resultaba necesario encontrar una interdependencia y unidad esencial en los instrumentos en los que se basan ambos reclamos.¹²¹ En esta línea, el tribunal señaló que a fin de cumplir el requisito debe encontrarse un “origen común, identidad de fuentes y una unidad operacional”¹²² entre los reclamos. Teniendo en cuenta esta aproximación, el tribunal señaló que las bases de la reconvencción presentada por República Checa se encontraban en el ejercicio de derechos y obligaciones que típicamente se encuentran bajo la jurisdicción de los tribunales local. Por esta razón, el tribunal concluyó que República Checa debería buscar respuesta a sus reclamos plasmados en la demanda reconvenional recurriendo a los procedimientos pertinentes en base al ordenamiento jurídico nacional, y no así en un tribunal internacional.¹²³

Del mismo modo, el tribunal arbitral bajo las reglas CNUDMI en *Paushok v. Mongolia* también recurrió al enfoque adoptado en *Saluka* a fin de determinar la conexidad entre la demanda principal y la reconvencción. En este caso, los demandantes eran accionistas

¹²¹ *Saluka v. Czech Republic*, ¶70.

¹²² *Saluka v. Czech Republic*, ¶79.

¹²³ *Saluka v. Czech Republic*, ¶79.

de dos compañías constituidas en Mongolia, una minera y otra de gas y petróleo, las cuales habían dado inicio a sus operaciones hacia fines de los 90's. En el 2006, un nuevo régimen impositivo fue promulgado en Mongolia, cuya aplicación aumentaría notablemente la presión impositiva sobre las operaciones desarrolladas por las compañías de los demandantes. A raíz de la nueva ley, ambas compañías encontraron un alto grado de afectación en su rentabilidad, lo que las llevo a iniciar un arbitraje de acuerdo al TBI entre Mongolia y Rusia, alegando que las acciones del gobierno de Mongolia habrían violado diversos estándares de protección allí plasmados. Por su lado, el gobierno de Mongolia presentó una demanda reconvenzional alegando que los demandantes habían incumplido diversas de sus obligaciones presentes en los términos de las licencias que las compañías tenían para desarrollar sus actividades. En suma, Mongolia argumentó en su reconvencción que los demandantes habían violado el régimen impositivo y laboral local, así como también sus obligaciones medioambientales.

El tribunal en *Paushok v. Mongolia*, luego de determinar que las partes habían consentido la presentación de reconvencciones, procedió a analizar si existía un nexo claro entre ambos reclamos.¹²⁴ En este sentido, el tribunal arbitral remarcó que la totalidad de los reclamos presentados en la reconvencción se originaban en la violación de la legislación de Mongolia, así como también de licencias otorgadas bajo el derecho interno. Por ella razón, el tribunal indicó que estas cuestiones se encontraban enteramente en el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los tribunales mongoles, toda vez que se trata de asuntos regidos por derecho público mongol que no es posible considerar como una parte indivisible de las reclamaciones de los demandantes.¹²⁵ Por último, el tribunal señaló que extender su jurisdicción a la aplicación del derecho público mongol – en especial a su legislación impositiva – implicaría violar el principio universalmente aceptado en torno a la prohibición de extraterritorialidad de las leyes de los Estados.¹²⁶ Con todo, la totalidad de las reconvencciones presentadas por Mongolia fueron rechazadas por no haberse cumplido el requisito de conexidad.

¹²⁴ *Paushok v. Mongolia*, ¶693.

¹²⁵ *Paushok v. Mongolia*, ¶694.

¹²⁶ En concreto, el tribunal sostuvo: “*Indeed, through the Counterclaims the Respondent seeks to extend the extraterritorial application and enforcement of its public laws, and in particular its tax laws, to individuals or entities not subject to and not having accepted to submit to Mongolian public law or its courts. Thus, if the Arbitral Tribunal extended its jurisdiction to the Counterclaims, it would be acquiescing to a possible exorbitant extension of Mongolia’s legislative jurisdiction without any legal basis under international law to do so, since the generally accepted principle is the non-extraterritorial enforceability of national public laws and, specifically, of national tax laws. Were the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the Counterclaims in favor of the Respondent, the ensuing arbitral award rendered in The Netherlands would be entitled to recognition and*

Idéntico criterio ha sido utilizado por el tribunal arbitral en *Gavazzi v. Romania*. Las circunstancias fácticas de este caso eran las siguientes. En 1999 Marcos Gavazzi y Stefano Gavazzi celebraron un contrato con el Estado de Rumania mediante el cual adquirieron el 70% de las acciones de Socomet S.A., una empresa dedicada a la fabricación de acero. Dicho contrato establecía expresamente que las deudas que Socomet S.A. tenía al momento de su venta serían reestructurados y/o condonados por parte del Estado, a cambio de la realización de ciertas inversiones por parte de los demandantes en la compañía. En el caso en concreto, los demandantes alegaron que las deudas de Socomet S.A. nunca fueron reestructuradas ni condonadas, lo que ulteriormente forzaría la quiebra de la compañía. Así, los demandantes iniciaron un arbitraje contra Rumania, al entender que las acciones y omisiones del Estado con respecto a Socomet S.A. implicaron la violación de diversos estándares previstos en el TBI entre Italia y Rumania. Por su parte, Rumania presentó una demanda reconvenicional contra los demandantes, alegando que estos habían incumplido su deber contractual de realizar inversiones en favor de Socomet S.A., así como también diversos deberes legales bajo al derecho interno de Rumania.

El tribunal en *Gavazzi v. Romania* señaló que, indudablemente, la reconvenición constituía un reclamo enteramente independiente, basado en derecho rumano y desconectado del reclamo de los demandantes en relación a violaciones de estándares cristalizados en un tratado internacional.¹²⁷ En esta línea, el tribunal sostuvo que el objeto de la disputa principal era determinar si habían existido, o no, violaciones al TBI entre Italia y Rumania, por lo que no podría entenderse que un reclamo contractual originado en el contrato de compraventa de acciones celebrado entre las partes pudiese verse de alguna forma conectado con la disputa en los términos de lo establecido por el Convenio CIADI.¹²⁸

Así las cosas, y habiendo considerado diversas decisiones arbitrales en este sentido, la exigencia de un nexo jurídico entre los reclamos impone un examen más restrictivo del requisito de conexidad. Pues, considerando este enfoque, cualquier reconvenición que no se encuentre basada en derecho internacional. o bien fundamentada en la violación

enforcement through the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in its members countries, including Russia, with the likely effect of advancing the enforcement of Mongolian tax laws by non-Mongolian courts in respect of non-Mongolian nationals beyond limitations on the extraterritorial application of Mongolian tax laws rooted in public international law” (Paushok v. Mongolia, ¶695).

¹²⁷ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 de abril de 2015, ¶154.

¹²⁸ *Gavazzi v. Romania*, ¶157,161.

de un TBI, se tornaría imposible de ser admitida por un tribunal.¹²⁹ Esto es particularmente problemático, toda vez que históricamente los TBIs no han otorgado ningún tipo de obligación a los inversores, por lo que sería imposible para un Estado fundar su reconvención en una violación al TBI. Cabe destacar que esta afirmación se ha visto desafiado actualmente, de forma que existe una tendencia actual a partir de la cual nuevos TBIs han asignado expresamente obligaciones a los inversores extranjeros. Nos concentraremos particularmente en esto en la próxima sección.

En tanto aún no existan obligaciones internacionales de los inversores extranjeros, el único escenario posible en el que la adopción del enfoque de conexidad jurídica podría concluir en la admisibilidad de la reconvención sería si ambos reclamos – la demanda principal y la reconvención – se encontrasen fundados en violaciones contractuales que han sido elevadas a un arbitraje internacional por medio de una “cláusula paraguas”. Sin embargo, aunque esta podría ser una solución con respecto al requisito de conexidad, el Estado enfrentaría mayores dificultades a fin de determinar la jurisdicción del tribunal sobre sus reclamos contractuales.

Con todo, adoptar el enfoque de conexidad fáctica resulta la posición más favorable en torno a la procedencia de las reconvenciones en un arbitraje de inversiones. Pues, de esta manera, los tribunales podrían asegurarse de que la totalidad de los reclamos intrínsecamente conectados serán lidiados por un mismo tribunal.¹³⁰

V. MÉRITOS DE LAS DEMANDAS RECONVENCIONALES

Como hemos adelantado al comienzo, este trabajo se ha propuesto desarrollar los principales obstáculos jurisdiccionales a los que se enfrenta un Estado al momento de reconvenir en un arbitraje de inversión. Es por ello que realizar un análisis exhaustivo sobre el derecho de fondo de las demandas reconvencionales excede el alcance aquí delimitado. Sin embargo, a nuestros fines, resulta necesario realizar un comentario sobre cuáles son las posibilidades que un Estado posee al momento de fundar su

¹²⁹ Atanasova *et al* (2012), 36.

¹³⁰ Kjos, 153. El enfoque de conexidad fáctica ha sido percibido por la comunidad internacional como aquel más adecuado a los fines de asegurar la equidad entre las partes ante tribunales de inversión. El 28 de agosto de 2019, el Instituto de Derecho Internacional (*Institut de Droit International*) publicó una resolución sobre equidad de las partes en el arbitraje de inversiones, en la cual se agregó un artículo relacionado a reconvenciones. A través de este, el Instituto recomienda otorgar a los Estados demandados el derecho a realizar demandas reconvencionales. En cuanto al requisito de conexidad, se recomienda adoptar el enfoque fáctico, considerando a este suficiente para cumplir el requisito de admisibilidad. En este sentido, el Instituto propuso: “*The requirement of sufficiency of connection with the subject matter of the dispute is met where the counterclaim concerns the same investment that gave rise to the claim. It does not require that the counterclaim be founded upon the same legal instrument or cause of action asserted by the claimant.*”

reconvencción. Pues, como hemos indicado en la sección precedente, dicha elección podría ser determinante en cuanto al cumplimiento – o no – del requisito de conexidad entre reclamos.

A dichos efectos, dividiremos las distintas alternativas que históricamente han adoptado los Estados al momento de fundar sus reconvencciones en cuatro escenarios distintos. Así, la presente sección se ocupará de examinar las reconvencciones fundadas en (a) reclamos sobre daños y costos del arbitraje, (b) derecho doméstico, (c) reclamos contractuales, (d) derecho internacional. Cabe señalar que la división que aquí proponemos ha sido simplificada con fines académicos, pues difícilmente las reconvencciones se encuentren puramente fundadas en un único escenario. Sin embargo, más allá de la alternativa escogida por el Estado reconviniente, es preciso destacar que resultará imprescindible que el Estado funde debidamente su reconvencción e identifique explícitamente cuál es el incumplimiento que se le imputa al inversor extranjero. La ausencia de argumentos referidos a la naturaleza de la demanda reconvenccional imposibilitará el análisis de los requisitos jurisdiccionales por parte del tribunal arbitral y, por ende, será desestimada.¹³¹

a) La obligación de restituir costos y resarcir daños como base de la reconvencción.

No son muchos los casos en los que se han presentado demandas reconvenccionales buscando un resarcimiento fundado en una obligación general de daños por parte del inversor, o bien en búsqueda de restitución de costos. Un elemento común que comparten aquellos casos es el hecho de que los Estados que han utilizado este argumento no han podido desarrollar debidamente su reconvencción, pues se limitaron únicamente a nombrar obligaciones de carácter general sin sustento en una regla clara que pudiese identificar una posible obligación del inversor extranjero. De este modo, por ejemplo, en *Hamester v. Ghana* el tribunal decidió desestimar la reconvencción presentada por el Estado y, entre sus razones, destacó el hecho de que la República de Ghana no había

¹³¹ El tribunal arbitral en *Teinver v. Argentina* sostuvo, en este sentido: “[P]ara recaer dentro de la competencia del Tribunal para que este emita una decisión al respecto, la Demanda Reconvenccional de la Demandada debe cumplir con este umbral, debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal (y tratarse de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión). Nuevamente, en su Memorial de Contestación, la Demandada no identificó ningún derecho u obligación de orden legal sobre el cual basara su Demanda Reconvenccional. En su Dúplica, la Demandada se centra nuevamente en la relación de las cuestiones en la Demanda Reconvenccional con la inversión como base para la jurisdicción *ratione materiae*, pero no aborda un fundamento jurídico para su reclamación con base en el Tratado. A lo sumo, la Demanda Reconvenccional de la Demandada se trata de una defensa a las reclamaciones de las Demandantes por los daños resultantes de las supuestas violaciones del Tratado por parte de la Demandada” (¶1066).

logrado sustanciar ni particularizar las bases de su reconvencción.¹³² Con respecto a la obligación de restituir costos del arbitraje, el tribunal en *Amto v. Ukraine* dejó en claro que un reclamo en base a los costos del arbitraje no requiere la presentación de una demanda reconvenccional, pues los costos pueden ser reclamados en base a las reglas procesales que rigen el arbitraje y son considerados por el tribunal una vez la disputa haya arribado a una solución final.¹³³

- b) Reconvencciones fundadas en derecho doméstico. Recurrir a violaciones de derecho local para fundar las reconvencciones en un arbitraje ha sido una de las estrategias mayormente utilizadas por los Estados reconvinientes. Sin perjuicio de ello, el éxito de estos reclamos ha sido nulo, pues una y otra vez los tribunales arbitrales han señalado que un arbitraje internacional no resulta el lugar indicado para someter disputas fundadas en derecho local, las cuales caen íntegramente en el ámbito de la jurisdicción nacional del Estado demandado. Como hemos señalado en las secciones precedentes, este ha sido el argumento recogido por los tribunales en *Saluka v. Czech Republic*, *Paushok v. Mongolia*, *Gavazzi v. Romania*, en suma, a otros como *Rusoro v. Venezuela*, *Karkey v. Pakistan* y *Oxus Gold v. Uzbekistan*. En todos estos casos los tribunales han entendido que una reconvencción basada en una violación de derecho doméstico no cumpliría con los requisitos aplicables para que el tribunal pueda ejercer su jurisdicción sobre ella. Ahora bien, cabe destacar dos casos en particular en los que una reconvencción basada puramente en derecho doméstico ha sido admitida por el

¹³² *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 de junio de 2010, ¶357. Cabe precisar que uno de los reclamos presentados por Ghana se encontraba fundado en el daño moral que la República había sufrido al encontrarse sometido al proceso arbitral. Si bien en este caso dicho argumento no tuvo éxito es notable remarcar que doctrinariamente se ha reconocido la posibilidad de los Estados a reconvenir alegando daño moral. Dicha obligación podría surgir del acuerdo arbitral al que se someten las partes al iniciar el arbitraje, pues se ha entendido que es razonable concluir que el acuerdo arbitral implica asumir que las partes se comportarán de buena fe a lo largo del proceso, de modo que cuando el inversor extranjero incumpla dicha obligación el Estado se encontrará en posición de verse resarcido por el daño moral sufrido. Ver: Parish, M. T.; Newlson, A. K.; Rosenberg, C. B. (2011). *Awarding moral damages to respondent states in investment arbitration*. *Berkeley Journal of International Law*, 29(1), 225-245.

¹³³ *Amto v. Ukraine*, ¶116. En este caso el tribunal también remarcó la falta de sustento jurídico para la presentación de la demanda reconvenccional. En este sentido señaló: “*The Respondent has not presented any basis in this applicable law for a claim of nonmaterial injury to reputation based on the allegations made before an Arbitral Tribunal. Accordingly, the Arbitral Tribunal finds that there is no basis for a counterclaim of this nature and it is accordingly dismissed*” (¶118).

tribunal, i.e., *Burlington v. Ecuador*¹³⁴ y *Perenco v. Ecuador*¹³⁵. En estos casos, Ecuador presentó demandas reconventionales contra los demandantes alegando que estos habían cometido daños medioambientales, así como también violado disposiciones de derecho doméstico relativas a la operación de sus respectivas inversiones. En ambos casos la reconvencción fue aceptada y, de hecho, son los únicos casos en los que las reconversiones han tenido éxito, otorgándose una compensación en favor de Ecuador. Sin embargo, existe una diferencia sustancial con el resto de los casos mencionados anteriormente, pues en los casos de Ecuador los inversores demandantes firmaron un acuerdo con el Estado determinando que el único foro apto para resolver las reconversiones presentadas era el tribunal arbitral. Por esta razón es que los tribunales en ambos casos no tuvieron que realizar mayor análisis sobre su jurisdicción sobre la reconvencción, pues ambas partes la habían consentido expresamente. De este modo, las circunstancias de *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador* son excepcionales, y lejos están de traducirse en una tendencia actual en favor de la aceptación de reconversiones en el sistema de disputas Estado-inversor.¹³⁶

- c) La reconvencción contractual. En conjunto con las reconversiones basadas en derecho doméstico, los incumplimientos contractuales han sido utilizados como base para la mayor parte de las reconversiones presentadas en arbitrajes de inversión. Así, los Estados reconvinientes se han valido de contratos de privatización, concesiones, licencias y otros a fin de lograr identificar una obligación del inversor para fundar su reconvencción. Cabe destacar que ninguno de estos reclamos ha obtenido mayor éxito, pues en estos casos los obstáculos que deberán sortear los Estados a fin de obtener la jurisdicción del tribunal sobre su reclamo son varios. En primer lugar, resultará necesario que la cláusula arbitral lo suficientemente amplia como para alcanzar disputas contractuales entre las partes.¹³⁷ Además, es probable que el contrato en cuestión contenga su propia cláusula de resolución de controversias, lo que – como hemos señalado anteriormente – podría imposibilitar la posibilidad de someter la disputa

¹³⁴ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decisión sobre Reconversiones, 7 de febrero de 2017.

¹³⁵ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decisión Provisional sobre la Reconvencción Ambiental, 11 de agosto de 2015.

¹³⁶ Ishikawa, Tomoko. 2019. "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration." *AJIL Unbound* 113: 33–37, 37.

¹³⁷ Crawford, James. 2008. "Treaty and Contract in Investment Arbitration". *Arbitration International* 24 (3): 361.

a un arbitraje de inversiones. Por último, aun en caso de que el TBI aplicable contenga una “cláusula paraguas”, no es claro que cualquier contrato entre un inversor extranjero y una entidad gubernamental pueda elevarse a arbitraje, pues en este caso el tribunal deberá también analizar si los actos del organismo público firmante del contrato son atribuibles al Estado signatario del TBI.¹³⁸

- d) Obligaciones de derecho internacional aplicables a inversores extranjeros. Una última alternativa sobre la base de los méritos en las reconvenciones se encuentra relacionada con la posibilidad de asignar al inversor extranjero una violación de derecho internacional. Históricamente los inversores extranjeros (típicamente compañías) no han sido considerados sujetos de derecho internacional público.¹³⁹ En suma, usualmente ningún tipo de tratado internacional, incluyendo TBIs, se ha encargado de imponer obligaciones positivas en cabeza de inversores extranjeros.¹⁴⁰ Ahora bien, ambas afirmaciones realizadas pueden problematizarse a partir del entendimiento de los tribunales en algunos casos arbitrales.

En primer lugar, en 2010, el tribunal arbitral en *Al Warraq v. Indonesia* determinó que el Acuerdo OIC imponía en el inversor la obligación positiva de respetar las leyes y regulaciones en vigor en Indonesia, así como también la moral y el orden público.¹⁴¹ El tribunal sostuvo que existía una obligación internacional que obligaba al inversor y que válidamente podía sustentar la reconvención realizada por Indonesia. Finalmente, la reconvención fue desestimada ya que Indonesia no logró probar el grado de responsabilidad que tenía el inversor extranjero en los reclamos de fraude que se le imputaban.¹⁴² No obstante, *Al Warraq v. Indonesia* ha marcado un primer paso en torno a la asignación de obligaciones internacionales a inversores.

En un segundo episodio encontramos al caso *Urbaser v. Argentina*, a cuyos hechos hemos referido en la sección precedente. En este caso, Argentina planteó que el inversor – quien poseía una concesión sobre el servicio público de distribución de agua – a había incumplido una obligación internacional de proveer acceso al agua a la población local, violando, de ese modo, los derechos humanos de dicha población. Finalmente, el tribunal entendió que dicha

¹³⁸ Crawford, 356.

¹³⁹ Kryvoi, 22.

¹⁴⁰ Kryvoi, 21.

¹⁴¹ El artículo 9 del Acuerdo OIC establece: “‘The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host state and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means’”.

¹⁴² *Al Warraq v. Indonesia*, ¶663.

obligación no existía y, por lo tanto, la reconvencción debía ser rechazada. No obstante, antes de arribar a su conclusión, el tribunal realizó un análisis pormenorizado sobre la posibilidad de que un inversor extranjero sea considerado sujeto de derecho internacional. En este sentido, el tribunal marcó que el principio según el cual las empresas no pueden ser sujetos de derecho internacional ha perdido impacto y relevancia en el presente, y determinó que “ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional”¹⁴³. De este modo, el tribunal asignó una obligación internacional de no hacer al inversor extranjero, i.e., la prohibición de realizar actos que violen los derechos humanos.¹⁴⁴ Con todo, *Urbaser v. Argentina* ha abierto la posibilidad – antiguamente impensada – de asignar obligaciones internacionales de derechos humanos a los inversores extranjeros. Sin embargo, queda preguntarse cuán efectivo podría ser esto al momento de fundar una reconvencción, pues bien podría sostenerse que la legitimidad activa para reclamar por una violación de derechos humanos yace en aquella persona que ha sufrido la privación de sus derechos, mas no así en el Estado reconviniente.¹⁴⁵

Por último, encontramos el caso de *Aven v. Costa Rica*. En este caso, Costa Rica presentó una reconvencción alegando que los demandantes, quienes habían sido beneficiarios de una concesión para desarrollar un proyecto turístico en Costa Rica, habían afectado negativamente el medioambiente del sitio de concesión. Así, Costa Rica argumentó que resulta un principio establecido en el derecho internacional el hecho de que un acto ilícito debe dar lugar a una compensación. El tribunal compartió la posición de *Urbaser* y expuso:

*El presente Tribunal comparte los criterios del tribunal del caso Urbaser de que ya no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente.*¹⁴⁶

Ahora bien, cabe señalar que el TBI aplicable en este caso (i.e., el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana)

¹⁴³ *Urbaser v. Argentina*, ¶1195.

¹⁴⁴ *Urbaser v. Argentina*, ¶1210.

¹⁴⁵ Abel, P. 2018. “Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration”. *Brill Open Law* 1: 90.

¹⁴⁶ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶738.

establece expresamente la obligación de los Estados signatarios de observar y respetar las leyes y medidas adoptadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente. De este modo, más allá del entendimiento expresado anteriormente, la obligación internacional del inversor se encontraba plasmada positivamente en el TBI, por lo que cabe preguntarse qué hubiese sucedido si dicha cláusula no hubiese existido. Finalmente, la reconvencción fue desestimada ya que Costa Rica no expuso precisamente los hechos que sustentaban su reclamo, no presentó pruebas al respecto y tampoco especificó la reparación que pretendía.¹⁴⁷

Del análisis precedente podemos concluir que ninguna de las alternativas que pudiese enfrentar un Estado reconviniente para fundar su reconvencción resulta infalible. Por lo contrario, todas ellas han sido rechazadas por diversos tribunales arbitrales en reiteradas ocasiones. Entonces, ¿qué opción queda para los Estados reconvinientes? La mejor alternativa, en este sentido, yace en lograr identificar una obligación del inversor en el TBI aplicable. Como hemos visto, esto no es algo común en la redacción de tratados de inversión. No obstante, actualmente existe una tendencia según la cual los Estados han comenzado a prever dichas obligaciones en los nuevos tratados de inversión a ser firmados. De este modo, por ejemplo, el TBI modelo de Holanda establece:

*Inversores y sus inversiones deberán cumplir con la legislación doméstica y las regulaciones del Estado receptor, incluyendo leyes y regulaciones sobre derecho humanos, protección medioambiental y legislación laboral.*¹⁴⁸

En el mismo sentido, el TBI entre Iran y Eslovaquia establece:

*Investors and investments should apply national, and internationally accepted, standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and accounting practices. Investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local.*¹⁴⁹

Así, podemos ver que no resulta inconcebible pensar que un TBI pueda asignar obligaciones a los inversores extranjeros. Sin dudas, dicha práctica favorecería la presentación de reconvencciones, ya que los Estados reconvinientes podrían fácilmente

¹⁴⁷ *Aven v. Costa Rica*, ¶745.

¹⁴⁸ Artículo 7, Netherlands model Investment Agreement, 22 de marzo de 2019.

¹⁴⁹ Artículo 10(3), Iran-Eslovaquia TBI.

identificar cuál es la obligación que el inversor demandante habría incumplido en el caso en concreto.¹⁵⁰

Ahora bien, lejos está nuestra conclusión de encontrarse exenta de problemas, pues resulta válido cuestionar cuál es la validez en el hecho de que dos Estados se encuentren legitimados a imponer obligaciones a terceros que no han sido parte del tratado en cuestión. Si los tratados internacionales fuesen considerados como contratos regulares ninguna obligación podría ser impuesta a terceros (tan solo derechos), pues resulta un principio universalmente conocido en el derecho contractual que un tercero no puede ser sometido a obligaciones en un contrato en el cual no es parte.¹⁵¹ Sin embargo, ciertamente los TBIs no son contratos comerciales, y la práctica arbitral hasta el momento indica que los tribunales han admitido la inclusión de obligaciones a inversores en un TBI.¹⁵² Sin perjuicio de ello, la discusión aún no ha sido particular objeto de análisis por parte de un tribunal arbitral, aunque todo indica que será cuestión de tiempo antes de que este argumento sea presentado en un arbitraje de inversión.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA INTERPOSICIÓN EXITOSA DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL

La presentación de reconvencciones en el arbitraje de inversiones goza de una breve y poco exitosa historia. Pues, el número de reconvencciones presentadas en comparación con la cantidad de arbitrajes de inversión celebrados hasta el momento es, sin dudas, poco significativo. Sumado a ello, dentro del universo de demandas reconvenzionales presentadas en un arbitraje de inversión, muy pocas de ellas han logrado que un tribunal arbitral decida ejercer su jurisdicción sobre dicho reclamo.

Hemos señalado aquí que el fracaso de las reconvencciones no se encuentra relacionado con el carácter asimétrico que adopta el sistema de arbitraje de inversiones. Pues las demandas reconvenzionales pueden resultar un elemento esencial a la hora de resguardar el principio de igualdad de armas entre las partes de una disputa. Es por ello que resulta valioso permitir que los Estados puedan ejercer su derecho procesal –

¹⁵⁰ Actualmente, en el marco de la CNUDMI, se están desarrollando discusiones a fin de realizar reformas al sistema de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados soberanos. El 22 de enero de 2020, la Secretaría de la CNUDMI publicó una nota dirigida al grupo de trabajo encargado de llevar a cabo la reforma, señalando que sería conveniente formular disposiciones sobre las obligaciones de los inversionistas que sirvan de base a las reconvencciones de los Estados. Además, se propuso formular cláusulas que los Estados utilicen en su oferta de arbitraje en los TBIs, que serían lo suficientemente amplias para abarcar cualquier reconvencción.

¹⁵¹ Kryvoi, 20.

¹⁵² A modo de ejemplo, *Aven v. Costa Rica* y *Al Warraq v. Indonesia*.

consagrado en las reglas arbitrales mayormente utilizadas – de presentar una demanda reconvenicional en un proceso arbitral.

A lo largo de este trabajo hemos intentado exponer aquellas razones que expliquen los motivos por los que las reconveniciones no se han consolidado como una herramienta activamente utilizada por los Estados demandados. De este modo, se han presentado los distintos requisitos y obstáculos que una reconvenición debe sortear a fin de superar las barreras jurisdiccionales impuestas por la práctica arbitral. Las reglas procesales, la doctrina y la práctica arbitral nos han enseñado que existen dos requisitos básicos que los Estados reconvinentes deberán enfrentar para lograr que su demanda reconvenicional alcance la jurisdicción del tribunal arbitral.

En primer lugar, el tribunal realizará un estricto análisis en torno al consentimiento que las partes han otorgado respecto de la presentación de reconveniciones. A fin de examinar dicho consentimiento, la redacción del TBI aplicable resultará esencial. Solo aquellos TBIs que contengan una cláusula de resolución de disputas lo suficientemente amplia son los que permitirán al tribunal arbitral entender que las partes han consentido la jurisdicción del tribunal sobre la reconvenición.

En segundo lugar, el tribunal analizará si la demanda reconvenicional se encuentra suficientemente conectada a la demanda principal, de modo que exista algún tipo de interdependencia entre ambos reclamos. Hemos observado que no existe actualmente un consenso en cuanto a si el carácter de dicha conexión entre reclamos debe tratarse meramente de un nexo fáctico o de un nexo jurídico. En cualquier caso, el Estado reconviciente deberá analizar cuál de ambas estrategias resultará más conveniente adoptar según la naturaleza de su reconvenición. En última instancia, la decisión en torno a la admisibilidad de la reconvenición dependerá del enfoque que el tribunal en cuestión decida utilizar.

Considerando ambos requisitos, resultará imprescindible que cualquier Estado reconviciente desarrolle debidamente su demanda reconvenicional y explique detalladamente cómo es que los dos principales requisitos jurisdiccionales se ven cumplidos en su caso. De lo contrario, ante la falta de argumentos que permitan conocer al tribunal la forma en la que ambos requisitos han sido cumplidos, la reconvenición será desestimada sin mayor análisis.¹⁵³

¹⁵³ Ver *Hamester v. Ghana*, donde el tribunal arbitral entendió que no ejercería su jurisdicción sobre la reconvenición presentada por Ghana toda vez que el Estado no había explicado el modo en el que el requisito de consentimiento se había cumplido. El tribunal destacó que la redacción

En una última instancia, el Estado reconviniendo se enfrentará con el desafío de identificar una obligación del inversor que pueda fundar su reconvención. Lejos se encuentra dicha tarea de resultar sencilla. Es por esta razón que el presente trabajo da cuenta del camino sin salida que enfrenta un Estado reconviniendo al momento de precisar los méritos de su demanda reconvencional. En el futuro, el éxito en el desarrollo de reconvenciones se encontrará estrictamente ligado a la redacción de nuevos tratados que contemplen expresamente obligaciones internacionales del inversor. Solo así los Estados podrán sortear sin mayor dificultad la tarea de identificar una obligación que pueda sustentar su demanda reconvencional.

Finalmente, es posible concluir que existe una manera de evitar la totalidad de los obstáculos jurisdiccionales desarrollados en el presente trabajo, una forma que permitiría allanar el camino del Estado reconviniendo al momento de justificar por qué es que el tribunal arbitral debe ejercer su jurisdicción sobre la reconvención presentada. Dicha solución yace en la necesaria incorporación en los TBIs de una cláusula que expresamente contemple el derecho de los Estados de presentar una demanda reconvencional en el proceso arbitral. Hemos observado que la presentación de reconvenciones en el proceso arbitral genera externalidades positivas para todas las partes involucradas, pues esto podría aumentar la eficiencia procesal y evitar múltiples procesos en diferentes foros entre las mismas partes. Los Estados, por su parte, encontrarían garantizado un derecho que los colocaría en una igualdad procesal frente a los inversores demandantes. Por su lado, los inversores extranjeros evitarían tener que someterse a decisiones adoptadas por los jueces del Estado anfitrión, las cuales podrían ser cuestionadas por su parcialidad. Además, ambas partes de la disputa se verían beneficiados por la reducción general de los costos que implicaría desarrollar todos los reclamos en un mismo proceso.

Hemos mencionado algunos países que efectivamente han tomado esta iniciativa y se han encargado de positivizar este derecho en nuevos TBIs. Si bien la respuesta resulta aún incierta, es esperable que cada vez más Estados den cuenta de la necesidad y conveniencia de incluir este tipo de cláusulas en los futuros tratados de inversión. Así las cosas, garantizar este derecho para los Estados significará un gran avance hacia la interposición exitosa de la demanda reconvencional.

del TBI aplicable efectivamente hubiese dado lugar a la procedencia de la reconvención, pero la falta de desarrollo por parte del Estado reconviniendo impidió al tribunal reconocer su jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

Abel, P. 2018. "Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration". *Brill Open Law* 1: 61-90.

Atanasova, D., Martínez Benoit, C.A, y Ostranský, J. 2012. "Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreements (IIAs)". *The Graduate Institute Geneva Centre for Trade and Economic Integration*.

Atanasova, Dafina, Adrián Martínez Benoit, y Josef Ostranský. 2014. "The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration". *Journal of International Arbitration* 31 (3): 357-391.

Berger, K.P. 1999. "Set-Off in International Economic Arbitration". *Arbitration International Volume 15 Number 1*: 53-84.

Bjorklund, Andrea. 2013. "The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law". *Lewis & Clark Law Review* 17: 461-480.

Bubrowski, Helene. 2013. "Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims". En *Improving International Investment Agreements*, editado por Armand de Mestral y Céline Lévesque, 212-229. New York: Routledge Research in International Economic Law.

Crawford, James. 2008. "Treaty and Contract in Investment Arbitration". *Arbitration International* 24 (3): 351-374.

Derham, S.R. 2003. *The Law of Set Off: 3^d edition*. Oxford: Oxford University Press.

Dudas, Stefan. 2016. "Treaty Counterclaims under the ICSID Convention. En *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, editado por Crina Baltag, 385-406. Holanda: Kluwer Law International.

Farmer, K.B. 2016. "The Best Defence is a Good Offense – State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration". *Victoria University of Wellington*.

Fitzmaurice, G. 1986. *The Law and Practice of the International Court of Justice, vol II, Jurisdiction*. Grotius.

Halonen, Laura, y Pierre Lalive. 2011. "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration". *Czech Yearbook of International Law* 2: 141-156.

Hoffmann, Anne K. 2013. "Counterclaims in Investment Arbitration". *ICSID Review* 28 (2): 438-453.

Ishikawa, Tomoko. 2019. "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration." *AJIL Unbound* 113: 33–37.

Jain, A.G. 2013. "Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis". *International Arbitration Law Review*, 5 :135-147.

Kendra, Thomas. 2013. "State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?". *Arbitration International* 29 (4): 575-606.

Kjos, H. E. 2013. "Counterclaims by Host States." En *Applicable Law in Investor-State Arbitration* :130–155. Oxford: Oxford University Press.

Kryvoi, Y. 2011. "Counterclaims in Investor-State Arbitration". En *LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2011*. London School of Economics and Political Science.

Laborde, Gustavo. 2010. "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration" (1) *Journal of International Dispute Settlement*: 97-122.

Parish, M. T.; Newlson, A. K.; Rosenberg, C. B. (2011). *Awarding moral damages to respondent states in investment arbitration*. *Berkeley Journal of International Law*, 29(1), 225-245.

Paulsson, Jan. 1995. "Arbitration Without Privity". *ICSID Review* 10 (2): 232-257. doi:10.1093/icsidreview/10.2.232.

Pauker, S.A. 2018. "Admissibility of claims in investment treaty arbitration". *Oxford Academic Arbitration International*, 34: 1-78.

Schreuer, Christoph H. *et al.* 2009. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

Schwebel, Stephan M. 2008. "A BIT about ICSID." *ICSID Review* 23 (1): 1–9. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/23.1.1>.

DECISIONES ARBITRALES Y JURISPRUDENCIA

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 de junio de 2001.

Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21 de junio de 2012.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017.

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia) (Counterclaims), Order of 17 December 1996, ICJ Rep. 1997.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), International Court of Justice, Judgment of 6 november 2003.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002.

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

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 de junio de 2010.

Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 de diciembre de 2014.

Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011.

Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 de agosto de 2017.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21 de octubre de 1983.

Limited Liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 de marzo de 2008.

Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 de abril de 2015.

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 de octubre de 2013.

Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Award, 17 de diciembre de 2015.

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decisión Provisional sobre la Reconvencción Ambiental, 11 de agosto de 2015.

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 de agosto de 2016.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, 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. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 de abril de 2011.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2, 16 de octubre de 2002.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 de diciembre de 2011.

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

Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4, Award, 18 de enero de 2017.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017.

Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 de noviembre de 2017.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016.

NORMATIVA

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos, firmado el 16 de abril de 2018.

Agreement between Australia and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments, firmado el 7 de febrero de 1998.

Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of Romania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 6 de septiembre de 1991.

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, firmado el 22 de mayo de 2012.

Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, entrado en vigor el 18 de febrero de 1997.

Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado el 19 de enero de 2016.

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, firmado el 1 de agosto de 1975.

Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference, firmado el 5 de junio de 1981.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Naciones Unidas, 1976), <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Revisado en 2010). (Naciones Unidas, 2010), <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>.

Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, abril 2006, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, firmado el 23 de mayo de 2007.

Mongolia-Russian Federation BIT, firmado el 29 de noviembre de 1995.

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, entrado en vigor el 16 de febrero de 1997.