

# Erosionando la asimetría del arbitraje de inversión: hacia un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores

## Eroding the asymmetry of investment arbitration: towards a model of environmental obligations for investors

PEDRO J. ARÁNGUEZ DÍAZ

*Investigador predoctoral FPU en Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0009-0005-9509-6790

Recibido:03.12.2024 / Aceptado:14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9326

**Resumen:** El arbitraje de inversión sufre una crisis de legitimidad con críticas respecto a la asimetría inherente al sistema, mayoritariamente conformado por obligaciones de los Estados sin obligaciones de los inversores, y la aparente incapacidad del arbitraje de inversión para lograr una función compensatoria respecto a los daños medioambientales causados por los inversores. Una solución conjunta a ambas críticas es el diseño y búsqueda de un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores y un mecanismo procedimental para su adjudicación en el arbitraje de inversión. La viabilidad de esta propuesta de reforma exige un estudio sistemático de los diferentes elementos necesarios a nivel sustantivo y procesal dentro del marco jurídico del arbitraje de inversión.

**Palabras clave:** arbitraje de inversión, obligaciones medioambientales, sostenibilidad, acuerdos internacionales de inversión.

**Abstract:** Investment arbitration suffers from a legitimacy crisis with criticisms regarding the inherent asymmetry of the system, mostly comprised of State obligations without investor obligations, and the apparent inability of investment arbitration to achieve a compensatory function with respect to environmental damage caused by investors. A joint solution to address both criticisms is the design and pursuit of a model for environmental investor obligations and a procedural mechanism for their adjudication in investment arbitration. The feasibility of this reform proposal requires a systematic study of the different elements needed at the substantive and procedural level within the legal framework of investment arbitration.

**Keywords:** investment arbitration, environmental obligations, sustainability, international investment agreements.

**Sumario:** I. Introducción. II. La situación inicial de asimetría del arbitraje de inversión y la licencia social del inversor en la legitimación del sistema. III. La búsqueda de las obligaciones de los inversores en el derecho internacional. 1. El acuerdo internacional de inversión. 2. Otras fuentes del derecho internacional. IV. La aplicabilidad de las obligaciones de los inversores en el derecho interno. 1. Incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión. 2. Cláusula paraguas. 3. Cláusula

---

\*Miembro de la Climate Strategic Initiative UC3M. Abogado (Madrid) y Attorney-at-law (Nueva York). Este artículo es parte del proyecto de investigación TED2021-130293B-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

de ley aplicable. V. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en materia de obligaciones medioambientales de los inversores. 1. Cláusula explícita. 2. Cláusula general de resolución de disputas. 3. Reglamento de arbitraje. 4. Consentimiento explícito del inversor. VI. El requisito adicional del nexo entre la reconvención y la demanda. 1. Nexo legal. 2. Nexo fáctico. VII. Dificultades adicionales para el cumplimiento efectivo de las obligaciones medioambientales del inversor. VIII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La relación del arbitraje de inversión con la transición sostenible es compleja. El debate hasta ahora se ha centrado, principalmente, en la interposición que aparentemente ejercen los acuerdos internacionales de inversión sobre la potestad estatal para adoptar políticas de transición ecológica. Bajo dicho enfoque, el argumento es siempre defensivo y perpetúa la asimetría que obliga al Estado a defenderse de los inversores, sin poder beneficiarse de las ventajas que otorga el arbitraje de inversión para exigir responsabilidades a los inversores por daños medioambientales provocados al Estado receptor y relacionados con la inversión. El presente trabajo proporciona un cambio de perspectiva para paliar esta laguna y otorgar un plano de igualdad, cuestionando la posibilidad de que existan obligaciones medioambientales para los inversores.

2. La crisis de legitimidad del arbitraje de inversión motiva el diseño de una propuesta de reforma concreta que aborde las críticas de asimetría e impacto ecológico. Para ello, se identifican potenciales vías argumentativas y los principales elementos jurídicos a modificar, centrándose en la potencial fuente de obligaciones medioambientales para los inversores, la jurisdicción de los tribunales arbitrales para considerar las cuestiones medioambientales y el mecanismo procesal válido para hacer valer dichas obligaciones. La evolución del arbitraje de inversión permitiría reivindicar sus ventajas como sistema de resolución de disputas neutral, especializado, sofisticado y eficaz. La adopción de esta reforma presenta igualmente una oportunidad para superar la percepción hostil hacia el arbitraje de inversión desde posiciones ecologistas y demostrar su utilidad en la transición sostenible.

## II. La situación inicial de asimetría del arbitraje de inversión y la licencia social del inversor en la legitimación del sistema

3. El arbitraje de inversión vive una crisis de legitimidad.<sup>1</sup> Las críticas al sistema son de diversa índole, pero suelen compartir preocupación por la seguridad jurídica y coherencia en los laudos, la independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, la transparencia, y, de forma destacada, la integridad de la soberanía estatal para proteger el interés público.<sup>2</sup> La falta percibida o real de evolución del sistema de arbitraje de inversión ante estos fallos está provocando una intensificación de las críticas, abandonando intentos de reforma y optando por argumentos escépticos respecto a la existencia del propio sistema y su justificación jurídica, histórica e ideológica.<sup>3</sup>

4. El debate sobre el arbitraje de inversión se ha institucionalizado en distintos foros. Destaca el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.<sup>4</sup> El Grupo de Trabajo III realiza una amplia labor de diálogo entre

<sup>1</sup> P.N. REISS, “The Good, the Bad and the Not Necessarily Ugly Future of Investor State Arbitration. What will become of the investor-state dispute settlement?”, *Iurgium*, n° 49, 2024, p. 9.

<sup>2</sup> M. DOUTZAUER, *The Popular Legitimacy of Investor-State Dispute Settlement: Contestation, Crisis and Reform*, Routledge, 2023, p. 51-74.

<sup>3</sup> F. ZARBIYEV, “‘There are my principles. If you don’t like them I have others.’ On justifications of foreign investment protection under international law”, *Journal of International Economic Law*, n° 23, pp. 525-541.

<sup>4</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍÁ y M. SALVADORI, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 12, 2020, p. 204.

Estados, inversores y expertos que abarca de forma completa distintas propuestas de reforma y responde a estas críticas.<sup>5</sup>

5. Salvaguardar la propia existencia del arbitraje de inversión, evitando la abolición del sistema, exige reformarlo ante el panorama internacional hostil a su existencia. El arbitraje de inversión merece ser conservado porque tiene virtudes únicas que le otorgan gran potencial como un sistema neutral y eficiente de resolución de disputas, conformado por una comunidad internacional de profesionales con un elevado grado de especialización y sofisticación, para proteger a los inversores de conductas arbitrarias, discriminatorias o ilegítimas.<sup>6</sup> Las críticas deben ser además contextualizadas ante la opción alternativa de abolición del sistema arbitral de inversiones, opción que corre el riesgo de politizar el sistema especialmente cuando conciernen a jurisdicciones con un frágil Estado de derecho o cuando las disputas hieren la sensibilidad de la soberanía nacional.<sup>7</sup>

6. La labor de reforma es extensa y ha sido ampliamente discutida por la literatura académica. En el momento actual de cambio, las aportaciones de valor exigen un análisis individualizado de problemas concretos. Por ello, frente a las diversas discusiones sobre la legitimidad del arbitraje de inversión, el presente trabajo se centra en dos líneas de crítica de especial interés: la asimetría del sistema y las consideraciones medioambientales en el mismo.

7. La asimetría en el arbitraje de inversión existe en tres planos. La primera asimetría es inherente al sistema puesto que este está conformado mayoritariamente por obligaciones de los Estados sin obligaciones de los inversores.<sup>8</sup> La segunda asimetría, consecuencia lógica de la primera, es el uso unilateral del arbitraje de inversión por parte de los inversores contra los Estados, con nula o reducida capacidad de los Estados de utilizar el mismo sistema para obtener compensación por daños de los inversores.<sup>9</sup> Finalmente, pueden existir asimetrías de poder entre inversores y Estados que se reflejan en diversas fases desde la negociación hasta la defensa en el procedimiento, particularmente cuando son Estados en vías de desarrollo.<sup>10</sup>

8. De forma añadida y vinculada a esta alegada asimetría, otra preocupación relevante es el contraste entre el potencial efecto disuasorio o paralizador que pueden ejercer los acuerdos internacionales de inversión sobre las políticas de transición ecológica del Estado, por un lado, y la aparente incapacidad del arbitraje de inversión para lograr una función compensatoria respecto a los daños medioambientales causados por los inversores en el Estado receptor, por otro lado.<sup>11</sup> Los tribunales arbitrales en las disputas de inversión, a pesar de no ser concebidos inicialmente como órganos adjudicadores en materia medioambiental, han acabado inevitablemente confrontados con la sostenibilidad e incluso discutiendo la “licencia social” del inversor y la responsabilidad social corporativa que debe ejercer.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Véase, p.j., CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones de 12 de febrero de 2024, Doc A/CN.9/1161, p. 2.

<sup>6</sup> S.W. SCHILL, “In Defense of International Investment Law”, en M. BUNGENBERG et al. (Coords.), *European Yearbook of International Economic Law*, Nueva York, Springer, 2016, p. 336.

<sup>7</sup> Vid., C.N. BROWER y S. BLANCHARD, “What’s in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 52, 2014, pp. 719-759.

<sup>8</sup> M. SATTOROVA y O. VYTIAGANETS, “Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities”, en D. BEHN, O.K. FAUCHALD y M. LANGFORD (Coords.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 501-530.

<sup>9</sup> A. ARCURI, “The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration”, en L. SACHS, L. JOHNSON y J. COLEMAN (Coords.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

<sup>10</sup> M. SATTOROVA y O. VYTIAGANETS, “Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities”, en D. BEHN, O.K. FAUCHALD y M. LANGFORD (Coords.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 501-530.

<sup>11</sup> M. FERMEGLIA, “Adjudicating Environmental Matters Before Investor-State Dispute Settlement Tribunals: A Question of Legitimacy”, en G. ANTONELLI et al., *Environmental Law Before the Courts: A EU-US Narrative*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 325-342.

<sup>12</sup> Opinión parcialmente disidente del profesor Philippe Sands QC de 12 de septiembre de 2017, Caso CIADI N° ARB/14/21,

9. Una solución conjunta a ambas críticas, la asimetría y la compensación por degradación medioambiental, es el diseño y búsqueda de un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores y un mecanismo procedimental para su adjudicación en el arbitraje de inversión. A nivel sustantivo, la existencia de obligaciones de los inversores en el derecho internacional o interno recrea un panorama más igualitario de obligaciones entre Estado receptor e inversor.<sup>13</sup> A nivel procesal, la posibilidad de plantear una demanda reconvenzional del Estado receptor ofrece un mecanismo para la resolución de las controversias relativas a las obligaciones medioambientales del inversor dentro del sistema del arbitraje de inversión.<sup>14</sup> La viabilidad de esta propuesta de reforma exige un estudio sistemático de los diferentes elementos necesarios a nivel sustantivo y procesal dentro del marco jurídico del arbitraje de inversión.

### III. La búsqueda de las obligaciones de los inversores en el derecho internacional

10. El arbitraje de inversión opera mayormente como sistema de resolución de disputas en el ordenamiento jurídico internacional. Consecuentemente, una forma directa de establecer una obligación para el inversor relativa al medio ambiente es basarla en el propio derecho internacional. Podemos distinguir dos clases de obligaciones de este tipo en el derecho internacional, según su fuente: las obligaciones que provienen del acuerdo internacional de inversión y las obligaciones que provienen de otras fuentes del derecho internacional.

#### 1. El acuerdo internacional de inversión

11. Los acuerdos internacionales de inversión históricamente no han incluido obligaciones de carácter medioambiental pero existe una tendencia creciente a incluir estas obligaciones en los acuerdos. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha observado que en las nuevas generaciones de acuerdos internacionales de inversión esta tendencia es especialmente destacable respecto a las obligaciones relativas al cambio climático y la transición a una economía neutra en emisiones de carbono.<sup>15</sup> El desarrollo en materia climática viene acompañado, paralelamente, con obligaciones de derechos humanos en los acuerdos internacionales de inversión para integrar sostenibilidad social y medioambiental en línea con el avance en materia de responsabilidad corporativa.<sup>16</sup>

12. Es relevante distinguir cómo incorporan los acuerdos internacionales de inversión las cuestiones medioambientales, pues existen dos modalidades dentro de los acuerdos internacionales de inversión y cada una de ellas conlleva un resultado distinto. En primer lugar, se pueden considerar cuestiones de carácter medioambiental a través de la potestad del Estado para ejercer su potestad reguladora medioambiental, sin que los acuerdos internacionales de inversión perjudiquen dicha potestad. Esta vía clarifica

---

*Bear Creek c. Perú*, párrs. 6-38; V. KORZUN, “Enforcing Soft Law in International Investment Arbitration”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, nº 56, 2023, pp. 33-60.

<sup>13</sup> B. MCGARRY, “The Protection of the Environment Through Inter-State Arbitration”, en E. SOBENES, S. MEAD y B. SAMSON (Coords.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Nueva York, Springer, 2022, pp. 99-120; X. SHAO, “Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law”, *Journal of International Economic Law*, nº 24, 2021, pp. 157-179.

<sup>14</sup> A.E. ALVARADO-GARZÓN, *Environmental Counterclaims in Investment Arbitration*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 11-74; C. DE STEFANO, “Equality and Asymmetry in Treaty-Based Investment Arbitration: Counterclaims by Host States”, en D. AMOROSO et al. (Coords.), *More Equal than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law*, La Haya, Asser Press, 2022.

<sup>15</sup> CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Doc UNCTAD/DIAE/INF/2022/2, “International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments”, p. 11.

<sup>16</sup> P. DUMBERRY y G. DUMAS-AUBIN, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BIT”, en K.P. SAUVANT (Coord.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 569.

que el Estado puede adoptar medidas para proteger el medio ambiente aunque perjudique al inversor y por tanto opera como una defensa ante las reclamaciones de los inversores. En segundo lugar, se pueden concebir las cuestiones medioambientales a través obligaciones específicas para el inversor respecto al medio ambiente que permitirían formar la base para una reconvencción del Estado contra el inversor.<sup>17</sup>

**13.** Sin embargo, estas dos vías son muy distintas y no generan los mismos efectos. Los tribunales arbitrales han rechazado admitir reconvencciones del Estado en base a provisiones del acuerdo internacional de inversión que permitían al Estado establecer regulación medioambiental, clarificando que su redacción no establecía obligaciones afirmativas para los inversores. En el caso *David Aven y Otros c. República de Costa Rica* el tribunal analizó el artículo 10.11 del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA que establecía: “*Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental*”, junto con disposiciones análogas.<sup>18</sup> El tribunal consideró que dicho precepto contenía un lenguaje neutro, no establecía ninguna obligación para el inversor porque solo se refería a medidas del Estado. Por tanto, la infracción por parte del inversor de la regulación medioambiental del Estado no podía considerarse una infracción del acuerdo internacional de inversión en sí y se rechazó la reconvencción en base a este argumento.<sup>19</sup>

**14.** Sí existen provisiones medioambientales del acuerdo internacional de inversión dirigidas al inversor, y no al Estado, pero no todas las cláusulas a este respecto establecen obligaciones vinculantes para los inversores. Numerosos acuerdos internacionales de inversión solo consideran el medio ambiente en su preámbulo o similares, de forma ambigua, sin obligaciones específicas. Proliferan también el uso de cláusulas generales de responsabilidad social corporativa, cuyo nivel de vinculación y contenido son discutibles.<sup>20</sup>

**15.** Las obligaciones medioambientales que sí son vinculantes para los inversores pueden tener un contenido muy diverso. El Código Panafricano de Inversiones ejemplifica diversas obligaciones de este tipo, al establecer en su artículo 23.1 una prohibición respecto a la explotación o uso de los recursos naturales en detrimento de los derechos e intereses del Estado, e imponer en su artículo 22.3 una obligación de realizar la inversión con miras a un desarrollo sostenible del Estado.<sup>21</sup> El Código Panafricano de Inversiones inspira la redacción de diversos acuerdos internacionales de inversión para imponer estas obligaciones en diversas regiones del continente africano.<sup>22</sup>

**16.** La obligación de realizar una evaluación del impacto medioambiental también es especialmente relevante y útil para la transformación de los acuerdos internacionales de inversión. Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Marruecos y Nigeria de 2016 establece en su artículo 14.3 que “*los inversores, sus inversiones y las autoridades del Estado receptor aplicarán el principio*

---

<sup>17</sup> M. NUNES MEDEIROS DE SOUZA, “Are Counterclaims in Investment Treaty Arbitration an Effective Tool to Protect the Environment?”, *Transnational Dispute Management*, n° 5, septiembre 2023, pp. 13-14.

<sup>18</sup> Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América de 5 de agosto de 2004, art. 10.11.

<sup>19</sup> Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 743.

<sup>20</sup> Acuerdo entre Canadá y Mongolia para la promoción y protección de inversiones de 8 de septiembre de 2016, art. 14; Tratado sobre promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República Argentina y Qatar de 11 de junio de 2016, art. 12; Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Corea de 10 de junio de 2010, art. 13.6. Véase también F. MARISI, *Adaptability of Investor-State Arbitration*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 71-74.

<sup>21</sup> Código Panafricano de Inversiones de 31 de diciembre de 2016, arts. 22.3, 23.1.

<sup>22</sup> I. ALI GADDAYE, *Desarrollo y redacción del Código Panafricano de Inversiones: Un enfoque jurídico de un fenómeno económico*, Nuestro Conocimiento ed., 2021; M. Moïse Mbengue y S. Schacherer, “The ‘Africanization’ of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime”, *The Journal of World Investment & Trade*, n° 3, 2017, pp. 414-448.

de cautela en su evaluación del impacto ambiental y en las decisiones que adopten en relación con una inversión propuesta, incluida cualquier mitigación necesaria o planteamientos alternativos del principio de cautela por parte de los inversores y las inversiones se describirán en la evaluación del impacto ambiental que realicen”.<sup>23</sup> Esta obligación eventualmente se concreta, para industrias altamente contaminantes, en un plan para reducir emisiones e impacto ambiental, y para todos los sectores, en la identificación y mitigación de los daños al ecosistema para impedir destruir la resiliencia y adaptación natural del ecosistema al cambio climático.

17. Finalmente, mediante obligaciones con referencias genéricas al respeto del derecho internacional, el acuerdo internacional de inversión puede incorporar por referencia fuentes clave en materia climática y medioambiental como el Acuerdo de París y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En el último estudio de la UNCTAD, entre los 347 IIAs de nueva generación firmados aproximadamente en la última década, solo 17 de ellos incorporan para los inversores las obligaciones del derecho internacional del medio ambiente, si bien cada vez es más común la inclusión de este tipo de obligaciones.<sup>24</sup> Un problema adicional es que estos instrumentos establecen obligaciones muy generales y diseñadas para los Estados, que pueden ser difíciles de traspasar a los inversores sin más grado de especificidad, por ejemplo, respecto a cómo el inversor pretende limitar su contribución individual al calentamiento global para no superar el aumento de 2°C.

18. Aunque el actual panorama de acuerdos internacionales de inversión sufre una escasez de preceptos dedicados de forma efectiva al medio ambiente, la tendencia es la inclusión creciente de los mismos. Los preceptos deben referirse a las obligaciones de los inversores y no solo a la potestad regulatoria del Estado. Dentro de los acuerdos que sí establecen obligaciones medioambientales para los inversores, estas deben ser vinculantes y concretas. En los casos presentes y futuros en los que exista un acuerdo internacional de inversión con estas características, dichas obligaciones conforman la base más sólida para reclamar la responsabilidad del inversor en el arbitraje de inversión.

## 2. Otras fuentes del derecho internacional

19. Incluso si no existen obligaciones medioambientales de forma explícita en el acuerdo internacional de inversión, las obligaciones del inversor también podrían provenir de otras fuentes del derecho internacional.<sup>25</sup> La aplicación del derecho internacional dependerá eventualmente de la cláusula de derecho aplicable presente en el acuerdo internacional de inversión. El acuerdo internacional de inversión puede contener una cláusula donde recoja como derecho aplicable los principios generales del derecho internacional, como ocurrió en el caso *Urbaser c. Argentina* donde una cláusula de esta naturaleza permitió al tribunal considerar los principios generales del derecho internacional como aplicables a la controversia, tal y como se desarrollará posteriormente.<sup>26</sup>

20. Ante la ausencia de una cláusula de derecho aplicable en el acuerdo internacional de inversión, para dilucidar si el tribunal podría considerar otras fuentes de derecho internacional se debe acudir a las convenciones y reglamentos que rigen el procedimiento arbitral. En el contexto de los arbitrajes ante el CIADI, el artículo 42.1 del Convenio del CIADI establece que “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”. Otros

<sup>23</sup> Acuerdo recíproco de promoción y protección de las inversiones entre el Reino de Marruecos y la República Federal de Nigeria de 3 de diciembre de 2016, art. 14.3.

<sup>24</sup> CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Doc UNCTAD/DIAE/INF/2022/2, “International Investment in Climate Change...”, op. cit., pp. 3-4.

<sup>25</sup> B. CHOUDHURY, “Investor Obligations for Human Rights”, *ICSID Review*, n° 2, 2020, p. 82.

<sup>26</sup> Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1200.

reglamentos arbitrales siguen la tendencia del derecho internacional privado de proporcionar flexibilidad a los tribunales arbitrales, por ejemplo el artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que establece que “*El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada*”.

**21.** Adicionalmente, dado que el acuerdo de inversión es un acuerdo internacional, su interpretación está sujeta a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La Convención establece que para la interpretación de los tratados deberá tener en cuenta, junto con el contexto, “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”.<sup>27</sup> El arbitraje de inversión ha considerado dicha provisión de plena aplicación a los acuerdos internacionales de inversión y una vía de entrada de obligaciones del derecho internacional para los inversores.<sup>28</sup> Una vez que se cuenta con una base y legitimación para la posible aplicación del derecho internacional al arbitraje de inversión, todavía quedaría dilucidar, conforme a la flexibilidad característica del arbitraje, si el tribunal debería aplicar a la controversia ciertas normas de derecho internacional que no están explícitamente en el acuerdo internacional de inversión; es decir, si estas normas son “apropiadas” en el caso concreto.

**22.** Por tanto, el tribunal arbitral debería identificar las normas o principios de derecho internacional que se pueden convertir en obligaciones concretas de protección medioambiental. Una primera línea en expansión en este sentido pretende incorporar la protección medioambiental en el campo de los derechos humanos. Un supuesto derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho presente en algunas constituciones nacionales y algunos acuerdos regionales, debatido desde hace tiempo en la doctrina, y que ha sido reconocido internacionalmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2022.<sup>29</sup> El derecho a un medio ambiente sano incluye elementos tanto procesales como sustantivos.<sup>30</sup> El nuevo reconocimiento por parte de las Naciones Unidas de este derecho sirve, en última instancia, como reconocimiento de la necesidad de responder al cambio climático, la degradación medioambiental, la pérdida de biodiversidad, etc., y como oportunidad para seguir desarrollando la jurisprudencia en materia de derechos medioambientales de manera coherente.<sup>31</sup>

**23.** La aplicación internacional y el alcance de este derecho todavía no están claros ni consolidados. Sin embargo, en lugar de reconocer un derecho separado al medio ambiente, se han reinterpretado otros derechos humanos ya existentes para dotarlos de una dimensión medioambiental y por tanto ecologizar estos derechos humanos, instrumentalizándolos en la lucha contra el cambio climático y otras consecuencias derivadas de la contaminación.<sup>32</sup> Estos derechos humanos “verdes” incluyen, principalmente, el derecho a la vida y el derecho la vida privada y, en menor medida, el derecho a la salud, a la tierra y a la cultura, en particular con respecto a las culturas indígenas.<sup>33</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Hu-

<sup>27</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, art. 31.3(c).

<sup>28</sup> Laudo del CIADI de 24 de octubre de 2011, Caso n° ARB/07/31, *Hochtief c. Argentina*, párr. 26; E. SHIRLOW y K. NASIR GORE, *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes*, Wolters Kluwer, 2022, pp. 3-22.

<sup>29</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de 19 de julio de 2018, Doc. A/73/188, párr. 37; Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 76/300 de 26 de julio de 2022, Doc. A/76/L.75; L.E. RODRÍGUEZ-RIVERA, “The Human Right to Environment in the 21<sup>st</sup> Century: A Case for its Recognition and Comments on the Systemic Barrier it Encounters”, *American University International Law Review*, n° 34, 2018, p. 145

<sup>30</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas..., op. cit. Véase también OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Mapping Report” ([www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/mapping-report](http://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/mapping-report)) (consultado el 9 de junio de 2024),

<sup>31</sup> Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 76/300 de 26 de julio de 2022..., op. cit.; Informe del Relator Especial de Naciones Unidas..., op. cit., párr. 39.

<sup>32</sup> M. ORELLANA, “Quality Control of the Right to a Healthy Environment” en J.H. KNOX y R. PEJAN (Coords.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 176. Véase también Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2023, *Habitantes de La Oroya c. Perú*, pp. 46-62.

<sup>33</sup> J.H. KNOX, “Constructing the Human Right to a Healthy Environment”, *Annual Review of Law and Social Science*, n° 16, 2020, p. 84; C. RENGLLET, “The Recognition of the Special Relationship of Indigenous Peoples with their Environment under

manos ya reconoció en 2022 que la contaminación atmosférica afecta a la salud y calidad de vida de los ciudadanos y por tanto infringe el derecho a respetar la vida privada, derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>34</sup> Recientemente, en 2024, el TEDH en el caso *Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otros c. Suiza* ha afianzado esta tesis de la protección medioambiental a través de los derechos humanos con particular importancia del artículo 8.<sup>35</sup>

**24.** Una segunda línea pretende buscar la protección medioambiental en el derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que forma parte del derecho internacional consuetudinario la obligación de realizar una evaluación del impacto medioambiental cuando una actividad empresarial pueda generar daño medioambiental transfronterizo.<sup>36</sup> Una tercera vía para proteger el medio ambiente a través del derecho internacional es a través de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La Comisión de Derecho Internacional ha considerado en 2022 la protección del medio ambiente como una norma de *ius cogens*.<sup>37</sup>

**25.** Todos estos avances en la interpretación del derecho internacional, alineándolo y transformándolo hacia la protección del medio ambiente, pueden tener impacto en las obligaciones de los inversores. Si bien el derecho internacional tiene como sujeto a los Estados, el sistema peculiar del arbitraje de inversión permite que estas obligaciones de derecho internacional también sean aplicables, cuando sea apropiado y dependiendo del caso, a los inversores. El tribunal en *Aven c. Costa Rica* razonaba que “*Es cierto que la aplicación del derecho ambiental corresponde principalmente a los Estados, pero no puede admitirse que un inversionista extranjero no pueda estar sujeto a las obligaciones del derecho internacional en esta materia*”.<sup>38</sup> El tribunal en el caso de *Urbaser c. Argentina* fue contundente al afirmar que “*ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional*” y por tanto el acuerdo internacional de inversión “*debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos*”.<sup>39</sup> El mismo tribunal consideró además que “*las normas imperativas del derecho internacional general (ius cogens) son otro ejemplo, en la medida en que puedan ser de interés en una diferencia relativa a inversiones*”.<sup>40</sup>

**26.** En definitiva, incluso ante la falta de obligaciones explícitas en el acuerdo internacional de inversión, los inversores podrían tener obligaciones mediante otras fuentes del derecho internacional, por la cláusula de derecho aplicable del acuerdo internacional de inversión e incluso ante el silencio o la ausencia de la misma. Conforme el derecho internacional evoluciona e incorpora la protección del medio ambiente, los inversores quedan expuestos al riesgo de que los tribunales arbitrales consideren estas obligaciones extensibles a los inversores, lo cual otorga una oportunidad a la demanda reconventional del Estado.

---

International Law: A Potential Advantage in Climate Litigation?”, *International Journal on Minority and Group Rights*, n° 29, 2022, p. 729.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2022, n° 31612/09, *Pavlov y otros c. Rusia*.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, n° 53600/20, *Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otros c. Suiza*; M. ZABALLOS ZURILLA, “¿Un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva contra el cambio climático?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 50, 2024, p. 213; S. GONZÁLEZ MERINERO y P. MORENO-CERVERA DE LA CUESTA, “El derecho a un medioambiente adecuado como un derecho humano: consideraciones a propósito de los últimos litigios climáticos en el TEDH”, *Climate Strategic Initiative*, 21 de mayo de 2024 (<https://climate.uc3m.es/2024/05/21/el-derecho-a-un-medioambiente-adecuado-como-un-derecho-humano-consideraciones-a-proposito-de-los-ultimos-litigios-climaticos-en-el-tedh/?lang=es>) (consultado el 9 de junio de 2024).

<sup>36</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010, caso *Pulp Mills (Argentina c. Uruguay)*, párr. 204.

<sup>37</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Quinto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, Doc A/CN.4/747, 17 de enero de 2022, párr. 220.

<sup>38</sup> Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 737.

<sup>39</sup> Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párrs. 1195-1200.

<sup>40</sup> *Id.* párr. 1203.

#### IV. La aplicabilidad de las obligaciones de los inversores en el derecho interno

27. El derecho medioambiental suele pertenecer al ordenamiento jurídico propio de cada país, y la regulación en cuestiones de emisiones, deforestación y biodiversidad, por ejemplo, está en claro aumento siguiendo la ratificación de acuerdos internacionales que promueven que cada Estado adopte regulación para una mayor protección medioambiental y las iniciativas propias de cada jurisdicción en la materia. Los inversores podrían estar sujetos a estas normas nacionales. Para que dichas normas puedan ser la base de una demanda reconvenional del Estado en el marco del arbitraje de inversión, existen diversas alternativas: incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión, cláusula paraguas en el acuerdo internacional de inversión, y cláusula de ley aplicable en el acuerdo internacional de inversión.

##### 1. Incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión

28. El acuerdo internacional de inversión puede incorporar referencias concretas al derecho interno que formen la base de una obligación de los inversores de respetar el ordenamiento jurídico nacional. Algunos acuerdos internacionales de inversión explícitamente contemplan la opción de que estas normas nacionales formen la base para una demanda reconvenional del Estado en el arbitraje de inversión. Por ejemplo, el artículo 14.3 del TBI entre Irán y Eslovaquia de 2016 el cual establece que el demandado puede formular una reconvenición alegando que “*el demandante no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente Acuerdo de respetar la legislación del Estado de acogida*”.<sup>41</sup> Dichas cláusulas, pese a ser poco comunes, establecen la vía más directa y sólida para determinar que las normas nacionales pueden ser fuente de obligaciones en el acuerdo internacional de inversión sobre las que basar una demanda reconvenional.

29. En otras ocasiones, el acuerdo internacional de inversión puede tener referencias a la obligación del inversor de cumplir el ordenamiento jurídico nacional pero se podría argumentar si estas obligaciones se elevan al plano del derecho internacional en el acuerdo internacional de inversión para poder ser resueltas en el sistema de arbitraje de inversión. Por ejemplo, el artículo 11.1.i) del Modelo de TBI de India de 2015 establece de forma amplia una obligación para los inversores de “*cumplir todas las leyes, reglamentos, directrices administrativas y políticas*” del Estado de acogida.<sup>42</sup> Dado que el inversor, sin esta cláusula, estaría igualmente sometido al ordenamiento jurídico de ese país al operar en él, se podría interpretar que las partes no introducirían una redacción redundante del acuerdo internacional de inversión de forma que no tenga ningún efecto. Siguiendo este argumento, la cláusula se debería interpretar como si su inclusión sí pretendiese generar efectos jurídicos, y el efecto jurídico que puede surtir es el de elevar la norma nacional al plano del derecho internacional en el marco del acuerdo internacional de inversión.

30. Un ejemplo en este sentido, estudiado como precedente en el arbitraje de inversión, es el artículo 9 del Acuerdo de inversión de la OCI de 1981 que indica que “*el inversor estará sujeto a las leyes y reglamentos vigentes en el Estado de acogida*”.<sup>43</sup> El tribunal arbitral en *Al Warraq c. Indonesia* estudió una demanda reconvenional basada en este mismo precepto del Acuerdo de la OCI, y razonó que si bien daba por sentado que existía una obligación general del inversor de cumplir las normas nacionales del Estado de acogida, “*el artículo 9 eleva esta obligación del plano del derecho interno (y de la jurisdicción de los tribunales internos) a una obligación de tratado vinculante para el inversor en un*

<sup>41</sup> Acuerdo entre la República de Eslovaquia y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 19 de enero de 2016, art. 14.3.

<sup>42</sup> Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de la República de la India de 28 de diciembre de 2015, art. 11.1.i).

<sup>43</sup> Acuerdo sobre Promoción, Protección y Garantía de Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica de 6 de mayo de 1981, art. 9.

*arbitraje del inversor contra el Estado.*”<sup>44</sup> Esta cuestión es *obiter dicta* porque el tribunal nunca llegó a admitir la demanda reconvenicional, basado en argumentos de carácter procesal, pero el razonamiento es un indicador válido de la lógica a aplicar en el arbitraje de inversión.

**31.** Por tanto, los acuerdos internacionales de inversión pueden contemplar explícitamente que el inversor está sometido al derecho interno y que dicho derecho interno puede formar la base de una demanda reconvenicional del Estado en el marco del arbitraje de inversión. De forma alternativa, el acuerdo puede contemplar solo la primera parte respecto al sometimiento del inversor al derecho interno, en cuyo caso existen razonamientos válidos pero que no han sido todavía ampliamente aceptos respecto a la elevación de estas normas nacionales como obligaciones del acuerdo internacional de inversión.

### Cláusula paraguas

**32.** Las cláusulas paraguas en los acuerdos internacionales de inversión podrían elevar los compromisos del contrato entre inversor y Estado a potenciales infracciones del acuerdo internacional de inversión, estableciendo el contrato como una fuente sustantiva de obligaciones a ser alegada en el arbitraje de inversión.<sup>45</sup> Ciertas cláusulas paraguas de los acuerdos internacionales de inversión se refieren a las obligaciones del inversor. Por ejemplo, el artículo 11 del TBI entre la UEBL y EAU establece un trato más simétrico entre Estado e inversor: “*Cada Parte Contratante se compromete a velar en todo momento por la observancia de los compromisos que haya contraído con los inversores de la otra Parte Contratante y, por su parte, los inversores deberán respetar y cumplir los términos y condiciones de sus compromisos*”.<sup>46</sup> No es común encontrar cláusulas paraguas que se refieran a las obligaciones de los inversores, pero cuando existan podrían dar lugar a ser la base de la demanda reconvenicional.

**33.** El efecto de esas cláusulas paraguas, sin embargo, es muy controvertido.<sup>47</sup> Algunos tribunales consideran que las cláusulas paraguas no generan derechos reclamables bajo el acuerdo internacional de inversión y solo tienen carácter de incumplimiento contractual.<sup>48</sup> Otros tribunales arbitrales han mantenido una postura más abierta a considerar que las cláusulas paraguas elevan la relación contractual a la categoría de obligaciones del acuerdo internacional de inversión.<sup>49</sup>

**34.** Finalmente, incluso en ausencia de una cláusula paraguas, cabría el argumento de que la obligación ubicada en el contrato de inversión, celebrado en el marco del acuerdo internacional de inversión, podría servir como base a la demanda reconvenicional aunque las normas nacionales no estén incorporadas en el acuerdo internacional de inversión en sí mismo. En el caso *Burlington c. Ecuador* el contrato entre el inversor y el Estado contenía una cláusula obligando al inversor a cumplir con todas las leyes, regulaciones y otras disposiciones del ordenamiento jurídico de Ecuador, así como de preservar el equilibrio ecológico existente.<sup>50</sup> Para la demanda reconvenicional, Ecuador se basó en la cláusula contractual, sin utilizar la cláusula paraguas, alegando que el contrato era una fuente sustantiva de obligaciones para el inversor que correspondía resolver en el arbitraje de inversión.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Laudo de 15 de diciembre de 2014, *Al Warraq c. Indonesia*, párr. 663.

<sup>45</sup> R. POLANCO y J.L. MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, “Cláusulas paraguas”, en J.M. ÁLVAREZ ZÁRATE y M. ZENKIEWICZ (Coords.), *El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

<sup>46</sup> Tratado Bilateral de Inversiones entre la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo y los Emiratos Árabes Unidos de 3 de Agosto de 2004, art. 11.

<sup>47</sup> R. POLANCO y J.L. MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, “Cláusulas paraguas...”, op. cit.

<sup>48</sup> Laudo del CIADI de 6 de Agosto de 2003, Caso N° ARB/01/13, *SGS c. Pakistan*.

<sup>49</sup> Laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de 29 de abril de 2019, Caso N° 2017-37, *Nissan Motor c. India*, párr. 277; Laudo del CIADI de 29 de junio de 2020, Caso N° ARB(AF)/15/1, *Strabag c. Libia*, párrs. 161-165; Laudo del CIADI de 14 de septiembre de 2020, Caso N° ARB/16/5, *ESPF c. Italia*, párrs. 752-811.

<sup>50</sup> Laudo del CIADI de 7 de febrero de 2017, Caso N° ARB/08/5, *Burlington c. Ecuador*, párrs. 215-219.

<sup>51</sup> *Id.* La disposición del tribunal arbitral a aceptar este argumento debe ser contextualizada en el caso, en el que ambas par-

### 3. Cláusula de ley aplicable

35. La última opción es que el derecho interno sea ley aplicable a la disputa, aunque lo haga en puridad de norma nacional y no elevado a derecho internacional u obligación del acuerdo internacional de inversión. El derecho interno es aplicable a la disputa, de forma más clara, cuando así lo indica la cláusula de ley aplicable del acuerdo internacional de inversión. Un ejemplo de acuerdo internacional de inversión que incluye en su cláusula de ley aplicable el derecho interno es el TBI entre España y Argentina de 1991 que en su artículo X(5) indica que “*El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional*”.<sup>52</sup> Como apunta parte de la doctrina, en estos casos la demanda reconvenional puede basarse en el derecho interno.<sup>53</sup>

36. Ante la ausencia de una cláusula de ley aplicable en el acuerdo internacional de inversión, el tribunal arbitral podría aplicar el derecho interno conforme al reglamento de arbitraje aplicable a la controversia. Los arbitrajes del CIADI se rigen por el artículo 42.1 del Convenio del CIADI que indica: “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”.<sup>54</sup> El derecho interno, por tanto, sería aplicable. Otros reglamentos de arbitraje otorgan discrecionalidad al tribunal para escoger la ley aplicable. Numerosos reglamentos dejan al tribunal escoger la ley aplicable que considere adecuada, en caso de ausencia de pacto entre las partes, entre ellos el artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el artículo 22.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. En estos casos, las partes deberán argumentar la pertinencia del derecho interno para decidir sobre la demanda reconvenional.

## V. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en materia de obligaciones medioambientales de los inversores

37. La existencia de una fuente sustantiva de obligaciones del inversor en materia medioambiental, sea en el derecho internacional o interno, no es suficiente para hacer valer estas obligaciones en el arbitraje de inversión. Se requerirá además un mecanismo procesal válido para hacer valer estas reclamaciones –la reconvenión– y que el tribunal arbitral tenga jurisdicción sobre dicha reconvenión.

38. Se podrían intentar eludir estos requisitos acudiendo a otro foro, pero los Estados cuentan con diversos motivos para querer hacer valer estas obligaciones en el ámbito del sistema del arbitraje de inversión, siendo un motivo destacado que cualquier decisión del tribunal arbitral será ejecutable conforme al Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York, lo cual proporciona ventajas frente a inversores extranjeros cuyos activos pueden estar localizados fuera de la jurisdicción de ese Estado. Esta ventaja práctica del arbitraje de inversión es clave frente a otros foros, como los tribunales nacionales de cada Estado. Igualmente, como destacan PERALES VISCASILLAS y FERNÁNDEZ-ARROYO, el sistema

---

tes habían dado su consentimiento explícito a la demanda reconvenional, y existía una voluntad mutua de resolver la cuestión medioambiental en el marco del arbitraje.

<sup>52</sup> Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991, art. X.5.

<sup>53</sup> J. P. BLASCO y F. VILLAGGI, “¿Un<Za defensa siciliana en el arbitraje de inversión? Análisis de la reconvenión como potencial acción de contraataque por parte de los Estados”, *Revista Argentina de Arbitraje*, nº12, 2023, p. 10; P. LALIVE y L. HALONEN, “On the Availability of Counterclaims”, en A.J. BELOHLÁVEK y N. ROZEHNALOVÁ (Coords.), *Rights of Host States Within the System of International Investment Protection*, Huntington, Juris Publishing, 2011, párr. 7.32;

<sup>54</sup> Convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965, art. 42.1.

del arbitraje de inversión ha experimentado un auge y éxito no previstos en sus inicios, y quizás su uso frecuente sea la mejor prueba de su valía como sistema de resolución de disputas.<sup>55</sup>

**39.** Otras ventajas son la economía y eficiencia procesales, en especial cuando la obligación medioambiental está relacionada con la inversión que está ya siendo debatida en el contexto de una demanda del inversor en el arbitraje. Los árbitros ya estarán familiarizados con la inversión, tendrán el conocimiento requerido específico para los complejos cálculos de daños y evaluación de la inversión, y además aunar la demanda y reconvencción en un mismo procedimiento simplifica el caso e incentiva la reducción de costes.<sup>56</sup>

**40.** Adicionalmente, la estrategia del Estado de utilizar la reconvencción para reclamar daños al medio ambiente causados por el inversor persigue una lógica transformativa del sistema de arbitraje de inversión. El arbitraje de inversión ha sido criticado por asimétrico, al contar fundamentalmente con obligaciones para Estados pero no para inversores, y procesalmente porque habitualmente son los inversores los únicos que pueden iniciar el arbitraje. El uso de la reconvencción, si se convierte en método sólido y eficaz de reclamar daños contra el inversor, restablecería el equilibrio y permitiría que el Estado no solo pudiese defenderse sino también contraatacar, mejorando a su vez la legitimidad del sistema de inversiones.<sup>57</sup>

**41.** En este apartado se analizará, en primer lugar, la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la reconvencción por daños medioambientales. La jurisdicción de un tribunal arbitral se fundamenta sobre el pilar esencial del consentimiento, y existen diversas formas para otorgar ese consentimiento. La jurisdicción, por tanto, puede argumentarse sobre distintas bases: una cláusula explícita en el acuerdo internacional de inversión, la cláusula general de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión, el reglamento de arbitraje aplicable a la controversia, o el consentimiento explícito del inversor.

## I. Cláusula explícita

**42.** Un número creciente de acuerdos internacionales de inversión están incorporando cláusulas que, explícitamente, permiten la reconvencción del Estado proporcionando por tanto la base para la jurisdicción. En el plano de los Tratados multilaterales, el artículo 28.9 del acuerdo de inversiones de COMESA establece que “*un Estado miembro contra el que un inversor del COMESA presente una reclamación en virtud del presente artículo podrá alegar como defensa, reconvencción, derecho de compensación u otra reclamación similar, que el inversor del COMESA que presenta la reclamación no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente acuerdo*”.<sup>58</sup> El artículo 43 del Código Panafricano de Inversiones también es un ejemplo relevante el permitir las reconvencciones de los Estados contra los inversores, en este caso por infracciones del Código, del derecho internacional o del derecho interno.<sup>59</sup>

**43.** Los tratados bilaterales de inversión, especialmente los de nueva generación, también proporcionan ejemplos en este sentido. El artículo 28.4 del TBI entre Argentina y EAU de 2018 y el artículo 14.3 del TBI entre Eslovaquia e Irán tienen de 2016 tienen provisiones similares permitiendo explícitamente la reconvencción.<sup>60</sup> No obstante, la mayoría de acuerdos internacionales de inversión en vigor no

<sup>55</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y P. PERALES VISCASILLAS, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, *Revista de Derecho Comparado*, nº 20, 2012, p. 59.

<sup>56</sup> F. MARISI, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2020, pp- 249-250.

<sup>57</sup> H. BUBROWSKI, “Balancing IIA Arbitration Through the Use of Counterclaims” en A. MESTRAL y C. LÉVESQUE (Coords.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 212-215.

<sup>58</sup> Acuerdo de inversiones para el mercado común del África oriental y meridional de 23 de mayo de 2007, art. 28.9.

<sup>59</sup> Código Panafricano de Inversiones de 31 de diciembre de 2016, art. 43.

<sup>60</sup> Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos de 16 de abril de 2018, art. 28.4.

tienen una cláusula explícita que otorgue jurisdicción sobre la demanda reconvenicional, destacando la necesidad de desarrollar estas provisiones en los acuerdos internacionales de inversión de nueva generación que están negociándose.<sup>61</sup>

### Cláusula general de resolución de disputas

44. Ante la falta de una cláusula específica sobre reconveniciones, el tribunal arbitral puede analizar su jurisdicción sobre la reconvenición en base a la cláusula general de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión. La cláusula de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión es la pieza esencial sobre la que se asienta el consentimiento del inversor al arbitraje, y dependiendo de su redacción específica, el tribunal puede dilucidar que existe un consentimiento implícito a la reconvenición.<sup>62</sup>

45. El tribunal en el caso *Urbaser c. Argentina* recurrió precisamente a la redacción de la cláusula general de resolución de disputas para establecer la jurisdicción. El TBI entre España y Argentina de 1991 establecía en su Artículo X que sometía a arbitraje “*controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo*”.<sup>63</sup> El tribunal consideró que dicha redacción era “*completamente neutral*” y por tanto indiferente respecto al demandante o demandado, sugiriendo que ambas partes podían recurrir al arbitraje como medio de resolución de disputas, permitiendo de forma implícita la reconvenición.<sup>64</sup> El tribunal por tanto aceptó la jurisdicción sobre la reconvenición.

46. El mismo razonamiento siguió el tribunal en *Aven c. Costa Rica* cuando Costa Rica presentó una demanda reconvenicional contra el inversor por daño medioambiental. El tribunal consideró que la redacción de la cláusula de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión era neutra y permitía la reconvenición, alegando además cuestiones de eficiencia y economía procesales.<sup>65</sup> Otros casos similares se han basado en asunciones de un acuerdo internacional de inversión y en su neutralidad en el lenguaje respecto a las partes para determinar que, en esos casos, la cláusula de resolución de disputas permite la reconvenición.<sup>66</sup>

47. Sin embargo, tal interpretación está lejos de ser unánime entre los tribunales arbitrales. Otras cláusulas de resolución de disputas con un lenguaje amplio se han considerado insuficientes para asumir el consentimiento implícito del inversor y por tanto han resultado en la declinación de la jurisdicción sobre la reconvenición. Por ejemplo, el artículo 8 del TBI entre Venezuela y Reino Unido de 1995 establece que “*la jurisdicción del tribunal arbitral estará limitada a determinar si ha existido una infracción de*

---

<sup>61</sup> Acuerdo entre la República de Eslovaquia y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 19 de enero de 2016, art. 14.3.

<sup>62</sup> G.E. GISMONDI, *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration: The Contribution of Host States' Argumentation in Re-Shaping International Investment Law*, Kluwer Law International, 2023, p. 61.

<sup>63</sup> A.M. STEINGRUBER, “Antoine Goetz and others v Republic of Burundi: Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations”, *ICSID Review*, n° 28, 2013, p. 294.

<sup>64</sup> Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991.

<sup>65</sup> Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1143. Respecto al consentimiento como pilar central del arbitraje y la difícil conceptualización del mismo, incluyendo en ocasiones presunciones legales en tratados de libre comercio, *vid.* P. PERALES VISCASILLAS, “La presunción legal de sometimiento al arbitraje”, en C.A. SOTO COAGUILA (Coord.), *Tratado de Derecho Arbitral*, Bogotá, Editorial Ibañez, pp. 145-163.

<sup>66</sup> Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso N° UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 692.

<sup>67</sup> Laudo del CIADI de 10 de noviembre de 2017, Caso N° ARB/12/1, *Tethyan Copper c. Pakistán*, párr. 1418; Laudo de 28 de abril de 2011, *Paushok c. Mongolia*, párr. 689.

las obligaciones de la Parte relevante respecto de cualquiera de sus obligaciones bajo este Acuerdo”.<sup>67</sup> A pesar del lenguaje neutro, el tribunal en el caso *Anglo American c. Venezuela* consideró que la cláusula era restrictiva, y que no solo impedía que el Estado demandase sino que además limitaba la jurisdicción del tribunal a las controversias ocasionadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado.<sup>68</sup>

48. En los casos limítrofes, la interpretación de la cláusula de resolución de disputas requiere un enfoque holístico, que considere la totalidad del acuerdo internacional de inversión en su contexto. En acuerdos internacionales de inversión donde las referencias a protección medioambiental estén relacionadas con la potestad regulatoria del Estado, será razonable asumir que se pretendía establecer una defensa para el Estado frente a una posible demanda por las obligaciones estatales, pero en la mayoría de los casos sería inadecuado interpretar una obligación para el inversor y por tanto una base jurisdiccional en la cláusula de resolución de disputas. Por ejemplo, el art. 26 del Tratado de la Carta de la Energía excluye las reconvencciones al someter a arbitraje las disputas por las infracciones de su Título III, que contiene exclusivamente obligaciones de los Estados, y por tanto una interpretación de la cláusula en su contexto nos indica que solo permite el arbitraje del inversor frente al Estado, sin reconvencciones, pues el arbitraje solo puede analizar las obligaciones del Estado.<sup>69</sup>

49. Finalmente, existen cláusulas de resolución de disputas cuya redacción protege a los inversores frente a potenciales reconvencciones. El artículo 9.1 del TBI entre Grecia y Rumanía de 1991 otorga consentimiento para el arbitraje solo para controversias “relacionadas con una obligación del Estado”, lo cual lógicamente se ha interpretado siguiendo su tenor literal como un rechazo a la reconvencción del Estado contra el inversor por obligaciones del inversor.<sup>70</sup> Pueden existir igualmente impedimentos menos expresos, por ejemplo, cuando la cláusula de resolución de disputas se refiere a una “medida”, palabra que en los acuerdos internacionales de inversión connota una conducta estatal y donde el arbitraje está dirigido a controlar dicha conducta estatal, en lugar de admitir reconvencciones por la conducta del inversor.<sup>71</sup>

### 3. Reglamento de arbitraje

50. Una línea minoritaria de la doctrina defiende que, al escoger un reglamento de arbitraje que permite la reconvencción, las partes implícitamente consienten la reconvencción y por tanto existe jurisdicción. La popularidad de esta teoría se atribuye a un voto particular del profesor W. Michael Reisman en el caso *Roussalis v Romania*, que no persuadió a sus compañeros de tribunal, y que hasta ahora no ha tenido gran éxito en la práctica arbitral.<sup>72</sup>

51. Para los arbitrajes en virtud del Convenio del CIADI, el artículo 46 del Convenio establece que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenccionales 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”, con redacción casi idéntica en el artículo 48.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El profesor Reisman propone que, dado que estas normas prevén de forma expresa la reconvencción, al designar estas normas en el acuerdo internacional de inversión las partes consienten la reconvencción.

<sup>67</sup> Acuerdo entre Reino Unido y la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones de 15 de marzo de 1995.

<sup>68</sup> Laudo del CIADI de 18 de enero de 2019, Caso N° ARB(AF)/14/1, *Anglo American c. Venezuela*.

<sup>69</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994.

<sup>70</sup> Laudo del CIADI de 7 de diciembre de 2011, Caso N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*, párr. 869.

<sup>71</sup> A.K. BJORKLUND, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, *Lewis & Clark Law Review*, n° 17, 2013, p. 463. Sin embargo, el tribunal en *Aven c. Costa Rica* consideró que la sección del acuerdo internacional de inversión que se refería a “medidas” medioambientales, aún al referirse a medidas estatales, establecía una obligación de cumplimiento del inversor y dicha obligación era arbitrable por medio de una demanda reconvenccional. Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso N° UNCT/15/3, *David Aven y otros c. República de Costa Rica*, párrs. 734-742.

<sup>72</sup> Voto disidente de W. Michael Reisman de 28 de noviembre de 2011, Caso del CIADI N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*.

52. El tenor literal del Convenio y las Reglas del CIADI refutan esta teoría, dado que se establece como condición indispensable que exista consentimiento de las partes para la reconvencción y que exista jurisdicción sobre la misma, sin poder ser estas normas por tanto la propia base para la jurisdicción. Por ejemplo, de forma similar, el artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI permite la reconvencción “*siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas*”. En el caso *Oxus Gold c. Uzbekistán* el tribunal arbitral razonó que el Reglamento de la CNUDMI no podía ser la base para la jurisdicción, y que solo pretendía establecer que las reconvencciones son admisibles cuando ya exista jurisdicción sobre ellas.<sup>73</sup> Por tanto, frente a la argumentación doctrinal, los tribunales arbitrales han sido reacios a admitir los reglamentos como base exclusiva para sustentar la jurisdicción.

53. La utilidad de los reglamentos puede consistir en una influencia más sutil cuando solo existe un consentimiento implícito para la jurisdicción sobre la reconvencción por la vía de la cláusula general de resolución de disputas, y entonces el reglamento refuerza la convicción del tribunal de que la reconvencción es un mecanismo procesal válido para que el Estado haga efectivas las obligaciones de los inversores. En este sentido actuó el tribunal en *Urbaser c. Argentina* cuando estableció la base de la jurisdicción sobre la redacción amplia de la cláusula de resolución de disputas del TBI entre España y Argentina de 1991,<sup>74</sup> y considerando que consistía en un arbitraje del CIADI, analizó también el artículo 46 y 25.1 del Convenio del CIADI para reforzar que el tribunal estaba capacitado para ejercer la jurisdicción sobre la reconvencción.<sup>75</sup>

### Consentimiento explícito del inversor

54. Finalmente, si no existe una base autónoma para la jurisdicción, esta se puede lograr posteriormente en el marco del procedimiento arbitral por medio del consentimiento explícito del inversor. De forma preliminar parecería poco plausible que el inversor consintiese la demanda reconvenccional del Estado, pero tal consentimiento fue precisamente la base de la jurisdicción en dos casos muy destacados por daños medioambientales, *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador*.<sup>76</sup> Para entender el contexto y las razones por las que un inversor podría otorgar el consentimiento, se requiere conocer el caso.

55. *Burlington* y *Perenco* son dos procedimientos arbitrales que comparten los mismos hechos. *Burlington* era una empresa americana y *Perenco* una francesa, países que habían firmado Tratados bilaterales de inversión con Ecuador. Los inversores alegaban que Ecuador les había expropiado al modificar sus derechos en los contratos que tenían en el país. Tras recibir la demanda, Ecuador descubrió que en las explotaciones de petróleo operadas por los inversores se había producido un vertido de petróleo que había inundado los terrenos y se había filtrado a las fuentes de agua. Estas explotaciones se encontraban además en los Andes, rodeada de pantanos y con potencial riesgo de contaminar el río Napo, siendo la zona de las explotaciones también una reserva indígena.<sup>77</sup>

56. Ante tales hechos, Ecuador presentó demandas reconvenccionales contra *Burlington* y *Perenco* en cada uno de los procedimientos. En *Burlington* las partes firmaron un acuerdo aceptando explícitamente la demanda reconvenccional. En *Perenco*, el inversor no recurrió la jurisdicción del tribunal respecto a la reconvencción, lo que equivale a prestar su consentimiento. Diversos motivos pueden explicar por qué los inversores aceptaron las reconvencciones. Los inversores pueden querer evitar ellos mismos

<sup>73</sup> Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párrs. 859-877.

<sup>74</sup> Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991.

<sup>75</sup> Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso nº ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1155.

<sup>76</sup> Laudo del CIADI de 7 de febrero de 2017, Caso Nº ARB/08/5, *Burlington c. Ecuador*; Decisión provisional del CIADI sobre la reconvencción arbitral de 11 de agosto de 2015, Caso Nº ARB/08/5, *Perenco c. Ecuador*.

<sup>77</sup> *Id.*

tener que acudir a la jurisdicción local, evitar la duplicidad de costes procesales, y resolver la controversia únicamente en un sistema en el que confíen. GISMONTI apunta que en estos casos, el contrato entre Ecuador y los inversores tenía una cláusula general de resolución de disputas para cualquier controversia, lo cual generaba oportunidades para Ecuador de obtener una base de jurisdicción autónoma (con la divergencia de opiniones que se ha expresado anteriormente), y esta circunstancia por tanto podría haber facilitado un acuerdo.<sup>78</sup> En la práctica, no son numerosos los ejemplos en los que un inversor da su consentimiento explícito, de forma posterior, a la demanda reconvenzional del Estado.<sup>79</sup>

El requisito adicional del nexo entre la reconvencción y la demanda

**57.** La reconvencción, además de estar bajo la jurisdicción del tribunal, debe tener conexión con la demanda del inversor, existiendo un nexo suficiente entre reconvencción y demanda. El requisito de la conexión o nexo entre reconvencción y demanda es un rasgo común en diversos sistemas jurídicos y ha sido avalado por distintos tribunales arbitrales, siendo una consecuencia lógica de la propia justificación de la existencia de la reconvencción, que son la eficiencia y economía procesales.<sup>80</sup>

**58.** El requisito del nexo puede ser clasificado como un requisito de jurisdicción o de admisibilidad, clasificación compleja y con importantes consecuencias. Generalmente, se puede considerar el requisito del nexo entre reconvencción y demanda como un requisito de admisibilidad, una cuestión adicional y separada de la jurisdicción. No obstante, existen dudas y potenciales confusiones cuando es el propio acuerdo internacional de inversión el que establece el requisito del nexo. Por ejemplo, el artículo 9.19.2 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 2018 establece que “*el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante*”.<sup>81</sup> Igualmente, el artículo 28.4. del TBI entre Argentina y EAU de 2018 Argentina-UAB BIT indica que se admite la demanda reconvenzional “*directamente relacionada*” con la controversia.

**59.** En estos casos en los que el acuerdo internacional de inversión establece el requisito del nexo, parte de la doctrina considera que podría tratarse de una cuestión de jurisdicción.<sup>82</sup> Ante el silencio del acuerdo internacional de inversión a este respecto, LALIVE, HALONEN y KJOS consideran el requisito del nexo entre reconvencción y demanda como una cuestión de admisibilidad, y no de jurisdicción.<sup>83</sup> La distinción entre jurisdicción y admisibilidad no es puramente teórica, sino que cuenta con relevancia práctica, dado que las decisiones del tribunal sobre jurisdicción pueden ser objeto de revisión pero no lo son aquellas sobre admisibilidad.<sup>84</sup>

**60.** En cualquier caso, la teoría prevalente es concebir el nexo como una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción. El tribunal arbitral en *Saluka c. República Checa* fue de los primeros en distinguir en el contexto del arbitraje de inversión entre las bases de la jurisdicción, vistas anteriormente, y el requisito adicional del nexo entre reconvencción y demanda.<sup>85</sup> Diversos tribunales arbitrales coinciden

<sup>78</sup> G.E. GISMONTI, *International Environmental Law...*, op. cit., p. 56.

<sup>79</sup> H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 133.

<sup>80</sup> Laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 12 de febrero de 1987, Caso N° 389, *Westinghouse c. Iran*, p. 3; D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, n° 31, 2014, p. 359; A. BILANOVÁ, “Environmental Counterclaims in Investment Arbitration”, *European Investment Law and Arbitration Review*, n° 5, 2020, p. 404.

<sup>81</sup> Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 8 de marzo de 2018, art. 9.19.2.

<sup>82</sup> P. LALIVE y L. HALONEN, “On the Availability of Counterclaims...”, op. cit., p. 141.

<sup>83</sup> *Id.*; H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, op. cit., p. 147.

<sup>84</sup> J. PAULSSON, “Jurisdiction and Admissibility” en G. AKSEN y R. BRINER (Coords.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, París, ICC Publishing, 2005, p. 601.

<sup>85</sup> Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenzional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párrs. 61-63.

en esta clasificación del requisito del nexo como un principio general a satisfacer.<sup>86</sup>

61. El nexo suele definirse como una “conexión estrecha” entre la demanda y la reconvencción, pero el significado concreto de este requisito es ambiguo y probablemente sea difícil de alcanzar una definición universal debido a la necesidad de analizar el nexo caso por caso.<sup>87</sup> De forma general se distinguen dos corrientes en la interpretación del nexo, según requieran: 1) Nexo legal, en su interpretación más estricta, o un 2) Nexo fáctico, en una interpretación menos exigente del requisito.

## 1. Nexo legal

62. Algunos tribunales arbitrales han requerido que la demanda y la reconvencción compartan la misma base o nexo legal, es decir, el acuerdo internacional de inversión. De forma efectiva este requisito impide al Estado presentar una demanda reconvenccional basada exclusivamente en su derecho interno.<sup>88</sup> El caso emblemático que estableció este requisito fue *Paushok c. Mongolia*, donde el tribunal expresó que no existe una conexión estrecha entre reconvencción y demanda cuando la reconvencción se basa en cuestiones cubiertas en el derecho interno del Estado demandado.<sup>89</sup> En ese caso, la reconvencción incluía alegaciones de infracción del derecho fiscal del Estado demandado, y el tribunal consideró que estas pertenecían a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado demandado, estaban gobernadas por el derecho administrativo del Estado, y no podían ser consideradas “una parte indivisible de las alegaciones del demandante basadas en el Acuerdo bilateral y el Derecho internacional”.<sup>90</sup> Otros tribunales arbitrales han avalado esta interpretación restrictiva del nexo.<sup>91</sup>

63. Para establecer este requisito, *Paushok* expandió la interpretación y razonamiento de un precedente anterior, *Saluka c. República Checa*. En *Saluka*, el inversor era accionista de un banco que era parcialmente propiedad del Estado, y el inversor interpuso una demanda por la administración y la venta de activos de ese banco. El Estado interpuso una demanda reconvenccional alegando que el inversor había infringido la regulación estatal en materia de derecho contractual, financiero, y de la competencia. El tribunal en *Saluka* destacó que la reconvencción no formaba parte indivisible de la demanda, ni tampoco existían un origen común ni fuentes idénticas entre ambas, y por tanto las alegaciones de la reconvencción debían resolverse frente los tribunales nacionales del Estado conforme a su derecho interno, no mediante los procedimientos de arbitraje del mecanismo internacional de protección de inversiones.<sup>92</sup>

64. Sin embargo, *Saluka* se basaba en una serie de precedentes no aplicables a todos los arbitrajes de inversiones, en concreto en precedentes basados en acuerdos con un lenguaje mucho más restrictivo respecto al nexo o en precedentes CIADI pero basados en el contrato y no en el acuerdo de inversiones, existiendo por tanto una base jurídica muy diferenciada en *Saluka* y los precedentes que fundamentaban su razonamiento.<sup>93</sup> Por este motivo, *Paushok* ha sido criticado al razonar la aplicación universal del requisito de nexo legal a todos los arbitrajes de inversiones, basándose únicamente en *Saluka* cuya aplicabilidad a los casos con acuerdos internacionales de inversión no era clara o automática.<sup>94</sup>

<sup>86</sup> Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párr. 940; Laudo del CIADI de 4 de octubre de 2013, Caso N° ARB/10/3, *Metal-Tech c. Uzbekistán*, párr. 407; Laudo del CIADI de 10 de febrero de 1999, Caso N° ARB/95/3, *Goetz c. Burundi*.

<sup>87</sup> Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenccional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párrs. 61-63.

<sup>88</sup> D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 382.

<sup>89</sup> Laudo de 28 de abril de 2011, *Paushok c. Mongolia*, párr. 693.

<sup>90</sup> *Id.*, párrs. 694-695.

<sup>91</sup> Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párr. 954.

<sup>92</sup> Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenccional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párr. 79.

<sup>93</sup> Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 260-262.

<sup>94</sup> D. Prasad, “The ‘Close Connection’ Test and State Counterclaims in Investment Arbitration: When Is ‘Close’ Close Enough?”, *Magna Carta Magazine*, n° 48, 2017, p. 12.

65. Otros tribunales, aunque han considerado que sí existe un requisito de nexo legal, han interpretado dicho requisito de forma muy laxa. Por ejemplo, en *Tethyan c. Pakistán* el tribunal consideró que la conexión estrecha entre reconvencción y demanda dependía del nexo legal entre ambas, pero interpretó que se cumplía tal conexión cuando la demanda requería analizar el contexto contractual y regulatorio en el que se basaba la reconvencción.<sup>95</sup> La interpretación es muy abierta y distinta a *Paushok* donde se exigía la misma base legal, es decir, el acuerdo internacional de inversión y el derecho internacional.

66. Existen argumentos adicionales para desaconsejar la interpretación del nexo como un nexo legal donde la reconvencción y la demanda comparten la misma base jurídica. De forma destacada, parte de la doctrina ha argumentado que es un requisito creado únicamente por los tribunales arbitrales sin una fundamentación adecuada en los acuerdos internacionales de inversión o fuentes similares.<sup>96</sup> Además, un requisito de nexo tan estricto para la reconvencción va en detrimento de la eficiencia y economía procesales.<sup>97</sup> Para la compensación por daños medioambientales al Estado, el requisito de nexo legal puede dificultar significativamente la reconvencción, ya que las obligaciones medioambientales no suelen recogerse en el acuerdo internacional de inversión.<sup>98</sup>

## 2. Nexo fáctico

67. En lugar de un nexo legal, se podría requerir solo un nexo fáctico, para definir esa conexión estrecha entre la demanda y la reconvencción. El caso *Urbaser c. Argentina* se centró en este nexo fáctico. La demanda se basaba en la modificación del régimen fiscal argentino, que había impactado negativamente al inversor. La reconvencción se centraba en cómo la falta de inversión en los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado había impactado el acceso de la población al agua. En su razonamiento, el tribunal arbitral consideró que existía un nexo porque ambas reclamaciones se centraban en la misma inversión, obviando la base legal para este requisito y centrándose en la relación entre los hechos alegados en la demanda y en la reconvencción. El tribunal además añadió que si las alegaciones de la reconvencción se resolviesen de forma separada ante la jurisdicción nacional de Argentina, se correría el riesgo de alcanzar resultados inconsistentes, lo cual va en contra de una administración razonable de la justicia.<sup>99</sup>

68. La diferencia entre el nexo legal y el nexo fáctico se revela clave para un tratamiento más permisivo de la reconvencción. En *Goetz c. Burundi* la demanda reclamaba contra el Estado por suspender el certificado de empresa en zona franca, mientras que la reconvencción se basaba en argumentos de derecho fiscal y en alegaciones de competencia desleal. El tribunal siguió el criterio del nexo fáctico y consideró que las demandas reconvenzionales estaban directamente relacionadas con la materia de la controversia y por tanto eran admisibles.<sup>100</sup> Es notable como este precedente diverge del razonamiento de *Paushok*, donde la reconvencción en materia fiscal no se consideró conexa a la demanda por tener una base legal distinta.<sup>101</sup>

69. En el contexto de los arbitrajes del CIADI, la interpretación de un nexo fáctico, y no legal, se apoya además en la intención original de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1968, cuya nota explicativa indicaba que el requisito de que las reconvenziones estuvieran directamente relacionadas con el objeto de la disputa se refería a una “*conexión fáctica*”, con el objeto de resolver todas las bases de la controversia que derivaban de una misma materia.<sup>102</sup> La doctrina igualmente ha favorecido que se

<sup>95</sup> Laudo del CIADI de 10 de noviembre de 2017, Caso N° ARB/12/1, *Tethyan Copper c. Pakistán*, párr. 1414.

<sup>96</sup> D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 379; H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, op. cit., p. 384.

<sup>97</sup> Voto disidente de W. Michael Reisman de 28 de noviembre de 2011, Caso del CIADI N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*.

<sup>98</sup> Vid. *supra* apartado III.1.

<sup>99</sup> Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1155.

<sup>100</sup> Laudo del CIADI de 10 de febrero de 1999, Caso N° ARB/95/3, *Goetz c. Burundi*, párr. 285.

<sup>101</sup> Vid. *supra* apartado VI.1.

<sup>102</sup> Reglas de Arbitraje del CIADI de 1968, Doc. CIADI/4/Rec. 1, nota explicativa al art. 40.

requiera un nexo fáctico, pero no legal, o al menos una versión más abierta y menos restrictiva del nexo legal como en *Tethyan*.<sup>103</sup>

70. En resumen, el nexo entre la reconvencción y la demanda es un requisito que debe incluir, como mínimo, una conexión de hecho entre ambas. Algunos tribunales arbitrales pueden requerir adicionalmente un nexo legal entre ambas, con variaciones sobre la interpretación de lo que significa un nexo legal. La falta de unanimidad en los precedentes y la doctrina, y la necesidad de analizar cada caso en su contexto, añade riesgo de inadmisión a la demanda reconvenccional por daños medioambientales.

## VII. Dificultades adicionales para el cumplimiento efectivo de las obligaciones medioambientales del inversor

71. La demanda reconvenccional por daños medioambientales, tras haber satisfecho los pilares sustantivos y procesales expuestos, todavía podría enfrentarse a obstáculos adicionales, particularmente respecto a la efectividad de la reconvencción frente a la empresa matriz y a la concreción y prueba de los daños medioambientales.

72. Una primera barrera es la efectividad de la reconvencción frente a la empresa matriz. MARISI es escéptica respecto a la validez del consentimiento del inversor, fundamento de la jurisdicción, para posteriormente ejecutar el laudo contra la empresa matriz si el inversor no tiene suficientes activos en la jurisdicción del Estado que interpone la reconvencción. La empresa matriz podría argumentar que el principio de responsabilidad limitada del derecho de sociedades impide este tipo de ejecución.<sup>104</sup>

73. El arbitraje de inversión tendría distintos mecanismos para aplicar una doctrina del levantamiento del velo que permitiese la efectividad de la reconvencción por daños medioambientales, haciendo a la empresa matriz parte del arbitraje. Por ejemplo, en el contexto de arbitrajes del CIADI, existe experiencia previa argumentado que el control efectivo de la empresa matriz sobre su empresa filial permite levantar el velo.<sup>105</sup> El Estado deberá tener en cuenta estas estrategias durante el procedimiento arbitral para obtener una jurisdicción clara que tenga como consecuencia una reconvencción efectiva.

74. Una segunda cuestión, de incluso mayor importancia, es la concreción y prueba de los daños medioambientales. El caso de *Aven c. Costa Rica* ejemplifica las dificultades añadidas de la reconvencción por daños medioambientales. En *Aven*, Costa Rica hizo una referencia genérica al daño medioambiental causado por el inversor, sin detalles sobre los hechos. Costa Rica argumentaba que era aplicable el principio de precaución del derecho internacional, citando el Principio 15 de la Declaración de Río que establece “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.<sup>106</sup> Costa Rica argumentaba dicho principio precautorio como una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponda al inversor demostrar que no ha causado daño medioambiental.

<sup>103</sup> Z. DOUGLAS, “The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration”, en P.M. DUPUY Y J. VIÑUALES (Coords.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 430; D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT Y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 389.

<sup>104</sup> F. MARISI, *Environmental Interests in Investment Arbitration...*, op. cit., p. 249. Respecto a la interacción entre el arbitraje y el Derecho societario en España, vid. J.M. RAMÍREZ CIRERA, “La admisibilidad de los Convenios Arbitrales ‘extraestatutarios’ para la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales”, *Iurgium*, n° 48, 2023, pp. 127-146.

<sup>105</sup> Y. KRYVOI, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, *Global Business Law Review*, n° 1, 2010, p. 169; S.K. ALSHARAF, “Regulating Multinational Corporations in International Investment Law and Arbitration: Towards Limiting the Treaty Shopping”, *Maurer Theses and Dissertations*, n° 87, 2020.

<sup>106</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992, Doc A/CONF.151/26/Rec.I, Principio n° 15.

75. La argumentación adolecía de diversos fallos. La interpretación del principio precautorio como inversión de la carga de la prueba es una cuestión controvertida en el derecho internacional, y la opinión mayoritaria es que no existe tal inversión de forma completa. En el caso *Pulp Mills*, la Corte Internacional de Justicia abordó el principio de precaución y la inversión de la carga de la prueba. La Corte Internacional de Justicia dictaminó que la aplicación del principio de precaución no invertía la carga de la prueba, por lo que seguía correspondiendo a Argentina demostrar que el funcionamiento de las plantas de celulosa de Uruguay perjudicaría significativamente al medio ambiente.<sup>107</sup> Sin embargo, en su voto particular, el juez Weeramantry llegó a una conclusión distinta en el caso de los *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*. El juez razonó que considerando que Francia estaba “*en posesión de la información real, tenía el deber de impedir, con carácter provisional, la amenaza de degradación del medio ambiente, hasta que se dispusiera de todas las pruebas científicas que refutaran el argumento de Nueva Zelanda*”.<sup>108</sup> En una línea similar, el voto particular del juez Wolfrum del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto de la planta *MOX (Irlanda c. Reino Unido)* proporciona un apoyo adicional a la inversión de la carga de la prueba, al señalar que “*un Estado interesado en emprender o continuar una actividad concreta tiene que demostrar que no causará ningún daño, en lugar de que la otra parte tenga que demostrar que causará un daño*”.<sup>109</sup> Por tanto, no está claro que se pueda invertir la carga de la prueba. Aún más, este principio está diseñado para ser aplicado a Estados, por lo que surgen de nuevo dudas sobre el nivel de aplicación de un principio de derecho internacional público a un inversor.

76. Costa Rica también alegó el artículo 109 de su Ley de Biodiversidad, que establece que “*La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental*”.<sup>110</sup> Aquí sí se establecía una inversión clara, pero pertenecía al derecho interno, con lo cual creaba dudas acerca de la admisibilidad del derecho interno no ya como fuente de las obligaciones sustantivas del inversor sino ante una cuestión procedimental en cuanto a la carga de la prueba en el contexto de un arbitraje de inversión que estaba gobernado por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

77. El tribunal arbitral en *Aven* evitó adentrarse en las dificultades de los argumentos jurídicos del principio precautorio y la aplicabilidad de una inversión de la carga de la prueba establecida en el derecho interno, e inadmitió la reconvencción de Costa Rica en base a una cuestión más elemental: la falta de especificidad en los hechos, en la cuantificación de daños y en la compensación requerida, de forma que se incumplía el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>111</sup>

78. La demanda reconvenicional, por tanto, ha de tener un grado suficiente de especificidad y de prueba respecto a los daños medioambientales, siendo arriesgo pretender una alegación genérica en base a una supuesta inversión de la carga de la prueba. A estos efectos, hay que aclarar los hechos concretos del inversor que han dado lugar al daño medioambiental, una petición concreta de compensación, y la metodología para calcular dicha compensación. La reconvencción deberá basarse para ello en el estándar legal aplicable a la compensación. El estándar aplicable al remedio está vinculado al ordenamiento jurídico del que emanan las obligaciones del inversor respecto del medio ambiente. En el derecho nacional, cada fuente establecerá su propio estándar. En el derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia confirmó recientemente en el caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua* que el daño medioam-

<sup>107</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010, asunto *Pulp Mills (Argentina c. Uruguay)*, párr. 204.

<sup>108</sup> Voto particular del juez Weeramantry en la Corte Internacional de Justicia de 20 de diciembre de 1974, asunto *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, p. 343.

<sup>109</sup> Voto particular del juez Wolfrum en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 3 de diciembre de 2001, asunto *MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*, p. 134.

<sup>110</sup> Ley n° 7788 de 30 de abril de 1998 de Biodiversidad, *Diario Oficial La Gaceta* n° 101 de 27 de mayo de 1998, art. 109.

<sup>111</sup> Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párrs. 744-747.

biental es compensable.<sup>112</sup> Ante unas obras y excavaciones que habían dañado una zona protegida de humedales, la Corte consideró que para los hechos internacionalmente ilícitos gobernaban los principios de derecho internacional, incluido el principio de reparación íntegra.<sup>113</sup> El principio de reparación íntegra de los daños medioambientales supone medidas activas de reparación “*para devolver al medio ambiente a su estado previo, en la medida de lo posible*”.<sup>114</sup>

**79.** Es necesario profundizar aún más, y especificar en la reconvención la metodología concreta que se pretende utilizar. El mismo caso de la Corte Internacional de Justicia ilustra las dificultades en la metodología, especialmente cuando el daño alegado se refiere al cambio climático. Por un lado, se argumentó un “enfoque ecosistémico”, considerando que la degradación medioambiental causada por un inversor socavó los servicios de regulación del clima generados por los ecosistemas afectados. Por ejemplo, un bosque es un ecosistema que regula naturalmente el clima mediante la captura y almacenamiento de las emisiones de carbono, por lo que el daño al bosque debe medirse respecto a la capacidad reducida del ecosistema de regular el clima.<sup>115</sup> Un método alternativo es el enfoque de los “costes de reposición”, que considera como compensación adecuada el precio a pagar para preservar un área equivalente hasta que los servicios proporcionados por dicha área se hayan recuperado.<sup>116</sup> Incluso dentro de cada uno de los enfoques, existen diversas maneras de cálculo del mismo.

**80.** En definitiva, la reconvención por daños medioambientales debe contener una descripción fáctica detallada de los hechos que originaron los daños y una cuantificación de los daños que justifique la pretensión del Estado. Respecto a esta cuantificación de los daños, la Corte Internacional de Justicia ha clarificado que el derecho internacional no obliga a utilizar una única metodología, y que la metodología correcta depende de cada caso. Por tanto, cada reconvención que se base en derecho internacional puede argumentar su propia metodología. El Estado sí debe, dentro de esta libertad, escoger de forma clara y precisa un enfoque, y, dentro de él, una metodología concreta con una propuesta detallada de la compensación por daños medioambientales, lo cual probablemente requerirá periciales económicas y científicas.

### VIII. Conclusiones

**81.** La crisis de legitimidad del arbitraje de inversión, en la que destacan las críticas por la asimetría entre inversores y Estados y el impacto de los inversores en la transición ecológica, requiere propuestas concretas e individualizadas para la evolución del sistema. Un modelo de obligaciones medioambientales de los inversores y un mecanismo procesal para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones ante los tribunales arbitrales ofrecen conjuntamente una oportunidad de reforma para confrontar las críticas y preservar el valor único del arbitraje de inversión.

**82.** Las obligaciones medioambientales de los inversores, históricamente poco relevantes o inexistentes, están adquiriendo una creciente importancia a través del ordenamiento jurídico internacional o interno. En el plano internacional, su inclusión en los acuerdos internacionales de inversión es escasa pero con una tendencia creciente a su incorporación en los acuerdos de nueva generación, lo cual inspira la redacción de los futuros modelos de obligaciones vinculantes y concretas. Ante la falta

---

<sup>112</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de diciembre de 2015, caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, párr. 41.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Id.*, párr. 32. Sobre las complejidades para discernir el significado del principio de reparación íntegra en el ordenamiento jurídico internacional, *vid.* A. BARNES, “Fair compensation: reality or aspiration in international law”, *European Society of International Law Working Paper 2024/02*, pp. 1-3; L. KONG y Y. ZHAO, “Remedying the environmental impacts of war: Challenges and perspectives for full reparation”, *International Review of the Red Cross*, n° 105, 2023, pp. 1441-1462;

<sup>115</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de diciembre de 2015, caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, párr. 46.

<sup>116</sup> *Id.*, párrs. 49-51.

de obligaciones explícitas en el acuerdo de inversión, la constante evolución del derecho internacional en materia medioambiental y las características normas de derecho aplicable del arbitraje de inversión podrían exponer a los inversores a ciertas obligaciones de carácter internacional. En el plano del derecho interno la incorporación explícita de las normas nacionales en el acuerdo internacional de inversión, la cláusula paraguas y la cláusula de ley aplicable otorgan oportunidades limitadas pero realistas, con diversa tasa de éxito, para que los tribunales arbitrales puedan considerar las normas nacionales en materia medioambiental.

**83.** La existencia de una fuente sustantiva de obligaciones del inversor en materia medioambiental no es suficiente para hacer valer estas obligaciones en el arbitraje de inversión. Se requiere además que el tribunal arbitral tenga jurisdicción para dirimir estas cuestiones, expresadas a través de una demanda reconvenional del Estado. La jurisdicción puede obtenerse a través de una cláusula explícita, de una cláusula general de resolución de disputas o, bajo un argumento tenue y minoritario, a través del reglamento de arbitraje. El inversor puede también prestar su consentimiento explícito para otorgar la jurisdicción, una alternativa observada de forma limitada y aparentemente sorprendente en la práctica, que puede explicarse por la creciente importancia de la conciliación en el marco del arbitraje de inversión y las eficiencias procesales que genera la demanda reconvenional.

**84.** Adicionalmente, además de la jurisdicción del tribunal arbitral, como requisito de admisibilidad se deberá probar un nexo entre la reconvenición en materia medioambiental y la demanda del inversor. El requisito del nexo exige en su mínima expresión una conexión de hecho entre la inversión fruto de la controversia y los daños medioambientales, y para los tribunales arbitrales más taxativos, un nexo legal cuya interpretación es ambigua pero generalmente restrictiva. Tras haber satisfecho los pilares sustantivos y procesales expuestos, todavía podría enfrentarse a obstáculos adicionales, particularmente respecto a la efectividad de la reconvenición frente a la empresa matriz y a la concreción y prueba de los daños medioambientales.

**85.** Un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores que erosione la asimetría del arbitraje de inversión es un horizonte actualmente complejo por la multitud de obstáculos interpuestos para su funcionamiento efectivo ante los tribunales arbitrales. El análisis de los diversos requisitos de carácter sustantivo y procesal revela, sin embargo, potenciales vías para su inclusión en el sistema de forma jurídicamente rigurosa. La futura renovación y negociación de los acuerdos internacionales de inversión presenta la mejor oportunidad en este ámbito mediante una redacción adecuada que elimine diversas barreras. De forma alternativa, los tribunales arbitrales han flexibilizado los requisitos dentro de su amplio margen de actuación, posibilidad que persiste para futuras controversias pero genera el riesgo de inconsistencias entre los laudos. El presente debate abierto sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados debe actuar sobre estas oportunidades disponibles para legitimar y pacificar la conflictiva relación entre medio ambiente y arbitraje de inversión.