

DE UN ARBITRAJE COMERCIAL A UN ARBITRAJE DE INVERSIONES

GERARD SARTORIO TEIXIDÓ

Socio director de Sartorio Abogados (Barcelona)

JORDI SELLARÉS SERRA

Secretario General del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional (Barcelona)

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Junio 2023

Págs. 121-136

Resumen: Los autores examinan los hitos procesales de una controversia entre un inversor holandés y una familia mexicana, que se resolvió en varias jurisdicciones y ante órganos judiciales, arbitrales y administrativos de toda índole. Singularmente, la disputa fue objeto de un arbitraje comercial con sede en Ciudad de México que, ante la imposibilidad de ejecución del laudo ante los órganos judiciales mexicanos causada por resoluciones que fueron tachadas de corruptas, se «convirtió» en un arbitraje de inversiones; al reprocharse por parte del inversor holandés que México había incurrido en una vulneración del trato justo y equitativo al que tenía derecho conforme a un tratado de protección de inversiones bilateral.

Palabras clave: Arbitraje – Corrupción – Medidas cautelares – Ejecución de laudo – Estrategia procesal.

Abstract: The authors examine the procedural milestones of a dispute between a Dutch investor and a Mexican family, which was resolved in various jurisdictions and before judicial, arbitral and administrative bodies of all kinds. In particular, the dispute was the subject of a commercial arbitration based in Mexico City which, given the impossibility of enforcing the award before Mexican judicial bodies due to rulings that were branded as corrupt, was converted into an investment arbitration, with the Dutch investor claiming that Mexico had violated the fair and equitable treatment to which it was entitled under a bilateral investment protection treaty.

Keywords: Arbitration – Corruption – Interim measures – Award enforcement – Procedural strategy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Referencias*. II. LA INVERSIÓN. III. LA DISPUTA ENTRE PARTICULARES. IV. EL ARBITRAJE COMERCIAL. 1. *Interposición de acciones legales por parte del Inversor*. 2. *La defensa inicial del Accionista*. 3. *La resolución del arbitraje comercial*. V. LA EJECUCIÓN DE LAUDO: VULNERACIONES DE LOS DERECHOS DEL INVERSOR. 1. *Primera revocación de medidas cautelares*. 2. *Segunda revocación de medidas cautelares*. 3. *Abstención de investigación sobre delitos cometidos por el Accionista*. VI. DE UN ARBITRAJE COMERCIAL A UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN. 1. *Antecedentes de referencia para el Inversor*. 1.1. Base de la reclamación. 1.2. ¿*Probatio diabolica?* 1.3. *Sucinta conclusión*. 2. *Planteamiento de una controversia frente a México*. 3. *Reacción de México*. VII. RESOLUCIÓN DE LA DISPUTA Y REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. REFERENCIAS

El presente artículo tiene por objeto describir y compartir reflexiones sobre una disputa en la cual un arbitraje comercial, y su *conversión* en un arbitraje de inversiones, contribuyeron a que un inversor extranjero combatiera con éxito la perversa alianza que una empresa local y un poder judicial corrupto (también local) urdieron para perjudicar sus intereses.

El enfoque de este trabajo será eminentemente práctico. Acaso las lecciones extraídas de este caso, que como veremos, serán más bien estratégicas que técnicas, puedan, eventualmente, ser mínimamente útiles para un asesor o un inversor que se vean en la desesperada necesidad de combatir a una contraparte que no solo *juega en casa*, si no que, además, cuenta con el apoyo ilegítimo de los poderes de un Estado.

II. LA INVERSIÓN

El objeto de la inversión extranjera fue la sociedad «CERVEZA PICANTE, S.A.P.I. de C.V.» (en adelante, la «Compañía»)¹, una compañía mexicana con sede en Hermosillo (Sonora) que venía explotando un negocio cervecero desde hacía más de 70 años. Sus accionistas eran la tercera generación de una familia de larga tradición cervecera, cuyos miembros se habían dedicado casi en su integridad al negocio familiar desde hacía décadas (les llamaremos conjuntamente el «Accionista»).

El 23 de marzo de 2013, un inversor holandés (el «Inversor») adquirió acciones representativas del 26,00 % del capital social de la Compañía (las «Acciones»). Adicionalmente, para una mayor alineación de intereses con el Accionista local, el Inversor adquirió una cuota de copropiedad del 26,00 % de los inmuebles en que radicaban la fábrica y el resto de los bienes productivos

1. Con el ánimo de preservar la anonimidad de la disputa, se ha alterado la denominación de la Compañía.

de la Compañía (los «Inmuebles»). En adelante, nos referiremos a todo ello como la «Inversión».

Como es habitual en este tipo de operaciones, la Inversión conllevó la suscripción de un Convenio entre Accionistas (el «Convenio») que, junto con una reforma de los estatutos sociales de la Compañía, estableció un régimen societario cuya finalidad era que las cuestiones y decisiones más relevantes que se adoptaran en el seno de la sociedad requirieran el visto bueno del Inversor.

A tal efecto, se establecieron mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos por parte de la asamblea general de accionistas² y por parte del consejo de administración relativos a cuestiones como la aprobación de un plan de negocios anual, la suscripción de préstamos u otros contratos de cuantía relevante, la designación y destitución de «ejecutivos de primer nivel» –inclusive del director general–. Adicionalmente y para una mayor garantía del cumplimiento de las obligaciones del Convenio, se estableció el nombramiento de mutuo acuerdo de un auditor interno que velaría porque se respetaran los acuerdos alcanzados.

Como mecanismo *de cierre*, se estableció que, en caso de que el Accionista incurriera en mala fe o dolo, el Inversor ostentaría un derecho de venta de sus acciones a un precio *de castigo*, esto es, a un precio equivalente al importe de la Inversión con un determinado retorno anualizado neto.

III. LA DISPUTA ENTRE PARTICULARES

En un primer momento, la Inversión dio buenos resultados. Los recursos y experiencia aportados por el Inversor permitieron que la empresa prosperara, en beneficio del Inversor y especialmente del Accionista, puesto que este último seguía ostentando una mayoría del 74,00 % del capital social de la Compañía.

Como es lógico, junto con su aportación a la Compañía, el Inversor tenía la expectativa de que la gestión de la empresa se profesionalizara, para asegurarse de que los recursos aportados se destinaban a la finalidad pactada –el buen fin de la Compañía– y, en definitiva, para salvaguardar sus intereses.

Transcurridos aproximadamente tres años desde el inicio de la Inversión, se inició un conflicto. En esencia, se constató la imposibilidad de conciliar la profesionalización de la Compañía (pretendida por el Inversor) con la filosofía de gestión distendida a la que el Accionista local venía acostumbrado. Al fin

2. Órgano societario análogo a la junta general de accionistas en Derecho español.

y al cabo, la familia llevaba décadas al frente de la empresa sin responder ante terceros.

La situación derivó en lo que podríamos denominar un *golpe de estado* en el seno de la Compañía por parte del Accionista, que se inició con el despido del director general de la empresa –sin el preceptivo consentimiento del Inversor– el 28 de febrero de 2016³.

A dicha actuación le siguió, el 13 de abril de 2016, un informe del auditor interno de la Compañía, en el cual se ponían de manifiesto incumplimientos sistemáticos del Convenio cometidos por parte del Accionista: realización de gastos no autorizados, suscripción de operaciones no autorizadas, aprobación de incrementos de salarios a familiares y partes vinculadas del Accionista no autorizados, entre otros. A la emisión del informe, el 13 de mayo de 2016, le siguió el despido del auditor –también sin el preceptivo consentimiento del Inversor–.

En este ínterin, el Inversor remitió diversas comunicaciones al Accionista advirtiéndolo de los incumplimientos del Convenio. Todas ellas fueron rechazadas. Ante la imposibilidad de solventar la disputa, el 1 de mayo de 2016 el Inversor terminó viéndose obligado a ejercer el derecho de venta con precio *de castigo* al que nos referíamos anteriormente; reclamando el pago de 123.963.525,81 MXN\$⁴, de conformidad con el método de cálculo previsto en el Convenio.

Como represalia, el Accionista promovió la celebración de hasta cuatro asambleas generales de accionistas en las cuales se adoptaron una serie de acuerdos con el ánimo de dar cobertura legal a su conducta. En esencia, pretendió (i) revocar las modificaciones estatutarias aprobadas con la Inversión, (ii) dejar sin efecto el Convenio, (iii) revocar los nombramientos de miembros de órganos rectores de la Sociedad afines al Inversor y (iv) despedir a ejecutivos cuya contratación había sido consensuada con el Inversor. Finalmente, el Accionista promovió la expulsión del Inversor de la Sociedad.

Estas asambleas generales de accionistas pasaron inadvertidas al Inversor. No por su desidia, si no por el hecho de que todas ellas fueron convocadas infringiendo el régimen de convocatoria que se había establecido en el Convenio y en las modificaciones estatutarias adoptadas en el momento de suscribirse la

3. Esta situación es una de las más temidas por inversores extranjeros que participan en negocios con socios locales. Habitualmente, en un contexto de disputa, al socio local siempre le será más fácil hacerse con el control de la compañía, inclusive si ello no pudiera parecer posible desde el punto de vista estrictamente jurídico (por ejemplo, porque no ostenta una mayoría en el capital social); por circunstancias culturales, de arraigo, y logísticas (distancia, idioma, etc.). Es por ello por lo que el inversor siempre debe promover un régimen contractual que le permita *salir* de la inversión si es necesario (por ejemplo, con una opción de venta forzosa).

4. Aproximadamente 6.270.000,00 €.

Inversión; de tal manera que no tuvo conocimiento de su celebración. Así, en lugar de convocarse mediante correo electrónico y correspondencia postal individualizada (que era régimen pactado), se convocaron publicando anuncios en periódicos locales, a los que, lógicamente, un Inversor holandés no pudo tener acceso.

Desde la celebración de estas asambleas generales, el Accionista y la Compañía pasaron a comportarse como si el Convenio no existiera, y como si el Inversor ya no fuera titular de acciones representativas del 26,00 % del capital social de la Compañía, o lo que es lo mismo, como si la Inversión nunca hubiera tenido lugar (pese a que en ningún momento estuvieron dispuestos a devolver o compensar los fondos y recursos aportados por el Inversor). Aprovechando su posición privilegiada –recordemos que la familia del Accionista local venía regentando la empresa desde hacía décadas–, el Accionista tomó, *de facto*, el control absoluto de la empresa, lo cual implicó un despojo total de los derechos políticos y económicos del Inversor respecto de la Compañía.

IV. EL ARBITRAJE COMERCIAL

1. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES LEGALES POR PARTE DEL INVERSOR

Ante la conducta del Accionista, el 28 de junio de 2016 el Inversor formuló una solicitud de arbitraje institucional al amparo de una cláusula de sumisión arbitral contenida en el Convenio (con sede en Ciudad de México).

Adicionalmente, y por el temor de que el Accionista pudiera llevar a cabo actos de despatrimonialización con la finalidad de frustrar la eventual ejecución del laudo; el Inversor promovió ante el Juzgado Decimocuarto de Distrito en Materia Civil de Ciudad de México (el «Juzgado de Distrito en Materia Civil»)⁵ el otorgamiento de medidas cautelares en apoyo al proceso arbitral. En particular, instó que cautelarmente se prohibiera al Accionista y a la Compañía la enajenación de sus activos más relevantes: las fórmulas y recetas de las cervezas de la empresa, las marcas, los Inmuebles, y las acciones de la Compañía.

2. LA DEFENSA INICIAL DEL ACCIONISTA

El 12 de agosto de 2016, el Accionista presentó su contestación a la solicitud de arbitraje e inició una serie de actuaciones encaminadas a entorpecer su avance. Significativamente, cuestionó la validez del convenio arbitral, arguyendo que, como el Convenio había sido dejado sin efectos por un acuerdo de la asamblea general de accionistas de la Compañía –a la que, gracias a sus

5. Órgano judicial de competencia federal.

propias maniobras, solo habían asistido los familiares del Accionista-; la cláusula de sumisión a arbitraje había devenido ineficaz.

Al amparo del principio *Kompetenz – Kompetenz*, el árbitro único –designado conforme a las normas de la institución arbitral– resolvió que un acuerdo adoptado por un órgano societario de la Compañía no podía afectar a la validez o eficacia del Convenio suscrito entre sus accionistas, y que, incluso en el hipotético caso de que así fuera, en aplicación de la teoría de la *separabilidad* la validez del convenio arbitral no se vería afectada⁶.

Posteriormente, y sin perjuicio de que ya había llevado a cabo otras actuaciones en sede arbitral; el Accionista presentó una demanda ante el Juzgado Primero de Primera Instancia de lo Mercantil de Hermosillo (el «Juzgado de lo Mercantil»)⁷ interesando la nulidad del convenio arbitral, y solicitando como medida cautelar que se ordenara la suspensión del arbitraje. Sorprendentemente, en clara contravención de principios procesales bien conocidos en la práctica del arbitraje en cualquier jurisdicción, la medida fue estimada; y acto seguido, el 25 de septiembre de 2017, el Accionista solicitó a la secretaría de la institución arbitral la suspensión del arbitraje en virtud de la resolución judicial. En relación con dicha solicitud, el 30 de noviembre de 2016 el árbitro dictó una orden procesal resolviendo no haber lugar a la suspensión. Posteriormente, el Juzgado de lo Mercantil dictó otras resoluciones de naturaleza similar, algunas de las cuales interpellaron al árbitro personalmente. Todas ellas fueron objeto de órdenes procesales que resolvían la improcedencia de suspender el arbitraje. Tras los oportunos recursos, las resoluciones judiciales del referido Juzgado de lo Mercantil fueron sistemáticamente revocadas.

3. LA RESOLUCIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Tras este revés procesal y tras un último intento de retrasar el avance del arbitraje mediante una recusación del árbitro que no prosperó, el Accionista abandonó el proceso arbitral. El Árbitro adoptó las cautelas oportunas para preservar sus derechos de defensa, prorrogando plazos y conminándole

6. Ambos principios, ampliamente reconocidos en la práctica arbitral, están expresamente consagrados en el Reglamento de la institución arbitral que tutelaba el arbitraje, y también en el art. 1432 del Código de Comercio mexicano: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria».

7. Órgano judicial sito en la capital del Estado mexicano en que se ubicaba la Compañía, de competencia Estatal.

a intervenir en el procedimiento; pero en última instancia se vio obligado a impulsar las actuaciones en rebeldía (ausencia) del Accionista.

Tras los trámites oportunos, el 15 de noviembre de 2017 el árbitro dictó un laudo favorable a los intereses del Inversor, considerando que el Accionista había incurrido en incumplimientos dolosos del Convenio de accionistas, y, entre otros pronunciamientos, condenó al Accionista a abonar al Inversor 181.209.127,00 MXN\$⁸ con un interés de demora del 36,00 %.

V. LA EJECUCIÓN DE LAUDO: VULNERACIONES DE LOS DERECHOS DEL INVERSOR

1. PRIMERA REVOCACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Desde el primer momento, fue previsible para el Inversor que ni el Accionista ni la Compañía cumplirían voluntariamente con el laudo –en caso de que este les condenara–, y que se vería obligado a iniciar su ejecución forzosa. En este contexto, y conociéndose que en México una ejecución judicial de estas características podría prolongarse fácilmente más de dos años, cobraban vital importancia las medidas cautelares promovidas en paralelo al arbitraje. Sin embargo, una vez constató la imposibilidad de detener el avance del arbitraje y tras abandonar dicho procedimiento, el Accionista se propuso dinamitarlas.

Así, el 13 de diciembre de 2016, el Juzgado de Distrito en Materia Civil que, recordemos, había acordado las medidas cautelares de embargo preventivo de bienes sensibles de la Compañía y del Accionista, dictó una resolución revocándolas. La revocación se produjo en clara contradicción de las consideraciones contenidas en la anterior resolución en que el mismo Juzgado había acordado adoptar las medidas cautelares, sin que hubiera un cambio de circunstancias que lo justificara, y sin dar vista al Inversor, en evidente infracción de las normas procesales que resultaban de aplicación.

La revocación de las medidas cautelares fue dejada sin efecto en una instancia judicial superior, tras la estimación del correspondiente recurso de amparo interpuesto por el Inversor. No obstante, en el ínterin procesal, el Accionista realizó una «maniobra» para sacar los Inmuebles en que radicaba la fábrica y las oficinas de la Compañía fuera del perímetro de los activos ejecutables vía el laudo arbitral.

Recordemos que en el marco de la Inversión, el Inversor había adquirido una cuota del 26,00 % de los Inmuebles (la «Cuota»). Pues bien, una vez revocado el embargo preventivo de los Inmuebles, en unidad de acto, el Accionista urdió las siguientes dos operaciones. En primer lugar, otorgó una escritura de

8. Aproximadamente 9.170.000,00 €.

compraventa en virtud de la cual el Accionista adquirió del Inversor su Cuota de los Inmuebles. Dicha escritura se otorgó sin la comparecencia del Inversor –es decir: sin comparecencia del vendedor– y a un precio irrisorio –fijado unilateralmente por el Accionista– que, para más inri, se pagaría aplazado a 20 años⁹. En segundo lugar, el Accionista otorgó una escritura de donación en virtud de la cual transmitió el 100,00 % de la titularidad de los Inmuebles a un miembro de la familia –huelga decir que era uno de los miembros que no había sido condenado en virtud del laudo–. Pese a la oposición del Inversor, ambas escrituras fueron objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Sonora¹⁰.

El Inversor interpuso las pertinentes acciones legales (de nulidad radical y pauliana¹¹) para instar la nulidad de sendas transmisiones, pero con la desafortunada expectativa de que estas no serían resueltas en un plazo de al menos tres años. En este sentido, merece la pena destacar que el Inversor promovió un expediente sancionador contra la Notario que había autorizado la escritura de compraventa –puesto que en dicha escritura se había vendido su Cuota de los Inmuebles sin su comparecencia, lo cual conculca las más elementales lógicas de cualquier ordenamiento jurídico– ante la Dirección de Notarías del Gobierno¹².

2. SEGUNDA REVOCACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Una vez dictado el laudo, se produjo un episodio similarmente exasperante para el Inversor. El 30 de diciembre de 2017, el Juzgado de Distrito en Materia Civil dispuso nuevamente un levantamiento parcial de las medidas cautelares –todavía permanecían embargadas provisionalmente las marcas comerciales–; también sin que hubiera un cambio de circunstancias que lo justi-

9. Como la tenencia de la Cuota de los Inmuebles no tendría sentido si el Inversor no fuera, a su vez, accionista de la Compañía; en el Convenio de accionistas se estableció que si el Inversor se desprendía de sus acciones, podría exigir al Accionista que adquiriera su Cuota de los Inmuebles, a un precio determinado por un perito designado aleatoriamente. La escritura de compraventa a la que nos acabamos de referir se otorgó supuestamente en ejecución de esta cláusula; si bien, no respetó ninguno de los pactos establecidos en esta. Además, el Convenio no preveía un apoderamiento en favor del Accionista o la posibilidad de un otorgamiento «unilateral» de la compraventa.

10. El sistema mexicano presenta ciertas analogías con el español en cuanto a las funciones notarial y registral, existiendo un *doble control* a través de Notario y Registrador de la Propiedad.

11. «Se puede definir como el poder jurídico concedido al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente para la satisfacción del crédito»; Lacruz Verdejo, J. L., *II. Derecho de obligaciones*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 238.

12. Órgano de competencia Estatal con atribuciones relativas a la organización, administración y conversión de las funciones notariales.

ficara –más bien al contrario, dado que se había emitido el laudo hacía un mes y medio–, y también sin dar vista al Inversor.

El propio Juzgado, de oficio, revocó su propia resolución unas semanas más tarde –el 6 de febrero de 2018–, por haberse dictado «de plano y sin intervención de ambas partes»; pero ello no logró evitar que, inmediatamente después de que se ordenara el levantamiento de las medidas cautelares, la Compañía donara todas las marcas al mismo miembro de la familia del Accionista que en su día había sido donatario de los Inmuebles –y cuyo patrimonio quedaba fuera del perímetro de la ejecución del laudo–.

Con el alzamiento de los Inmuebles y de las marcas comerciales, posible gracias al sorpresivo levantamiento de medidas cautelares –pese a su revocación en ulteriores instancias–, el Accionista consiguió situar fuera de su patrimonio –pero dentro de su alcance– sus activos más relevantes.

3. ABSTENCIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELITOS COMETIDOS POR EL ACCIONISTA

En opinión del Inversor, las resoluciones de levantamiento de las medidas cautelares que acabamos de referir, y otras resoluciones de naturaleza similar; fueron obtenidas mediante corruptelas y cohechos. Solo así se explicaría el contenido y oportunismo de dichas resoluciones.

Como consecuencia de lo anterior, el Inversor tomó dos medidas. La primera, promover la ejecución del laudo en Estados Unidos, al amparo de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

La segunda, acudir a la jurisdicción penal para salvaguardar sus derechos, presentando diversas querellas contra el Accionista, la Compañía, y otros sujetos –algunos de los cuales eran representantes de poderes del Estado, como, por ejemplo, la Notario que autorizó la compraventa de la Cuota de los Inmuebles–.

En particular, el 15 de abril de 2018 el Inversor presentó una querella por la comisión de un delito de fraude equiparado por simulación de acto jurídico, tipificado en los arts. 318 y 319 del Código Penal de Sonora¹³ (el «Delito de

13. Art. 318: «Se impondrán prisión de tres meses a ocho años y de diez a doscientos cincuenta días Unidades de Medida y Actualización, al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que este se encuentre, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido para sí o para otro».

Art. 319: «Se considerará como Fraude para los efectos de la sanción: (...) X.– A los que hicieren un acto jurídico, un contrato o un acto o escrito judicial, simulados, con perjuicio de otro, o para obtener cualquier beneficio indebido».

Fraude»), que perseguía dilucidar las responsabilidades penales emanadas de la celebración de las asambleas generales de accionistas mediante las cuales el Accionista se había hecho con el control de la Compañía.

Desafortunadamente para el Inversor, en la jurisdicción penal también tuvo que hacer frente a situaciones como las que acabamos de describir. En particular, es significativo lo sucedido en sede de las diligencias iniciadas con motivo de una querrela presentada por la comisión del Delito de Fraude; que se siguieron ante la Unidad de Tramitación Masiva de Casos de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Sonora.

En la jurisdicción mexicana, cuando un particular interpone una querrela, la Fiscalía General de Justicia del Estado prepara una *carpeta de investigación*, en sede de la cual se lleva a cabo la instrucción. En su caso, si la fiscalía considera que de los hechos alegados y de las diligencias practicadas se desprende la comisión del delito denunciado, la carpeta de investigación se judicializa.

Como norma general, en la fase embrionaria de la carpeta de investigación los querrellados no tienen conocimiento de la instrucción ni de la práctica de diligencias de investigación. No es hasta que son oportunamente citados que no pueden constatar la existencia del proceso. Sin embargo, el 7 de junio de 2018, esto es, unas semanas después de la interposición de la querrela (y cuando apenas se habían practicado diligencias de investigación), el Accionista remitió un correo electrónico al Inversor en que se adjuntaba una resolución de la correspondiente Unidad del Ministerio Público del Sistema Penal Acusatorio y Oral en la que se decretaba la abstención de investigación del Delito de Fraude.

La resolución en cuestión descartaba la comisión del delito escuetamente y sin apenas motivación, y todavía no había sido notificada al Inversor por el canal oficial. El desconcierto del Inversor ante el correo electrónico fue mayúsculo, dado que en aquel estadio del proceso, el Accionista ni siquiera debería haber tenido conocimiento de su existencia; y mucho menos haber podido promover la abstención de investigación.

Tras el pertinente recurso de amparo, la resolución de la Unidad del Ministerio Público fue revocada. El Inversor interpuso una querrela frente al agente que había suscrito la resolución, que fue apartado de sus funciones.

VI. DE UN ARBITRAJE COMERCIAL A UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. ANTECEDENTES DE REFERENCIA PARA EL INVERSOR

1.1. Base de la reclamación

En el ámbito del arbitraje de inversiones la corrupción ha sido invocada como *claim* del inversor en diversas ocasiones, aunque ha sido más frecuentemente utilizada como medio de defensa del Estado receptor¹⁴. En cuanto a reclamaciones del inversor, existen más antecedentes en que el *claim* ha sido sustancialmente desestimado (*SPP v. Egypt*, 1992¹⁵; *Wena v. Egypt*, 2000¹⁶; *TanESCO v. IPTL*, 2001¹⁷; *Siag v. Egypt*, 2009¹⁸; *EDF v. Romania*, 2009¹⁹, *Niko v. Bangladesh*, 2013²⁰, *RSM v. Grenada*, 2010²¹), que sustancialmente estimado (*Rumeli v. Khazakhstan*, 2008²²).

En *Rumeli v. Khazakhstan*, el tribunal aceptó la idea –o al menos no la rechazó expresamente– de que la denegación de justicia puede producirse cuando órganos judiciales emiten resoluciones judiciales contrarias a Derecho por haber sido corrompidos²³; y en ese contexto, determinó que la denegación de justicia en Derecho internacional podía situarse en el estándar de trato justo y equitativo de un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones («APPRI»). Otros tribunales han mantenido posiciones similares²⁴. Si

14. En muchas ocasiones, los Estados se escudan en la nulidad de negocios jurídicos sobre los que los inversores basan reclamaciones argumentando que han sido suscritos mediante corruptelas. Vide Aloysius P. Llamzon, «Mere Corruption? Understanding the scarcity of corruption-related arbitral reasoning», en *Corruption in international investment arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 213-221.
15. *Southern Pacific Properties v Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI n.º ARB/84/3, 1992.
16. *Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI n.º ARB/05/5, 2000.
17. *Tanzania Electric Supply Co. v. Independent Power Tanzania Ltd*, Caso CIADI n.º ARB/98/8, 2001.
18. *Siag and Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI n.º ARB/05/15, 2009.
19. *EDF (Services) Limited v Romania*, Caso CIADI n.º ARB/05/13, 2009.
20. *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v People's Republic of Bangladesh, BAPEX and Petrobangla*, Caso CIADI n.ºs ARB/10/11 y ARB 10/18 (*Decision on jurisdiction*).
21. *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada*, Caso CIADI n.º ARB/10/6, 2010.
22. *Rumeli Telekom ASE- Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI n.º ARB/05/16, 2008.
23. *Rumeli v Kazakhstan*, párrafos 652-653: «the arbitral tribunal does not think that there is a major difference in the parties' understanding of the concept of [denial of justice]. The standard is indeed of a procedural nature. In that sense, a court procedure which does not comply with due process is in breach of the duty. On the other hand, as pointed out by Respondent, the substance of a decision may be relevant in the sense that a breach of the standard can also be found when de decision is so patently arbitrary, unjust or idiosyncratic that it demonstrates bad faith».
24. *EDF v Romania*, párrafo 221: «[corruption] is a violation of international public policy, whereby 'exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations».

bien, el propio marco de la denegación de justicia no es totalmente sólido en este ámbito, pues como se ha observado en anteriores ediciones de esta publicación, «el desarrollo del concepto de la denegación de justicia ha recorrido un camino largo y poco homogéneo», oscilando entre interpretaciones muy estrictas (meramente procesales) y otras más flexibles (con inclusión de cuestiones sustantivas)²⁵.

1.2. *¿Probatio diabolica?*

Un obstáculo recurrente para la viabilidad de estas reclamaciones, ampliamente constatada en los casos resueltos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI») y causa o componente importante de desestimaciones de *claims*, es que si bien es relativamente fácil señalar los indicios de corrupción, es muchísimo más difícil acreditar su efectiva concurrencia. A modo de ejemplo, el sentido común de cualquier jurista ya podría hacer intuir que las resoluciones judiciales que hemos referido anteriormente en este artículo habrían sido obtenidas a través de corruptelas; pero acreditar la connivencia entre los órganos judiciales y el Accionista habría requerido un esfuerzo probatorio mucho mayor que explicar las circunstancias del caso, casi equiparable a una *probatio diabolica*.

La corrupción, por naturaleza, es un acto que se comete con opacidad, en el que las partes siempre adoptan preventivamente medidas para garantizar su secretismo. En *EDF v Romania*, el tribunal señaló que «*corruption is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence*»²⁶. Por otro lado, sin una prueba clara y convincente de la existencia de corrupción directamente imputable al Estado, la reclamación del inversor no puede prosperar. El estándar probatorio de una acusación tan grave es muy elevado, tal y como también se señaló en *EDF v Romania*: «*the seriousness of a corruption charge also requires that the utmost care and sense of responsibility be taken to ascertain the truthfulness and genuine character of the evidence that the party intends to offer in support of its claim*»²⁷.

1.3. Sucinta conclusión

A modo de apretadísima síntesis, se puede afirmar que está razonablemente establecido que la corrupción puede servir de base para un *claim* contra un Estado por la vulneración de un APPRI, pero que el éxito de las reclama-

25. Vide Anaya Mondragón, H., «Lion V. México: un estudio sobre la denegación de justicia en el arbitraje de inversión» en *Revista de arbitraje comercial y de inversiones – Volumen XIV – 2022 (1)*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 143-157.

26. *EDF v Romania*, párrafo 221.

27. *EDF v Romania*, párrafo 28.

ciones de esta naturaleza ha sido escaso hasta la fecha; probablemente por la dificultad probatoria que hemos referido.

2. PLANTEAMIENTO DE UNA CONTROVERSIA FRENTE A MÉXICO

El 25 de agosto de 2019, el Inversor presentó una notificación de controversia bajo los términos del APRI mexicano-holandés, esto es, el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos para la Promoción Recíproca de las Inversiones (Ciudad de México, 1958) (el «Tratado»). La notificación constituía una *trigger letter*, y su finalidad era promover un arreglo amistoso de la disputa y anunciar el eventual inicio de un procedimiento arbitral frente a México ante el CIADI.

En esencia, el Inversor arguyó que ciertas decisiones ilegítimas de órganos judiciales mexicanos en relación con las conductas del Accionista habían destruido el valor de la Inversión, puesto que le habían impedido ejecutar el laudo y cobrar efectivamente las cantidades que le pertenecían.

Un Tratado como el existente entre México y los Países Bajos impone obligaciones a todos los órganos del Estado, incluyendo a los de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; sin limitación, por lo tanto, a los órganos judiciales que habían intervenido en la disputa entre el Inversor y el Accionista.

Así, se adujo que las resoluciones de levantamiento de las medidas cautelares –entre muchas otras– habían sido adoptadas de forma discriminatoria, arbitraria, irrazonable y en violación de las expectativas legítimas del Inversor; reflejando un desprecio por parte de las autoridades judiciales mexicanas a las garantías básicas del derecho de defensa que le asistían. Todo ello, en infracción de varias disposiciones del Tratado, que incluye, entre otras, las siguientes obligaciones para el Estado mexicano:

- i. proteger, dentro de su territorio, las inversiones de los inversores holandeses y no obstaculizar su operación, administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición mediante medidas injustificadas o discriminatorias (art. 3.1);
- ii. otorgar a las inversiones de los inversores holandeses en su territorio un trato justo y equitativo (art. 3.1);
- iii. no someter a las inversiones de los inversores holandeses a ninguna medida que los prive, directa o indirectamente, de sus inversiones, a menos que «a) las medidas sean tomadas por causa de utilidad pública y conforme a un debido proceso legal, b) las medidas no sean discriminatorias, y c) una indemnización sea pagada, conforme a los párrafos (2) y (4) de este Artículo» (art. 5.1).

3. REACCIÓN DE MÉXICO

Como muchos APPRI, el Tratado contempla como paso previo a acudir al CIADI un *cooling-off period*. En particular, el art. 3 del Apéndice del Tratado, prevé que «las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación», y por otro lado, el art. 4.2 exige que el período de discusiones amistosas se prolongue por lo menos tres meses.

En este caso, la remisión de la notificación de controversia del Inversor a México generó una correspondencia postal y una entrevista entre representantes del Inversor y la Subsecretaría de Comercio de Exterior de los Estados Unidos Mexicanos (el «Órgano Federal») que dio buenos resultados para los intereses del Inversor.

Así, en el marco de las conversaciones; el Inversor y el Órgano Federal fueron capaces de identificar actuaciones que, sin implicar una renuncia a los derechos del Inversor –ni perjudicar el eventual inicio del procedimiento arbitral–, ni tampoco implicar un reconocimiento de culpa por parte del Estado mexicano, eran susceptibles de mitigar las hipotéticas infracciones del Tratado, o al menos, de evitarlas en el futuro.

Algunas de las intervenciones del Órgano Federal tuvieron lugar en un plano informal e interno. No obstante, otras tuvieron alcance formal, como por ejemplo, la puesta en conocimiento de ciertos órganos judiciales de que el Inversor había presentado una *trigger letter*, acompañada de una exigencia de remisión de los expedientes judiciales en su integridad para su análisis. Véase un ejemplo de oficio remitido por el Órgano Federal a un órgano judicial:

«El Inversor afirma que ha realizado importantes “inversiones” en México (...). En su Notificación, [el Inversor] afirma que México ha adoptado diversas decisiones judiciales de forma discriminatoria, arbitraria, irrazonable y en violación a las expectativas legítimas [del Inversor], que resultan supuestamente violatorias del APRI. Con objeto de estar en posibilidad de preparar de manera adecuada la defensa del gobierno de México en el referido arbitraje, me permito solicitar que nos proporcione copia simple de (...)»²⁸.

VII. RESOLUCIÓN DE LA DISPUTA Y REFLEXIONES FINALES

El 4 de noviembre de 2020, el Accionista y el Inversor suscribieron un acuerdo transaccional que puso fin a las diferencias y resarció al Inversor de los daños y perjuicios sufridos por el despojo de la Inversión. A la suscripción

28. Las denominaciones reales han sido sustituidas por los términos definidos utilizados en este artículo.

de dicho acuerdo contribuyeron, indudablemente, el arbitraje comercial, los incansables esfuerzos del Inversor para ejecutar el laudo en sede judicial en México –y también en Estados Unidos– y para que se dilucidaran las responsabilidades penales del Accionista, y muchas otras actuaciones.

La reacción de México a la *trigger letter* del Inversor también contribuyó a la suscripción del acuerdo transaccional. Las intervenciones del Órgano Federal encargado de recibir y gestionar la notificación –que en ningún caso supusieron una admisión de culpa o de infracción del Tratado por parte del Estado, pues, formalmente, en todo momento fueron encaminadas solo a esclarecer los hechos– tuvieron, entre otros, el efecto de impedir, en gran parte, que se repitieran situaciones como las denunciadas por el Inversor. Naturalmente, esta circunstancia no fue reconocida expresamente, pero parece una deducción lógica del hecho de que dichas situaciones no volvieron a darse. Ciertamente, es imposible determinar el peso o alcance que dichas intervenciones tuvieron en el hecho de que el Accionista y el Inversor pusieran fin a la disputa, pero es prudente asumir que contribuyeron.

La disputa que hemos descrito supuso que un inversor extranjero tuviera que recorrer un amplio periplo procesal durante más de cuatro años –con el desgaste que ello conlleva en términos de dedicación de esfuerzos y recursos económicos–; y dada la naturaleza tan heterogénea del asunto –que requirió actuar en varias jurisdicciones y ante órganos judiciales y administrativos de toda índole–, son numerosas las lecciones que de este se pueden aprender. No obstante, la más relevante –y no utilizamos este calificativo por el foro en el que nos encontramos, sino porque fue una cuestión clave–, es la del rol prominente del arbitraje en la protección de los intereses de un inversor internacional.

No parece exagerado afirmar que, sin el sometimiento de la disputa a un arbitraje comercial, y sin la utilización de los mecanismos previstos en el Tratado –y que acaso son eficaces porque ostentan el soporte de poder acudir a un procedimiento arbitral ante el CIADI–, es incierto si el Inversor hubiera podido salvaguardar la Inversión y sus intereses con eficacia; pero que de haber sido así, no hay duda de que ello habría exigido una dedicación de recursos y de tiempo mucho mayor.