



ARBITRAJE ALUMNI

REVISTA

Edición General N° 3

DICIEMBRE 2022

ASOCIACIÓN ARBITRAJE ALUMNI

Comisión de Revista Digital

Juan Ignacio Amado Aranda (*Director*)
María Eugenia Ferreyra (*Coordinador General*)
Gabriel Madrigal Olgún
María Luz Atala
Marianne Castro Coste
Jesús Hernández Peña
Milagros Rojas Blas
Valentina Salazar de Greiff
Angie Marita Silva Sánchez
Romar Miguelangel Tahay Batz

Consejo Directivo (2021-2023)

Nicolás Rosero Espinosa (*Presidente*)
Josefina Silva Lavín (*Vicepresidente*)
Thomas Biscomb (*Vicepresidente*)
Flavio Javier Loza Vargas (*Secretario*)
Juan Ignacio Amado Aranda
Solana Beserman
Miguel Colquicocha Martínez
Marcial Gutierrez Lucar
Nicolás Hernández
Jorge López Fung
Mateo Nosedá
Alba Palomera Fort
María Eugenia Piacquadio

Revista Arbitraje Alumni

Índice

ÍNDICE.....	I
PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN GENERAL N°3.....	V
EDITORIAL.....	VIII
I. DOCTRINA	
LEGITIMIDAD ACTIVA DE EMPRESAS ESTATALES COMO INVERSORES PROTEGIDOS EN ARBITRAJE DE INVERSIONES.	
<i>Ignacio Amatriain Torrens & Bautista Ramírez Giusti</i>	1
EL REQUISITO DE LEGALIDAD DE LA INVERSIÓN COMO ESPADA Y ESCUDO DE LAS MEDIDAS MEDIOAMBIENTALES EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO	
<i>Juan Pablo Gómez Moreno, Karen Tatiana Trujillo Najar & David Reyes Hincapié</i>	27
"FINANCISTAS EN LA MIRA": ANÁLISIS DEL NUEVO ART. 14 DE LAS REGLAS DEL CIADI DESDE TRES PERSPECTIVAS	
<i>Romar Miguelangel Tahay Batz & Diego de León Toledo</i>	68
ARBITRAJE ACELERADO DE LA CNUDMI: ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL?	
<i>Scarlett Jaqueline Loayza Orellana & Cristhian Gabriel Angles Salazar .</i>	91
DECLARACIONES TESTIMONIALES E INTERROGATORIOS DE TESTIGOS EN LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	
<i>Yarubith Escobar Bastidas</i>	122

ARBITRAJE DE LA CONSTRUCCIÓN Y UN TRIÁNGULO AMOROSO: DONDE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EL ARBITRAJE DE INVERSIONES CHOCAN (PARTE II)

Pedro Lacasa González 153

ALCANCES SOBRE LAS EXPROPIACIONES EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN: ENTRE LAS MEDIDAS REGLAMENTARIAS DEL ESTADO Y LA PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS

Lisbeth Verónica Araujo Muñoa 181

EL DERECHO A REGULAR DE LOS ESTADOS PARA LA PROTECCIÓN DE SU MEDIO AMBIENTE Y EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: EL CASO ECO ORO VERSUS COLOMBIA COMO EJEMPLO DEL CONFLICTO

Dione Meruane Osorio 198

RESOLUCIÓN DE DISPUTAS RELACIONADAS AL CAMBIO CLIMÁTICO A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Jorge Enrique Bogarín 222

CRÓNICA SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL

Milagros Maribel Rojas Blas 242

SATISFACCIÓN COMO REMEDIO PARA DAÑO MORAL EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Francisco Franco, Tomás Geuna & Ana Sofía Vargas Hernández 277

DE UNA FORMA, U OTRA, TE VOY A GANAR: EL (NO-)RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS ANULADOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

Antonio Ochoa Quintana & Frida Paola Altamirano Jiménez 302

ANÁLISIS AXIOLÓGICO DE LA INEJECUTABILIDAD DE LAUDOS ANULADO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Alfredo Leonardo Eube Madussi & Milagros Velasco 319

REMEDIOS ANTE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Salvador Smith Lagos & María Francisca Fantoni Izquierdo 332

LA NATURALEZA JURÍDICA DE *BITCOIN* Y SUS INCIDENCIAS EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN UN PROCESO ARBITRAL

Kenia Marisa Fuentes de León, Gabriela Alfaro López & José Eduardo Orozco Ramírez..... 363

ARBITRAJE Y METAVERSO

Giuseppe Luigi Mazzocca & María Eugenia Ferreyra 378

¿EL ARBITRAJE POR DEFECTO?: UN ANÁLISIS DE SU VIABILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Andrea Chagua Zúñiga 393

REFLEXIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS CAUCIONES POR COSTOS ARBITRALES (SECURITY FOR COSTS) EN EL DERECHO ARBITRAL PERUANO

Omar Andrés Mestanza García 416

COMENTARIOS SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

Frank Ítalo Junior Vargas Cancino 447

LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS LAUDOS ARBITRALES AD-HOC E INSTITUCIONAL, EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Katherine Michel Polanco Peña 465

II. REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA

COLOMBIA: COSMITET LTDA. Y OTROS v. FIDRUPREVISORA S.A. – FOMAG, EXPEDIENTE (66091) A

Juan David Arciniegas Parra 493

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: WASTE MANAGEMENT, INC. v. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CASO CIADI No. ARB(AF)/00/3

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana & Cristhian Gabriel Angles Salazar
 497

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: QUIBORAX S.A., NON METALIC MINERALS S.A. Y ALLAN FOSK KAPLÚN V. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, CASO CIADI N.º ARB/06/2

Alejandra Patiño & Gabriel Ortega 501

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. Y ABAL HERMANOS S.A. V. LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, CASO CIADI NO. ARB/10/7

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana & Cristhian Gabriel Angles Salazar
 504

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: ZF AUTOMOTIVE US, INC. ET AL V. LUXSHARE, LTD / ALIXPARTNERS, LLP ET AL V. THE FUND FOR PROTECTION OF INVESTORS RIGHTS IN FOREIGN STATES, NOS. 21-401 Y 21-518, 595 U.S. (2022)

Guillermo Ferrer Turiella 508

FRANCIA: HILMARTON LTD. V. OMNIUM DE TRAITEMENT ET DE VALORISATION S.A.

Milagros Velasco 514

PERÚ: SISTEMA METROPOLITANO DE LA SOLIDARIDAD V. REPROGENETICS S.A.C., EXPEDIENTE 68-2017

Luis Alonso Cáceres López 516

III. NUESTROS ASOCIADOS

Presentación de la Edición General

Nº3

Solo aquello cuyas bases se construye con firmeza puede sostenerse en el tiempo y, sin duda, Arbitraje Alumni da testimonio de ello. Cinco años han pasado ya desde que esta asociación surgió como una pequeña semilla, cuyas raíces al día de hoy se extienden con fuerza por más de 15 países.

Ni los vientos más inclementes, como una pandemia que asoló al mundo entero y que nos mantuvo alejados, han impedido su crecimiento y consolidación. Por el contrario, ha sido una oportunidad para demostrar una gran capacidad de adaptación, que ha dado lugar al surgimiento de muchos frutos. Prueba de ello son los diversos proyectos que hemos emprendido con éxito, a pesar de dificultades y medidas de distanciamiento social.

La espera por reencontrarnos ha sido más larga de lo esperado, pero finalmente este 2022 llegó a su fin. Celebramos así que este año finalmente pudimos compartir de manera presencial con nuestro distintos asociados, colegas y amigos en el marco de la edición XI de la Competencia Internacional de Arbitraje celebrada en Guadalajara, México; y los eventos que Arbitraje Alumni desarrolló a lo largo de este año.

En efecto, como antesala de la Competencia, nuestra Comisión de Pre-Moots asumió la ardua tarea de realizar 5 Pre-Moots, 3 de ellos de forma presencial, uno virtual y otro híbrido; recuperando así los espacios presenciales tan apreciados por los estudiantes, sin dejar de lado las enseñanzas que nos dejó la virtualidad. En el marco de estos Pre-Moots participaron 42 equipos de 9 nacionalidades.

De igual forma, nuestra Comisión de Eventos Académicos se hizo presente en la Sede de la Competencia, al organizar el evento que anualmente precede a su inauguración, para lo cual reunió a expertos de diversos países que compartieron discusiones relevantes en materia arbitral, y contó con la moderación de asociados que han destacado por su compromiso con Arbitraje Alumni.

Por su parte, nuestra Comisión de Eventos Sociales tuvo un papel activo durante todos los días de la Competencia al organizar distintos espacios donde árbitros

y participantes pudieron interactuar de una forma más distendida después de las audiencias, generando así oportunidades de *networking*.

También nuestra Comisión de Coordinación Institucional estuvo a disposición del Comité Organizador de la Competencia para apoyarlos en todo cuanto fuese necesario. En esta oportunidad, particularmente tuvo un rol preponderante en la elaboración de la encuesta para la determinación del premio al Mentor del Año –anunciado al cierre de esta edición de la Competencia.

Asimismo, la Comisión de Networking Internacional ha estado en constante búsqueda de estrechar lazos con diversas asociaciones en favor de nuestros asociados, consolidando alianzas con asociaciones de jóvenes practicantes en arbitraje (VYAPs) en diversos países y con más de 15 instituciones académicas, gracias a lo cual hemos obtenido becas, descuentos y oportunidades de enseñanza, etc.

Resaltamos de igual manera el papel transversal que posee la Comisión de Imagen Institucional, la cual no solo mantiene enterados a nuestros asociados sobre nuestras distintas actividades, sino que también resalta su crecimiento profesional y académico, compartiendo sus más recientes publicaciones o participaciones en notables eventos.

Muchas de estas labores no serían posibles si no contáramos con una estructura organizativa firme, en cabeza de nuestro Consejo Directivo, donde el apoyo de la recientemente creada Comisión de Secretaría es pieza fundamental en el trabajo del día a día en Arbitraje Alumni y la coordinación con las distintas Comisiones, a fin de permitirnos alcanzar las metas que hemos trazado.

Finalmente, deseamos distinguir el rol de la Comisión de Revista Digital que, una vez más, gracias a su incansable dedicación nos trae un producto cuya altísima calidad la viene consolidando como un referente en la región. En esta 3° Edición han logrado reunir a autores, provenientes de múltiples jurisdicciones, con formaciones distintas e intereses diversos, pero que encuentran como punto en común el aprecio por la investigación jurídica.

Somos conscientes que no es labor fácil disponer del tiempo –tan escaso muchas veces- para elaborar trabajos sobre temas tan relevantes, novedosos y de gran calidad como los presentados en esta Edición. Por lo mismo, felicitamos y

agradecemos a cada de los autores por sus valiosos aportes; e invitamos a la comunidad jurídica en general a revisar a detalle cada uno de los artículos académicos y el repositorio de jurisprudencia, los cuales estamos seguros de que encontraran enriquecedores.

Consejo Directivo – Arbitraje Alumni (2021-2023)

Editorial

Este año Arbitraje Alumni se enorgullece en presentar la Edición General N°3 de su Revista Digital. Al igual que en nuestras tres ediciones anteriores (dos ediciones generales y un suplemento especial), esta nueva entrega posee dos rasgos distintivos. Por un lado, está conformada por artículos elaborados por jóvenes abogados de toda Latinoamérica, lo cual garantiza su diversidad y la consecución de su propósito académico. Por otro, todos los artículos que hoy se presentan fueron precedidos por una instancia de intercambio constructivo de ideas entre los miembros de la Comisión de Revista Digital y los autores de dichos artículos. Todo lo cual va en línea con la horizontalidad y espíritu colaborativo que Arbitraje Alumni busca promover en el ámbito del arbitraje internacional.

A raíz de un arduo trabajo por parte de los miembros de la Comisión de Revista Digital y nuestros autores, ofrecemos en esta oportunidad 20 artículos de doctrina y 7 resúmenes de decisiones judiciales y arbitrales, provenientes de diversas jurisdicciones. Esta publicación se enmarca perfectamente dentro de nuestro objetivo de garantizar a todos y todas las estudiantes y profesionales de Derecho el libre acceso en condiciones de igualdad a materiales vinculados con la práctica del arbitraje internacional.

Como parte de la Edición N°3, nuestros lectores podrán encontrar artículos novedosos sobre la legitimidad activa de empresas estatales en los arbitrajes de inversiones de la mano de Ignacio Amatriain Torrens y Bautista Ramírez Giusti. Asimismo, también vinculado con el derecho internacional de las inversiones, Juan Pablo Gómez Moreno, Karen Tatiana Trujillo Najar y David Reyes Hincapié nos ofrecen un artículo sobre los diferentes usos retóricos del requisito de legalidad de la inversión en aquellos casos en los que se discute la responsabilidad del estado por medidas medioambientales. Y, siguiendo lo que ya es un clásico en las publicaciones de Arbitraje Alumni, Romar Miguelangel Tahay Batz y Diego de León Toledo comparten diferentes perspectivas de análisis del nuevo artículo 14 de las Reglas del CIADI.

Por otra parte, esta edición cuenta con un artículo sobre las ventajas y desventajas del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI en el marco del arbitraje comercial internacional por parte de Scarlett Jaqueline Loayza Orellana y Cristhian Gabriel Angles Salazar. Por su parte, Yarubith Escobar

Basitdas explora, a partir de un enfoque práctico, las declaraciones testimoniales e interrogatorios de testigos.

En cuando al derecho de fondo y continuando su artículo publicado en la Edición General N°2, Pedro Lacasa González nos presenta la segunda parte de su estudio sobre el arbitraje de construcción. Asimismo, varios artículos se centran en el arbitraje internacional de inversiones. Dos de ellos estudian la extensión del derecho estatal a regular. En ese marco, Lisbeth Verónica Araujo Muñoa realiza un análisis exhaustivo sobre el estándar de protección contra expropiaciones ilegítimas, y Dione Meruane Osorio hace lo mismo respecto del estándar de trato justo y equitativo, tomando como punto de partida el caso *Eco Oro* y las medidas estatales de protección del medio ambiente. Vinculado al tema de protección del medio ambiente, Jorge Enrique Bogarín estudia al arbitraje internacional como medio de resolución de disputas relacionadas con el cambio climático.

Centrándonos luego en las fases finales del arbitraje de inversión, la Revista presenta dos artículos sobre cuantificación de daños. Milagros Maribel Rojas Blas nos propone un análisis de los laudos arbitrales en la materia, y Francisco Franco, Tomás Geuna y Ana Sofía Vargas Hernández analizan la compensación por daño moral.

También contamos con dos artículos sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Antonio Ochoa Quintana y Frida Paola Altamirano Jiménez analizan el tema desde la perspectiva del arbitraje internacional de las inversiones, y Alfredo Leonardo Eube Madussi y Milagros Velasco lo hacen desde la perspectiva del arbitraje comercial internacional.

Incursionando en áreas más especializadas, Salvador Smith Lagos y María Francisca Fantoni Izquierdo estudian los remedios ante la corrupción en el arbitraje comercial internacional a la luz de los principios UNIDROIT. Por su parte, Kenia Marisa Fuentes de León, Gabriela Alfaro López y José Eduardo Orozco Ramírez analizan la incidencia del *Bitcoin* en las negociaciones comerciales y en la resolución de disputas a través del arbitraje. Finalmente, Giuseppe Luigi Mazzocca y María Eugenia Ferreyra nos ofrecen un novedoso desarrollo sobre arbitraje y metaverso.

Finalmente, contamos con cuatro artículos que se enfocan particularmente en la práctica del arbitraje doméstico. En primer lugar, Andrea Chagua Zúñiga diserta sobre la viabilidad del arbitraje por defecto dentro del ordenamiento jurídico peruano. En segundo lugar, Omar Andrés Mestanza García reflexiona sobre la aplicabilidad de *security for costs* en el derecho arbitral peruano. En tercer lugar, Frank Ítalo Junior Vargas Cancino analiza la integración del laudo arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje. Por último, Katherine Michel Polanco Peña explora la tutela judicial efectiva de los laudos arbitrales en la República Dominicana.

Se trata, sin dudas, de un gran aporte a la comunidad académica que – esperamos– pueda ser de utilidad para todos nuestros colegas y futuros colegas.

Por último, en nuestro carácter de director y coordinadora de la Comisión de Revista Digital quisiéramos agradecer a todos y cada uno de los miembros que la conforman. Sus nombres se encuentran en la primera página de esta edición y a todos ellos no tenemos más que decirles que muchas gracias por todo el esfuerzo y compromiso entregado durante la fase de seguimiento, edición y publicación de esta Edición General N°3.

Juan Ignacio Amado Aranda
Director

María Eugenia Ferreyra
Coordinadora General

I

DOCTRINA

Legitimidad activa de empresas estatales como inversores protegidos en arbitraje de inversiones.

Ignacio Amatriain Torrens* & Bautista Ramírez Giusti†

Resumen- A partir del siglo XX se puede observar una mayor complejidad en el sistema económico mundial, que llevó a los Estados a tomar acción y participar de sociedades privadas organizadas de manera empresarial. La problemática a desarrollar surge cuando estas empresas, con participación estatal, realizan inversiones en territorio extranjero y se suscita un conflicto: ¿Tienen legitimidad activa como inversores protegidos en arbitraje de inversiones?, ¿Son empresas privadas o son un agente del Estado? En el siguiente ensayo analizaremos distintos criterios para determinar cuándo estas sociedades pueden realizar reclamos bajo tratados de inversión, y en qué casos no contarían con esta protección por tratarse de una extensión del Estado con participación en las mismas.

Abstract- From the 20th century, the complexity of the world economy led the States to take action and participate in private companies. The object of this paper revolves around those - state owned - companies investing on foreign territory, when a conflict arises: Do those companies have legitimate standing on Foreign Investment Arbitration? Should they be considered as Private Enterprises or as an agent of the State? In this paper we will analyse different approaches to determine whether those companies have standing under

* Estudiante avanzado de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Se desempeña en la unidad de Delitos Económicos de la Fiscalía Regional 2 (Rosario) del Ministerio Público de la Acusación. Ayudante de Cátedra de Historia del Derecho. iamatriaint@gmail.com.

† Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ayudante de Cátedra de Derecho de la Empresa y del Mercado ramirez.bautista.2001@gmail.com.

investment treaties, and in which cases they could not be considered protected investors as they would be an extension of the State.

I. INTRODUCCIÓN	2
II. TEST DE BROCHES	5
A. AGENCIA	6
a. <i>El modo: por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado</i>	7
b. <i>El tiempo: al observar ese comportamiento. Análisis de la actividad en el caso concreto</i>	9
B. FUNCIÓN GUBERNAMENTAL	10
III. TEST DE MAFFEZINI	12
IV. OTROS LAUDOS IMPORTANTES	18
A. CSOB	18
B. SALINI	20
C. HAMESTER	22
D. VENEZUELA US	23
V. CONCLUSIONES	25

I. INTRODUCCIÓN

En el siguiente ensayo, abordaremos todas las cuestiones a tener en cuenta, ya sea de forma individual o conjunta, a la hora de determinar la legitimidad activa de las empresas estatales bajo tratados de inversiones. Para ello, se presupone la existencia de un tratado bilateral o un tratado multilateral de inversión que prevea que las disputas que se susciten sean sometidas a tribunales arbitrales a la hora de dirimir el conflicto. Una de las instituciones líderes a nivel mundial en esta materia es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, de ahora en adelante, CIADI.

El artículo 25 del Convenio del CIADI, limita su jurisdicción *ratione personae* únicamente para aquellas controversias que se susciten entre un Estado y un

nacional de otro Estado parte. De manera similar, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR¹, establece en su artículo 9 la posibilidad de arbitraje para toda controversia “entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”. Otros tratados multilaterales, como el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico² en sus artículos 3.a y 3.b, o el en su artículo 10.16.3.a directamente remiten al Convenio del CIADI para establecer cuestiones como la jurisdicción arbitral.

Queda claro entonces que la jurisdicción en razón de la persona en el arbitraje internacional de inversiones requiere, por un lado, un Estado, y por el otro, un “nacional de otro Estado”. Es decir, los conflictos Estado-Estado, al igual que los conflictos entre privados, están vedados de este tipo de Arbitraje³.

En cualquier caso, en el último siglo encontramos un crecimiento exponencial de la inversión pública internacional a través de empresas con participación estatal⁴ como resultado de una búsqueda de control sobre ciertos mercados estratégicos. Esto plantea un debate interesante respecto de la legitimidad de estas sociedades para adquirir *ius standi* ante tribunales arbitrales de inversión.

¹ Suscrito entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Firmado el 17 enero 1994.

² Suscrito entre la República de Colombia, la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, cuya entrada en vigor se registró el 1º de mayo de 2016

³ BROCHES, Aron, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, *Columbia Journal of International Law*, Vol. 5, 1966, p. 263 - 265; AMADIO, Mario, *Le Contentieux International de l’investissement privé*, París, 1967, p. 101.

⁴ A pesar de la oleada de privatizaciones en países en vías de desarrollo que se dió en las décadas de 1980 y 1990, las sociedades estatales continúan ocupando gran parte de los PIB nacionales: más del 50% en algunos países de África, hasta 15% en Asia, Europa oriental y Latinoamérica. Según BUDIMAN, Arief; LIN, Diaan-Yi y SINGHAM, Seelan, en “Improving performance at state-owned enterprises”, *The Mckinsey Quarterly*, Mayo 2009.

25/6/2022. Disponible en https://www.mckinsey.com/~/_media/McKinsey/Industries/Public%20and%20Social%20Sector/Our%20Insights/Improving%20performance%20at%20state%20owned%20enterprises/Improving%20performance%20at%20state%20owned%20enterprises.pdf .

¿Tienen legitimidad activa como inversores protegidos en arbitraje de inversiones?, ¿Son empresas privadas o son un agente del Estado?

Generalmente, cuando en los Tratados de Inversión correspondientes no se han incluido ninguna clase de restricción a la definición de persona jurídica o ideal, los tribunales han concluido que no existen bases para encontrar límites sobre las formas de organización, los fines de las sociedades, el propósito comercial, el tipo de propiedad o la forma de control⁵. Sin embargo, bajo diferentes argumentos, es común ver en los arbitrajes de inversión una “excepción de jurisdicción” cuando se presenta una sociedad mixta o propiedad del Estado, como actor y también como demandado.

En la búsqueda de una solución jurídicamente aceptable para esta problemática, Aron Broches, quien fue el primer secretario general del CIADI⁶, desarrolló un test para distinguir empresas con participación estatal que legítimamente califican como “nacionales de otro Estado” de aquellas que no pueden ser consideradas una entidad separada del Estado soberano. Además, diferentes laudos han ido generando criterios para clarificar la competencia en razón de la persona de los tribunales arbitrales de inversión en las controversias que involucren a las empresas estatales.

A continuación, desarrollaremos primero el test de broches, intentando buscar puntos en común tanto en doctrina como en jurisprudencia, para sentar criterios

⁵ En el caso *Tokio Tokeles*, el tribunal estableció expresamente que “no corresponde a los tribunales imponer límites en el ámbito de aplicación de tratados de inversión, cuando estos límites no se encuentran en el texto del tratado.” Es más, dispuso que “Un tribunal internacional debería ejercitar, e incluso está obligado a hacerlo, la jurisdicción a la que está dotado”. *Tokios Tokeles v. Ucrania*, Caso CIADI Nº ARB/02/18, párr. 36. Al respecto, ver también *Sanum Investments v. República Democrática Popular Lao (I)*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso Nº 2013-13. Decisión sobre Jurisdicción.. También, ver al respecto *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso Nº 2010-20. Laudo final.

⁶ “Aron Broches. 1914-1997”, en *News from ICSID*, Vol. 14, Nº 2. Página 3. 2/7/2022. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Newsletter/vol-14-summer-1997.pdf>

uniformes con el objetivo de esclarecer la problemática en cuestión. Seguidamente, analizaremos el *leading case* de Maffezini, en el cual el Tribunal examinó los objetivos y funciones de la empresa Galicia para dirimir la *ratione personae*, y trazaremos similitudes y diferencias con el test de Broches. Por último, abordaremos diferentes laudos que consideramos relevantes para la materia.

II. TEST DE BROCHES

Aron Broches, el primer secretario general del CIADI, presentó criterios doctrinarios para distinguir aquellas sociedades con participación estatal que tienen legitimidad como inversores ante el CIADI, de aquellas tan profundamente conectadas al Estado que no pueden ser consideradas una entidad separada del mismo⁷. El llamado “Test de Broches” fue aplicado por varios tribunales bajo las reglas CIADI⁸, para analizar el *standing* de Empresas con Participación Estatal en arbitraje de inversiones.

Aron Broches propone que una compañía de economía mixta, o una empresa estatal, no debe ser descalificada *in limine* como “nacional de otro Estado” a menos que esté actuando como un agente para el gobierno o que lleve a cabo funciones esencialmente gubernamentales⁹.

Como dato interesante, podemos señalar que estos dos elementos se encuentran codificados en los artículos 5 y 8 de los Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado Por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho

⁷ BROCHES, Aron, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Hague Rec. d. Cours, 1972, p. 135.

⁸ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) (Rep. Checa) c. República Eslovaca*, Caso CIADI n.º ARB/97/4. Decisión de Objeciones Jurisdiccionales, 24 de mayo de 1999, párr. 17; *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUCG) c. República de Yemen*, Caso CIADI ARB/14/30, Decisión de Jurisdicción, 31 de mayo de 2017, párr. 33; *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* Caso CIADI N° ARB/10/19, laudo, 18 de noviembre de 2014, párr. 275.

⁹ BROCHES, Aron, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Hague Rec. d. Cours, 1972, pp. 331, 354, 355.

Internacional¹⁰ (en adelante: “los Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado”), que han sido aprobados y aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia.

Tenemos entonces, dos requisitos “negativos” para demostrar que una compañía con participación estatal tiene legitimación ante el CIADI. Queda resolver si estos requisitos son acumulativos o independientes.

A primera vista pareciera que son requisitos independientes por lo que, si uno de estos requisitos no se cumple, la aptitud para actuar en el proceso arbitral del inversor estará en serias dudas. No obstante, resulta imperioso delimitar el alcance de estos requisitos para no llegar a conclusiones erradas sobre la condición de las partes.

A. Agencia

El primer componente del test bajo estudio requiere establecer si la sociedad actuaba como agente del Estado cuya nacionalidad esgrime. Desde la perspectiva de la teoría del agente, los gerentes y directores son agentes bajo el control de ciertos accionistas (ya sean estatales o privados)¹¹. Entonces, en el caso de que se demuestre la actuación como agente del Estado, significaría que los actos de la empresa-agente son en realidad ejecutados por el Estado en cuestión. Por ello, es menester delimitar en qué casos se entiende que se está frente a un agente.

Establece el artículo 8 de los Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado que se considerará hecho del Estado “*el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por*

¹⁰ Organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho internacional, responsable de la creación de la Corte Penal Internacional y del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

¹¹ LI, Shaoming, *et al.*, “Control Modes and Outcomes of Transformed State-Owned Enterprises in China: An Empirical Test”, *Management and Organization Review*, Vol. 8, julio 2008, p. 284, 25/6/22, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/256023343_Control_Modes_and_Outcomes_of_Transformed_State-Owned_Enterprises_in_China_An_Empirical_Test

instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.”

Se desprenden de esta definición un elemento subjetivo y otro temporal. Primero, el elemento “agencia” requiere que se actúe de hecho “por instrucciones, o bajo la dirección o el control” del estado. Esto define el elemento subjetivo. Segundo, este modo de actuar debe darse “al observar ese comportamiento”. Esto define el elemento temporal. En resumen, al momento del hecho que hace nacer la situación jurídica “inversión”, la empresa debería actuar dirigida, instruida o controlada por el Estado. Como el derecho es una práctica interpretativa, queda ahora definir este modo y este tiempo para entender en qué manera esta definición va a jugar en la práctica.

a. El modo: por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado

El modo de realización del hecho *imputable* a la jurisdicción, debe ser entonces “por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado”. De los dos primeros modos no queda mucho lugar a la interpretación: cuando un Estado imparta una instrucción o dirija una sociedad, nos encontraremos ante una conducta de un agente. Surge el problema de cuando hay *control* del Estado. El reciente laudo de *Tallin V. Estonia*¹² trata el significado de control en la legislación internacional de inversión, señalando que la convención del CIADI no especifica el significado de control, que es un concepto flexible, que solo puede ser determinado caso por caso a la luz de los hechos particulares que se expongan¹³.

En el fallo *Aguas del Tunari*¹⁴, la mayoría argumenta que los negociadores de tratados debieran poseer un conocimiento sofisticado sobre negocios y leyes, por lo que para ellos, el significado de una palabra incluye el significado jurídico de esa palabra. Citan el diccionario jurídico Black’s Law Dictionary, que da una

¹² *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. República de Estonia*, Caso CIADI Nº ARB/14/24, laudo 21 de junio de 2019.

¹³ *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republica de Estonia*, Caso CIADI Nº ARB/14/24, laudo 21 de junio de 2019, párr. 366.

¹⁴ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI Nº ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, párrs. 230-234.

definición legal de “control” de “controlado”. El tribunal de *Aguas del Tunari v. Bolivia* decidió que la palabra control refiera a la sola posibilidad de control y no a su ejercicio. Observaron que en los diccionarios revisados no habría indicaciones que “control” necesariamente ataña un nivel de actividad de ejercicio del mismo. Entendieron que así lo hubieran querido, las partes deberían haber puesto “manejo” y no “control”. Esto resulta una definición amplia del concepto control, que, llevándolo a un extremo, con diversos institutos jurídicos, cualquier Estado tendría la “posibilidad de control” sobre las sociedades de su territorio, ya sea directamente, o indirectamente (por ejemplo, con impuestos o con beneficios impositivos, para que las sociedades hagan o dejen de hacer determinadas actividades). En este fallo se sostiene una teoría de *control general*.

Ante esta postura tan amplia, surge la pregunta: ¿Son relevantes los porcentajes de participación del Estado para establecer si hay control estatal? En vista de la posición que asumen los accionistas en las sociedades de capital, el ejercicio del control sobre la empresa se ha de diferenciar, en la actualidad, de la relación de propiedad del empresario respecto de la misma¹⁵. Las estructuras de propiedad, que se manifiestan como derechos de voto, junto con el grado de discrecionalidad concebido a los administradores, interactúan con las fuerzas organizativas internas de la sociedad y afectan a su comportamiento en diferentes sentidos¹⁶. En cualquier caso, debería revelarse cualquier derecho o acuerdo especial que pudiese distorsionar la estructura de propiedad o de control de la empresa pública, como las acciones de oro y la capacidad de veto¹⁷. Esto serviría para establecer claramente las posibilidades de control del Estado.

Pero la mera posibilidad de control por parte del Estado no significa realmente control. Si fuera así, y llevando al extremo este argumento, podríamos decir que

¹⁵ Ver

http://www.blascoschneider.com.ar/publicaciones/schneider_consideraciones_sobre_el_control_societario.pdf

¹⁶ CEBRÍA, Luis H., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital*, ed. Bosch, España, 2013, p.41.

¹⁷ Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de «las Empresas Públicas, p. 54, 15/6/2022. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>

ninguna empresa tiene legitimidad en arbitraje de inversiones. Esto sería así porque cualquier Estado tiene la *posibilidad* de controlar las sociedades. Por ejemplo, se podría argumentar que subiendo tributos laborales, un Estado hace que las empresas se expandan a países vecinos para conseguir capital humano más barato. En ese caso, sosteniendo la tesis amplia, se puede decir que al invertir en el extranjero, esa Sociedad estaba siendo controlada por el Estado y por lo tanto, representaba al mismo. Como vemos, es una consecuencia ilógica.

Entonces, entendemos que para decidir si la sociedad está bajo el control del Estado, debemos basarnos en un test de *control efectivo*. ¿Cómo sabemos que estamos frente a un control efectivo? Según el Tribunal Internacional de Justicia, para que haya control efectivo debe haber "orden concreta", "encargo específico" o "instrucciones específicas"¹⁸.

En definitiva, habrá que demostrar que la sociedad en cuestión actúa bajo instrucciones específicas del Estado, y no bastaría un mandato indirecto para demostrar control, como sostienen quienes afirman que ha de aplicarse una teoría de control general.

- b. El tiempo: al observar ese comportamiento. Análisis de la actividad en el caso concreto

Es un principio internacional jurídicamente aceptado, que la jurisdicción se va a determinar con referencia al momento en el que comienzan los procedimientos judiciales. Esto significa que en esa fecha, todos los requisitos jurisdiccionales

¹⁸ Al respecto, el T.I.J. ha establecido: “*Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones*”, en *Asunto relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua. Nicaragua contra Estados Unidos de América*. C.I.J. Méritos, Párr. 110 y ss.

deben estar cumplidos, y la jurisdicción no debe ser afectada por eventos subsecuentes¹⁹.

Sin embargo, el test de “agencia” del test de Broches, debería hacerse poniendo el foco en el contexto específico bajo consideración. Así entendieron los tribunales de *CSOB v. Slovak*²⁰ *Republic* y *BUCG c. Yemen*²¹.

Por lo tanto, las sociedades, para que se niegue su legitimidad ante una Corte de Arbitraje Internacional de Inversión, deben estar bajo *control efectivo* del Estado en dos momentos: al realizar la inversión, y al iniciar los procedimientos.

B. Función Gubernamental

La segunda parte del Test de Broches requiere que la Sociedad de propiedad Estatal no esté llevando a cabo funciones gubernamentales. El Artículo 5 de las Directivas considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer *atribuciones del poder público*, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Una compañía ejerce atribuciones del poder público cuando sus actividades son parte de las funciones esenciales y no delegables del Estado. Esto requiere un nivel de abstracción más que el test de agencia. Las funciones gubernamentales son las acciones propias del Estado, que parten del poder político y las desarrollan sus órganos esenciales, y terceros de manera excepcional. En general, estas funciones están sujetas a la regulación del ordenamiento jurídico; y su finalidad ordenada a la satisfacción del bien común²². Lo que importa no es que haya elementos de “servicios públicos” o cumplimiento de las

¹⁹ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID convention: A commentary*, Cambridge University Press, 2001, párr. 329 - 330.

²⁰ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) (Rep. Checa) c. República Eslovaca*, Caso CIADI n.º ARB/97/4. Decisión de Objeciones Jurisdiccionales, 24 de mayo de 1999.

²¹ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUCG) c. República de Yemen*, Caso CIADI ARB/14/30, Decisión de Jurisdicción, 31 de mayo de 2017.

²² RENÉ GOANE, Mario. *Derecho Administrativo*, Fondo De Cultura Juridica - Facultad De Derecho De La U.N.T., p. 67.

consideradas “necesidades públicas” (que, por cierto, variarán según el Estado y el Gobierno), si no el uso de autoridad gubernamental²³.

Sin embargo, hay que analizar caso por caso, teniendo en cuenta las particularidades de cada Estado y cada sociedad, para saber cuáles son estas funciones. Por ejemplo, el tribunal en *Venezuela US*, se dijo que se requiere que las leyes del Estado autoricen a la entidad a ejercer algunos aspectos del Poder Estatal, es decir, poder público²⁴. Por otro lado, el tribunal de *CSOB*, entendió que si bien la compañía en cuestión promovía políticas gubernamentales o propósitos del Estado con su actividad, la actividad en sí era de naturaleza comercial y no gubernamental²⁵.

Dos casos en los que se entendió que las compañías llevaban a cabo funciones gubernamentales son *Hamester*²⁶ y *Maffezini*²⁷. En el caso de *Hamester*, su Junta Directiva tenía facultades para regular cierto sector del mercado con instrumentos legislativos, y podía imponer penalidades a la violación de sus reglamentaciones. En cuanto al caso de *Maffezini*, la compañía bajo consideración tenía entre sus funciones, la de proveer subsidios y ofrecer otros incentivos para promover propósitos estatales.

Así, es menester para la problemática bajo estudio, que la inversión no haya sido llevada a cabo por la sociedad en cuestión como lo haría un Estado, sino como una sociedad comercial. Los agentes del sector público tienen el deber de servir al ciudadano y no se orientan al beneficio económico. En contraste, las compañías privadas se rigen por objetivos de beneficio económico y compiten

²³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI Nº ARB/04/13, Award, November 6, 2008, párr. 170.

²⁴ *Venezuela US, S.R.L. v. República Bolivariana de Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje, caso Nº 2013-34, Laudo Parcial (Jurisdicción y Responsabilidad), 5 de febrero de 2021, Párr. 188.

²⁵ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) (Rep. Checa) c. República Eslovaca*, Caso CIADI n.º ARB/97/4. Decisión de Objeciones Jurisdiccionales, 24 de mayo de 1999, párr. 20.

²⁶ *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, caso CIADI Nº ARB/07/24.

²⁷ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI Nº ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000.

para superar a otras sociedades que ofrecen bienes y servicios similares, su objetivo principal es la rentabilidad del negocio²⁸.

III. TEST DE *MAFFEZINI*

Continuando con el estudio de los criterios para determinar la legitimidad de empresas estatales bajo tratados de inversión, es indispensable el análisis del *leading case* Maffezini en lo relativo a esta materia.

De este laudo se desprenden varios criterios prácticos que deben ser aplicados en cada caso en particular y de manera coherente e integral por quien corresponda dirimir la controversia. Sucintamente se abordarán los hechos del caso para una mejor comprensión de estos lineamientos.

En julio de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) recibió del señor Maffezini (nacional argentino), una Solicitud de Arbitraje en contra el Reino de España (España). La solicitud se refiere a una controversia suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de la entidad española SODIGA (“Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia”). , en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia. En su solicitud, el Demandante invoca las disposiciones del “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina” (el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones o ABI Argentina-España)²⁹.

El Demandante sostiene que los actos y omisiones que afectan a sus inversiones son imputables a SODIGA, la cual es propiedad de varios entes estatales y además se encuentra bajo el control del Estado y tiene como finalidad el desarrollo económico de la región de Galicia. Por lo tanto, dada su condición

²⁸ ENRIQUEZ, Abner. “Principales diferencias entre el sector público y el sector privado”. Universidad de San Carlos de Guatemala USAC.

²⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 1.

de entidad estatal, sus actos u omisiones causantes de daño pueden imputarse al Estado³⁰.

En contraposición, el Demandado expresa que SODIGA es una sociedad comercial privada constituida según las leyes comerciales españolas y que sus actividades se corresponden con las de una entidad privada. El hecho de que una parte de las acciones de SODIGA pertenezcan a entidades estatales, argumenta el Demandado, es intrascendente a la hora de determinar el carácter comercial privado de la sociedad, este evento tampoco transforma a SODIGA en un organismo estatal. Resalta que como el Centro no tiene jurisdicción para arbitrar controversias entre dos Estados, tampoco la tiene para arbitrar controversias entre dos entidades privadas. El Demandado afirma que en todo caso, ninguno de esos actos podría atribuirse al Reino de España³¹.

Cabe destacar que, ni el término “nacional de otro Estado Contratante” ni el término “Estado Contratante” están definidos en el Convenio. Su principal característica jurisdiccional es la solución de controversias entre un inversionista privado y un Estado³². Aún cuando, como se señaló anteriormente, ni el Convenio del CIADI ni el ABI Argentina-España definen lo que se entiende por Estado Contratante, la historia de la preparación del Convenio trata de una situación análoga: si acaso las sociedades de economía mixta o aquellas de propiedad del Estado deben considerarse dentro de la definición de “nacional de otro Estado contratante”. De esta manera, la determinación del carácter de una empresa de propiedad del Estado en el contexto de si se trata de un “nacional de otro Estado Contratante”, también puede ser relevante para determinar si es posible incluir una empresa estatal de este tipo en la definición de “Parte Contratante”. En este sentido, cabe observar, como lo explicó una destacada autoridad en la interpretación del Convenio, que al parecer “una empresa de economía mixta o una sociedad de propiedad del Estado no debe excluirse como ‘nacional de otro Estado Contratante’ a menos que esté actuando como agente

³⁰ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 72.

³¹ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 73.

³² BROCHES, Aron: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, *Columbia Journal of International Law*, Vol. 5, 1966, 263, pág. 265.

del gobierno o esté desempeñado una función que sea esencialmente gubernamental”³³. Es decir que, *a priori*, ninguna persona jurídica puede ser rechazada como inversor protegido por el mero hecho de tener participación estatal, ya que dependiendo de las circunstancias particulares del caso y de la manera y en el contexto en que dicha empresa despliega sus actividades, podrá ser considerada como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el mismo tratado.

Es importante ahora, comprender qué lineamientos puede o debe utilizar el Tribunal a la hora de definir si nos encontramos frente a una entidad estatal o si se trata de una sociedad comercial privada. Para ello, el Tribunal puede recurrir a las reglas aplicables del derecho internacional para decidir si una entidad determinada es en efecto estatal. Estas normas han ido evolucionando con el pasar de los años y se han aplicado en el contexto del derecho sobre la responsabilidad de los Estados. De esta forma, la prueba que se ha desarrollado comprende ciertos puntos claves, tales como la propiedad, el control, la naturaleza, y los propósitos y objetivos de la entidad cuyas actividades se analizan, así como el carácter de las acciones realizadas³⁴. Si acaso una entidad debe considerarse como organismo del Estado y si acaso ello puede en definitiva comprometer la responsabilidad de éste, es una cuestión de hecho y de derecho que ha de determinarse según los principios aplicables del derecho internacional³⁵.

En el caso que nos convoca, el Tribunal deberá responder a las siguientes interrogantes: ¿Es suficiente el hecho de que SODIGA sea propiedad del Estado Español? ¿Cómo influirá el hecho de que la misma sea controlada por el estado de forma directa o indirecta? ¿Qué tan importante es la naturaleza de las actividades que desarrolla?

³³ BROCHES, Aron, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, 1972, pág. 355.

³⁴ BROWNIE, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, 1983, 132 et seq.

³⁵ BROWNIE, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, 1983, pág. 136. Véase también Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos cit., nota 59 supra, art 4.

El problema de si SODIGA es o no una entidad estatal debe examinarse primero desde un punto de vista formal o estructural. En tal sentido, el hecho de que pertenezca al Estado español hace presumir que la misma es una entidad estatal. Una aproximación similar se dará si la entidad se encuentra, directa o indirectamente, bajo la órbita de control del Estado. Siguiendo esta línea de razonamiento, si el propósito o los objetivos de una entidad son llevar a cabo funciones de naturaleza gubernamental, o que normalmente desempeña el Estado, o que por su naturaleza no sean realizadas habitualmente por empresas privadas o personas naturales, también habría más probabilidades de aceptar su carácter estatal³⁶. Por otra parte, si estamos frente a una entidad que es administrada y controlada directamente por el Estado, como sucede con una repartición de un Ministerio, una Secretaría o Subsecretaría estaremos ante una presunción aún mayor, pero lo será menos cuando el Estado la instrumente a través de un mecanismo del sector privado, como lo es una sociedad anónima u otro tipo de sociedad comercial. Sin embargo, es necesario remarcar que un Estado no podrá evadir su responsabilidad por actos u omisiones que causan daño ocultándose tras el velo de una sociedad de estas características³⁷. El párrafo 2 del Artículo 7 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional corrobora esta posición:

El comportamiento de un órgano de una entidad que no es parte de la estructura formal del Estado o de una entidad pública territorial, pero que está facultado por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas de poder público, se considerará acción del Estado bajo el derecho internacional, cuando ese órgano haya actuado en tal capacidad en el caso de que se trate.³⁸

En lo relativo a la prueba funcional, que se ocupa de analizar la función práctica que desarrolla la entidad, podemos destacar que el hecho de que el Estado sea propietario de las acciones de una sociedad no es esencial a la hora de

³⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000, párr. 77.

³⁷ BROWNLIE, Ian, *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, 1983, págs. 135-137.

³⁸ Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados", 1996, *International Legal Materials*, Vol. 37, 1998, 444. (Traducción del Tribunal).

determinar su calidad bajo un tratado de inversión, en tanto las actividades llevadas a cabo por la empresa sean de una naturaleza esencialmente comercial y no gubernamental. La otra cara de este razonamiento sería, si una sociedad comercial con fines de lucro, realiza actividades que pueden considerarse esencialmente gubernamentales o delegadas por el Estado, estaríamos ante una entidad de carácter estatal.

En Maffezini, el Tribunal señala varios hechos concretos para arribar a la conclusión final de que SODIGA es en efecto una entidad del Estado. El primero de ellos es que SODIGA fue creada por un decreto dictado por el Ministerio de Industria, que autorizó al Instituto Nacional de Industria, un organismo del Estado, para constituir SODIGA. Adicionalmente y a pesar de que el Estado decidió crear SODIGA en forma de sociedad comercial privada, lo hizo estableciendo que el Instituto Nacional de Industria fuera propietario de no menos del 51% del capital. Precisamente, al 31 de diciembre de 1990, el porcentaje del capital de SODIGA que pertenecía al Estado había aumentado a más del 88%, incluidas las acciones que tenía de la Xunta de Galicia, entidad igualmente estatal encargada de ejercer el poder ejecutivo en la Comunidad Autónoma de Galicia. varias cajas de ahorro, otros organismos regionales de desarrollo y del Banco Exterior de España³⁹. Aun así y como hemos señalado anteriormente, la intención que haya tenido el Estado para crear una entidad empresarial más, especialmente una que tenga por finalidad actuar en el sector privado, aunque sea de propiedad estatal, no es suficiente para crear la presunción de que la entidad sea un órgano del Estado. Para la prueba funcional explicada *ut supra*, se requieren elementos adicionales para llegar a dicha conclusión⁴⁰. En este caso, sin embargo, el Gobierno español deja ver la clara intención que tuvo al momento de la creación de SODIGA, la cual fue crear una entidad que llevará adelante determinadas funciones gubernamentales en el ámbito del desarrollo regional.⁴¹ Esta intención se torna explícita, por ejemplo, en el preámbulo del decreto, que declara que uno de los propósitos de la creación de SODIGA es la promoción del desarrollo industrial regional de la Región

³⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 83.

⁴⁰ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 84.

⁴¹ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 86.

Autónoma de Galicia. (“...[S]e considera urgente la constitución de una Sociedad que, con la finalidad específica de impulsar el desarrollo industrial de Galicia,...”). Además de esto, puede apreciarse que la intención del Gobierno de España fue emplear a SODIGA como un instrumento de acción estatal. Entre sus funciones encontramos: **1.-** emprender estudios para la instalación de nuevas industrias en Galicia, buscando y solicitando el establecimiento de esas nuevas industrias; **2.-** invertir en nuevas empresas; **3.-** tramitar solicitudes de crédito ante fuentes oficiales de financiamiento, **4.-** otorgar garantías para tales créditos y prestar asistencia técnica. Por otro lado, tanto a través del Instituto Nacional de Industria como directamente, SODIGA estaba encargada de la concesión de subsidios y del ofrecimiento de otros incentivos para el desarrollo de industrias. No se puede negar que, muchos de estos objetivos y funciones llevados adelante por SODIGA, son, por su propia naturaleza, tareas fundamentalmente gubernamentales y, por ende, no puede considerarse que normalmente ostentan una naturaleza comercial⁴². Hubiera sido distinto el caso de que el Estado español hubiese contratado con una sociedad privada, no gubernamental, la realización de tales actividades de desarrollo, sin embargo, no sucedió así en este caso. Aun así, como se explicó anteriormente, aún si hubiera sido éste el caso, según los criterios de la prueba funcional, dicho actuar no habría necesariamente desvinculado al Estado español de la entidad, debido a que sus funciones habrían sido delegadas por el Estado y éstas continuarán considerándose gubernamentales a la luz del derecho internacional⁴³.

En vista de que SODIGA satisface tanto la prueba estructural de creación estatal y propiedad estatal del capital, como la prueba funcional de cumplir actividades de naturaleza pública, el Tribunal concluyó que el Demandante ha demostrado *prima facie* que SODIGA es una repartición estatal que actúa en nombre del Reino de España.

A modo de conclusión, es importante enfatizar en que, a la hora de redactar los tratados y las cláusulas en ellos incluidas, se debe hacerlo con la mayor precisión y detalle posibles, ya que de esta manera se evitarían extensas discusiones interpretativas acerca del alcance de determinadas palabras, como

⁴² *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 86.

⁴³ *Emilio Agustín Maffezini v. el Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, laudo 25 de enero de 2000 párr. 87.

“inversor protegido”, “nacional de otro estado” y “estado parte.”. A su vez, parece importante resaltar que nunca se debe tener por definido el carácter estatal o comercial de una empresa sin antes someter la cuestión concreta a análisis, determinando en el caso particular si la empresa actuaba como parte del Estado o si desplegaba funciones típicas de una persona jurídica privada.

IV. OTROS LAUDOS IMPORTANTES

A. CSOB

El caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic.*, merece también una especial mención en este ensayo. Esto se debe a que, durante la separación de Checoslovaquia en dos Repúblicas diferentes, como lo son hoy en día República Checa y Eslovaquia, el *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB)*, un banco comercial constituido bajo la ley checa, se dividió en dos “Collection Companies”, una establecida en la República Checa y la otra en Eslovaquia. La controversia se suscitó cuando el gobierno de Eslovaquia se negó a cubrir las pérdidas de la *Slovak Collection Company*, contrariando lo previsto en el *Consolidation Agreement* celebrado entre CSOB, la República Checa y Eslovaquia.

Lo trascendente de este caso es que el demandado, Eslovaquia, presentó objeciones a la jurisdicción del Tribunal arbitral, alegando que CSOB no es una entidad privada, sino más bien un agente del gobierno checo. Como principales argumentos, esgrimió que CSOB posee un 65% de participación estatal en su capital por parte del Estado checo. Además, que ese 65% de participación le otorga al estado un control total sobre la entidad bancaria. Por otra parte, el demandado sostiene que CSOB ha estado llevando a cabo funciones esencialmente gubernamentales y que desde su concepción ha actuado como un agente o un representante del gobierno en la comunidad bancaria internacional, ejecutando transacciones bancarias internacionales y operaciones comerciales extranjeras. Agrega que, si bien la empresa se ha reorganizado debido a cuestiones geopolíticas, su *status* no se ha visto modificado.

Si bien no se puede negar que el propósito de CSOB al llevar adelante sus actividades era promover políticas públicas e intereses del Estado, hay que atenerse a la naturaleza de las actividades antes que a su finalidad. En este caso,

se puede inferir que las actividades eran esencialmente comerciales, y no esencialmente gubernamentales.

Para comprender mejor el contexto de esta disputa, vale remarcar que luego de la Revolución de Terciopelo en el año 1989, el Estado comenzó un proceso de traspaso hacia una economía de libre mercado. De esta forma, CSOB intentó adaptarse al nuevo entorno y constituirse como un banco independiente. Si bien pareció alcanzar este propósito en 1993, su posición se vió afectada por las cuentas por cobrar provenientes de la época en la que pertenecían a una economía cerrada. Aun así, CSOB nunca perdió su naturaleza económica, ya que las medidas que tomó al respecto tuvieron como objetivo mejorar sus balances y consolidar su posición financiera de acuerdo con las previsiones del *Consolidation Agreement*.

Por otra parte, el demandado también sostenía que el propósito fundamental del *Consolidation Agreement* era lograr la privatización de CSOB, una función claramente gubernamental. Por ende, al firmar el tratado, CSOB estaba ejecutando funciones gubernamentales y por lo tanto no puede ser considerado un inversor protegido.

Sin embargo, es crucial remarcar que, si bien se deben llevar adelante muchas decisiones legislativas y administrativas y poner en marcha la maquinaria del Estado para privatizar una empresa, esto no quiere decir que la empresa que saca provecho de dicha privatización esté ejerciendo de modo alguno funciones esencialmente gubernamentales. En estos casos el titular de la acción estatal es el gobierno, el único facultado para tomar dichas decisiones.

A medida que se avanza en el desarrollo de este laudo, es visible la manera en la que el Tribunal vuelve a destacar que lo determinante en este asunto es la naturaleza de los actos. Por ello, refuerza su postura diciendo que los pasos realizados por CSOB para consolidar su posición financiera y atraer capital privado, no son en nada distintas de las acciones que tomaría cualquier banco comercial privado para solidificar su posición financiera⁴⁴.

⁴⁴ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, Caso CIADI Nº ARB/97/4, laudo de 24 de mayo de 1999, párr. 25.

B. Salini

En Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, las dos empresas italianas que comparecen como demandantes en la presente disputa participaron y resultaron adjudicadas en una licitación para la construcción de una carretera para unir Rabat con Fes. La invitación a participar fue realizada por la *Société Nationale des Autoroutes du Maroc* (De ahora en más, ADM.) una empresa de responsabilidad limitada en el contexto del Concession Agreement concluido con el Ministerio de Infraestructura, actuando en interés del Estado.

Los demandantes crearon el *Groupement d'Entreprises Salini-Italstrade* (De ahora en adelante, “El grupo”.) para llevar adelante la realización de la obra pactada entre las partes.

Luego de finalizada la obra, ADM envió un borrador acerca de la cuenta final con algunas reservas. Por su parte, El Grupo envió un memorándum al Jefe de Ingeniería de ADM impugnando dichas reservas pero fueron rechazadas por el mismo. Más tarde, envió otro memorándum al Ministerio de Infraestructura acerca de la misma cuestión, pero nunca recibieron respuesta.

Los demandantes sometieron la cuestión a un tribunal arbitral del CIADI en virtud del Artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversión entre el Reino de Marruecos y la República de Italia, con el objeto de obtener una compensación por los daños sufridos.

Ahora lo que nos interesa en el presente trabajo, es que Marruecos cuestionó la jurisdicción del centro alegando falta de jurisdicción *ratione personae*. Dicha objeción está fundada en que ADM no es una entidad del estado, sino que es una sociedad comercial privada con sus propios activos y que el hecho de que el Estado tenga cierta participación no debería ser relevante, como así tampoco la naturaleza pública del contrato que se celebra ni los gravámenes o beneficios especiales de los que goza la empresa.

Por su parte, los demandantes sostienen que ADM es una entidad legal del Estado independientemente de su carácter de sociedad de responsabilidad limitada. Basan sus afirmaciones en la composición de sus activos y de su Junta Directiva, y en la enorme participación e influencia del Ministerio de

Infraestructura sobre la empresa. La obra objeto del contrato está gobernada por *The Cahier des Clauses Administratives Generales* (CCAG), al igual que todos los trabajos realizados en beneficio del Estado y ADM está directa o indirectamente financiada por el Estado.

Si bien el TBI no especifica qué se entiende por “Estado contratante”, lo que sí se puede afirmar es que generalmente cuando una compañía es dominada o predominantemente controlada por el Estado o instituciones estatales, sin ser determinante que tenga o no una personalidad jurídica distinta, suele ser considerada una empresa estatal y por lo tanto, sus actos pueden ser imputados al Estado⁴⁵.

Para determinar la responsabilidad del Estado marroquí en este caso, el Tribunal siguió los lineamientos de Maffezini y se basó en dos criterios, primero, en la estructura de la compañía y sus accionistas, segundo, en las funciones que despliega ADM.

En cuanto al primer test, el Tribunal encuentra que a pesar de que ADM goza de una personalidad jurídica diferenciada, en la práctica el Reino de Marruecos posee el 89% de las acciones de la empresa, a través del Tesoro y otras diversas entidades estatales, lo que le otorga un significativo control por encima de la Junta General, encargada de elegir a los miembros del Directorio. Por lo tanto, tiene también un control cuasi absoluto sobre el Directorio de ADM. Esto se puede ver reflejado en el listado de miembros que se desprende de la Minuta de la Reunión de la Junta Directiva del 8 de marzo de 1998, la cual se encuentra plagada de numerosos y notables funcionarios públicos, como el Ministro de Infraestructura, que a su vez es Presidente de la compañía, el Secretario General de Infraestructura, el Director de Carreteras, el Director de Presupuesto, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros.

A su vez, la Minuta de la Junta Directiva establecía que el cargo de Presidente debía ser ocupado por la persona que se encuentre en el cargo de Ministro de

⁴⁵ BOUCHEZ, L. J., “The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 8, pp. 81-115 (1, 1991). BOCKSTIEGEL, K. H., “Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice”, *Arbitration International*, Vol. 1, N° 2, 1985, p. 195-199.

Infraestructura en ese momento. Además, fue este mismo funcionario el que en 1995 lanzó la licitación que dio lugar a este arbitraje. Como último hecho relevante del test estructural, es importante destacar que la Junta tenía la costumbre de entregar una copia de la minuta al Primer Ministro de Marruecos y al Secretario General de Gobierno tras cada reunión.

Continuando con el análisis realizado por el Tribunal, desde el punto de vista funcional, se debe señalar que, en su Memorándum y Artículos de Asociación, la función principal de ADM es la construcción y mantenimiento de carreteras y rutas de comunicación de larga distancia, garantizadas por el Estado.

La naturaleza administrativa del contrato y las leyes que lo gobiernan corroboran la postura del Tribunal, que a su vez se basa en las provisiones del CCAG, que aplica a todos los contratos celebrados en interés del Ministerio de Obra Pública y Comunicaciones, también avalado por dos decretos reales.

Por último, y como destacamos en la introducción de este trabajo, el Tribunal tuvo en cuenta que hoy en día es muy común que los estados utilicen empresas con personalidad jurídica diferenciada para desplegar ciertas actividades y abordar ciertos mercados estratégicos.

Considerando todo lo anterior, el Tribunal concluyó que, tanto desde el punto de vista funcional como estructural, ADM es una entidad estatal actuando en nombre del Reino de Marruecos.

C. Hamester

El actor, Hamester, es una sociedad alemana, que realizó un acuerdo de Joint-Venture con Cocobod, una sociedad establecida por ley de Ghana. La empresa de Joint-Venture tenía como fin modernizar una vieja fábrica procesadora de cacao en Ghana propiedad de Cocobod. Para esto, las partes crearon una sociedad bajo las leyes de Ghana, West African Mills Company Limited (“Wamco I”). Hamester proveería tecnología, know-how y fondos para modernizar la fábrica, y Cocobod contribuía con los bienes y la fábrica.

Cocobod proveía de semillas de cacao a Wamco y todo lo producido por Wamco era vendido al actor. A lo largo de todo el proyecto, hubo constantes disputas sobre pagos, y problemas entre el Actor, Wamco y el Demandado. Hamester

presenta la demanda ante el CIADI por incumplimiento de las obligaciones del Tratado Bilateral entre Alemania y Ghana. La República de Ghana, por su lado, responde que las conductas a las que refiere Hamester no son atribuibles a la República, sino a la empresa Cocobod, por lo que no corresponde la jurisdicción de inversión ni la aplicación del Tratado Bilateral.

El tribunal entendió que ninguno de los actos de Cocobod eran atribuibles a Ghana. Cocobod no era, de derecho o de hecho, un agente del Estado; no se encontró evidencia de que la sociedad actuara bajo instrucciones o la dirección o el control del Estado aplicando el test de *control efectivo*⁴⁶. Además, a pesar de que la empresa contaba con prerrogativas de ejercer algunas funciones gubernamentales, ninguna de estas funciones fueron ejercidas en las relaciones con el Actor⁴⁷. Esto es porque Cocobod era una sociedad comercial, y el gobierno de Ghana no tenía injerencia en las obligaciones contractuales de la misma. Por lo tanto, los actos de la sociedad por los cuales Hamester inicia el procedimiento arbitral, son de naturaleza comercial y no constituyen un incumplimiento de un Tratado Bilateral por parte del Estado.

D. Venezuela US

En este caso las partes son Venezuela US, S.R.L. (sociedad constituida y existente bajo las leyes de Barbados) como demandante y la República Bolivariana de Venezuela como demandada. La Demandante alega que la

⁴⁶ “As a general remark, the Tribunal notes that it has not seen in the evidence any compelling sign of such a strong control by the State, as would be required by Article 8. It is not denied that the Government was informed (...) of the developments taking place in the last phase of the dispute (...). However, being informed and discussing the case with the parties – both the Claimant and Cocobod – does not mean that the latter was under the effective control of the Government, and that the acts of Cocobod could be attributed to the State of Ghana”. Ver *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, caso CIADI N° ARB/07/24, párr. 199.

⁴⁷ “The Tribunal has carefully assessed whether, in its dealings with Hamester in relation to the JVA, Cocobod acted like any contractor/shareholder, or rather as a State entity enforcing regulatory powers. It must be observed that this analysis has necessarily concentrated on the utilisation of governmental power. It is not enough for an act of a public entity to have been performed in the general fulfilment of some general interest, mission or purpose to qualify as an attributable act”. *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, caso CIADI N° ARB/07/24, párr. 202.

Demandada ha incumplido, tanto en forma directa como a través de las empresas estatales bajo su dirección y control, sus obligaciones en virtud del Tratado Bilateral de Inversión y bajo el derecho internacional. Más específicamente, la Venezuela US alega que Venezuela omitió garantizar un trato justo y equitativo a la inversión; disminuyó el valor de la misma como consecuencia de la adopción de medidas arbitrarias y discriminatorias; no cumplió con las obligaciones asumidas por el Estado y sus empresas estatales con respecto a la inversión; y le negó el valor de su inversión, expropiandola sin la debida indemnización.

La Demandante argumenta que a Venezuela US, que era inversor minorista de la empresa Petroritupano, durante dos años no le pagaron dividendos. La empresa Petroritupano era controlada por la empresa PDVSA CVP, empresa Estatal de Venezuela, cuyo gerente general era a la vez ministro de 188 ambiente del Estado. Por esto, la Demandante infirió que estas empresas son órganos de facto del estado de Venezuela, y que estaban unidas para realizar funciones públicas reservadas al Estado por la Constitución de Venezuela y la Ley de Hidrocarburos venezolana.

El tribunal tuvo en cuenta que bajo el artículo 302 de la constitución venezolana, el Estado se reserva el derecho de llevar a cabo actividades relacionadas con la industria petrolera. Sin embargo, entendió que de una provisión así no necesariamente surge que cualquier compañía que lleve a cabo actividades petroleras deban ser consideradas órganos estatales, ni de hecho ni de derecho. PDVSA realizaba predominantemente actividades comerciales, además, estaba constituida y operaba como una sociedad privada. Por esto, el Tribunal entendió que no podían considerarse un agente del estado⁴⁸.

Un tema importante a destacar de este laudo es que el tribunal remarcó que la rentabilidad no es un requisito sine qua non para considerar una actividad determinada como comercial⁴⁹. Esto es porque las empresas comerciales pueden

⁴⁸ *Venezuela US, S.R.L. v. República Bolivariana de Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje, caso N° 2013-34, Laudo Parcial (Jurisdicción y Responsabilidad), 5 de febrero de 2021, Párr. 188.

⁴⁹ *Venezuela US, S.R.L. v. República Bolivariana de Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje, caso N° 2013-34, Laudo Parcial (Jurisdicción y Responsabilidad), 5 de febrero de 2021.

llevar a cabo actividades que, desde la ciencia financiera, parecen no rentables, pero buscan otro tipo de ganancias, o buscan rentabilidad a largo plazo. También podría suceder que, si bien la actividad particular no es rentable, estudiada en conjunto con otras actividades, generen ganancias superiores a las pérdidas, o abra el nicho de mercado.

V. CONCLUSIONES

Por imperio del principio de Kompetenz-Kompetenz, los tribunales deberán decidir en qué casos pueden ejercer su propia competencia. A lo largo de este ensayo, hemos mencionado y desarrollado diversos criterios que pueden ser utilizados a la hora de determinar la naturaleza comercial o estatal de las empresas. Queda claro que, en principio, no se deben realizar apreciaciones apresuradas sobre las personas ideales ya que, si bien a simple vista pueden parecer parte de una entidad gubernamental o haber sido constituidas de acuerdo con las normas que reglamentan a las sociedades comerciales, pueden desarrollar en la práctica funciones que distorsionen dicha calidad.

Existen diferentes limitantes para la competencia de los tribunales, y es menester que los mismos atiendan en primer lugar esta situación, incluso si no fue traído al caso por las partes. Esto es porque el examen de jurisdicción de los tribunales arbitrales no deja de ser un examen preliminar, que puede ser contradicho por los tribunales nacionales elegidos por las partes.

Para definir la competencia en estos casos, es importante tratar de individualizar qué tipo de acciones lleva adelante la empresa, si son acciones de naturaleza meramente comercial o aquellas que solo pueden ser ejercitadas por los estados soberanos; a su vez, se debe precisar a quién responde la empresa o si se encuentra bajo la órbita de algún otro ente; como se distribuyen los dividendos, en qué momento, de qué manera y por qué fueron creadas.

Sin embargo, es importante destacar que todas las controversias acerca de la legitimidad de una sociedad para someter una cuestión a arbitraje persona-estado, deben ser apreciadas en las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta tanto el contexto socioeconómico y político de la región y el país donde se suscite la controversia y además los intervinientes, así como la calidad de estos en el conflicto. Por ello, ninguno de los criterios mencionados es concluyente para esclarecer la cuestión, pero que una empresa cumpla con más

de uno de los criterios explicados en este ensayo puede ser un fuerte indicio objetivo.

De esta forma, encontraremos que una empresa despliega facultades gubernamentales si cuenta con prerrogativas comúnmente estatales - como recaudar impuestos, imponer sanciones o ejercer control sobre determinados actos -, mientras que cuando no reúna ninguna podremos afirmar que solo se trata de una empresa privada desarrollando meras actividades comerciales.

A su vez entendemos, a raíz de los laudos reseñados, por más de que la sociedad en general despliegue funciones públicas, si en el caso concreto - es decir, en el momento inversión y en relación con la misma - no ha ejercido esas prerrogativas, tampoco debe entenderse que es parte del Estado.

Por último, destacamos que el tema tiene vital importancia para evitar el fracaso de procedimientos arbitrales. Si bien la competencia va a ser, en un primer momento, dirimida por el propio tribunal arbitral; esta atribución de competencia es sólo primaria. El laudo que resulte del proceso igualmente ha de ser ejecutado. Por eso, si ante un problema de jurisdicción en razón de la persona, el tribunal arbitral no toma seriamente en consideración todas las cuestiones mencionadas *ut supra*, en conjunción con las características sociales y económicas de los países parte; podría dar lugar al no reconocimiento del laudo y a la pérdida del proceso.

El requisito de legalidad de la inversión como espada y escudo de las medidas medioambientales en el marco del arbitraje inversionista-Estado

Juan Pablo Gómez Moreno^{*}, Karen Tatiana Trujillo Najar[†] & David Reyes Hincapié[‡]

Resumen- Hoy en día todos los actores del arbitraje inversionista-Estado incluidos los Estados, los inversionistas y los tribunales, se enfrentan a la interacción entre el medioambiente y este sistema. Las preocupaciones ambientales han sido usadas por las partes de estos arbitrajes como escudo y espada. Los Estados las han invocado para justificar sus medidas regulatorias, alegando que están tratando de proteger el medioambiente, mientras que los inversionistas dicen que esto es un pretexto para ocultar agendas proteccionistas. Este artículo explora algunos de los mecanismos a través de los cuales los Estados pueden defender sus medidas medioambientales en estos foros, revisando las alternativas tradicionales y planteando una nueva propuesta.

^{*}Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Es egresado de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales y de la Maestría en Derecho Privado de la misma institución. Actualmente trabaja como asociado en la oficina de Bogotá de Adell & Merizalde y como profesor en la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. jp.gomez1102@gmail.com

[†]Abogada y estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. kttrujillon@unal.edu.co

[‡]Abogado en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Estudiante de la maestría en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Davidreyeshincapie@gmail.com

Abstract- Nowadays all the actors of investor-state arbitration, including States, investors, and tribunals, are confronted with the interaction between the environment and this form of dispute settlement. Environmental concerns have been used by the parties to these arbitration as a shield and a sword. States have invoked them to justify their regulatory measures, alleging that said measures are aimed at the protection of the environment, while investors have argued that this is merely a pretext to hide protectionist agendas. This article explores some of the mechanisms by means of which States could defend their environmental measures in these fora, reviewing traditional alternatives and developing a new proposal.

I. INTRODUCCIÓN	29
II. MEDIOAMBIENTE Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	31
A. LA CRISIS CLIMÁTICA GLOBAL Y EL MEDIOAMBIENTE EN LOS TBIS	31
B. LA CRISIS CLIMÁTICA GLOBAL Y EL MEDIOAMBIENTE EN LOS TBIS ...	33
C. EL RIESGO A LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL	34
III. LAS APROXIMACIONES DEL ESTADO A LAS MEDIDAS AMBIENTALES	37
A. DEFENSA DEL ESTADO BASADA EN LA PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE	37
B. EL CONTENIDO DEL TBI COMO UN MÉTODO DE DEFENSAS	38
C. MECANISMOS DE DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE	40
a. <i>Podere</i> s de policía	40
b. <i>Medidas de precaución</i>	41
c. <i>Aplicación de cláusulas excepcionales</i>	42
D. DEMANDAS RECONVENCIONALES POR DAÑO AMBIENTAL	43
IV. REQUISITO DE ILEGALIDAD DE LA INVERSIÓN	45
A. ILEGALIDAD DE LA INVERSIÓN EN LOS TBIS	45
B. LEGALIDAD COMO REQUISITO IMPLÍCITO	47
C. MATERIALIDAD DE LAS ILEGALIDADES	48
D. VÍAS PARA ALEGAR LA ILEGALIDAD	50
a. <i>Jurisdicción del tribunal</i>	50
b. <i>Admisibilidad de reclamos</i>	51
c. <i>Reducción del daño</i>	53
E. ESTUDIO DE CASO (1): PHOENIX C. REPÚBLICA CHECA.....	54

V.	INCUMPLIMIENTO DE NORMAS MEDIOAMBIENTALES...	58
A.	GRAVEDAD DE LA CONDUCTA.....	59
a.	<i>Casos fáciles (negligencia evidente)</i>	59
b.	<i>Casos difíciles (incumplimientos comunes)</i>	59
c.	<i>Debida diligencia del inversionista</i>	60
B.	REACCIÓN DEL ESTADO	61
C.	ESTUDIO DE CASO (2): CORTEC C. KENIA	63
VI.	CONCLUSIÓN.....	67

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, las organizaciones internacionales han declarado que el cambio climático tiene un impacto irreversible en el medioambiente. Por tanto, la protección ambiental se ha convertido en una preocupación para toda la humanidad y es el centro de atención. Las preocupaciones ambientales, sin embargo, no son nuevas para el sistema de solución de controversias inversionista-Estado (el “ISDS”). Sagas como las concernientes a proyectos de petróleo y gas en América Latina y las energías renovables en Europa así lo demuestran.

En este debate, una pregunta importante es ¿quién debe abordar estos asuntos? Los Estados son los dueños de los tratados bilaterales de inversión (los “TBIs”) y podrían negociar mejores términos como los del celebrado TBI Marruecos-Nigeria de 2016. Pero no todo puede cubrirse en estos instrumentos y los tribunales son los que toman las decisiones en última instancia. Si bien muchos Estados están renegociando sus TBI, queda la pregunta sobre si faltan alternativas diferentes.

Experiencias pasadas demuestran que usualmente los Estados harán una de dos cosas. Estos pueden usar la protección medioambiental defensivamente y tratar de plantearlo excusa para justificar sus medidas. También pueden tomar la ofensiva y presentar demandas reconventionales para ser compensados por acciones de los inversionistas que dañen el medioambiente. En particular, este último tema ha sido el centro de muchas discusiones recientes desde el caso *Burlington*.

Este artículo propone una tercera alternativa poco explorada en la literatura sobre el asunto y mostrará que, al argumentar que el inversionista no realizó la inversión de conformidad con la legislación nacional, los Estados pueden adoptar un enfoque mixto en el que se defienden y atacan al mismo tiempo. Este requisito de “legalidad”, según el cual una inversión debe hacerse de acuerdo con las leyes del Estado receptor, aparece en la mayoría de los TBI e incluso ha sido reconocido como una obligación implícita de los inversionistas por los tribunales arbitrales en casos como *Phoenix*.

Por una parte, esta investigación argumentará que, mediante esta alternativa, los Estados podrían atacar la jurisdicción del tribunal o la admisibilidad de los reclamos, con lo que esta teoría funcionaría como una “espada” o mecanismo para ir a la ofensiva, conduciendo a la desestimación del caso. Por otra parte, el artículo mostrará cómo también los Estados podrían valerse de la misma teoría como “escudo” o estrategia defensiva, por ejemplo, buscando una reducción en la cuantía de los daños.

Para cumplir con su objetivo, este artículo se dividirá en seis secciones. La Sección II presentará brevemente la interacción entre el medioambiente y el ISDS, centrándose en los desafíos del sistema para la protección medioambiental. La Sección III discutirá las acciones previas que han tomado los Estados para justificar las medidas regulatorias destinadas a la protección del medioambiente, en particular las defensas ambientales y demandas reconventionales, enfatizando por qué han fallado.

La Sección IV desarrollará las principales características de la teoría de la legalidad de la inversión en ISDS, considerando sus principales características y algunos puntos clave, de acuerdo con casos pasados, para que esta alternativa resulte exitosa para los Estados. Luego, la Sección V introducirá la alternativa defendida en este artículo para justificar medidas medioambientales a partir de la teoría de la legalidad de la inversión. En este punto, se argumentará cómo la violación de las regulaciones ambientales domésticas puede ser utilizada por los Estados como una herramienta efectiva para defender sus propuestas regulatorias en materia de medioambiente y recursos naturales. Por último, la Sección VI presentará algunas reflexiones finales.

II. MEDIOAMBIENTE Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

A. *La crisis climática global y el medioambiente en los TBIs*

El impacto medioambiental es un aspecto que cada vez gana más relevancia en el ISDS¹. Los fenómenos que han acrecentado el cambio climático en el mundo en los últimos años afectan a todos los ecosistemas y todas las formas de vida². Prueba del impacto reciente del cambio climático en la perspectiva global es que en 2021³ dos tercios de personas encuestadas alrededor de 50 países lo ven como una emergencia mundial, mientras que en 2013⁴ solo un poco más de la mitad de las personas a las que se preguntó lo mismo en 23 países creían lo mismo⁵.

El ISDS no ha sido ajeno a esta problemática. Entre 2012 y 2015, se habían registrado 65 casos⁶ de protección de inversiones por el conflicto generado entre estas y las medidas ambientales implementadas por los Estados. A raíz de ello, estos últimos han intentado proteger sus ecosistemas incorporando principios y

¹ HUSH, Emily, “The Valuation of Ecosystem Services in International Investment Arbitration,” *International Investment Arbitration, Environmental Claims Journal*, Vol. 30, Nº 4, 2018, 273–301, pp 5-7.

² ARA BEGUM, Rawshan – LEMPERT, Robert, “Chapter 1: Point of Departure and Key Concepts”, en NACIONES UNIDAS, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2022.

³ FLYNN, C. *et al.* 2021. “The Peoples’ Climate Vote, UNDP and University of Oxford,” en NACIONES UNIDAS, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2022.

⁴ FAGAN, Moira – HUANG, Christine., “A look at how people around the world view climate change,” *Pew Research Center*. 27/05/2022, disponible en: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/04/18/a-look-at-how-people-around-the-world-view-climate-change/>.

⁵ FAIVRE, Nicolas. *et al.*, “Nature-Based Solutions in the EU: Innovating with nature to address social, economic and environmental challenges.” *Environmental Research*, disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28886502/>.

⁶ MARISI, Flavia, *Environmental interests in investment Arbitration*, Wolters Kluwer Law International B.V., Países Bajos, 2020, Capítulo 2, p. 27.

obligaciones de cuidado del medioambiente tanto en los preámbulos como en el clausulado de sus TBIs⁷.

Esta referencia a la protección medioambiental en los preámbulos de los TBIs no es algo circunstancial, ya que la función de estos apartados introductorios es “*guiar la interpretación del acuerdo a través de la clarificación de su objeto y fin, [y] dar contexto a la interpretación de los estándares de protección a la inversión*”⁸.

Esto demuestra también un cambio significativo en el diseño de los acuerdos de inversión. Mientras que en los TBIs más antiguos hay referencias a la potestad regulatoria del Estado, un derecho que puede o no incluir la protección del medioambiente, los nuevos TBIs contienen mandatos precisos, como aplicar los estándares o directrices de responsabilidad social empresarial (la “RSE”) que ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (la “OCDE”).

Para algunos autores, la inserción de este tipo de prerrogativas equilibra los TBI, pues al margen de que estos propendan por la promoción y protección de la inversión extranjera, también les asigna obligaciones a los inversionistas para que estos conduzcan sus proyectos de manera que respeten las políticas ambientales y sociales del Estado receptor⁹. Asimismo, como lo han resaltado

⁷ Tratado entre el Reino de Marruecos y la República Federal de Nigeria para la promoción y protección recíproca de inversiones. Preámbulo. Este TBI establece obligaciones especiales para el inversionista, como las de que su proyecto supere procesos de preevaluación y evaluación medioambiental (Art. 14(1) y 14(2)) y también en cabeza del Estado receptor, como la de aplicar el principio de precaución en los procesos de evaluación de la inversión (Art. 14(3)).

⁸ LORENZONI, Lina, “Protección del medioambiente y derecho internacional de inversiones”, en ÁLVAREZ, José - ZENKIEWICZ, Maciej (Eds), *El derecho internacional de las inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, p 657.

⁹ NEWCOMBE, Andrew, “Sustainable Development and Investment Treaty Law,” *The journal of World Investment & Trade*, N° 49, 2007, 358-407.

otros autores en la materia, esta sería una circunstancia que le da gran legitimidad a estos tratados¹⁰.

B. La crisis climática global y el medioambiente en los TBI

La cuestión de la protección ambiental en estos proyectos, sin embargo, no es novedosa en el ISDS. El tribunal arbitral de *Methanex*¹¹ expuso, dentro de los argumentos que sirvieron para desestimar las alegaciones del inversionista y no otorgar la protección solicitada, que para el inversionista era notorio que el Estado donde estaba desarrollando sus actividades tenía fuertes políticas públicas que regulaban el uso de los químicos que aplicaba la compañía, y, además, sus instituciones de salud pública y ambiental eran vigiladas por los medios locales y los electores.

A pesar de lo anterior, el ISDS no ha estado desprovisto de críticas en cuanto a las medidas que toman los tribunales arbitrales en relación con la protección medioambiental. Algunos sostienen que este sistema de arreglo internacional de disputas plantea importantes problemas para la soberanía nacional y la equidad, pues a pesar de que pretende igualar las condiciones de los inversionistas extranjeros que temen un trato desigual por parte de los Estados anfitriones, la balanza se ha inclinado a favor de los primeros, a quienes se les otorgarían más privilegios y derechos¹². Así pues, por ejemplo, algunos tribunales han considerado que el hecho de que el país anfitrión acepte la inversión extranjera legítima una mayor protección de aquella, incluso en detrimento de las políticas nacionales que protegen el medioambiente¹³.

¹⁰ GAZZINI, Tarcisio, “El TBI entre Marruecos y Nigeria de 2016: Una Importante Contribución a la Reforma de los Tratados de Inversión”, *Revista del International Institute for Sustainable Development*, N° 3. T. 8, 2017, pp. 3 – 4.

¹¹ *Methanex Corporation v. Estado Unidos de America*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, Part. IV – Capítulo D. párr. 9.

¹² MACLACHLAN, Claire, “Improving Environmental Protection in Investor-State Dispute Settlement”, *Columbia Journal of Environmental Law*, disponible en: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjel/article/view/7917/4042>.

¹³ *Bilcon of Delaware et al v. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL, Laudo Final, 17 de marzo de 2015, párr. 438.

C. *El riesgo a la protección medioambiental*

Uno de los principales problemas que ha generado la protección medioambiental en el marco de los TBIs es que los Estados tienen la disyuntiva¹⁴ entre ser destinos atractivos para los inversionistas extranjeros y hacer valer sus políticas públicas. En todo caso, algunos doctrinantes señalan que el lenguaje de varios TBIs sugiere que es común para los Estados reservarse ciertos derechos regulatorios en la redacción de los tratados¹⁵. A manera de ejemplo, algunos TBIs incorporan cláusulas que buscan evitar que los Estados sucumban a relajar sus estándares de protección del medioambiente, incluidas las regulaciones domésticas sobre la materia, en pro de mayor inversión extranjera¹⁶.

Otro de los inconvenientes planteados en el ISDS sobre esta materia es el problema de administración de justicia al que se enfrentan los tribunales arbitrales cuando se vislumbran afectaciones ambientales en una disputa de inversión. Este problema radica en que, por un lado, los inversionistas tienen pocos incentivos para tener en cuenta consideraciones sobre la protección del medioambiente, y, por otro lado, los Estados no siempre tendrían la intención

¹⁴ FOOTER, Mary E. "Bits and pieces: social and environmental protection in the regulation of foreign investment," *Revista de derecho internacional del Estado de Michigan*, Vol. 19, 2009, artículo que fuera presentado por primera vez en la conferencia: *The Global Interdependent Economy: New Explorations of the Boundaries of International Investment* en *Michigan State University College of Law* en Feb. 13, 2009, 35-64, pp. 39 y 40.

¹⁵ FOOTER, Mary E. en *Bits and Pieces...* señala como ejemplo de esta tesis el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este establece en su artículo 1106 una prohibición de imponer requisitos de rendimiento a las partes, pero permite las medidas son "*necesarias*" para la protección del medioambiente; estas son por razones de salud y seguridad humana, animal o vegetal; o están relacionadas con la conservación de los recursos naturales vivos y no vivos agotables. Aunque se establece que estas medidas no pueden ser "*arbitrarias*" o "*injustificables*", ni "*constituir una restricción encubierta al comercio o a la inversión internacional*". (Traducción propia).

¹⁶ Tratado entre la República Federal de Uruguay y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Art. 12.

legítima de salvaguardar estos entornos e intereses, sino que podrían buscar la justificación de medidas arbitrarias¹⁷.

En estos casos, otro aspecto relevante a mencionar es el reto al que se ven enfrentados los árbitros al emitir decisiones sobre daños en este tipo de conflictos inversionista-Estado, ya que la valuación puede ser extremadamente compleja al incorporar puntos técnicos propios de un análisis de impacto ambiental. Por ejemplo, uno de los casos hito en el ISDS en materia afectaciones medioambientales fue *Perenco*¹⁸, en el que la tasación de daños se elevó debido a que el perito determinó que el ecosistema contaminado podría ser denominado como “sensible” por ser un hábitat natural y no simplemente una tierra de cultivo agrícola. En ese orden de ideas, este fue un factor determinante para establecer los costos de restauración del terreno¹⁹.

De forma similar, otro de los criterios que los tribunales arbitrales en estos casos han usado para valuar los daños causados en materia medioambiental es la “equidad”. Este fue el escenario en *Santa Elena*²⁰, donde los árbitros consideraron que, para establecer una indemnización de perjuicios acorde a la realidad, tenían la obligación de aplicar este principio para evitar un resultado injusto en el proceso de valoración. Ahora bien, si bien las dificultades en la determinación de una cuantía en casos de impacto medioambiental pueden justificar la referencia a criterios más abstractos, estas aproximaciones generan otras inquietudes sobre la exactitud de dichos cálculos y sus efectos sobre los derechos y oportunidades procesales de las partes.

¹⁷ SARENMALM, Isabel. “Investment Treaty Arbitration and Environmental Sustainability Are ex officio considerations needed, possible or desirable?”, *Universidad de Uppsala, Dominio Disciplinario de Humanidades y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho*. 2015, p 26.

¹⁸ *Perenco Ecuador Ltd. v. La República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019.

¹⁹ HARRISON, James, “Significant International Environmental Law Cases: 2019–20”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 32, N° 3, 2020, 1–14.

²⁰ *Compañía del desarrollo Santa Elena S.A. v. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo, 17 de febrero del 2000, párr. 92.

Un balance final a todas las reflexiones expuestas anteriormente arroja que la tensión entre los derechos e intereses del inversionista y los principios ambientales es, sin duda, altamente compleja²¹. Por este motivo, no resulta sencillo hallar un equilibrio entre estos dos universos temáticos que, sin embargo, se encuentran profundamente entrelazados en lo que concierne al ISDS²². Así, en los textos legales de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se ha señalado que los países miembros de aquella corporación son libres de adoptar sus propias políticas de protección del medioambiente, siempre que, al hacerlo, cumplan con sus obligaciones y respeten los derechos de otros Miembros en virtud del Acuerdo de la OMC²³.

Esto precisamente muestra que hay una tendencia que tienen los Estados a incluir cláusulas de desarrollo sostenible en sus tratados de inversión²⁴. A su vez, lo anterior explica precisamente por qué las partes signatarias hacen referencia expresa en las disposiciones de los TBI a derechos a los Estados para proteger el medioambiente²⁵. Ahora bien, una pregunta distinta es si esta vocación por proteger la capacidad regulatoria en los TBI se ve reflejada también en la práctica de las disputas propias del ISDS. ¿Reconocen los tribunales arbitrales estas mismas prerrogativas que parecieran conservar los

²¹ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang?” *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol.10, 2017, 371-399.

²² MARISI, Flavia, *Environmental interests in investment Arbitration*, p. 101.

²³ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection...” pp. 379 -380.

²⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Informe de inversión mundial”, p. 112, disponible en: <https://unctad.org/topic/investment/world-investment-report>.

²⁵ El Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos de Norteamérica incluye en su clausulado un aparte dedicado al desarrollo de las inversiones y el medioambiente: “Art. 10.11. Inversión y el Medioambiente. Nada en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Estados a partir de cláusulas sobre medidas medioambientales? Este es un punto que se considerará con mayor detalle en la Sección III.

Entre tanto, no cabe duda de que los árbitros en ISDS se enfrentan a múltiples interrogantes en materia de protección del medioambiente. A la par de buscar que no se vulneren los derechos de los inversionistas, deben también tener en cuenta cómo el lenguaje de los tratados permea todo el contexto de una controversia, estudiar las exclusiones formuladas por los Estados en esta materia, verificar el cumplimiento de los estándares de protección en consonancia con las políticas públicas a favor de los recursos naturales y realizar una adecuada tasación de daños y perjuicios para lograr la reparación de las partes de forma justa y proporcional.

III. LAS APROXIMACIONES DEL ESTADO A LAS MEDIDAS AMBIENTALES

Dentro del interés por garantizar la protección medioambiental, que permita fomentar un entorno favorable para los ciudadanos, se presenta uno de los aspectos más relevantes en el ámbito internacional tendiente a lograr una *“relación equilibrada entre los poderes regulatorios del Estado Anfitrión y los derechos que surgen a favor del inversionista”*²⁶. En ese sentido, con el fin de contextualizar las aproximaciones del Estado a las medidas de protección medioambientales en ISDS, se presentará (i) como se ha llevado a cabo la protección del medioambiente a partir de la inclusión en los TBI o APPRI de cláusulas de protección medioambientales; (ii) los mecanismos de defensa del medioambiente; y (iii) en qué consisten las demandas reconventionales en torno a la protección medioambiental.

A. Defensa del Estado basada en la protección al medioambiente

Los inversionistas por medio del arbitraje de inversión buscan alcanzar la protección de su inversión por parte del Estado receptor de conformidad con las garantías consagradas en el TBI que las ampara. En ese caso, no se puede hacer caso omiso a la obligación y a su vez garantía que tiene que materializar el

²⁶ RESTREPO, Tomas, “David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medioambiente en disputas de arbitraje de inversión”, *Revista Discusiones*: Vol. 26, N° 1, 2021, 159 – 180, p. 164.

Estado con el inversionista sin que ello pueda generar una vulneración o afectación al medioambiente, los habitantes de un territorio y el Estado mismo.

Es así como los tribunales arbitrales deben realizar un control y evaluación de las decisiones que toman los Estados con el fin de comprobar que se encuentren dentro de las normas previstas en los TBI. Muchas veces, como las regulaciones gubernamentales en esta materia también tratan cuestiones de alto contenido político, por ejemplo, medidas adoptadas por presiones de un sector social, un movimiento o una población específica, son fácilmente cuestionables por el inversionista²⁷.

B. El contenido del TBI como un método de defensa

Los TBI han desempeñado un papel fundamental a la hora de tomar medidas para proteger el medioambiente. No obstante, estos pueden generar una carga excesiva para los Estados al impedir que se ejerza una protección efectiva sobre las posibles consecuencias ambientales y económicas que se puedan generar producto de la inversión objeto del TBI. Por lo mismo, podemos destacar que en algunos de los TBI más recientes se ha optado por mitigar el daño ambiental, garantizando su protección desde los “Preámbulos” de los respectivos acuerdos²⁸. Por ejemplo, el nuevo Modelo de TBI de los Países Bajos de 2019 reconoce en su Preámbulo que:

[...] estos objetivos pueden lograrse sin comprometer el derecho de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, seguridad, medioambiente, moral pública, derechos laborales, bienestar

²⁷ CAIRNS, David. - CREMADES, Bernardo; “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*: N° 2002, p. 7.

²⁸ VERDÍAS, Mateo M. – BISCOMB, Thomas J., “Investment Arbitration as an oxygen tank for the environment”, *Kluwer Arbitration Blog*, 23/05/2022, disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sar-39-007-n?q=Investment%20Arbitration%20as%20an%20oxygen%20tank%20for%20the%20environment%E2%80%9D>.

animal, protección social o del consumidor o por razones financieras prudenciales²⁹.

De manera similar, el Modelo de TBI de Austria de 2010 establece el compromiso de “*lograr estos objetivos [de promover la inversión] de manera consistente con la protección de la salud, la seguridad y el medioambiente, y la promoción de normas laborales reconocidas internacionalmente*”³⁰. De este modo, se ha promovido garantizar una protección medioambiental desde los mismos TBI. Esto, teniendo en cuenta que, según lo establece el informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en la nueva generación de los TBI:

(i) un reconocimiento del papel de la inversión como principal impulsor de la economía crecimiento y desarrollo, y la consiguiente comprensión de que la inversión las políticas son una parte central de las estrategias de desarrollo; y (ii) un deseo de seguir desarrollo sostenible a través de la inversión responsable, poniendo en valor social y objetivos ambientales en pie de igualdad con el crecimiento económico y el desarrollo objetivos³¹.

No obstante, a pesar de los esfuerzos por parte de los Estados receptores para garantizar el equilibrio entre la protección del medioambiente y las garantías de

²⁹ Modelo del TBI de Países Bajos de 22 de marzo de 2019, Preámbulo, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>.

³⁰ Modelo del TBI de Austria de 1 de diciembre de 2010, Preámbulo, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/250/austria--kazakhstan-bit-2010->.

³¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy Making”, Informe No. 5 de julio de 2013, pág. 4, disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2013d6_en.pdf.

los inversionistas, distintos autores como Schill³², Alschner y Tuerk³³, y Bankes³⁴, han identificado que, en ocasiones, ocurre una parálisis o “enfriamiento regulatorio” del Estado en la toma de acciones con el fin de evitar una disputa con los inversionistas.

C. Mecanismos de defensa del medioambiente

Ahora bien, una vez presentadas algunas de las herramientas con las que cuenta el Estado receptor en los TBI para alcanzar la protección medioambiental a través del texto del tratado, también debe considerarse que, bajo el derecho internacional público, los Estados cuentan con potestades soberanas para materializar estas defensas que pueden no estar explícitas en el TBI, contrato o ley que proteja la inversión³⁵.

a. Poderes de policía

Al analizar esta facultad de los Estados, autores como Betens³⁶ han considerado que las medidas regulatorias en materia medioambiental, siempre que sean racionales y proporcionales, no pueden vulnerar las obligaciones contempladas en el TBI, pues se trata de un equilibrio entre los intereses del Estado receptor

³² SCHILL, Stephan, “Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?” *Revista de Arbitraje Internacional*, Vol: 24, N° 5, 2007, pp. 469-477.

³³ ALSCHNER, Wolfgang y TUERK, Elisabeth, “The role of international investment agreements in fostering sustainable development,” En Baetens, F. (ed.), *Derecho de inversiones dentro del derecho internacional: perspectivas integracionistas*, Cambridge University Press.

³⁴ BANKES, Nigel. “Decarbonising the Economy and International Investment Law.” *Revista de Derecho de la Energía y los Recursos Naturales*, Vol: 30, N° 4, 2012, pp. 497-510.

³⁵ VERDÍAS, Mateo M., BISCOB, Thomas J., “Investment Arbitration...,” pp. 78-79.

³⁶ BAETENS, Freya, “Foreign Investment Law and Climate Change: Legal Conflicts Arising from Implementing the Kyoto Protocol Through Private Investment,” *Social Science Research Network*, 2010.

de proteger el medioambiente y el interés del inversionista por la protección de su inversión, lo que permite garantizar un fortalecimiento regulatorio.

Es así como, por ejemplo, el tribunal arbitral de *Methanex*, al analizar una disputa en entorno a la prohibición de producir éter butílico terciario de metilo en California por riesgos para el medioambiente, consideró que, al contrastarlo con la protección del interés público al medioambiente sano, no se había violado el estándar de protección contra la expropiación del respectivo TBI porque “*generalmente en derecho, una regulación no discriminatoria en favor del interés público [...] no se considera expropiatoria o sujeta a compensación [...]*”³⁷.

Por esta misma vía, el tribunal arbitral de *David R. Aven*³⁸, al analizar los intereses del inversionista en contraposición con los intereses públicos, dentro de los que se encuentran la protección del medioambiente por parte del Estado receptor, afirmó lo siguiente:

[...] el Tribunal toma una postura que se podría clasificar dentro de una tendencia que favorece el poder regulatorio del Estado Anfitrión en materia ambiental y el interés global del medioambiente sobre la protección a la inversión. Ahora bien, la posición del tribunal no tiene la vocación de anular de forma absoluta la protección al inversionista, pues somete las medidas ambientales del Estado a ciertos requisitos para que pueda prosperar como defensa³⁹.

b. Medidas de precaución

Con esta herramienta lo que busca el Estado es prevenir un daño al medioambiente sin que ello implique la pérdida de un potencial inversionista que se encuentre interesado en desarrollar la inversión. En ese caso el Estado tiene la posibilidad de implementar cláusulas, de conformidad con su poder

³⁷ *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*, UNCITRAL, Laudo Final 3 de agosto de 2005, parte IV, párr. 7.

³⁸ *David R. Aven y otros v. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo, 18 de septiembre de 2018.

³⁹ RESTREPO, Tomas, *David Aven y otros v. Costa Rica: ...*”, pp. 167.

soberano de manera unilateral en las que se garantice una protección plena sin que se requiera un estudio previo que genera demoras y trámites complejos y un desinterés por parte del inversionista.

Esta herramienta va más allá de la inclusión de protección medioambiental en los preámbulos de los TBI, sino que, se realiza la incorporación de cláusulas relacionadas con el medioambiente, los recursos naturales y la salud pública. Este mecanismo se puede considerar como una forma de garantizar un equilibrio entre las cargas entre Inversor-Estado, pues si bien el objetivo principal es la protección medioambiental también funciona como garantía de protección a la inversión, pues prevé los efectos que puedan surgir en el caso en concreto, dependiendo la exploración que se realice.

c. Aplicación de cláusulas excepcionales

Estas cláusulas han sido conocidas como la regla general de los TBI, pues le permiten a los Estado eximirse de responsabilidad o evitar un proceso arbitral. No obstante, es importante tener en cuenta que su aplicación no puede vulnerar los estándares generales de protección, es decir, no puede basarse en una medida desproporcionada, arbitraria o discriminatoria que afecte o esté en contra del inversionista.

Estas cláusulas “*hacen expresas, las excepciones por objetivos legítimos ya reflejados en la jurisprudencia del [TBI]*”⁴⁰. Por lo tanto, su implementación requiere que el Estado receptor demuestre en debida forma que se encuentra en una situación que justifique su implementación en pro del orden público, la seguridad o los intereses de los ciudadanos que se pueden ver afectados.

A su vez, su implementación se encuentra muy ligada al principio de precaución, pues pretenden alcanzar un equilibrio entre los intereses de los Estados y de los inversionistas, en donde el campo de acción del Estado en relación con la protección del medioambiente se limita para que los

⁴⁰ NEWCOMBE, Andrew, “General Exceptions in International Investment Agreements”, *Octava Conferencia Anual de la OMC del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado*, mayo de 2008, 23/05/2022, p. 3, disponible en: https://www.biiicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf.

inversionistas tengan una forma de defensa sobre las medidas arbitrarias, contrarias a derecho o discriminatorias que se puedan presentar en el caso.

D. Demandas reconventionales por daño ambiental

Como se mencionó anteriormente, en ISDS, los Estados han contemplado recientemente la creación de nuevas y mejores garantías para la protección medioambiental. Tanto así que se han venido implementando en la negociación de nuevos TBI cláusulas de solución de controversias que les permiten a los Estados someter a arbitraje disputas contra inversionistas que hayan causado impactos negativos al medioambiente. En esa medida, la implementación de esas cláusulas permite brindar al Estado un mecanismo de compensación cuando se presentan daños ambientales, mediante demandas principales.

Por otra parte, en casos en los que no existen TBIs con estas disposiciones también se han explorado alternativas que les permitan a los Estados poner en escrutinio las prácticas medioambientales de los inversionistas. El ejemplo tradicional de estos mecanismos son las demandas reconventionales, que le permiten a un Estado demandado interponer una demanda en respuesta. En estos casos, los inversionistas se enfrentan a un desafío en donde deben demostrar su cumplimiento con las leyes y regulaciones internas ambientales. Es decir que “la admisión de reconversiones permite al Estado demandado buscar comprometer la propia responsabilidad del inversionista extranjero en un arbitraje de inversión”⁴¹.

Para entender el impacto que han tenido estos mecanismos, es necesario estudiar las decisiones de los tribunales arbitrales con el fin de determinar si es la interposición de demandas de reconversión cuando el Estado considere que el inversionista produjo una afectación y posterior daño al medioambiente es o no una vía fructífera desde el punto de vista de la estrategia de litigio.

⁴¹ LE BARS, Benoit, “International Arbitration and Environmental Protection: Should Existing Legal Instruments Evolve?” *Documentos de la CNUDMI para el Congreso, Modernización del derecho mercantil internacional para apoyar la innovación y el desarrollo sostenible*, p. 17.

En el caso *Burlington*⁴², Ecuador presentó una demanda de reconvencción asegurando que el inversionista era responsable por la remediación de suelos, de aguas subterráneas y el abandono de pozos de conformidad con la ley de responsabilidad civil ecuatoriana. El tribunal arbitral concedió la reconvencción solicitada y otorgó a Ecuador un monto de US\$ 41.776.492,77, dentro de los cuales, US\$ 39.199.373 correspondían a las reclamaciones reconvenzionales por daño ambiental.

En este caso, se puede destacar que uno de los factores que tuvo en cuenta el tribunal arbitral a la hora de determinar la responsabilidad y condena de Burlington fue la aplicación de la ley interna de Ecuador. Así, según esta legislación, priman los principios ambientales, los cuales deben ser respetados por toda la población en general, incluyendo tanto al Estado receptor como a los inversionistas. Además, la ley exige la responsabilidad que surja de los daños ambientales que se puedan ocasionar.

Ahora, sobre este caso y sus aportes para la defensa de las medidas gubernamentales en materia medioambiental se ha considerado que:

[e]l caso Burlington no abrió nuevos caminos con respecto a la jurisdicción sobre reconvenziones debido al acuerdo muy específico vigente. El enfoque adoptado por el tribunal de Burlington, sin embargo, abre nuevos caminos, en la medida en que incluyó un análisis detallado de la legislación ambiental nacional en relación con la inversión en cuestión⁴³.

⁴² *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5 (anteriormente Burlington Resources Inc. y otros v. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)), Decisión sobre Reconvenziones, 7 de febrero de 2017, párr. 80.

⁴³ SCHACHERER, Stefanie, “International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s”, *The International Institute for Sustainable Development*, 2018, p. 15, disponible en: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>.

A su vez, otro de los casos a destacar es el arbitraje *Perenco*⁴⁴. Sobre este caso, vale la pena aclarar que está fácticamente vinculado con la disputa en *Burlington*, ya que ambas empresas formaban parte del mismo consorcio. Asimismo, ambas controversias se relacionan con la misma medida tributaria adoptada por el Estado ecuatoriano, es decir, el “impuesto a las ganancias extraordinarias” que se impuso sobre los excedentes de utilidades derivados de la explotación petrolera.

Al igual que en el caso *Burlington*, en *Perenco* Ecuador interpuso una reconvencción contra el inversionista alegando que de las actividades de las empresas resultó en un daño ambiental significativo. El tribunal concedió la reconvencción solicitada y otorgó a Ecuador un monto de US\$ 54.439.517,00, como indemnización por daños ambientales causados por las acciones de Perenco.

IV. REQUISITO DE ILEGALIDAD DE LA INVERSIÓN

A. *Ilegalidad de la inversión en los TBIs*

En esta Sección, el artículo se enfocará en el mecanismo que se propone para la protección de medidas medioambientales. Algunos TBI contienen disposiciones que indican que el inversionista deberá realizar una inversión “legal”. Este requisito aparece bajo distintas formulaciones, pero una de las más comunes es que la inversión debe hacerse “de conformidad con las leyes” del Estado receptor. Por ejemplo, el artículo 1(1) del TBI Ecuador-Suecia (2001) define inversión como

[...] todo tipo de activo de propiedad o bajo control, directa o indirectamente, por un inversionista de una Parte Contratante, en el territorio de la otra Parte Contratante, *siempre que dicha inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante* [...] (énfasis propio).

De hecho, al tratarse de una exigencia relacionada con la noción de “inversión”, incluso con el concepto de inversión “cubierta” o “protegida” bajo el acuerdo

⁴⁴ *Perenco Ecuador Ltd. v. La República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, laudo, 27 de septiembre de 2019.

respectivo, los tribunales han reconocido que esto puede afectar el consentimiento del Estado receptor al arbitraje de inversión⁴⁵. Así, podría decirse que este lenguaje limitaría el acceso del inversionista al ISDS. De esta forma, a partir de esta regla, los tribunales han tenido en consideración este asunto para establecer la existencia o no de una inversión⁴⁶.

Es importante aclarar que, para otros tribunales, este es un punto que se refiere más a la validez de la inversión que su existencia⁴⁷. Esta diferencia entre la existencia y la validez de la inversión es, sin duda, interesante y significativa. No sería correcto confundir estos dos conceptos que, desde la teoría general del derecho, son diferenciables y tienen efectos jurídicos distintos. No obstante, para atender a esta diferencia, el lenguaje del TBI respectivo debe ser el eje del análisis.

Otra forma en la que se incluye el requisito de legalidad de la inversión en los TBIs es en la regla sobre el ámbito de aplicación, que es la cláusula del tratado en la que se define qué queda dentro o fuera del mismo. Tal es el caso, por ejemplo, del TBI entre Pakistán y Suiza (1995), que indica lo siguiente:

El presente Acuerdo aplicará a cualesquiera inversiones en el territorio de alguna Parte Contratante por inversionistas de la otra Parte Contratante que se hayan hecho [...] *de acuerdo con las leyes y regulaciones de la primera Parte Contratante* (traducción y énfasis propios).

Ahora bien, el debate sobre la legalidad de la inversión no es del todo novedoso para el ISDS, pues aparece incluso en tratados de generaciones pasadas como el anterior. De hecho, los tratados de nueva generación han agregado

⁴⁵ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párr. 184-185; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas (II)*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, párr. 467.

⁴⁶ *RSM Production Corporation v. República Centrafricana*, Caso CIADI No. ARB/07/2, Laudo, 7 de diciembre de 2010, párr. 58.

⁴⁷ *Convia! Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo, 21 de mayo de 2013, párr. 386-388., paras. 386-388.

modificaciones adicionales al lenguaje, que hacen esta condición de legalidad todavía más expresa y exigente. En algunos casos, por ejemplo, no basta sólo con que la inversión sea conforme a la ley, sino que además debe ser estructurada y operada “de buena fe”⁴⁸.

B. *Legalidad como requisito implícito*

Varios tribunales han reconocido que, incluso ante la ausencia de un lenguaje de este tipo en los TBIs, el requisito de legalidad estaría implícito⁴⁹. Esto se ha explicado a partir de la premisa de que, como los Estados renuncian a su inmunidad cuando consienten al arbitraje de inversión, no sería razonable pensar que lo hacen para avalar inversiones que violan sus leyes⁵⁰. Igualmente, en otros casos similares, los árbitros han destacado que parece haber un acuerdo de las partes sobre la existencia de una obligación de legalidad implícita, aunque no aparezca en el respectivo TBI⁵¹.

Muchos tribunales, particularmente aquellos en arbitrajes bajo el Tratado de la Carta de Energía (el “TCE”), se han referido al caso *Plama* para justificar esta doctrina. En este arbitraje, como en los antes citados, los árbitros dijeron que el TCE no cubriría inversiones que fueran contrarias a la ley doméstica o internacional⁵². Lo que resulta más relevante para este artículo, sin embargo, es cómo los árbitros en *Plama* construyeron esta interpretación a partir del derecho internacional público.

⁴⁸ TBI entre India y Kirguistán 22 de marzo de 2019, Preámbulo, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>.

⁴⁹ *Ampal-American Israel Corporation y otros v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión de Jurisdicción, 1 de febrero de 2016, párr. 301.

⁵⁰ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 marzo de 2015, párr. 359.

⁵¹ *South American Silver Limited v. Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Voto Razonado del Prof. Francisco Orrego Vicuña, 22 de noviembre de 2018, párr. 456.

⁵² *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 138.

En particular, el tribunal citó una declaración sobre la adopción del TCE en la que se expresó que dicho instrumento sería interpretado según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “CVDT”), esto es, “[...] de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”⁵³. A partir de esto, el tribunal consideró que, dado que el objetivo fundamental del TCE es “fortalecer el estado de derecho en cuestiones energéticas”, las protecciones de este acuerdo no pueden aplicarse a inversiones que sean contrarias a la ley⁵⁴.

C. Materialidad de las ilegalidades

Cuáles sean o no las violaciones cubiertas por el requisito de legalidad es una cuestión distinta. Sobre este punto, existe cierta ambigüedad en el lenguaje de los TBIs. De muchos de estos textos, no es claro si cualquier violación de la ley del Estado receptor constituye una ilegalidad, aunque parecería, según la literalidad de los acuerdos, que este es el caso. No obstante, esta alternativa parecería radical, pues no sería razonable asumir que una falta irrisoria diera lugar *ipso iure* al rechazo de un arbitraje. Por el contrario, podría decirse hay un estándar de materialidad para definir qué incumplimientos superan el umbral de una inversión ilegal.

En la mayoría de los casos, los árbitros han considerado que sólo una ilegalidad que realmente pueda destruir el valor de una supuesta inversión, por tratarse de un incumplimiento grave, debería tener la consecuencia de impedirle al inversionista acceder al ISDS⁵⁵. Por el contrario, siguiendo el mismo razonamiento, el incumplimiento de regulaciones triviales o cuyos efectos no sean materiales suele ser rechazado. Es más, algunos tribunales han dicho explícitamente que el alcance de la doctrina de la legalidad de la inversión sólo

⁵³ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.

⁵⁴ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 139.

⁵⁵ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.

aplicaría en el caso de (i) violaciones serias; (ii) un incumplimiento del régimen de inversión; y/o (iii) casos de fraude o similares⁵⁶.

En otras disputas, los tribunales han sido todavía más estrictos, considerando que la teoría de la legalidad de la inversión sólo aplicaría a comportamientos contrarios a obligaciones fundamentales de un Estado, el estado de derecho mismo o la política pública internacional⁵⁷. En estos casos, podría decirse que el origen de dicha posición no sería la misma noción de ilegalidad en el TBI, sino un mandato distinto y superior al texto mismo del acuerdo, por ejemplo, los principios que orientan el rechazo general a las ilegalidades en el contexto del derecho internacional público⁵⁸.

De conformidad con esto, podría afirmarse que, como es común en las cortes y tribunales internacionales, los árbitros en casos de ISDS han expresado un rechazo general a conductas ilegales que podrían catalogarse como “serias”, como el fraude, soborno, lavado de activos y distintas formas de corrupción. Es más, algunos tribunales se han basado en esta misma filosofía jurídica para decir que casos de ilegalidades como la corrupción deberían dar lugar a la doctrina de la ilegalidad de la inversión incluso si el TBI carece de lenguaje expreso, ya que las acciones del inversionista serían opuestas al orden público internacional⁵⁹.

En este mismo sentido, hay árbitros que han tenido en cuenta criterios y principios que exceden la literalidad del TBI, como es el caso de la buena fe. Sobre este punto en particular, es de gran interés la alternativa que desarrolló el tribunal en el caso de *Hamester*, en el que los árbitros hicieron referencia no a inversiones hechas en contra de la ley doméstica, sino a inversiones que fueran contrarias a la “buena fe”. ¿A qué se refiere este concepto y cuál es su alcance?

⁵⁶ *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión de Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párr. 266.

⁵⁷ *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited y Bordo Management Limited v. Ucrania*, Caso SCC No. V 2015/092, Laudo, 4 de febrero de 2021, párr. 488.

⁵⁸ *David Minnotte & Robert Lewis v. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB (AF)/10/1, Laudo, 16 de mayo de 2014, párr. 131.

⁵⁹ *Krederi Ltd. v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Laudo, 2 de julio de 2018, párr. 385.

Para el tribunal en este caso, las acciones contra la *bona fides* pueden ser tanto actos de mala fe contra normas nacionales como contra mandatos de orden internacional, sin hacer una distinción.

D. Vías para alegar la ilegalidad

a. Jurisdicción del tribunal

En la medida que se relaciona con el ámbito de aplicación de un TBI, la primera vía para alegar una ilegalidad de la inversión sería, naturalmente, que el tribunal no tiene jurisdicción para decidir la reclamación respectiva. En ese sentido, la legalidad sería un criterio del test de jurisdicción *ratione materiae*, pues contemplaría el objeto de lo que puede ser decidido por los árbitros.

Ahora bien, el texto del TBI resulta crítico en este sentido. Parecería que una referencia expresa a la legalidad de la inversión como criterio para determinar su existencia o si está o no cubierta por el acuerdo, así como el consentimiento del Estado receptor al arbitraje, afectaría el alcance del acuerdo y la jurisdicción del tribunal⁶⁰. Ahora bien, hay árbitros que han determinado que, ante la falta de este lenguaje expreso, la ilegalidad de la inversión no corresponde a las objeciones preliminares, sino que debe revisarse en la etapa de alegaciones de fondo del caso⁶¹.

Varios tribunales han planteado ya esta distinción. Precisamente, de hecho, algunos árbitros han criticado la posibilidad de incorporar el criterio de legalidad como un aspecto implícito de la jurisdicción⁶². Para estos tribunales arbitrales, la cuestión sobre la legalidad o ilegalidad de la inversión es un punto de la disputa que implica un tema altamente sensible y que puede causar efectos muy graves para las partes, por lo que debe revisarse a partir de la evidencia

⁶⁰ *Yukos Universal v. Russia*, Decisión de la Corte de Apelaciones de La Haya, 28 de junio de 2022, párr. 5.1.11.3.

⁶¹ *Yukos Universal v. Russia*, Decisión de la Corte de Apelaciones de La Haya, 28 de junio de 2022, párrs. 5.1.11.4 -5.1.11.12.

⁶² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas (II)*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 16 de agosto de 2017, Opinión Disidente de Bernardo Cremades, párrs. 37-38.

presentada por ambas, lo que haría necesario verlo con detalle en la etapa de fondo y no en la jurisdicción del tribunal⁶³.

b. Admisibilidad de reclamos

Ahora bien, si la ilegalidad de la inversión no se revisa en relación con la jurisdicción del tribunal, ¿qué alternativas tiene un Estado para invocarla? Un escenario, sin duda, es el fondo de la disputa. Este punto, no obstante, será revisado en un acápite posterior. Otra opción que tienen los Estados es ventilar la ilegalidad de la inversión con respecto a la admisibilidad de los reclamos del inversionista. Como lo explica Waibel⁶⁴, mientras que la jurisdicción se refiere a la facultad general del tribunal arbitral de asumir un caso, la admisibilidad tiene que ver con la posibilidad de decidir la controversia en determinado momento debido a posibles defectos de las alegaciones. Como tal, la admisibilidad también se revisa en la etapa preliminar del arbitraje.

La doctrina ha aclarado que la jurisdicción antecede a la admisibilidad en cuanto a orden de análisis, esto es, el tribunal debe determinar primero que tiene jurisdicción para luego evaluar si un reclamo es admisible⁶⁵. En tal medida, podría decirse que la alegación de ilegalidad de una inversión en cuanto a la admisibilidad del reclamo del inversionista sería “subsidiaria”, pues sólo procedería si el tribunal considera que tiene jurisdicción o que esta etapa no es pertinente para estudiar tal asunto, pero quizás el estudio sobre la admisibilidad de la demanda sí podría serlo. Así, en casos anteriores, el tribunal ha

⁶³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas (II)*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 16 de agosto de 2017, Opinión Disidente de Bernardo Cremades, párrs. 37-38.

⁶⁴ WAIBEL, Michael, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility,” *Cambridge University Legal Studies Research Papers*, Paper No. 9, 2014, pp. 1-81.

⁶⁵ REINISCH, August, “Chapter 7: Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law”, en GATTINI, Andrea – TANZI, Atila – FONTANELLI, Filippo (Eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 130-151.

desestimado el tema de la admisibilidad cuando ha decidido antes que carece de jurisdicción para decidir sobre un arbitraje concreto⁶⁶.

¿Cómo funcionaría este mecanismo? En concreto, el Estado podría argumentar que, como la inversión es *contra legem*, la reclamación del inversionista no es admisible. En casos bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, los árbitros han considerado que la revisión de las condiciones para someter una reclamación a arbitraje bajo el TBI respectivo son asuntos de admisibilidad⁶⁷. Aunque existe cierto debate sobre si esta es una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad, pues es común que ambas categorías se superpongan en la práctica, este antecedente sugiere que la ilegalidad de la inversión podría revisarse en cuanto a la admisibilidad del reclamo. En ese sentido, las alegaciones de un inversionista con una inversión ilegal serían inadmisibles.

El caso *Copper Mesa* resulta de gran relevancia para explicar este punto. En esta disputa, relacionada con la terminación de concesiones mineras por parte de Ecuador a un inversionista canadiense, se presentaron disputas con las comunidades locales⁶⁸. Si bien este es un suceso común en el contexto del ISDS para este tipo de proyectos e industrias⁶⁹, la particularidad de este caso es que el inversionista contrató fuerzas de seguridad privada para confrontar a las poblaciones que se oponían a sus actividades, lo que resultó en varios heridos. Para el Estado, esto fue contrario a los estándares de RSE y la doctrina de las “manos limpias”, que indica que un tribunal no puede asistir a alguien cuyas acciones están basadas en un acto ilícito⁷⁰.

De conformidad con esto, el Estado le pidió al tribunal declinar su jurisdicción o *inadmitir las alegaciones del inversionista*. Si bien en este caso los árbitros

⁶⁶ *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 60.

⁶⁷ *Vento Motorcycles, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, párrs. 161-163.

⁶⁸ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Caso CPA No. 2012-02.

⁶⁹ BURNETT, Henry – Bret, Louis-Alex, *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*, Oxford University Press, 2017.

⁷⁰ CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 701.

no accedieron a esta petición, la estrategia de litigio del Estado fue buscar una defensa tanto por la vía de la falta de jurisdicción del tribunal como por la de la inadmisibilidad del reclamo. Además, la solicitud se basó en un aspecto esencialmente asociado con la legalidad de la inversión, puntualmente el incumplimiento de normas de RSE y de una doctrina general de derecho internacional público. Esto demuestra que la teoría de la ilegalidad de la inversión puede ser usada por el Estado como “espada” en estos casos, ya que le permitiría buscar activamente que el arbitraje fracasase en lugar de limitarse a plantear defensas como se indicó en la Sección III.

c. Reducción del daño

Como se ha reiterado, la ilegalidad de la inversión es un asunto que también se ha considerado como parte del fondo de la disputa y no de sus aspectos preliminares. Este ha sido el caso, por ejemplo, de las “ilegalidades sobrevinientes” o posteriores al establecimiento de la inversión⁷¹. Por una parte, este podría ser un asunto que se revise en los argumentos de las partes, como las discusiones sobre los estándares de protección y sus excepciones. En breve, lo que se discutiría aquí es si la ilegalidad de la inversión justifica o no las medidas del Estado respecto de la inversión. Sin embargo, esto nos llevaría nuevamente a los escenarios convencionales en los que, como se demostró, estos argumentos no han tenido mucho éxito para el Estado.

Por el contrario, un escenario más novedoso e interesante se presenta en materia de daños. En materia de derecho internacional, como es común también en varias tradiciones domésticas, los adjudicadores tienen en cuenta la conducta de la víctima para analizar la reparación. Esto se traduce al arbitraje de inversión, donde el comportamiento del inversionista, por ejemplo, una mala decisión o gestión de sus negocios, no darán lugar a compensación o podrán limitarla⁷². En este análisis, algunos principios han resultado de especial relevancia, como es

⁷¹ *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, CNUDMI, Laudo sobre Objeciones Preliminares a la Jurisdicción y Admisibilidad de los Reclamos, 21 de junio de 2012, párr. 99.

⁷² SABAHI, Borzu – DUGGAL, Kabir – BIRCH, Nicholas, “Principles Limiting the Amount of Compensation,” en BEHARRY, Christina (Ed.), *Contemporary and emerging issues on the law of damages and valuation in international investment arbitration*, Boston, Leiden, pp. 326-237.

el caso de la teoría de la “culpa compartida”, que les permite a los tribunales reducir el monto de la indemnización cuando estiman que los actos del inversionista han contribuido a causar el daño⁷³.

Para ilustrar la pertinencia de este punto en cuanto a la legalidad de la inversión, es importante comentar de nuevo el caso *Copper Mesa*. Aunque las alegaciones sobre jurisdicción y admisibilidad no tuvieron cabida en esta disputa, el tribunal decidió que la conducta del inversionista debía dar lugar a una disminución en el monto de los daños reconocidos al inversionista en un 30%. Para los árbitros, el personal directivo de la empresa era culpable de haber dirigido actos violentos contra la comunidad, en violación de la *ley penal doméstica ecuatoriana*, por lo cual la respuesta de la población, con la que la relación ya era adversa, a través de agresiones fue “inevitable”⁷⁴. Así, este caso ilustra como el Estado también podría usar la teoría de la ilegalidad como “escudo”, para buscar una reducción de condena estratégica.

E. Estudio de caso (1): Phoenix c. República Checa

Este arbitraje consistió en una reclamación invocada por un inversionista israelí contra la República Checa bajo el TBI de 1997 entre estos dos Estados. La inversión relevante para el caso fue la propiedad del inversionista sobre dos compañías checas asociadas a la comercialización de ferroaleaciones. Las medidas discutidas fueron el congelamiento de fondos de las compañías, el confiscamiento de documentación y las demoras de las cortes checas en decidir acciones presentadas por las empresas.

En este caso, el tribunal desarrolla una extensa discusión sobre la teoría de la ilegalidad de la inversión. Estas consideraciones resultan útiles para entender la filosofía detrás de esta doctrina y su relación con los fundamentos del ISDS. Además, son muy pertinentes para ver cómo el tribunal aplica el estándar jurídico en la práctica a partir de los hechos del caso y la conducta de las partes.

⁷³ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párrs. 242-243.

⁷⁴ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Caso CPA No. 2012-02, Laudo, 15 de marzo de 2016, párr. 6.100.

Al igual que en varios casos referenciados antes, el tribunal en *Phoenix* incluyó el requisito de la legalidad en el test para determinar si había una inversión protegida⁷⁵. Además, los árbitros hicieron una distinción entre las posibles vías para alegar la ilegalidad. Consideraron que, si se tratara de un incumplimiento “manifiesto”, el tribunal carecería de jurisdicción⁷⁶. Pero también dijeron que a veces esta violación debe revisarse en el fondo de la controversia⁷⁷. A su juicio, la primera aproximación estaría justificada porque, ante una ilegalidad evidente, permitir que la controversia se decidiera en la etapa de fondo sería violar el principio de economía judicial⁷⁸.

El tribunal en *Phoenix* estuvo de acuerdo en que las inversiones contrarias a la ley checa no podrían estar protegidas por el TBI, salvo que se tratara de cuestiones menores⁷⁹. Luego de este análisis, el tribunal determinó que no había una violación de reglas del ordenamiento jurídico checo⁸⁰, pues el Estado no alegó que la adquisición fuera contraria a algún requisito legal y, de hecho, *Phoenix* había registrado su propiedad sobre las compañías en debida forma según la normativa doméstica⁸¹.

Por otra parte, el tribunal también hizo referencia a que las inversiones protegidas por el ISDS deben ser realizadas de buena fe. A su juicio, al ser este principio uno de los más relevantes en el universo del derecho internacional, no

⁷⁵ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 114.

⁷⁶ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 102.

⁷⁷ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 102.

⁷⁸ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 104.

⁷⁹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 101.

⁸⁰ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 134.

⁸¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 134.

sólo reglamenta las relaciones entre Estados, sino los derechos y obligaciones de quienes buscan hacer una reclamación⁸². Por tanto, darle acceso a un inversionista al ISDS, si su inversión hubiera violado normas nacionales, sería permitirle abusar de sus derechos⁸³.

Para el tribunal, el *quid* de la cuestión en este caso era determinar si la inversión en disputa se había realizado o no de conformidad con la buena fe. En este análisis, el tribunal consideró varios factores específicamente relacionados con la conducta de las partes, lo que resulta de la mayor importancia para este artículo:

A partir de un criterio de *temporalidad*, el tribunal señaló que Phoenix había adquirido una inversión que ya estaba envuelta en litigios civiles, investigaciones penales y medidas cautelares⁸⁴. Esto, en opinión del tribunal, implicaba que el inversionista estaba al tanto de la situación en disputa al momento de invertir⁸⁵. Luego, partiendo de un elemento de *nacionalidad*, el tribunal resaltó que un reclamo inicial ya había sido invocado por un inversionista checo, pero posteriormente se le había cedido a un inversionista israelí con el objeto de que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el “CIADI”) no rechazara la disputa⁸⁶.

Además, el tribunal afirmó que el hecho de que la disputa se hubiera notificado y sometido a arbitraje en un período de tiempo tan corto indicaba que la inversión fue realizada meramente para presentar un reclamo bajo el TBI⁸⁷.

⁸² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 107.

⁸³ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 107.

⁸⁴ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 136.

⁸⁵ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 136.

⁸⁶ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 137.

⁸⁷ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 138.

Respecto de la *sustancia de la transacción*, el tribunal llamó la atención sobre el hecho de que el negocio aparentaba ser meramente una redistribución de activos dentro de una familia⁸⁸. Por último, se refirió a la *verdadera naturaleza de la operación* y dijo que había indicios de que ninguna actividad en el mercado había ocurrido realmente, ya que, por ejemplo, no había plan de negocios, programa de refinanciamiento u objetivos económicos⁸⁹.

Así, el tribunal concluyó que el objetivo del inversionista era llevar disputas domésticas al rango del ISDS⁹⁰. A juicio de los árbitros, esto no era una transacción *bona fide* y, por ende, no podía ser protegida ante el CIADI⁹¹. De hecho, para el tribunal, este tipo de actuaciones podrían caracterizarse como un *détournement de procédure*, una modalidad específica de abuso de derechos consistente en crear una ficción jurídica para obtener acceso a un procedimiento sobre el que no se tienen derechos⁹².

El antecedente de *Phoenix* es importante porque muestra los aspectos prácticos de la legalidad de la inversión. Este caso ilustra que, en el análisis de estas cuestiones, un punto central es la conducta de las partes. Si, por ejemplo, el inversionista demostró tener un reclamo frívolo, es probable que se rechacen sus alegaciones. Algo similar ocurrirá con los Estados, como se comentará en detalle en la sección siguiente, en la que se dará especial énfasis a los puntos para tener en cuenta sobre la aplicabilidad de esta doctrina en el caso de incumplimiento de normas medioambientales.

⁸⁸ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 139.

⁸⁹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 140.

⁹⁰ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 141.

⁹¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 142.

⁹² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 143.

V. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS MEDIOAMBIENTALES

¿Pueden los Estados traer alegaciones de incumplimiento de normas medioambientales ante el ISDS a través de la doctrina de ilegalidad? En caso de una respuesta afirmativa, ¿qué tendrían en cuenta los árbitros para decidir las? Estas son las cuestiones centrales de la que se ocupa la sección final de este artículo.

La primera pregunta puede responderse sin mayores rodeos. Las violaciones de la ley ambiental son, sin duda, violaciones de la ley doméstica y, por tanto, incumplimientos previstos en la doctrina de la ilegalidad de la inversión. Siendo esto así, los Estados podrían llevar a ISDS alegaciones sobre el incumplimiento de normas medioambientales, que normalmente consisten en omisiones a la norma o daños causados como resultados de lo mismo. Ahora bien, no resulta relevante aquí discutir cuáles puedan ser las vías para alegar esta doctrina, pues es claro de la Sección IV que estas corresponden a la jurisdicción, la admisibilidad y la reducción de daños, así como que cuál aplique dependerá de la evaluación que haga el tribunal respectivo.

En cuanto a la segunda pregunta, lo que sí es necesario en opinión de los autores es regresar nuevamente al debate sobre la materialidad de las ilegalidades y qué debe ocurrir para que un tribunal acepte una alegación de estas. Lo primero en esta materia, como se reiteró previamente, es que no cualquier violación de la ley ambiental daría lugar a una inversión ilegal. ¿De dónde viene esto? El trasfondo de dicha regla es un juicio de proporcionalidad. Si la consecuencia de la ilegalidad de una inversión puede ser la pérdida de la protección internacional del inversionista, se trata de una medida severa y que no se puede modular⁹³. Por lo tanto, resulta apenas razonable decir que la falta del inversionista debe ser tal que amerite este tipo de castigo por parte del tribunal.

A continuación, se discutirán dos aspectos que serían considerados principalmente por los árbitros para evaluar una reclamación de este tipo:

⁹³ *Corporación Álvarez y Marín S.A. y otros v. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo, 12 de octubre de 2018, párr. 156.

A. *Gravedad de la conducta*

¿Cómo se evalúa la conducta del inversionista? Algunas consideraciones que han mencionado los tribunales son la relevancia de la norma infringida y la intención del inversionista⁹⁴. El segundo de estos criterios, que podría decirse que corresponde a un *criterio subjetivo* del test de ilegalidad de la inversión, se refiere a las conductas del inversionista extranjero, incluido el establecimiento y operación de la inversión.

a. Casos fáciles (negligencia evidente)

En principio, los tipos de ilegalidades discutidos en la Sección IV son útiles. Según lo allí indicado, el tribunal podría determinar *prima facie* que un inversionista que obtuvo una inversión en recursos naturales a través de una ilegalidad grave, como un acto de corrupción, no podría tener protección bajo el TBI respectivo. Esto obedecería a los mandatos propios del derecho internacional público contra las ilegalidades.

Asimismo, el caso *Phoenix* permite inferir que, en disputas frívolas que se invocan con poco o ningún sustento fáctico sólo para acceder al ISDS, también procedería la teoría de la legalidad de la inversión. Dado que se trata de casos que son claramente contrarios a la buena fe y tienen por objeto abusar de los derechos del inversionista, el tribunal podría decidir que no tiene jurisdicción o inadmitir los reclamos de forma expedita.

b. Casos difíciles (incumplimientos comunes)

No obstante, este análisis resultaría más difícil en el escenario de inversiones contrarias a una ley doméstica común. En estas disputas, una herramienta útil sería la importancia de la norma infringida. A juicio de los autores, esta es una cuestión asociada con un *criterio objetivo* del test de legalidad de la inversión. Sin embargo, evaluar la importancia de una ley es un asunto expuesto a un alto grado de indeterminación.

⁹⁴ *Corporación Álvarez y Marín S.A. y otros v. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo, 12 de octubre de 2018, párr. 156.

Este punto podría verse a la luz de factores como la relevancia o la vulnerabilidad del bien jurídico afectado por la ilegalidad. Si, por ejemplo, el incumplimiento del inversionista afecta un ámbito del Estado especialmente sensible, la exigencia del tribunal debería ser mayor. De hecho, ya en el pasado los tribunales han destacado la seriedad de las ilegalidades en industrias sensibles y especialmente reguladas⁹⁵. El mismo ejemplo se dio en el estudio de caso del arbitraje *Phoenix*:

[...] Si un Estado, por ejemplo, restringe la inversión extranjera *en un sector de su economía* y un inversionista extranjero desconoce dicha restricción, la inversión en cuestión no puede ser protegida a través de un proceso arbitral CIADI (traducción y énfasis propios).

Un clásico ejemplo de este tipo de sectores sensibles de la economía es el caso los recursos naturales de un Estado. Como se desarrolló en la Sección II del artículo, hoy en día la crisis climática global ha hecho que la cuestión del medioambiente esté en el centro de todas las agendas regulatorias. Esto implica que haya más normativas enfocadas en la protección del ambiente y que estas sean, a su vez, más exigentes con los inversionistas. Por lo tanto, es probable que el incumplimiento de las normas respectivas se considere “grave” o “serio”.

c. Debida diligencia del inversionista

Otro punto importante en estos análisis puede ser la debida diligencia del inversionista. Sobre este punto, los tribunales han aclarado que, como negociadores expertos, se espera de estos inversionistas que conozcan el alcance de su inversión antes de comprometer fondos a la misma⁹⁶. Si bien estas buenas prácticas no previenen que se cometa una ilegalidad, podrían sugerirle al

⁹⁵ *Achmea BV v. República Eslovaca*, UNCITRAL, Laudo Final, 7 de diciembre de 2012, párr. 173.

⁹⁶ *Alasdair Ross Anderson y otros v. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 58.

tribunal un interés de la parte respectiva por entender y cumplir el esquema regulatorio de un Estado⁹⁷.

Resta decir que, en términos prácticos, exigencias legales como requisitos documentales o conductas que no acarreen sanciones representativas no deberían dar lugar a medidas como declinar la jurisdicción del tribunal. De forma similar, en *Limian Caspian Oil*, el tribunal consideró que este tipo de exigencias legales no daban lugar a tales consecuencias⁹⁸. Es notorio que aquí los árbitros consideraron que, si bien la transacción fue contraria a la ley, se trató de un acto anulable, pero no inválido, por lo que no sería suficiente para dar lugar a los efectos propios de una ilegalidad.

B. Reacción del Estado

La conducta del Estado también debe considerarse en estos casos. De una parte, será crítico establecer si el Estado reaccionó ante el incumplimiento y buscó sancionarlo. Si, por ejemplo, las autoridades no activaron investigaciones o aplicaron penalizaciones, sus acciones darían cuenta de lo contrario⁹⁹. Ha sido común que los tribunales consideren que el Estado renunció a una reclamación de ilegalidad cuando continuó relacionándose con normalidad con el

⁹⁷ *Vladislav Kim y otros v. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/13/6, Decisión de Jurisdicción, 8 de marzo de 2017, párr. 407.

⁹⁸ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo, 22 de junio de 2010, párr. 187.

⁹⁹ *Achmea BV v. República Eslovaca*, UNCITRAL, Laudo Final, 7 de diciembre de 2012, párr. 173.

Alasdair Ross Anderson y otros v. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 175.

inversionista¹⁰⁰. Sobre todo, este será el caso si hubo negociaciones o acuerdos de transacción entre las partes¹⁰¹.

Hay varios principios jurídicos que se manifiestan en este punto. En cuanto a la conducta del Estado aprobatoria de alegados incumplimientos del inversionista, el *estoppel* permitiría argumentar una renuncia a reclamaciones. Igualmente, podría decirse que, como lo han expresado tribunales anteriores, estas actuaciones del Estado generan expectativas legítimas a favor de los inversionistas¹⁰². Si el Estado también incumplió las normas y sobre todo si lo hizo con conocimiento de causa, parecería injustificado permitirle que luego reclame este comportamiento a su favor¹⁰³.

Este fue precisamente el razonar del tribunal en *Kardassopoulos*, que consideró que el Estado no podía basarse en la alegada nulidad de ciertos acuerdos con el inversionista bajo la ley local, pues sus propios funcionarios le habían dado garantías de la validez de estos¹⁰⁴. Si bien se asume comúnmente que ambas partes son sofisticadas en estas negociaciones¹⁰⁵, el Estado puede estar más expuesto a llevar una carga más alta por ser un experto en su propia legislación.

¹⁰⁰ *Mabco Constructions v. República de Kosovo*, Caso CIADI No. ARB/17/25, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de octubre de 2020, párr. 409; *Desert Line Projects LLC v. la República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, párr. 105.

¹⁰¹ *Achmea BV v. República Eslovaca*, UNCITRAL, Laudo Final, 7 de diciembre de 2012, párr. 173.

Alasdair Ross Anderson y otros v. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 175.

¹⁰² *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, párrs. 192-193.

¹⁰³ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS v. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017, párr. 624; *Railroad Development Corporation v. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Segunda Decisión Sobre Jurisdicción, 18 de mayo de 2010, párr. 146.

¹⁰⁴ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, párrs. 191-192.

¹⁰⁵ *Eudoro Armando Olguín v. República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5.

Sin embargo, debe verse caso por caso cuál era la relación de poder de las partes en cada una de las negociaciones.

C. Estudio de caso (2): Cortec c. Kenia

Este arbitraje fue iniciado por un inversionista británico contra Kenia bajo el TBI con Reino Unido (1999). Las inversiones correspondían al sector minero, incluidas licencias para la extracción de metales extraños. En la disputa, se discutieron dos licencias mineras especiales, una del 4 de abril de 2008 (la “SML 256”) y una del 7 de marzo de 2013 (la “SML 351”). En el Laudo Final del 22 de octubre de 2018, el tribunal decidió que todo el caso del demandante se basaba en la validez de la SML 351¹⁰⁶.

Para efectos de la cuestión de la ilegalidad, la discusión central en el caso fue la obtención de la SML 351 sin satisfacer los requisitos de ley, puntualmente un estudio de impacto medioambiental (el “EIA”, por sus siglas en inglés)¹⁰⁷. Según concluyó el tribunal a partir de los testimonios, la compañía en cuestión, Cortec Mining Kenya Limited, no había obtenido aprobación de su EIA por parte de la Agencia Nacional de Administración Ambiental (la “NEMA”, por sus siglas en inglés).¹⁰⁸

De entrada, es interesante resaltar que, en esta disputa, el Gobierno se basó también en el principio *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, que quiere decir que nadie puede buscar beneficiarse de su propia conducta ilícita¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 327.

¹⁰⁷ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 313.

¹⁰⁸ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 141.

¹⁰⁹ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 260.

Este principio fue reconocido por el tribunal arbitral en el caso *Inceysa*, en el que las alegaciones en disputa correspondían a conductas fraudulentas del inversionista extranjero¹¹⁰.

Cabe agregar que esta misma distinción entre acciones contrarias a la ley doméstica y actos de ilegalidad grave, como la corrupción, fue planteada por el tribunal en *Khan*. En dicha ocasión, el tribunal rechazó el argumento de la ilegalidad de la inversión bajo el TCE por considerar que el tratado carecía de una referencia expresa a este requisito y el Estado ya contaba con facultades para sancionar estas conductas¹¹¹.

Por esta misma razón, el tribunal en *Cortec* rechazó las alegaciones del Estado sobre la base de supuestos actos de soborno y corrupción por parte del inversionista. A su modo de ver, estas acusaciones no habían sido sustanciadas suficientemente como para convencer al tribunal de llegar a esta conclusión¹¹². A pesar de lo anterior, el tribunal sí consideró si las inversiones, además de las cuestiones desestimadas, se habían realizado de conformidad con las leyes nacionales.

En su defensa, el inversionista se basó en dos decisiones precedentes. De una parte, afirmó que el requisito de legalidad no aparecía expresamente en el TBI entre Reino Unido y Kenia, por lo que, según *Bear Creek*, no podía ser importado¹¹³. De otra parte, le pidió al tribunal aplicar el test de proporcionalidad en *Kim*, según el cual sólo los incumplimientos legales que

¹¹⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párr. 242.

¹¹¹ *Khan Resources Inc., Khan Resources BV y Cauc Holding Company Ltd. v. el Gobierno de Mongolia*, UNCITRAL, Decisión de Jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrs. 384-385.

¹¹² *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 308.

¹¹³ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 314; citando *Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017, párr. 320.

comprometan un interés significativo del Estado receptor deben dar lugar a denegar el acceso al ISDS¹¹⁴.

A partir de esto, el tribunal afirmó que estaba de acuerdo en la aplicación del estándar del caso *Kim* y que, por tanto, la legalidad de la inversión no podría verse afectada por la omisión de un requisito regulatorio menor¹¹⁵. Partiendo de esto, el tribunal se refirió a la SPL 351 e indicó que, en su opinión, esta era nula *ab initio* y, en consecuencia, el tribunal carecía de jurisdicción por, *inter alia*, las razones siguientes¹¹⁶:

- (i) El TBI sólo protegía inversiones legales y, tanto el texto del acuerdo como del Convenio CIADI, no podían ser consistentes con hacer a los gobiernos responsables financieramente por inversiones creadas en riesgo de sus leyes fundamentales para proteger intereses públicos como el medioambiente;
- (ii) En cualquier caso, la SML 351 era un pedazo de papel cuyo valor jurídico sería meramente el que le atribuyera la ley doméstica. En este caso, la ley no le daba ningún efecto jurídico a este documento; y
- (iii) El Comisionado de Minería carecía de jurisdicción para siquiera considerar la emisión de una licencia minera especial teniendo en

¹¹⁴ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 315; citando *Vladislav Kim y otros v. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/13/6, Decisión de Jurisdicción, 8 de marzo de 2017, párr. 413.

¹¹⁵ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 320.

¹¹⁶ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 333.

cuenta el carácter de la zona afectada como reserva natural, forestal y monumento nacional protegido bajo distintas leyes nacionales;

El tribunal, basándose nuevamente en el test del caso *Kim*, planteó un análisis de la cuestión dividido en tres partes. En primer lugar, consideró la relevancia de la obligación de la que se acusaba al inversionista de incumplir. El tribunal resaltó el hecho de que Mrima Hill era una zona de especial protección ambiental por su vulnerabilidad¹¹⁷. Asimismo, leyó esto con el incumplimiento respecto del EIA¹¹⁸.

En segundo lugar, evaluó la seriedad de la conducta del inversionista. El tribunal indicó que, al intentar violar el procedimiento exigido por la ley mediante un intermediario, el inversionista demostró un irrespeto serio por el orden público del Estado receptor¹¹⁹.

Finalmente, el tribunal consideró si la combinación entre la conducta del inversionista y la ley involucrada implicó un riesgo para los intereses del Estado en tal medida que la dureza de la sanción de denegarle acceso al ISDS fuera proporcional. En particular, los árbitros concluyeron que el EIA era una condición precedente a la emisión de una licencia válida y que su incumplimiento era grave, además de haber sido informada al inversionista¹²⁰.

¹¹⁷ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 345.

¹¹⁸ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 347.

¹¹⁹ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párr. 349.

¹²⁰ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited v. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, párrs. 362-365.

VI. CONCLUSIÓN

Como pudimos observar en el desarrollo del presente artículo, por medio del arbitraje de inversiones se presenta un gran reto en el derecho internacional para garantizar una protección integral del medioambiente por parte de los Estados sin que ello represente una interferencia con las inversiones cubiertas presentes y futuras. Además, como se mostró en la Sección II del presente escrito, existe una fuerte crisis climática global que conlleva a que los Estados se enfrenten a un reto de protección medioambiental a través del arbitraje de inversiones. Asimismo, no se le ha reconocido a los Estado la posibilidad de garantizar la protección medioambiental en sus territorios, lo que se convierte en un reto de implementación a partir de los mismos TBIs.

Seguidamente, en la Sección III, con el fin de enfatizar este reto que tienen los Estados en relación con la protección medioambiental, se destacó que como medio de solución al problema los Estados han ajustado sus TBIs y han tratado de valerse de otros mecanismos de defensa que como las cláusulas de excepciones y los argumentos basados en su poder regulatorio. También han intentado defenderse a través de demandas reconventionales que, sin embargo, han tenido éxito en casos muy limitados y circunstancias excepcionales.

Finalmente, en las Secciones IV y V se presentó la teoría de la legalidad de la inversión y se pudo evidenciar que las alegaciones por parte de los Estados con base en esta doctrina les permitirían defender mejor sus medidas medioambientales.

“Financistas en la mira”: Análisis del nuevo Art. 14 de las Reglas del CIADI desde tres perspectivas

Romar Miguelangel Tahay Batz* & Diego de León Toledo†

Resumen- Desde el 2018 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) comenzó un proceso de reformas a sus reglas para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados. Luego de varias sesiones de trabajo, estas fueron aprobadas y entraron en vigor el 1 de julio de 2022. En esta nueva versión destaca la regla 14, la cual regula la obligación de notificar por escrito al Centro: el nombre y dirección de cualquier financista que pudiera participar de forma directa o indirecta en la adjudicación de costas, así como la facultad del Tribunal Arbitral para solicitar información adicional sobre el acuerdo de financiamiento y del TPF. El tema, ya polémico en muchos arbitrajes en los que interviene un Inversor y un Estado, supone para éstos últimos un avance en aras de la transparencia, pero para los inversionistas y consecuentemente financistas podría no ser necesariamente de provecho e incluso suponer un riesgo económico. En virtud de lo anterior, el artículo busca hacer un análisis de los beneficios, riesgos y límites de la nueva regla 14 de arbitraje CIADI, desde tres perspectivas esenciales: (i) Estados; (ii) Terceros Financiadores e Inversionistas; y (iii) Tribunales Arbitrales.

Abstract- Since 2018, the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) began a process of reforming its rules for the resolution of disputes between investors and States, after several work sessions, these were approved and entered into force on 1 July 2022. In this new version, rule 14 stands out, which regulates the direct obligation to notify the Center in writing: the name and address of any financier who could participate directly or indirectly in the award of costs, as well as the power of the Arbitral Tribunal to request additional information on the financing agreement and the TPF. The issue, already controversial in many arbitrations involving an Investor and a

* Universidad Rafael Landívar de Guatemala, rmtahay@correo.url.edu.gt

† Universidad de San Carlos de Guatemala, diegodeleon.toledo@gmail.com

State, represents for the latter an advance in the interests of transparency, but for investors and consequently financiers it could not be profitable and even pose an economic risk. By virtue of the foregoing, the article seeks to analyze the benefits, risks, and limits of the new ICSID arbitration rule 14, from three essential perspectives: (i) States; (ii) Third Party Founders and Investors; and (iii) Arbitral Tribunals.

I. INTRODUCCIÓN	69
II. FINANCIAMIENTO DE TERCEROS PREVIO A LAS ENMIENDAS DE LAS REGLAS CIADI.....	70
III. ANÁLISIS DE LA ENMIENDA A LA REGLA 14.....	74
A. REVELACIÓN DE FINANCISTAS.....	74
B. DEFINICIÓN DE FINANCIAMIENTO.....	75
D. TRANSMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN.....	78
E. PODER DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA SOLICITAR QUE SE REVELE INFORMACIÓN ADICIONAL	78
a. <i>Acuerdo de financiamiento</i>	79
b. <i>Tercero financiador</i>	79
IV. IMPLICACIONES DESDE TRES ENFOQUES.....	80
A. ESTADOS.....	80
B. TERCEROS FINANCIADORES/INVERSIONISTAS	83
C. EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	87
V. CONCLUSIÓN.....	89

I. INTRODUCCIÓN

Todos los animales son iguales, pero hay algunos más iguales que otros”. Al igual que esta referencia a *Animal Farm*, una de las obras icónicas de George Orwell, en los mecanismos de solución de controversias entre Inversionistas y Estados, todas las partes, en teoría, se encuentran en un mismo plano de igualdad procesal. Sin embargo, en la realidad hay algunas partes más iguales que otras. Ya sea por aspectos meramente procesales relacionados con las decisiones de los árbitros, aspectos económicos que repercuten en la facultad de las partes de acceder a la justicia o incluso, situaciones que dificultan ejercer

efectiva y eficientemente los medios de defensa con los que se dispone. Principalmente, a raíz o como consecuencia de crisis financieras como la del 2008 y otras tendencias globales más o menos interrelacionadas, como las consecuencias económicas del Covid-19 que han determinado una falla de mercado en el acceso a la justicia y un problema procesal en la resolución de disputas como constató la Litigation Finance Survey elaborada por Bloomberg Law en 2021.

Bajo la premisa anterior, ante las dificultades financieras destacan los Third Party Funders (TPF), quienes, dentro de sus funciones esenciales, se encuentra la de nivelar el campo de juego entre las partes, invirtiendo en un reclamo Inversionista-Estado, a cambio de una contraprestación en un eventual resultado positivo, permitiendo el acceso a la justicia. Pero, para algunos actores, en especial los Estados, esta figura y sobre todo su falta de regulación, implica riesgos que en última instancia no son asumidos por el TPF y deja desprovistos a los Estados de mecanismos efectivos para actuar frente a las consecuencias de la presencia de un TPF.

Para disipar cada uno de los riesgos, daños y preocupaciones circundantes a la inclusión de un TPF en una disputa, en el seno del CIADI se tomó la decisión de reformar las reglas de arbitraje con el objeto “poner en la mira” la participación de los TPF, principalmente en las implicaciones en la integridad del Tribunal Arbitral por afectar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Para desentrañar el alcance de la enmienda a la Regla 14 del Reglamento de Arbitraje del CIADI, este artículo aborda: (II) El Financiamiento de terceros previo a las enmiendas de las reglas; (III) un análisis de la enmienda a la Regla 14; y sus (IV) implicaciones desde tres enfoques esenciales: Estado, Terceros Financiadores e Inversionistas.

II. FINANCIAMIENTO DE TERCEROS PREVIO A LAS ENMIENDAS DE LAS REGLAS CIADI

La intromisión en las disputas ajenas, con ánimo de lucro o por otros motivos, no es una novedad en la Historia del Derecho, ni en la resolución de disputas en el derecho internacional de las inversiones. Esta es una figura que, de acuerdo

con algunos juristas, nace en los litigios civiles del sistema anglosajón de dos figuras jurídicas arcaicas: “maintenance and champerty”; mismas que eran prohibidas hasta inicios de la segunda mitad del siglo XX, puesto que no era moralmente bien visto el lucro de una persona en virtud de un daño o perjuicio causado a otra sin recursos¹.

Aunque al inicio haya sido objeto de cierta aversión en algunas culturas, con su desenvolvimiento, evolución y principalmente cuando la falta de recursos económicos se reconoció como un obstáculo para acceder y obtener justicia, la idea de financiar disputas de otras personas para que hicieran valer derechos legítimos comenzó a ganar terreno. Es así como, en 1967 la Ley Penal inglesa abolió las figuras de maintenance and champerty, permitiendo así el financiamiento de juicios civiles con la garantía de una retribución si el resultado fuese favorable. Ya en la década de los noventa se incluyen los acuerdos *no win, no fee*² como otra posibilidad de financiamiento que sentó las bases de los acuerdos de financiamiento modernos.

El profesor italiano Gian Marco Solas, indica que es recién en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI cuando se aclara la posibilidad de financiar litigios para garantizar el acceso a la justicia y la igualdad de armas, dando lugar al surgimiento de la práctica moderna del TPF³. La consideración principal para el uso de TPF parece haber surgido, entonces, como consecuencia de una nueva demanda de mercado de rápido crecimiento.

El financiamiento se ha definido como la acción de cubrir ya sea de la totalidad o una parte de los costos asociados con los procedimientos por parte de una persona o entidad que de otra manera no estaría conectada con la disputa arbitral⁴. Aunado a la definición anterior, debe añadirse la perspectiva práctica que dicta que el financiamiento prestado se da bajo la espera de una ganancia

¹ FRIEL, Steven – BARNES, Jonathan – MORTIMER, Ioan – CHISOMU, Diane, “England and Wales”, *Litigation Funding* 2022, 35-43, p. 35

² FRIEL – BARNES – MORTIMER – CHISOMU, “England and Wales”, p. 35

³ SOLAS, Gian M. *Third Party funding: Law, Economics and Policy*, Cambridge University Press, 2019, p. 26

⁴ DE BRANBANDERE, Eric – LEPILTAK, Julia, “Third-Party Funding in International Investment Arbitration” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 27, 2012, pp. 379-398

en virtud de un resultado favorable en el litigio⁵. Sin embargo, esta simple concepción no captura los niveles de sofisticación y complejidad de la realidad moderna, que ha diversificado los tipos de productos y acuerdos financieros.

Ya en materia de arbitraje, esta figura se ha ido desarrollando de forma exponencial, hablando en términos normativos, puesto que si bien se puede presuponer que el incremento de controversias Inversionistas-Estado implican un mayor acuerdo de TPF, no hay datos que respalden esta conclusión, producto también de la falta de revelación de estos acuerdos entre financiados y financistas⁶.

Previo a la reforma, la perspectiva de algunos expertos en arbitraje a partir de sus experiencias es que la discusión del financiamiento se encontraba limitada por una variedad de factores. Lo anterior es respaldado por la Dra. Frutos-Peterson, quien señala que *“en muchos casos se podían tener conjeturas respecto de un posible financiamiento, pero no se entraba de lleno en la discusión”*⁷; y el Dr. Merizalde, quien opina que los tribunales han identificado la importancia de revelar *“primero, la existencia de una financiación, y de ser el caso el nombre del financiador, pero son muy reacios a ordenar que se revele el acuerdo de financiación como tal”*⁸.

Teniendo en cuenta entonces, por una parte, la exigencia de los Estados de revelar los términos de los acuerdos de financiamiento y por otra, los financistas e inversionistas protegiendo sus acuerdos en virtud de los efectos que podría tener la revelación de cierta información, el debate pasó de ser competencia únicamente de los tribunales a darle un papel a los centros de arbitraje.

⁵ AMEY, Matthew, “Third party litigation funding in England and Wales: an overview”, Thomson Reuters Practical Law, 05/08/2022, disponible en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-3304?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-3304?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *Report of the ICC-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports N° 4, 2018, p. 204.

⁷ FRUTOS-PETERSON, Claudia, Entrevista realizada por los autores del artículo, 26 de julio 2022

⁸ MERIZALDE, Juan F., Entrevista realizada por los autores del artículo, 04 de agosto de 2022

Al respecto, el Dr. Merizalde señala lo siguiente:

Las reglas suelen tener vacíos, como es normal, y esos vacíos generan situaciones que no están reguladas y el centro o cualquiera que sea la institución, tiene practicas internas de qué hacer ante ciertas situaciones, cuando estas prácticas se vuelven reiteradas, muchas veces lo que se hace es que en la siguiente modificación de las reglas, se incluye una nueva regla, que en palabras coloquiales sería normar una práctica (...) El tema del financiador fue distinto, porque no había una práctica clara ni reiterada con respecto a la revelación del financiador, pero si había mucha crítica de los Estados, con o sin razón, criticaban muchísimo la figura del tercero financiador y manifestaban preocupaciones de lo que podía generar en el arbitraje y yo creo que esa crítica fue de las que más sonaron en las discusiones que se llevaron en el seno del CIADI, fue la que llevo a implementar esta norma (...).⁹

Sin perjuicio de lo anterior, también debe tomarse en cuenta que el CIADI no fue el único, ni el primero en normar el tema del financiamiento, ya que la tendencia de transparencia con respecto al TPF fue bordada previamente por otros centros tales como el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)¹⁰, la Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China (CIETAC)¹¹, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, (HKIAC)¹², la Comisión de Arbitraje de Beijing (BIAC)¹³, la Cámara de Comercio Internacional (ICC)¹⁴ y el Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC)¹⁵. Es así como, puede inferirse que las enmiendas a la regla 14 de CIADI tomaron alguna referencia, al menos en parte, de estos precedentes.

⁹ Merizalde, Juan F. Ibid.

¹⁰ SIAC Investment Rules, 2017, Art. 24.1

¹¹ CIETAC International Investment Arbitration Rules, 2017, Art. 27

¹² HKIAC Administered Arbitration Rules, 2018, Art. 44

¹³ BIAC Rules for International Investment Arbitration, 2019, Art. 39

¹⁴ ICC Arbitration Rules, 2021, Art. 11.7

¹⁵ VIAC Rules of Investment Arbitration and Mediation, 2021, Art. 13a

III. ANÁLISIS DE LA ENMIENDA A LA REGLA 14

El 21 de marzo de 2022, los Estados miembros del CIADI aprobaron una reforma integral de sus reglas y reglamentos, incluidas las Reglas de Procedimiento para los Procesos Arbitrales CIADI, que entraron en vigor el pasado 1 de julio de 2022.

Uno de los objetivos generales de las nuevas reglas del CIADI es aumentar la transparencia en varios aspectos de los procedimientos de arbitraje del referido centro, alineando así las reglas con una tendencia reconocible entre los principales reglamentos internacionales, que como ha quedado constatado, han abordado en mayor o menor medida, cada una de las repercusiones que la inclusión de un TPF tiene el procedimiento.

A. Revelación de financistas

A diferencia de las reglas VIAC, ICC y HKIAC que no definen qué significa revelar “la identidad” del tercero financiador, las nuevas reglas del CIADI sí lo hace y en al menos dos aristas para personas jurídicas e individuales: el nombre y dirección del financista.

De esta información el árbitro propuesto o el tribunal ya constituido puede colegir si existe o no un conflicto de intereses que afecte su independencia e imparcialidad que tenga que revelar a las partes para dejar de conocer o presentar recusación.

Además, la regla 14(1) incluye un requisito adicional para personas jurídicas: revelar las entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica.

La obligación de incluir en la revelación qué entidades poseen y controlan a los TPF constituidos como personas jurídicas se justifica el *Working Paper No. 6* del CIADI, aparentemente en respuesta a la continua insistencia de numerosos Estados y de la Unión Europea en que se exija a las partes que revelen el “*ultimate beneficial owner and corporate structure*”¹⁶ de cualquier TPF.

¹⁶ CIADI, Propuestas de enmiendas a las reglas del CIADI, *Working Paper #6* CIADI, p. 16, disponible: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_WP_Six.pdf

En otras palabras, para garantizar una “transparencia adicional con respecto a la identidad del financiador” y “permitir que los árbitros identifiquen con precisión cualquier conflicto de intereses” que involucre al “beneficiario final” de la entidad financiadora.

Sin embargo, un amplio sector se opone a la obligación de proporcionar dicha información para evitar conflictos de intereses inadvertidos o para permitir que los posibles árbitros cumplan con sus obligaciones de divulgación, pues son irrelevantes. Además, de considerar la información sobre inversores de un fondo de propiedad privada como información confidencial y delicada.

De esta manera, los datos sobre el nombre y dirección, son suficientes para que los árbitros o potenciales árbitros verifiquen la posibilidad de que el TPF genere dudas sobre su independencia e imparcialidad, ya que podrá establecer cognitivamente si es accionista de un financista o empresa que la posea o controle, si forma parte de su comité de inversión o si ha asesorado al financista en el mismo caso o en otro relacionado.

B. Definición de Financiamiento

La Regla 14(1) presenta una serie de características notables de Financiamiento de Terceros, que no se encuentran en ningún otro reglamento- por ejemplo, el reglamento del HKIAC no define el TPF-. Así pues, esta disposición presenta una definición amplia de la figura, lo que refleja la amplia variedad de Acuerdos de Financiamiento utilizados en la práctica. Al hacerlo, tiene como objetivo claro, evitar posibles problemas de interpretación sobre lo que se califica como TPF y lo que no.

En esencia, la Regla 14(1) señala que se entiende por TPF cuando una parte haya recibido fondos para la interposición de una demanda o defensa en un procedimiento a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento.

Esta capitalización de fondos a una de las partes del arbitraje, por su naturaleza, puede ser directa o indirecta y realizarse a través de una donación o subvención, por lo que la definición incluye muchas clases de financiamiento de terceros.

En particular, los profesores Park y Rogers¹⁷ señalan que éstos pueden tomar la forma de: (a) financiación sin recurso con reembolso supeditado al éxito; (b) financiación por abogados; (c) seguros; (d) financiamiento de capital; (e) financiamiento de deudor en posesión; (f) financiación *pro bono* o *benéfica*; y (g) financiamiento de interés común.

Al no indicar expresamente que dicha remuneración emanará exclusivamente del laudo, el financiador puede llegar a aceptar pagar los costos asociados con la prestación del caso a cambio de cualquier recuperación luego de un acuerdo, transacción u otro semejante.

De esta forma, el financiamiento directo es solo una de las muchas formas de financiación a las que se enfrentan las partes, los abogados, árbitros y el mismo centro de arbitraje en el arbitraje internacional de inversión. Precisamente, para adaptarse al contexto de otros financiadores externos, estructuras de capital y procesos financieros de las partes involucradas, la Regla 14(1) prevé que el financiamiento pueda llegar a ser “indirecto”.

Un tipo de categoría especial es el denominado “Financiamiento de Terceros”, el cual no necesariamente tiene por objeto generar rendimientos financieros inmediatos, puesto que el financiamiento de los costos asociados con la presentación de un caso se proporciona para promover intereses financieros indirectos o no financieros del lado del financiador, la parte financiada o ambos¹⁸. Pese a no ser previsto expresamente en esta regla, puede considerarse como un TPF, por la amplitud de la definición, el financiamiento mediante “donaciones”.

Dos ejemplos bien conocidos de este tipo de financiación se refieren a casos CIADI financiados por organizaciones humanitarias en apoyo de, respectivamente, demandas de expropiación de agricultores contra Zimbabue y la defensa de Uruguay contra la impugnación de Philip Morris de la legislación antitabaco en Uruguay. En un movimiento sin precedentes, el 18 de marzo de

¹⁷ BLACKABY, Nigel - WILBRAHAM, Alex, “Third-Party Funding in Investment Treaty Arbitration”, en YANNACA-SMALL, Katia, Ed. *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues* 2da edición, Nueva York, 2018, p. 704

¹⁸ VON GOELER, Jonas, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Wolters Kluwer, 2016, p. 64

2015 Michael R. Bloomberg y Bill Gates anunciaron el lanzamiento del '*Anti-Tobacco Trade Litigation Fund*', un fondo respaldado por *Bloomberg Philanthropies* y la Fundación Bill & Melinda Gates que ayudará a los países que se defienden de los desafíos legales a las políticas antitabaco¹⁹.

La financiación estratégica de terceros también se puede utilizar para promover intereses financieros indirectos, lo que significa que, si bien el financiador persigue un interés financiero asociado con el caso financiado, este interés va más allá del resultado de ese caso. En estos casos, la parte financiada no tiene necesariamente una obligación legal (contractual) de reembolsar al financiador sus costes de inversión.

C. Tiempo de notificación

La Regla 14(2) señala dos momentos en los cuales la parte financiada debe presentar la notificación de financiamiento al Secretario General del CIADI, con los datos exigidos en el primer párrafo:

- a) En el momento del registro de la solicitud de arbitraje; o
- b) En su caso, inmediatamente después de concluir el Acuerdo de Financiamiento si sucede después del registro.

Este segundo momento es semejante al establecido en el *Legal Profession Rules 2015* en Singapur y el Art. 8.26.2 del *Comprehensive Economic Trade Agreement* entre la Unión Europea y Canadá que exige a los abogados revelar en la fecha del inicio del procedimiento la existencia de un tercero financiador o "*tan pronto como sea posible*" después de que se celebre el contrato de financiamiento.

Excluye, no obstante, las consecuencias de no realizar dicha notificación en cualquier momento, por lo que se infiere entonces que la otra parte puede presentar una solicitud de revelación de TPF y la omisión puede verse reflejada en la decisión de costas, que, entre otras circunstancias, toma en consideración "*la conducta de las partes durante el procedimiento*" como dispone la nueva Regla 52.

¹⁹ CREMADES JR, Bernardo M., "Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration", *Transational Dispute Management TDM Journal*, 2011, pp. 168-169.

Más importante aún, la Regla 14(2) establece la obligación de la parte financiada de comunicar al Secretario General “*cualquier cambio en el contenido de la notificación*”, cambios que pueden incluir el aumento o la disminución del financiamiento o de cualquier otro precepto del Acuerdo de Financiamiento, incluyendo el hecho de incorporarse un nuevo financista, la cesión del acuerdo o la subrogación de la obligación de financiamiento, las cuales pueden tener una repercusión tangible en el Tribunal Arbitral constituido.

D. Transmisión de la Notificación

Realizada la notificación o comunicado el cambio de la misma, el Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros a los siguientes sujetos:

- a) Partes;
- b) Árbitros propuestos o nombrados

A éstos últimos, en especial se les transmitirá dicha información a efectos que puedan completar su declaración de independencia e imparcialidad en los términos de Regla 19(3)(b), de tal forma, de que, en caso de existir de alguna causal de recusación, la contraparte pueda libremente ejercer dicho derecho.

E. Poder del Tribunal Arbitral para solicitar que se revele información adicional

Esta facultad es coherente con la norma general 7(d) de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, que impone a los árbitros el deber de realizar indagaciones razonables para identificar cualquier conflicto de intereses, así como cualquier hecho o circunstancia razonable que puede generar dudas sobre su imparcialidad o independencia.

Vale la pena señalar que la información adicional deberá recibirse conforme las estipulaciones de la Regla 36(3) que faculta al Tribunal a solicitar a una de las partes la presentación de documentos o cualquier otro medio de prueba si lo considera necesario, en cualquier momento del procedimiento. Por lo que dicha “información adicional” no solamente puede recibirse de forma documental, sino por cualquier otro medio que el Tribunal estime pertinente.

En esencia, la nueva Regla 14 permite que los árbitros soliciten información adicional con respecto:

a. Acuerdo de financiamiento

Las reglas de arbitraje de la ICC y del HKIAC han implementado disposiciones sobre TPF, mismas que establecen la obligación de las partes de revelar la existencia de un Acuerdo de Financiamiento y la identidad del financiador, sin embargo, no requieren ni aluden a la divulgación del Acuerdo de Financiamiento en ningún precepto.

Sin embargo, otras reglas han adoptado esta posibilidad como las nuevas Reglas de Arbitraje de Inversión de VIAC y CIADI. Las primeras estiman que, si el Tribunal Arbitral lo considera necesario, se deberán divulgar “detalles específicos” del Acuerdo de Financiamiento y/o del interés del tercero en el resultado del procedimiento. Las segundas, por su parte, han adoptado este enfoque en la Regla 14 como un poder especial de los árbitros para solicitarle “información adicional” a la parte financiada sobre el Acuerdo de Financiamiento.

Las limitaciones a esta regla, sin embargo, pueden encontrarse en el test de razonabilidad establecido en las Reglas de la IBA sobre Conflictos de Intereses, específicamente en la norma 7(d) que limita la indagación de los árbitros a aquellas circunstancias “razonablemente” pueden generar dudas sobre la imparcialidad o independencia.

b. Tercero financiador

Sin perjuicio de la información adicional que pueda solicitarse con respecto al Acuerdo de Financiamiento, los árbitros también pueden requerir la divulgación de más información sobre el tercero financiador.

Es decir, de aspectos relacionados o distintos con los estipulados en el primer párrafo de la Regla 14: nombre, dirección y entidades que posean al TPF.

Aunque, al igual que con el Acuerdo de Financiamiento, la regla no impone límite alguno sobre el tipo de información que el Tribunal puede solicitar, debe inferirse que será única y estrictamente relevante para dilucidar la independencia e imparcialidad de sus miembros. Las personas jurídicas no estarían entonces obligadas a revelar aspectos como su nacionalidad, pues no sería necesaria para estos fines y en todo caso, el TPF no es el inversionista que presenta la demanda para que se realice un examen para la cuestión de jurisdicción del Centro.

En suma, a pesar de los amplios poderes que este apartado le concede a los Tribunales Arbitrales para solicitar información adicional sobre el Acuerdo de Financiamiento, esto no implica que se vaya a dar la divulgación total del acuerdo para asegurar la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral, ni de los extractos que no se relacionen con estos extremos, a no ser que en virtud de los hechos del caso se derive necesario llevar a cabo la revelación, cuestión que competirá al Tribunal dilucidar.

IV. IMPLICACIONES DESDE TRES ENFOQUES

Es solo desde la perspectiva de cada actor que se puede llegar a la verdadera discusión de las implicancias de la reforma a la Regla 14 y las tendencias venideras para el arbitraje de inversión.

A. *Estados*

Para entender esta perspectiva, se trae a colación la experiencia práctica de la Dra. Frutos-Peterson desde la defensa del Estado, quien menciona específicamente tres casos en que se discutió el tema del financiamiento:

- 1) El primero, posiblemente de los primeros en discutir el financiamiento en el arbitraje de inversiones y además en que el tribunal ordenara la revelación efectiva del acuerdo de financiamiento, luego de una fuerte

oposición de la contraparte incluso cuando el tribunal ya había ordenado la revelación del acuerdo, siendo así un precedente bastante importante de un tribunal arbitral ordenando la revelación de un acuerdo de financiamiento y que dio cabida a la discusión actual de la necesidad de regular el tema del financiamiento. Este caso fue en contra de Turkmenistán relacionado al tema de construcción.

- 2) El segundo, también defendiendo a Turkmenistán, la Dr. Frutos-Peterson relata que luego de la contestación de la demanda y al haber habido una discusión con respecto al financiamiento, la parte demandante sin motivo aparente, dejó de realizar los pagos administrativos del centro, lo cual según su opinión podría haber implicado un corte de fondos por parte del financista al considerar que el caso no tenía un alto índice de probabilidad de éxito.
- 3) El tercero, en este caso defendiendo a la República de Indonesia, se condenó a los inversionistas al pago de costas por alrededor de USD9 millones (una de las condenas más altas en costas a favor de un Estado), pero lamentablemente el Estado nunca pudo ejecutar dicha decisión. En ese caso, el tema del financiamiento se trajo a colación en virtud que se sospechaba de un financiamiento por parte de los mismos accionistas de las entidades demandantes al emitir acciones a lo largo del procedimiento para obtener liquidez, por lo que este financiamiento únicamente se hacía para efecto de continuar con la financiación del procedimiento arbitral ante el CIADI y no para cumplir con obligaciones futuras en caso de que el Estado obtuviera una laudo en

costas a su favor; en última instancia, y luego de que el Estado ganó el caso y obtuvo una decisión favorable en costas, las entidades demandantes fueron liquidadas y el Estado no pudo recuperar sus costas a pesar de los claros indicios de una maniobra en financiamiento por parte de los mismos accionistas.²⁰

La Dra. Frutos-Peterson concluye que su experiencia podría ser considerada como “agridulce” ya que, si bien desde una perspectiva meramente legal la defensa del Estado fue exitosa y los Tribunales Arbitrales, como en el primer caso, tuvieron una apertura con respecto a la discusión del financiamiento y consecuentemente la revelación del acuerdo de financiamiento, desde la perspectiva financiera del Estado fue problemática ya que a pesar de haber obtenido una decisión favorable en costas y de haberse obtenido la revelación del acuerdo de financiamiento no se aseguró la ejecución de dichas decisiones.²¹

A la luz de lo anterior, se traen a colación ciertas preocupaciones por parte de los Estados con respecto al TPF. Es evidente que para estos no solo se trata de una cuestión de conflicto de intereses, sino que también lleva implicado, por una parte, la falta de certeza de pago de condenas otorgadas a su favor en concepto de costas como lo señaló la Dr. Frutos-Peterson en el tercer caso y, por otro lado, hay juristas que también señalan la posibilidad de que el TPF pueda dar cabida a los litigios frívolos en contra de los Estados, esto, entre otras críticas al TPF.

Es evidente que los Estados tienen un interés legítimo en que se revele la totalidad de los acuerdos de TPF, puesto que implica proteger sus intereses por todos los medios posibles, asegurando el menor riesgo posible contra demandas que puedan tener un costo elevado e implique gastos que los Estados no tienen contemplados.

²⁰ FRUTOS-PETERSON, Claudia. Op.Cit.

²¹ FRUTOS-PETERSON, Claudia. Op. Cit.

También debe mencionarse que si bien, la intención de los Estados era revelar completamente el Acuerdo de Financiamiento, la reforma definitivamente es funcional para los mismos, quienes se aseguran de tener conocimiento, no solo de la existencia de un financiamiento, la identidad del financista y otras entidades relacionadas, para así eliminar cualquier conflicto de interés, además, da la posibilidad de traer la discusión sobre la necesidad de revelar el Acuerdo, cuando así lo amerite el litigio y en última instancia que el Tribunal Arbitral lo determine así.

B. Terceros Financiadores/Inversionistas

Con respecto a la posición de estos actores, el Dr. Merizalde, quien ha tenido experiencia en la negociación de acuerdos de financiamiento, hace un análisis de la figura del TPF y de las principales críticas que se le achacan, además, de las principales preocupaciones que pueden tener los Financistas junto con los Inversionistas al regular, ya sea la revelación completa del Acuerdo de Financiamiento o bien, que un Tribunal otorgue la revelación y para el efecto señala lo siguiente:

Yo creo que ha habido un error, muchos han satanizado la financiación de litigios, algunos autores opinan que el financiamiento motiva demandas frívolas contra los Estados, que algunos financistas son Ambulance chaser y que de alguna forma lo que se pretende es perseguir y promover casos sin fundamento... he leído incluso quienes dicen que siendo financista mientras se gane uno de diez casos, normalmente terminas ganando, motivando casos frívolos que congestionan el sistema, provocando además que el Estado tenga que destinar recursos y tiempo a estas demandas.

Yo creo que es un error satanizar la financiación en el arbitraje, por la sencilla razón de que muchas veces en razón de las medidas que toma el Estado, el inversionista queda totalmente desprovisto y obligado a buscar financiación. Un ejemplo de sentido común podría ser, aquel inversionista que cuenta únicamente con una inversión en el Estado exportador de la inversión y que su inversión sea expropiada, quedándose sin nada. Si el inversionista no tiene con qué pagar un

arbitraje porque le quitaron todo, cómo va a poder hacerse justicia, en esos casos creo que es justo y deseado que exista el tercero financista.

Creo que prohibir de tajo la financiación de reclamos, como algunos autores lo han propuesto, podría afectar el derecho de acceso a la justicia que es tan importante. Ahora, ¿por qué algunos financistas no querrían revelar los acuerdos? yo he negociado estos acuerdos desde la parte de los demandantes y he visto la complejidad de estos acuerdos, no hay un acuerdo marco que se replique, cada caso es distinto y dentro de las preocupaciones que pueden surgir, se encuentran las siguientes:

- 1) El financista no quiere que se revelen los términos aceptados o negociados con otros demandantes en el pasado. El financista no tiene problema con que se sepa que él está financiado, lo que busca evitar es que futuros demandantes sepan cuales fueron los términos económicos que este acepto en el pasado.
- 2) Los inversionistas no quieren ser percibidos por los Tribunales Arbitrales como un inversionista sin recursos o un inversionista aventurero, ya que eso podría restarle esa credibilidad de frente al Tribunal al perder esa imagen de capacidad económica de inversión.
- 3) Posibilidad de que cierta información del acuerdo afecte el resultado de un caso. Ej. Un financista que decide comprar el arbitraje, consecuentemente podrían poner en riesgo cuestiones de con respecto a la competencia o el fondo del litigio de forma innecesaria.
- 4) Revelación de información sensible como, por ejemplo, las probabilidades de éxito establecidas entre el inversionista y el financista a partir de los estudios y análisis de riesgo que puedan consignarse en el Acuerdo de Financiamiento; argumentos que puedan anticiparse y constituyan información confidencial entre abogado y cliente.²²

En ese orden de ideas, hay jurisprudencia que respalda algunas de las preocupaciones esgrimidas por el Dr. Merizalde. Tal es el caso de *Crystallex v/ Venezuela* que ilustra que el acceso a la justicia proporcionado por el TPF en

²² MERIZALDE, Juan F, *Op. Cit.*

ciertos casos, en virtud de haber involucrado una expropiación ilegal del principal activo del inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, lo cual causó que el inversionista canadiense iniciara de inmediato el procedimiento de arbitraje ante CIADI. Sin embargo, como resultado de la conducta del Estado anfitrión, no pudo cumplir con sus obligaciones y tuvo que buscar protección bajo la Ley de Acuerdos de Acreedores de Empresas Canadienses.

Posteriormente, buscó financiamiento por un monto de USD 36 millones de un tercero financiador para pagar, entre otros, los gastos de los procedimientos de reestructuración y del arbitraje, el cual fue aprobado por las Cortes canadienses²³. En abril de 2016, el Tribunal Arbitral, determinó que el Estado anfitrión había expropiado ilegalmente la mina del inversionista y emitió un laudo unánime a favor de Crystallex, por un monto de aproximadamente USD 1200 millones más intereses²⁴.

En una investigación realizada de forma conjunta entre el *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)* y *Queen Mary University of London*, se recogió las opiniones de los profesionales más renombrados respecto a si la existencia del TPF generaría conflictos específicos de interés y, por lo tanto, si se deberían diseñar obligaciones específicas de revelación con respecto a los mismos²⁵.

Las razones que llevan a los comentaristas a pensar que el TPF no debía divulgarse o que dicha divulgación debe ser extremadamente limitada, radican en que esto puede desencadenar recusaciones frívolas a árbitros, solicitudes de garantía de costas infundadas o, incluso, impugnaciones de la ejecución del laudo.

²³ Court of Appeal for Ontario (Canada), “Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela”, 12/06/2012, disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090_0.pdf

²⁴ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016, párr. 961, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>

²⁵ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *Report of the ICC-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, pp. 14-16.

Este asunto, fue abordado por la *International Bar Association* (IBA) en el 2014, en sus Directrices sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, específicamente en la Norma General 6(b) al establecer que las personas físicas o jurídicas que tengan un interés económico directo, o el deber de indemnizar a una parte por el laudo que se dicte, puede considerarse que lleva la identidad de dicha parte.

En ese sentido, *RSM Production Corporation v/ Santa Lucía*²⁶ parece ser el primer caso (y el más controvertido en virtud de haberse otorgado una caución de costas) que abordó la divulgación del TPF en el arbitraje de inversiones y específicamente la preocupación de perder credibilidad frente al Tribunal por un tema de financiamiento. En este caso se solicitó la divulgación en relación con los costos, no en relación con los posibles conflictos de intereses, y finalmente resultó en la presentación de una recusación del árbitro Griffith por la utilización de un lenguaje “radical” y “negativo” utilizado para describir al TPF que prejuzgan la cuestión de si una demandante financiada cumplirá con la adjudicación de costas. Solicitud que fue denegada por los otros dos árbitros, al señalar que el uso de los términos “*mercantil adventurers*” o “*gambler’s Nirvana: Heads I win and Tails I do not lose*” no revelaban un sesgo subyacente con el financiador o contra el demandante.

Otro caso en el que se requirió la divulgación del TPF en relación a un tratado de inversión con el fin de evaluar conflictos de intereses fue *EuroGas Inc & Belmont Resources v/ Slovak Republic*, en el que el Tribunal Arbitral ordenó al demandante que revelará la identidad de su financiador con el fin de comprobar los posibles conflictos de intereses, pero no exigió que el demandante revelará ninguno de los términos del Acuerdo de Financiación²⁷ cumpliendo así, con lo que naturalmente se daría en virtud de la nueva reforma y no más allá de eso. Con respecto a la primer y cuarta preocupación planteadas por el Dr. Merizalde, debe mencionarse que un Acuerdo de Financiamiento está hecho a la medida para abordar necesidades financieras de la parte financiada y suele contener

²⁶ *RSM Production Corporation v. Santa Lucía*, Caso CIADI N°ARB/12/10, Decisión sobre la propuesta de la demandante para la recusación del Dr. Gavan Griffith QC, 23 de octubre de 2014.

²⁷ *EuroGas Inc & Belmont Resources v/ Slovak Republic*, Caso CIADI N°ARB/14/14, Laudo, 18 de agosto de 2017, p. 25.

información comercial sensible de ésta, así como análisis de riesgos de acuerdo con la visión del caso por el financiador, evaluaciones tácticas y prácticas o modelos de fijación de precios, los cuales no son relevantes para la disputa. Tener acceso a dicha información le proporciona entonces una ventaja a la contraparte para conocer el trabajo legal detrás de la parte financiada y por lo tanto una ventaja injusta en el procedimiento.

Esta preocupación ha sido abordada por el mismo Secretario del CIADI en el *Working Paper* No. 5 sobre las revisiones propuestas a las Reglas de Arbitraje, al manifestar que información relacionada con el acuerdo de financiamiento podría ser información comercial confidencial, privilegiada entre abogado-cliente o de cualquier otra manera confidencial y con derecho a protección contra divulgación²⁸.

C. El Tribunal Arbitral

Resulta natural, considerando que la Regla 14 ha sido incorporada en el Capítulo II de las Reglas sobre el “Establecimiento del Tribunal”, pensar que hay una intencionalidad de resolver conflictos de intereses, es decir, en revelar datos adicionales sobre la identidad del financista.

Independientemente de lo anterior, el Tribunal Arbitral siempre ha tenido un papel determinante con respecto al TPF, papel que ha sido ampliado en virtud de la Regla 14, ya que, como bien se indicó previamente, estos han sido muy “*reacios*” al momento de discutir la revelación de Acuerdos de Financiamiento. La reforma provoca la interrogante de cómo reaccionarán los tribunales frente a la nueva regla, puesto que los facultada de forma expresa a indagar información adicional cuando así lo amerite.

Será acaso entonces esta regla un parteaguas para que los Tribunales Arbitrales puedan ser más flexibles con las solicitudes de revelación de TPF, acaso dará inicio a una etapa de discusiones a partir del TPF como la caución de costas o se mantendrán criterios como como se dio en *Bay View Group LLC and Other*

²⁸ CIADI, Propuestas de enmiendas a las reglas del CIADI, *Working Paper* #5 CIADI, p. 279, disponible: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf#page=267>

*v/ Republic of Rwanda*²⁹ o *EuroGas Inc & Belmont Resources v/ Slovak Republic*³⁰ en donde en ambos casos se determinó que la mera existencia de un TPF no era suficiente para otorgar una caución, independientemente de la reforma.

Al respecto de la reacción de los Tribunales Arbitrales, por un lado, la Dra. Frutos-Peterson:

...prevé una aceptación progresiva de la norma. Haciendo énfasis que el quid de la situación no radica en la flexibilidad con respecto a las solicitudes, sino en la eficacia para conocerlas y resolverlas.

De tal forma que los Estados van a exigir que se releve la información necesaria respecto de estos acuerdos de financiamiento porque la disposición así lo permite claramente. Tal vez al inicio, en una primera ola de casos, los tribunales no ordenen la revelación del acuerdo de financiamiento y se limiten a ordenar la revelación de la información general sobre el acuerdo para efectos de asegurar que no existen conflictos de interés.

Por último, señala que, si bien la reforma fue un primer paso, este se ha quedado corto ya que en cualquier caso de haber financiamiento lo ideal hubiese sido la revelación completa del acuerdo, pero al final de la discusión, el paso se dio en el camino correcto para permitir a los Tribunales que tomen medidas con respecto a este tema al momento en que las partes lo discutan.³¹

Por otro lado, el Dr. Merizalde tiene una opinión un tanto distinta con respecto a la reforma y al papel que tienen los Tribunales Arbitrales indicando que:

²⁹ *Bay View Group LLC and The Spalena Company LLC v. Republic of Rwanda*, Caso CIADI N°ARB/18/21, Procedural Order No. 6 on the Respondent's Request for Security for Costs, 8 de septiembre de 2020.

³⁰ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, Caso CIADI N°ARB/14/14, Procedural Order No. 3 Decision on the parties' requests for provisional measures, 23 de junio de 2015

³¹ FRUTOS-PETERSON, Claudia, *op. cit.*

Llegamos a un punto muy deseado, en el que hay una norma, una norma que va a garantizar que se revele la existencia del financiador y su identidad. Yo creería que regularlo más podría llevarnos a una situación indeseada de exceso de regulación, yo creo que es importante parar aquí, esperar un par de años, ver cómo la norma se aplica por tribunales y sobre todo, esta es la parte importante, permitir a los tribunales que de algún modo desarrollen jurisprudencialmente la norma. Y qué quiero decir con eso; los tribunales sabemos tienen el poder inherente de conducir el procedimiento de la manera más eficaz, incluido el poder de dictar medidas provisionales, yo creo que los tribunales van a verse más y más enfrentados a solicitudes por ejemplo de lo que llaman security for cost o cautio iudicatum solvi (...)³²

En resumen, resulta innegable que la reforma a la Regla 14 ocasionará que el Tribunal tenga que tomar decisiones más allá de la revelación de cualquier conflicto de interés por parte de miembros del Tribunal e independientemente de estar o no de acuerdo con la revelación de acuerdo de financiamiento, por lo que corresponderá a cada parte argumentar a fin que el Tribunal en última instancia quien dará un marco de qué tan amplias será la revelación y efectos de un TPF en el proceso.

V. CONCLUSIÓN

La industria de los TPF está en constante evolución y creando nuevas opciones de financiación, por lo que su utilización no es nada nuevo para los Tribunales Arbitrales CIADI, sobre todo desde la crisis financiera de 2008 y las consecuencias económicas perniciosas del Covid-19 globalmente a nivel económico.

Aunque sigue siendo demasiado pronto para predecir el impacto del Covid-19 en el desarrollo de los TPF, es razonable suponer que su protagonismo aumentará como lo hizo después de la crisis financiera de 2008. Sumando ahora la reforma, no solo del reglamento CIADI sino también de otras instituciones arbitrales, es evidente que los TPF “están en la mira”.

³² MERIZALDE, Juan F., *op. cit.*

Es innegable pues que el TPF seguirá, en mayor o menor medida, estando presente en el arbitraje de inversiones. En palabras del Dr. Merizalde con respecto a los efectos de la reforma este opina que:

La financiación de reclamos va a seguir funcionando, va a seguir siendo un negocio público, conocido. No sé si aumenten en razón de lo que ocurrió ahorita (la reforma), lo que si te puedo decir es que primero, los financistas van a seguir defendiendo la confidencialidad de los acuerdos de financiación, pero sí creo que va a ser necesario que los financistas se sofisticuen un poco en términos de transparencia, es decir, si ya se sabe que financian, van a tener que financiar eventualmente con reglas de buen gobierno corporativo, financistas con compromisos contra la corrupción o protección de derechos de comunidades sensiblemente protegidas, ese tipo de financistas con responsabilidad social de pronto van a ser mejor percibidos por el mercado y los financistas la realidad es que tienen que estar ahí.³³

Es así, que el contexto económico global, las peticiones de los Estados y otra serie de aspectos abordados en el presente artículo, han dado lugar a reforma a la reforma de las Reglas de Arbitraje CIADI, siguiendo la tendencia de otros centros arbitrales, proporcionando a las partes protección ante cualquier tipo de conflicto de intereses en virtud del financiamiento, además de la posibilidad de traer discusiones adicionales a la mesa del Tribunal Arbitral como la caución de costas.

Aunque, no por ello, debería actuarse en detrimento del caso de otra parte, revelando aspectos que no tengan relación con la controversia como tal (dependiendo de qué lado se encuentre uno), sino por el contrario, ampliar la discusión y apostar por la innovación y métodos responsables del TPF como una forma de acceder al arbitraje, porque qué es el arbitraje sino un método de acceder a la justicia.

³³ MERIZALDE, Juan F., *op. cit.*

Arbitraje Acelerado de la CNUDMI: ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de su aplicación en el arbitraje comercial internacional?

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana¹ & Cristhian Gabriel Angles Salazar²

Resumen- En el presente trabajo se analizarán las ventajas y desventajas de aplicar el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, en las controversias comerciales internacionales, considerando los principios que rigen el desarrollo del proceso arbitral, a fin de garantizar de principio a fin la tutela judicial efectiva. Puesto que, si bien cada procedimiento arbitral tendrá

¹ Titulada de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Árbitro Extranjero en la Peruvian Chamber of Business. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomada en Formación de Árbitros especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional por Peruvian Chamber of Business. Diplomada en Derecho Bancario por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Investigadora independiente. Miembro de la Asociación Internacional de Arbitraje Alumni. Secretaria de Directorio de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Capítulo Bolivia (AIDDP). Miembro del Instituto de Arbitraje y Conciliación IBAC-40. Actualmente, trabaja como Abogada Practicante en PPO Abogados, en el equipo de litigios civiles y comerciales.

Correo electrónico: scarlett.jaqui@gmail.com

² Titulado de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomado en Formación de Árbitros Especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional por Peruvian Chamber of Business. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Investigador independiente. Miembro de la Asociación Internacional de Arbitraje Alumni. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Capítulo Bolivia (AIDDP). Miembro del Instituto de Arbitraje y Conciliación IBAC-40. Actualmente trabaja como Abogado Asociado en Lazo de la Vega Abogados, con experiencia en Arbitrajes Nacionales e Internacionales y forma parte del equipo de litigios civiles y comerciales. Correo electrónico de contacto: crisangles.cas@gmail.com

sus propios matices, en este caso el árbitro único tendrá la tarea de conducir el proceso para lograr el equilibrio entre la celeridad del proceso arbitral y el respeto mínimo a las garantías procesales, con el objeto de que el laudo pueda producir sus efectos jurídicos y sea ejecutable en las diferentes jurisdicciones.

Abstract- In this paper, the advantages, and disadvantages of applying the UNCITRAL Expedited Arbitration Rules will be analyzed in international commercial disputes, considering the principles that govern the development of the arbitration process, to guarantee due process from beginning to end. Since, although each arbitration procedure will have its own nuances, in this case the sole arbitrator will have the task of conducting the process to achieve a balance between the speed of the arbitration process and the minimum respect for procedural guarantees, in order that the award can have its legal effects and be enforceable in the different jurisdictions.

I. INTRODUCCIÓN	93
II. DESARROLLO	94
A. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	94
B. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	97
a. <i>Principio de autonomía de la voluntad</i>	98
b. <i>Principio de Kompetenz-Kompetenz</i>	99
c. <i>Principio de flexibilidad</i>	100
d. <i>Principio de idoneidad</i>	100
e. <i>Principio de celeridad</i>	101
C. CARACTER JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE.....	102
D. GARANTÍAS PROCESALES QUE BRINDA EL ARBITRAJE	104
a. <i>Tutela judicial efectiva</i>	107
b. <i>Debido proceso</i>	109
E. ARBITRAJE ACELERADO	111
F. REGLAMENTO DE ARBITRAJE ACELERADO DE LA CNUDMI	111
a. <i>Características</i>	112
G. VENTAJAS DEL ARBITRAJE ACELERADO	114
a. <i>Notificación de arbitraje y demanda de arbitraje comprimidos</i>	114
b. <i>Respuesta a la notificación de arbitraje y contestación a la demanda</i> 115	
c. <i>Discrecionalidad del tribunal arbitral respecto a los plazos</i>	116
d. <i>Audiencias virtuales</i>	117

H.	DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE ACELERADO.....	118
a.	<i>No determina de manera expresa que su aplicación sea para una cuantía determinada o para un tipo de controversias.....</i>	<i>118</i>
III.	CONCLUSIÓN.....	120

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el comercio internacional tuvo un crecimiento notable debido a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y, en un entorno cada día más globalizado, las relaciones internacionales que surgen día a día requieren que sus intereses y derechos sean protegidos. Pues, paralelamente al desarrollo comercial, los litigios han crecido velozmente entre empresas de distintas jurisdicciones.

Dentro del ordenamiento jurídico de cada país, los Estados están cada vez más comprometidos con garantizar el desenvolvimiento de las empresas internacionales, para lo cual prevén como mecanismos de solución de conflictos la función arbitral, además de la función judicial.

El arbitraje, como máximo exponente de resolución de controversias a nivel internacional, por tener un procedimiento que tiende a aplicarse de manera universal en las leyes de arbitraje que se basan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo”), elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de fecha 21 de junio de 1985, brinda en gran medida seguridad jurídica a los privados y a los estados.

En ese sentido, como lo señala la Organización de los Estados Americanos (“OEA”):

La seguridad jurídica que demanda el comercio internacional exige reglas claras, bien elaboradas, dotadas de publicidad y aplicadas de forma eficiente, coherente y uniforme y que las decisiones que adopte un árbitro, en la

esfera de su competencia y en congruencia con el derecho internacional, sean efectivamente ejecutadas³.

Por esa razón, el arbitraje entendida como aquella “*institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes, resuelve, con base en una potestad específicamente conferida, el conflicto que les afecta*”⁴, pareciere que tiene más posibilidades de garantizar de manera eficaz la tutela judicial efectiva. De ahí que, las partes a través de su autonomía de la voluntad elijan someter sus controversias a este medio, esperando obtener una justicia igual o mejor que la justicia ordinaria.

Así durante las últimas décadas, el arbitraje se convirtió en un medio preferente de resolución de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional, pues tiene como características: rapidez, en cuanto al procedimiento; especialización de los árbitros que resuelven el conflicto y confidencialidad que envisten las resoluciones dictadas por los árbitros.

II. DESARROLLO

A. Arbitraje comercial internacional

El arbitraje comercial internacional cada día se fortalece y a la fecha se ha convertido en el método más empleado en la solución de conflictos que se suscitan entre los operadores del comercio internacional, puesto que además de ser considerado un medio eficaz por la celeridad con la que se practican sus actuaciones, flexible en cuanto a su tramitación y, a comparación de la vía judicial, los casos son resueltos por terceros idóneos en la materia, lo que garantiza una tutela judicial efectiva, la función arbitral tiene bases normativas

³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, Departamento de derecho internacional, 2015, disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf .

⁴ FLORS, José, *El arbitraje, apuntes de derecho mercantil*, Ed. Tirant, Universidad de la Laguna, p.1.

universales que pueden ser, y en su mayoría son empleadas por los Estados en sus leyes arbitrales nacionales para que las relaciones se desenvuelvan dentro del marco de la seguridad jurídica.

Es así como el arbitraje se volvió en un medio indispensable para resolver cuestiones que involucren más de una jurisdicción, pues en palabras de Morel:

Las relaciones comerciales, especialmente en el campo internacional exigen para su mejor desarrollo una forma especial de justicia que asegure soluciones rápidas y prácticas, donde la equidad juegue un importante papel y allane los inconvenientes que ocasiona un litigio entre comerciantes de distintas naciones⁵.

Ciertamente, lo que permite que el arbitraje sea acogido a nivel internacional está relacionado con la implementación de una ley transfronteriza que armoniza el procedimiento arbitral a nivel interno, en el caso en concreto, la Ley Modelo, la cual tiene como finalidad:

La armonización y unificación de los sistemas legales nacionales mediante la creación de normas adjetivas o sustantivas, para que sean incorporadas en los ordenamientos jurídicos de los estados o aplicadas por los operadores del comercio internacional en sus actividades mercantiles⁶.

Si bien la Ley Modelo es “*un conjunto de normas generales originariamente no vinculantes, que une criterios heterogéneos provenientes de diferentes sistemas económicos, políticos, sociales y culturales*”⁷, es decir, pese a que es

⁵ MOREL, René, “La clause compromissoire en mitée commerciale”, Ed. Librairie du Bassin, Francia, 1926.

⁶ BERMÚDEZ, Yoselyn. – ESIS, Ivette, “La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Orden Jurídico Venezolano”, Revista de Derecho, N° 29, 2008, 237-266, p. 242-243.

⁷ BERMÚDEZ – ESIS, “La Ley Modelo de Arbitraje...”, p. 243.

de carácter *soft law*, ha conseguido una armonización procedimental del arbitraje, lo que impulsa a las relaciones comerciales a optar por este medio.

Desde luego, además de la existencia de una ley unificadora, el arbitraje comercial internacional requiere que el laudo emitido por el tribunal arbitral, el cual es vinculante para las partes y equivalente a una sentencia judicial en cuanto a su efecto de cosa juzgada, sea ejecutado y no sea una decisión que quede en meras declaraciones de derechos.

Es así como el 10 de junio de 1958, nace a la vida jurídica la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) considerada uno de los hitos más importantes del arbitraje comercial internacional, pues a la fecha cuenta con 163 Estados miembro. Y, en palabras de Born, la Convención de Nueva York “*It provides what amounts to a universal constitutional charter for the international arbitral process*”⁸, característica que fue fundamental, porque de esa forma hizo que el arbitraje por primera vez pueda hablar un mismo idioma a nivel internacional.

Sin duda, la Ley Modelo y la Convención de Nueva York, son dos normas fundamentales para el desarrollo del arbitraje comercial internacional, pues la primera unifica el derecho arbitral para una solución justa y eficaz en todos los territorios y la otra permite que se reconozcan los acuerdos arbitrales y laudos arbitrales obligando a los “*Estados parte a velar por que dichas decisiones sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales*”⁹.

A su vez, es importante señalar que el impacto del arbitraje comercial en el ámbito internacional también se debe en gran medida a la utilización del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el

⁸ BORN, Gary, *International Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, United States of America, 2016, p. 99.

⁹ Convención de Nueva York, p. 1.

Derecho Mercantil Internacional (“Reglamento de Arbitraje”) aprobado mediante Resolución No. 31/98 del 15 de diciembre de 1976, el cual es aplicado por las partes en razón de su autonomía de la voluntad, pues el contenido de esta norma rige todos los aspectos del proceso arbitral. En palabras de las Naciones Unidas:

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consta de una amplia gama de normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes *ad doc*, así como en arbitrajes administrados por instituciones¹⁰.

Finalmente, es preciso señalar que dicho reglamento a lo largo de todos estos años y con el auge del arbitraje internacional para la solución de controversias, ha sido objeto de revisiones el año 2010 a fin de adaptarlo a las prácticas que están vigentes en el comercio internacional.

Así también, el 09 de diciembre de 2021 se añade un nuevo artículo, párrafo 5 al Reglamento de Arbitraje, a fin de incorporar como apéndice el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, entendido como un “*procedimiento simplificado y sencillo para resolver controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales en un periodo de tiempo abreviado*”¹¹, con el propósito de que las partes intervinientes obtengan una resolución ahorrando costos y tiempo.

B. Principios del arbitraje comercial internacional

Ahora bien, el Arbitraje como institución jurídica internacional, se encuentra vinculada a principios que han guiado su desarrollo, evolución y la propia

¹⁰ NACIONES UNIDAS, “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, disponible en <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

¹¹ Reglamento de Arbitraje Acelerado, p. 1.

práctica internacional, es así como, países como Bolivia¹² y Colombia¹³ incorporaron algunos principios internacionales a sus propias leyes nacionales de arbitraje con el afán de que los mismos cobren mayor importancia dentro de la práctica arbitral nacional.

Si bien es cierto que los principios del arbitraje internacional se encuentran agrupados de diferente forma y de acuerdo a una característica especial, autores como José Carlos Fernández Rozas, Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa en su obra *Principios Generales del Arbitraje*¹⁴, han realizado una exhaustiva organización y definición de los principios generales del arbitraje, sin embargo, en esta investigación no se realizará un análisis de los principios, solo se limitará a señalar aquellos que se consideran importantes para el objetivo de la presente.

a. Principio de autonomía de la voluntad

El arbitraje comercial internacional, al igual que los arbitrajes domésticos, tiene como principio y piedra angular, la autonomía de la voluntad de las partes, pues como lo mencionan los autores Temboursy y Gutiérrez, la autonomía de la voluntad “(...) es el inicio de la justicia privada, su fundamento, su razón de ser y su límite”¹⁵, es por ello, que este principio es fundante del arbitraje nacional e internacional, pues es la llave que abre la jurisdicción arbitral y permite el desarrollo del mismo hasta la consecución de un laudo final.

De la misma forma, el profesor Vucsanovich señala que:

La máxima en el arbitraje es siempre la voluntad de las partes mutuamente expresada en acuerdos básicos y

¹² Ley 708 de Arbitraje y Conciliación (Bolivia), Art. 3.

¹³ Ley 1563 Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Colombia), Art. 1.

¹⁴ FERNÁNDEZ, José C. – SÁNCHEZ, Sixto A. - STAMPA, Gonzalo, *Principios Generales del Arbitraje*, ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁵ TEMBOURY, Miguel.- GUTIÉRREZ, Elena, *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral*, ed., Ibáñez, Bogotá, 2011.

formales que abren la puerta hacia una solución de la controversia, nótese entonces la importancia de la voluntad de las partes en conflicto, dado que sin su concurso el arbitraje serio imposible¹⁶.

Este principio es de vital importancia, ya que, en virtud de este las partes pueden elegir la sede del arbitraje, la *lex arbitri*, la ley que se aplicará al fondo, e incluso el ente administrador del arbitraje, en general este principio se encuentra presente tanto en el arbitraje internacional como en el nacional, en este último, tiene mayor protagonismo a momento de extraer el conflicto de la jurisdicción ordinaria estatal, y llevarla a la jurisdicción arbitral.

b. Principio de *Kompetenz-Kompetenz*

Este principio se encuentra íntimamente relacionado al principio de autonomía de la voluntad, puesto que como establecen los profesores Fernández Rozas, Arenas García, & Miguel Asensio, citados por Figuera, Vargas y Puertas:

Una de las principales condiciones para la eficacia del arbitraje comercial internacional, está en la posibilidad de invocar la existencia de una cláusula arbitral cuando una de las partes intenta desconocer la existencia de la misma. Es aquí donde adquiere la importancia el principio kompetenz - kompetenz, entendido como la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, al igual que, sobre las excepciones referentes a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, el principio *kompetenz – kompetenz* le otorga facultad a los árbitros para que éstos puedan analizar su propia competencia de

¹⁶ VUCSANOVICH, Igor, *Arbitraje - La importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen arbitral boliviano*, 1ª ed., Omikron, La Paz, 2017, p. 77.

¹⁷ FIGUERA, Sorily,- VARGAS, Sonia,- PUERTAS , Juan, “El Principio Kompetenz - Kompetenz del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia venezolano”, *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, No. 4, 2018, 135-157, p. 142.

conformidad al acuerdo arbitral suscrito por las partes. Entonces, cuando una de las partes alegue la incompetencia, solamente el tribunal arbitral podrá declarar su incompetencia a través de una resolución fundamentada.

c. Principio de flexibilidad

El principio de flexibilidad gobierna el procedimiento arbitral porque consiste en la concatenación de actos que son subsecuentes el uno del otro, que tienen como fin el resolver un conflicto específico.

En ese entendido, la flexibilidad junto con los otros principios, son elementos característicos del arbitraje, puesto que dicho principio está *“plenamente identificado con el procedimiento que se puede seguir en el arbitraje y tal como se describe tiene una fuerte relación con el principio de autonomía de la voluntad”*¹⁸.

Bajo esa línea, como menciona el profesor Roji, *“el principio de flexibilidad otorga la libertad para diseñar el mejor procedimiento para unas partes concretas y un conflicto particular, constituye el fundamento de la flexibilidad”*¹⁹. Por lo que, la flexibilidad permite que tanto las partes como el tribunal arbitral, puedan acordar cuestiones procedimentales que permitan el desenvolvimiento del proceso y que con ello se llegue al fin último del arbitraje, que es la resolución del conflicto.

d. Principio de idoneidad

El principio de idoneidad constituye una ventaja del arbitraje, puesto que, los involucrados en un arbitraje siempre buscan profesionales que cumplan con cierto perfil especializado para que estos funjan como árbitros en el proceso, todo con el fin de obtener un criterio justo, imparcial y especializado sobre el

¹⁸ MARTIN, Ronald, *Introducción al derecho arbitral*, 2da Ed, Oscar Gutiérrez Peña, La Paz, 2014, p. 20.

¹⁹ ROJI, José, “Arbitraje: flexibilidad y verdad”, *Revista Món Jurídic*, N.º 318, 2018, 56-57, p.57.

objeto de la controversia; ya que en la mayoría de casos el grado de especialidad concuerda con la complejidad del conflicto.

Por ello se establece que este principio “*está asociado con la capacidad que deben tener los árbitros para desempeñarse como tales*”²⁰, ya que como señala el profesor Martin, debido a “*la idoneidad que deben tener los árbitros, es que se reconoce a las partes el consecuente derecho de elegir a sus propios árbitros, a diferencia del proceso judicial en el cual el Juez se encuentra previamente nombrado*”²¹.

e. Principio de celeridad

Ahora bien, el principio de celeridad en el proceso arbitral tiene un desarrollo más amplio y eficaz; sin embargo, este principio no es exclusivo del arbitraje, puesto que el mismo constituye un fin que también busca la jurisdicción ordinaria de un país, esto debido a los altos porcentajes de carga procesal de los tribunales judiciales.

Por lo mencionado, este principio tiene un desarrollo exponencial en materia arbitral puesto que permite que la resolución del conflicto sea eficaz y oportuna, en consecuencia, este principio constituye:

Una de las principales virtudes del arbitraje, que los defensores del arbitraje resaltan, sino que constituye la razón misma de la obtención de justicia. Es bien conocido el dicho (la justicia tardía es una negación de justicia), por ello el arbitraje pretende ser el medio por el cual se supere la retardación en la solución de conflictos. Este es, por tanto, un principio y una virtud del arbitraje²².

²⁰ MARTIN, *Introducción al...*, p. 34.

²¹ MARTIN, *Introducción al...*, p. 34.

²² MARTIN, *Introducción al...*, p. 38.

En definitiva, este principio ha generado una serie de mecanismos en procura de una solución oportuna de conflictos, sin embargo, no se debe olvidar que todo proceso debe cumplir una serie de pasos ordenados y con plazos establecidos por la norma, que si bien pueden ser modificados facultativamente por las partes la misma debe mantenerse dentro de lo razonable, material y operativamente posible²³.

C. *Carácter jurisdiccional del arbitraje*

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido por muchos años objeto de estudio, pues se entiende que desde “*el nacimiento, desarrollo y terminación del arbitraje concurren una pluralidad de actuaciones de diversa naturaleza*”²⁴. Para ello, existen tres teorías que trataron de indagar el origen del arbitraje, entre ellas están: i) Teoría contractual, ii) Teoría jurisdiccionalista y, iii) Teoría ecléctica.

Sin embargo, con el avance exponencial del arbitraje como medio eficaz para la resolución de controversias, la mayoría de los países han optado por elegir la teoría jurisdiccional, otorgando al arbitraje el carácter jurisdiccional dentro de sus sistemas jurídicos. De esa manera, en palabras de Espugles, la función arbitral es “*reconocida explícitamente como equivalente jurisdiccional en la jurisprudencia de múltiples países*”²⁵.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional boliviana a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional No. 2472/2012, le reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje, señalando que:

El arbitraje es una vía alternativa de solución de conflictos emergentes en la sociedad, y aunque ha sido instituido por

²³ VUCSANOVICH, *Arbitraje ...*, p. 77.

²⁴ BARONA, Silvia, “Binomio, arbitraje y poder judicial en el siglo XXI: entre la pasión y el pensamiento”, *Revista Boliviana de derecho*, 2006, 135-177, p. 171.

²⁵ ESPUGLES, Carlos, “Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad”, 2016, 1-26, p. 2.

la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997, encuentra respaldo en la dogmática constitucional de la Norma Fundamental de 2009, particularmente en el postulado de pluralismo jurídico en que se basa el Estado boliviano conforme el art. 1 de la CPE, siendo una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por el órgano Judicial²⁶.

De la misma forma, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, dispone que:

El artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada²⁷.

Así también, Colombia en su Sentencia T-455/12²⁸ y Venezuela en su Sentencia No. 1541 de fecha 17 de octubre de 2008²⁹, reconocen que el arbitraje dentro de sus ordenamientos jurídicos reviste el carácter jurisdiccional conforme la norma suprema de sus estados.

²⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Tercera, Compañía Boliviana de Ingeniería S.R.L., 28/11/2012, disponible en <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=6526>.

²⁷ Tribunal Constitucional (Perú), Pleno Jurisdiccional, Fernando Cantuarias Salaverry, 28/02/2006, disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>.

²⁸ Corte Constitucional (Colombia). Comisión Nacional de Televisión, disponible en <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/90359-corte-constitucional-de-colombia-t-455-12>.

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), Sala Constitucional, República Bolivariana de Venezuela, disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/hildegard-rondon-sanso-283307203>.

De lo anterior se evidencia que, Bolivia y en su mayoría otros Estados le confieren al arbitraje el carácter jurisdiccional, y ello “*no solo por el descongelamiento que existe en los tribunales judiciales admitiendo reclamos de todos los ciudadanos, sino porque se busca una mejor calidad de justicia*”³⁰. Por eso, se destaca del arbitraje que:

Por un lado, permite a los interesados obtener una declaración de certeza sobre el alcance de sus derechos y hace posible su realización efectiva; por el otro, proporciona una solución eficaz a los conflictos mediante un método que resguarda las garantías constitucionales al debido proceso, contribuyendo de ese modo a mantener la armónica convivencia en el seno de la sociedad³¹.

Por consiguiente, en la actualidad el arbitraje es un instrumento jurisdiccional en sí, mediante el cual se resuelven controversias entre personas naturales o jurídicas; ya no es solamente aceptado como un medio alternativo de conflictos, sino que en la actualidad forma parte de la justicia plural que tiene cada Estado, lo que genera que el arbitraje internacional encuentre una cabida aceptable en todos los países facilitando que los laudos arbitrales internacionales, revestidos de seguridad jurídica, sean ejecutados sin mayores dilaciones ni obstáculos procesales.

D. Garantías procesales que brinda el arbitraje

Ahora bien, cuando se habla de arbitraje internacional, resulta difícil establecer con precisión las garantías que deben ser protegidas por el proceso arbitral, para que el laudo producto de ese arbitraje pueda ser ejecutable, puesto que en la mayoría de los casos, la pluralidad de partes hace que el desarrollo del proceso arbitral se torne complejo, pues se encuentran un gran número de posibles

³⁰ BARONA, *Binomio, arbitraje y ...*, pp. 148 - 149.

³¹ ROCCO, Ugo, “Derecho Procesal Civil”, en CAIVANO, Roque, *El rol del poder judicial en el arbitraje comercial internacional*, Organización de los Estados Americanos, Departamento de derecho internacional, 2015, 97-127, p. 98.

combinaciones entre las normas aplicables al fondo de la controversia, al proceso arbitral, al recurso de nulidad de laudo e incluso al lugar donde se va ejecutar el laudo.

Continuando con lo anterior, la ejecutabilidad del laudo hace una diferencia a momento de establecer al arbitraje como medio preferente para la resolución del conflicto, puesto que un laudo que no se pueda ejecutar, hace del arbitraje un mecanismo ineficaz e ineficiente.

Es cierto que en la actualidad este problema ha sido resuelto en gran medida con la vigencia de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York³² (CNY), sin embargo, y pese a la existencia de este instrumento, muchos Tribunales de Justicia a momento de ejecutar los laudos, son tentados a valorar en muchas ocasiones el procedimiento realizado e incluso el fondo de las controversias con el pretexto de proteger el debido proceso y el derecho a la defensa, o acusar al laudo arbitral de afectar el orden público.

Si bien estos aspectos son establecidos por la CNY, en su Artículo V numerales 1(b) y 2 (b), los cuales establecen:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...) b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad

³² Convención de Nueva York, p. 1.

competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

(...) b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

El carácter general de las alocuciones orden público y derecho a la defensa, han derivado en la intervención judicial de los procesos de ejecución de los laudos, en búsqueda de algún acto que haya vulnerado los mencionados elementos, factor que ocasiona que el arbitraje se vea afectado.

En ese sentido, se evidencia conforme al informe del CLA³³, que al menos el 10% de laudos, no son reconocidos ni ejecutados en Latinoamérica, y si bien no es un porcentaje exorbitante, se verifica que aún existe un afán de los tribunales de revisar los laudos extranjeros y posterior a ello impedir la ejecución del laudo en sus territorios.

Es por este motivo, que la doctrina ha señalado que las garantías procesales deben estar presentes durante toda la tramitación del proceso arbitral y como fin último éstas deben proteger el laudo arbitral, puesto que, se busca convencer sobre la justicia del laudo arbitral. Ello sucede en tanto y cuanto se proceda a la observancia de unos trámites (procedimiento) que impliquen el respeto de las garantías procesales a las que se debe el procedimiento arbitral, a fin de que el árbitro pueda otorgar la suficiente oportunidad a las partes de hacer valer sus derechos³⁴.

Dicho lo anterior, en la mayoría de los países por no decir en todos, ya sea mediante la jurisprudencia de cada ordenamiento jurídico o a través de sus cartas magnas, el arbitraje ha sido reconocido como un medio jurisdiccional, y

³³ CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE, “Arbitraje en América Latina- Informe 2020 sobre encuestas”, disponible en http://www.clarbitraje.com/v2/?page_id=6642.

³⁴ LORCA, Antonio, “La garantía del debido proceso en el arbitraje - El modelo español”, *Ius et Praxis*, 2010, 252-275, p. 259.

como parte de esa jurisdicción se le exige al arbitraje que ofrezca garantías procesales durante la tramitación del proceso para que el mismo sea reconocido.

De ahí que, las garantías procesales son entendidas como aquel “*conjunto de derechos públicos reconocidos a los justiciables por la Constitución con la finalidad de asegurar las condiciones necesarias para el logro de un proceso justo*”³⁵.

En consecuencia, los tribunales arbitrales tienen el deber de precautelar el normal desarrollo del proceso, en virtud de la correcta aplicación del reglamento arbitral pactado, el cual debe estar construido de tal forma que garantice un proceso justo para las partes en cada acto procesal, a fin de que dicho reglamento arbitral no afecte el derecho a la defensa de las partes. Por lo cual, en un afán de generar un criterio que ayude a la protección mínima de las garantías procesales, el tribunal arbitral, así como los reglamentos de arbitraje deben proteger la:

a. Tutela judicial efectiva

Si partimos de la primicia que el arbitraje tiene una característica jurisdiccional, la tutela judicial efectiva es un derecho de cumplimiento forzoso, el cual se define como:

El derecho que tiene toda persona sea individual o colectiva a la protección de sus derechos e intereses legítimos por parte de los tribunales y jueces. Debe enfatizarse el carácter efectivo de la tutela; es decir, justicia pronta, oportuna y que restituya en actuaciones jurisdiccionales los derechos e intereses en cuestión³⁶.

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Santillana, 2017.

³⁶ ROJAS, Farit, “Tutela judicial”, *La Razón*, 08 de junio de 2015, disponible en <https://www.la-razon.com/voces/2015/06/08/tutela-judicial/>.

La doctrina ha establecido qué elementos son constitutivos de la tutela judicial efectiva, los cuales son:

- a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
- b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión.
- c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo³⁷.

En definitiva, tales elementos están dirigidos a la administración de justicia, y en el caso del arbitraje, estos estarán guiados a los centros de administración del arbitraje, para que por medio de los reglamentos que apliquen, se procure el cumplimiento de estos presupuestos, consecuentemente exista la protección de las partes en el arbitraje.

Todo ello confirma que el arbitraje internacional constituye un cauce de ejercicio del derecho a la tutela efectiva consagrado, derecho que a su vez cumple la función de garantía de los otros derechos constitucionalmente reconocidos, conclusión que se sustenta en dos razones:

- 1) el carácter jurisdiccional de las funciones que ejercen los árbitros, presente de manera constante en la evolución de la normativa sobre arbitraje (...); y,
- 2) el conjunto de garantías que deben observarse en arbitraje, las cuales constituyen un claro límite a las amplias

³⁷ IRIDE, María, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, SAIJ, 2004, disponible en <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod#>.

facultades que tienen los justiciables en el diseño del proceso.

Consecuentemente, cabe vislumbrar la existencia del derecho a una tutela arbitral efectiva, y que, para su plena vigencia, requiere de una fluida relación entre el arbitraje y la administración de justicia estatal³⁸.

Bajo esa línea, la tutela judicial efectiva necesariamente engloba el derecho de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y el derecho a la ejecución, es así que durante el proceso arbitral además de emitirse un laudo que satisfaga dichos derechos, el contenido de esa decisión debe plasmar de manera expresa y fehaciente que se consiguió una verdadera justicia.

b. Debido proceso

Acerca del debido proceso, este consiste en *“una garantía significativa para impedir la arbitrariedad en todo espacio en los que se decidan derechos o intereses jurídicamente relevantes encuentra su eficacia”*³⁹. Garantía que ha sido incorporada dentro de la práctica arbitral internacional, a través de la Convención de Nueva York en el Artículo V (1) (b), el cual establece:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...) b). Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido,

³⁸ JARA, María, “El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador”, Ecuador, 2016, p. 81.

³⁹ SOSA, Juan, *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Gaceta jurídica, Lima, 2010, p. 5.

por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa⁴⁰.

De tal manera, la Convención de Nueva York advierte que la vulneración al debido proceso es una causal de denegación del reconocimiento del laudo arbitral, pues como establece la OEA, “*esta causal tiene como objetivo primordial la protección del derecho fundamental al debido proceso. Este numeral no especifica cuál es la ley que debe tenerse en cuenta para definir si la parte (...) no pudo hacer valer su derecho de defensa*”⁴¹. Razón por la cual, el debido proceso debe ser aplicado por los tribunales arbitrales, y por los diferentes reglamentos de arbitraje, para evitar que el laudo pueda ser denegado en su reconocimiento como es su ejecución.

Sin embargo, el debido proceso es un concepto que si bien no ha sido definido unánimemente por la doctrina y su contenido se discute de manera constante, debe ser entendido como “*los mínimos procesales necesarios para asegurar que el proceso, y el procedimiento, se desarrollen con todas las garantías que resultan imprescindibles para que sea considerado justo*”⁴². Es por esta razón que distintos autores y jurisprudencia comparada señalan, en su conjunto, un amplio catálogo de principios que integran esta noción de debido proceso.

En la práctica arbitral internacional, al ser un medio caracterizado por la celeridad con la que resuelve las controversias, el debido proceso debe procurar que el proceso se dirija sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el desenvolvimiento lógico procesal del mismo, para

⁴⁰ Convención de Nueva York, Art. V.

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Arbitraje Comercial ...”, p.71.

⁴² ROBLEDO, Sarai, *La garantía del debido proceso en el arbitraje*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Perú, 2018, p. 35.

que no se desvirtúe su finalidad de justicia. Precisando que el derecho de los justiciables es un derecho justamente, debido⁴³.

E. Arbitraje acelerado

El arbitraje acelerado de acuerdo con el Grupo de Trabajo II de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional señala que:

Es una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un plazo breve y a un costo reducido, agilizando y simplificando aspectos clave del procedimiento para llegar a una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión de manera eficaz en función de los costos y del tiempo⁴⁴.

En ese sentido, el momento en que las partes optan por la aplicación del arbitraje acelerado, maximizan la celeridad del desarrollo del proceso arbitral, lo que conlleva a favorecer en gran medida la eficiencia del arbitraje, es decir, obtener una decisión que logre satisfacer a las partes.

F. Reglamento de arbitraje acelerado de la CNUDMI

Es preciso establecer que el Reglamento de Arbitraje Acelerado no funciona como un reglamento independiente, pues en realidad, éste se incorpora como apéndice del Reglamento de Arbitraje, debiendo ser aplicados de forma complementaria.

Bajo esa línea, la Nota Explicativa de este reglamento, manifiesta que el Reglamento de Arbitraje Acelerado “*logra un equilibrio entre, por una parte,*

⁴³ TORRES, Jorge, “Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos”, Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 4, No. 1, 2010, 1-10, p. 5.

⁴⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Solución de controversias comerciales: Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado”, Grupo de Trabajo II, Sexagésimo noveno periodo de sesiones, 2019, p. 2.

*la eficiencia del proceso arbitral y, por otra, la necesidad de preservar las garantías procesales y el trato equitativo*⁴⁵. Sin embargo, en la presente investigación se analizarán las ventajas y desventajas que trae consigo la aplicación del Reglamento de Arbitraje Acelerado en el arbitraje comercial internacional.

a. Características

Este reglamento, es muy innovador en el campo del arbitraje internacional, pues cuenta con varias características que hacen que su utilización sea llamativa. La característica esencial está muy ligada a la piedra angular del arbitraje, siendo esta que el Reglamento de Arbitraje Acelerado, solamente será aplicable cuando las partes lo hayan acordado⁴⁶, es decir, cuando las partes en base a su autonomía de la voluntad hayan optado por elegir este procedimiento abreviado para la resolución de su controversia.

Otra de las características, está vinculada a uno de los principios fundamentales del arbitraje comercial internacional, la celeridad, pues este reglamento ocupa un apartado denominado como conducta de las partes, mediante el cual obliga a las partes involucradas y al tribunal arbitral a actuar con celeridad dentro de la tramitación del proceso arbitral⁴⁷. En otras palabras, desarrollar el arbitraje bajo este reglamento infiere que las partes están acordando cooperar a fin de asegurar la eficiencia del proceso, y el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones a fin de evitar retraso, gastos excesivos y resolver la controversia de manera eficaz⁴⁸.

Finalmente, salvo acuerdo en contrario de las partes, el arbitraje será conducido por un árbitro único⁴⁹, lo que agiliza el proceso, en cuanto a la toma de decisión

⁴⁵ Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado, párrafo 1, p. 48.

⁴⁶ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 1.

⁴⁷ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 3, párrafo 1-2.

⁴⁸ Nota explicativa ..., párrafo 20, pp. 52 – 53.

⁴⁹ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 7.

sin debates y posterior emisión del laudo. Sin embargo, no quiere decir que las partes no puedan pactar que el arbitraje sea resuelto por más de un árbitro, solo que deben considerar que dicha elección puede resultar menos ágil⁵⁰.

b. Plazos

Ahora bien, la naturaleza del Reglamento de Arbitraje Acelerado es que los plazos son reducidos. La aplicación de este reglamento, pone una carga de reducción en las actuaciones procesales tanto en las partes involucradas como en el tribunal arbitral, es decir, favorece:

El establecimiento de plazos estrictos para ambas partes para el nombramiento del tribunal arbitral o la presentación de escritos y para el tribunal arbitral, para dictar el laudo; y la limitación de actos procesales, por ejemplo, la reducción del número de escritos y restricciones a las audiencias.

Bajo esa línea, de la lectura del reglamento se evidencia que, desde el inicio del procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo, el arbitraje acelerado tiene una duración de 6 meses y medio aproximadamente, sin considerar por supuesto las dos ampliaciones para la emisión del laudo que pueden existir en circunstancias excepcionales, plazo que puede extenderse por 3 meses más⁵¹ o por un plazo definitivo⁵².

Conviene subrayar que el árbitro único o tribunal arbitral, cuenta con discrecionalidad respecto a los plazos fijados para el desarrollo del procedimiento arbitral, en ese sentido el árbitro podrá prorrogar o abreviar cualquier plazo que haya sido previsto por el reglamento o por las partes⁵³.

⁵⁰ Nota explicativa ..., párrafo 47, p. 59.

⁵¹ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 16, párrafo 2.

⁵² Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 16, párrafo 3.

⁵³ Nota explicativa ..., párrafo 67, p. 63.

Sin embargo, en el siguiente acápite, se analizarán las particularidades positivas y negativas que existen con la aplicación del Reglamento de Arbitraje Acelerado.

G. Ventajas del arbitraje acelerado

a. Notificación de arbitraje y demanda de arbitraje comprimidos

El Reglamento de Arbitraje Acelerado prevé que la notificación de arbitraje y la demanda deban presentarse de manera conjunta en el mismo plazo⁵⁴, esta es una ventaja en cuanto a reducir plazos sin que se traduzca en una vulneración a las garantías procesales, puesto que en sí la notificación de arbitraje tiene como finalidad transmitir dos elementos esenciales: una propuesta para la designación de una autoridad nominadora y una propuesta para el nombramiento de un árbitro⁵⁵. Mientras que la demanda contiene las alegaciones y pretensiones que la parte demandante requiere se resuelva a instancia del tribunal arbitral, las cuales deberán regirse de conformidad al Reglamento de Arbitraje.

Bajo esa línea, si la parte demandante considera presentar la notificación de arbitraje y la demanda en un mismo escrito⁵⁶, deberá contener, además de las dos propuestas descritas en el párrafo anterior, los siguientes requisitos:

- Petición de que la controversia se someta a arbitraje.
- Generales de ley de las partes.
- Especificación del: acuerdo de arbitraje que se invoca y del contrato u otro documento del cual se desprenda la controversia.

⁵⁴ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 4, párrafo 2.

⁵⁵ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 4, párrafo 1.

⁵⁶ Nota explicativa ..., párrafo 32, p. 56.

-
- Propuesta del idioma y lugar del arbitraje.
 - Descripción de: la controversia, objeto de la demanda e indicación de la cuantía.
 - Fundamentación fáctica y jurídica.
 - Los documentos o pruebas en las que se funda la demanda⁵⁷.

De esta manera, resulta ventajoso fusionar la notificación de arbitraje y la demanda, puesto que el contenido de ambos actos procesales se complementa y permiten que desde un inicio se agilice la sustanciación del proceso arbitral.

Asimismo, respecto a que el demandante presente junto con la notificación y escrito de demanda todos aquellos documentos y pruebas, no significa que deba comunicar ello en su totalidad, puesto que podrá limitarse a hacer referencia a las pruebas en las que se fundará su pretensión⁵⁸, pero sí corresponde contar con todos esos documentos en dicha etapa.

De manera que, con la previsión de unificar la notificación de arbitraje y la demanda se garantiza el principio de celeridad y, por lo tanto, el arbitraje acelerado parece ser que garantiza la tutela judicial efectiva en cuanto a obtener una decisión pronta.

b. Respuesta a la notificación de arbitraje y contestación a la demanda

Así como se considera una ventaja el presentar la notificación y demanda arbitral en una sola instancia y en un mismo escrito, se debe tener en cuenta que el demandante tuvo el tiempo adecuado para preparar sus escritos, previo a poner de los mismos en conocimiento del demandado.

⁵⁷ Nota explicativa ..., párrafo 29, p. 55.

⁵⁸ Nota explicativa ..., párrafo 31, p. 56.

Es por eso por lo que, el Reglamento de Arbitraje Acelerado, en aras de proteger el debido proceso respecto a la igualdad que tienen que gozar ambas partes dentro del proceso arbitral, prevé que el demandado tenga dos oportunidades para asumir defensa:

- Para responder a la notificación de arbitraje, el demandado tiene 15 días desde que tomó conocimiento⁵⁹.
- Para responder a la demanda, el demandado tiene 15 días desde que se constituye el tribunal arbitral⁶⁰.

Por consiguiente, que el demandado tenga dos plazos para el ejercicio de su defensa, mientras que el demandante solo tenga una oportunidad para incoar sus pretensiones, no significa que el arbitraje acelerado sea atentatorio a los derechos de una de las partes y menos que se esté vulnerando el debido proceso que se supone tiene que garantizar desde un inicio el arbitraje.

c. Discrecionalidad del tribunal arbitral respecto a los plazos

El tribunal arbitral o el árbitro único, durante la tramitación del proceso arbitral, tienen una tarea complicada, que es la de conducir el proceso para lograr efectivizar las actuaciones y así maximizar la celeridad del proceso arbitral, sin que signifique un menoscabo a las garantías procesales.

Para dicho efecto, el Reglamento de Arbitraje Acelerado prevé que en cualquier momento el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá prorrogar o abreviar cualquier plazo que haya sido acordado por las partes o que este normado en el reglamento⁶¹. Disposición que supone una ventaja, puesto que faculta al tribunal arbitral a adoptar las medidas procesales que considere apropiadas para garantizar el debido proceso.

⁵⁹ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 5, párrafo 1.

⁶⁰ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 5, párrafo 2.

⁶¹ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 10.

Lo anterior, debido a que previo a utilizar la discrecionalidad en cuanto a los plazos, el tribunal arbitral consultará a las partes intervinientes si están de acuerdo, para que las mismas no consideren que su autonomía de voluntad fue vulnerada o colocada por debajo de la discrecionalidad.

Dicho de otra forma, “*la discrecionalidad del árbitro, como se discute aquí, constituye un límite imprevisible para la autonomía de las partes que puede ser determinante para el resultado*”⁶². Por consiguiente, la discrecionalidad de los árbitros, si bien limita la autonomía de la voluntad en cuanto a aumentar o disminuir plazos, pese a un previo acuerdo de las partes, esta acción tiene como finalidad el desarrollar el procedimiento de una forma eficaz y sin situaciones que tiendan a afectar el resultado del arbitraje, es decir del laudo arbitral.

d. Audiencias virtuales

Otra de las ventajas de la aplicación del Reglamento de Arbitraje Acelerado es que existe la opción de que el árbitro podrá utilizar cualquier tipo de instrumento tecnológico no solo para comunicarse con las partes y celebrar consultas, sino también para celebrar audiencias a distancia⁶³, situación que es muy común en el arbitraje internacional puesto que las partes, árbitros y abogados se desenvuelven de mejor manera bajo esta modalidad.

Por lo descrito anteriormente la celebración de audiencias virtuales constituye una novedad, ya que, en razón al principio de flexibilidad del arbitraje, la aplicación de dichas audiencias prevén que las mismas se realicen “*sin la presencia física de los participantes y en distintos lugares*”⁶⁴. De ahí que, la disposición ayuda a que el tribunal arbitral logre “*simplificar el procedimiento*

⁶² MARTÍNEZ, Pedro, “Desarrollo del equilibrio entre la autonomía de las partes y el poder discrecional privativo del árbitro en la práctica probatoria del arbitraje internacional”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, 2018, 365-402, p. 384.

⁶³ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 3, párrafo 3.

⁶⁴ Nota explicativa ..., párrafo 24, p. 53.

*y evitar demoras y gastos innecesarios, dos finalidades que están en consonancia con los objetivos del arbitraje acelerado*⁶⁵.

Además de cooperar al tribunal arbitral, y siendo que el arbitraje internacional es transfronterizo se tiene que también garantiza en gran medida el principio de oralidad que rige todo procedimiento arbitral. Al mismo tiempo, esta situación genera nuevamente credibilidad en la adopción del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, puesto que, suena atractivo que un arbitraje disminuya costos y tiempo, pero a la vez otorgue una protección efectiva de los derechos.

H. Desventajas del arbitraje acelerado

- a. No determina de manera expresa que su aplicación sea para una cuantía determinada o para un tipo de controversias

La utilización de este reglamento, dadas las restricciones que tienen las partes y las limitantes con las que opera el tribunal arbitral, no siempre es adecuado para todas las controversias que surgen de las relaciones comerciales. En ese sentido, como el reglamento no limita su aplicación para controversias específicas o para cuantías determinadas, el Reglamento de Arbitraje Acelerado ha previsto que puede dejar de aplicarse⁶⁶ durante la tramitación del proceso arbitral, cuando dicho instrumento ya no sea adecuado para la resolución del caso⁶⁷.

Dicha disposición es aplicable cuando una de las partes lo solicite al tribunal arbitral, de ahí que se trate de un desistimiento unilateral del arbitraje acelerado empero, una vez solicitado, el tribunal arbitral pondrá en consideración de las partes dicho desistimiento.

En ese caso, el tribunal arbitral no solo otorga la oportunidad de que las partes puedan expresar sus opiniones respecto a la solicitud de desistimiento, sino que también debe analizar ciertos factores, y una vez realizado ello estimará la

⁶⁵ Nota explicativa ..., párrafo 24, p. 53.

⁶⁶ Reglamento de Arbitraje Acelerado, Art. 2, párrafo 2.

⁶⁷ Nota explicativa ..., párrafo 11, p. 50.

solicitud, pero solo en circunstancias limitadas⁶⁸. Algunos de los elementos a ser considerados son:

- La urgencia que haya en resolver la controversia.
- La etapa del procedimiento en que se formule la solicitud.
- La complejidad de la controversia.
- La suma que se estime será litigiosa.
- Las condiciones del acuerdo entre las partes por que estas convinieron en someter su controversia a arbitraje acelerado y si las circunstancias actuales podrían haberse previsto en el momento de celebrarse el acuerdo.
- La repercusión que tendría en el proceso la decisión que se tome⁶⁹.

Esta disposición no parece acertada puesto que en primer lugar trae consigo una serie de inconvenientes en cuanto al procedimiento, puesto que el tribunal arbitral se enfrenta a los siguientes panoramas:

- Decidir que disposiciones del Reglamento de Arbitraje Acelerado dejarán de ser aplicables al arbitraje.
- Determinar cómo se dirigirá el arbitraje y que artículos serán aplicables⁷⁰.
- Existe la posibilidad, a petición de las partes, de que el tribunal tenga que ser constituido nuevamente o algún árbitro tenga que ser reemplazado.

⁶⁸ Nota explicativa ..., párrafo 12, p. 50 – 51.

⁶⁹ Nota explicativa ..., párrafo 13, p. 51.

⁷⁰ Nota explicativa ..., párrafo 15, p. 51.

-
- Que algún árbitro tenga la necesidad de renunciar por considerar que los compromisos asumidos superan la situación⁷¹.

En segundo lugar, dichas circunstancias le restan efectividad al arbitraje, disminuye la rapidez para resolver el caso y dañan su imagen en cuanto a ser un medio de resolución de controversias planificado desde un principio tanto por las partes y por el tribunal arbitral, traducido en el calendario procesal.

Por consiguiente, el Reglamento de Arbitraje Acelerado presenta una desventaja en cuanto a no delimitar su aplicación para cierto tipo de controversias, sin embargo, dentro del marco de las garantías procesales que debe aplicarse también en el arbitraje, se evidencia que esta desventaja si bien es procedimental, no es atentatorio al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la defensa.

III. CONCLUSIÓN

Tras el análisis realizado en la presente investigación, se concluye que el arbitraje internacional es el medio favorito utilizado por los operadores del comercio internacional. En ese sentido la CNUDMI de manera muy acertada ha creado el Reglamento de Arbitraje Acelerado, el cual, al armonizar y unificar los preceptos procesales se convierte en una herramienta favorable para los usuarios del arbitraje, puesto que conduce el procedimiento arbitral internacional de manera aún más rápida y eficaz.

Por ello, es evidente que el Reglamento de Arbitraje Acelerado constituye un gran progreso para el arbitraje internacional, ya que mejora en gran medida el procedimiento arbitral debido a que la reducción de plazos que plantea y tampoco vulnera las garantías procesales que el arbitraje como parte de la jurisdicción debe proteger cuando resuelve las controversias.

Las ventajas que presenta este reglamento en cuanto a simplificar los actos de proposición dentro del arbitraje, la discrecionalidad que tienen los árbitros para conducir el proceso sin vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes y la

⁷¹ Nota explicativa ..., párrafo 17, p. 52.

posibilidad de celebrar audiencias de forma virtual, sin duda son cuestiones que no solo garantizan la tutela judicial efectiva en la práctica arbitral, sino que también refuerzan los principios de celeridad y flexibilidad del arbitraje.

Sin embargo, la utilización de este reglamento debería considerarse para casos que no vinculen mucha complejidad, puesto que de ser lo contrario, se estaría sacrificando la calidad del laudo arbitral por la simple celeridad en cuanto a la resolución del caso.

Por consiguiente, los tribunales arbitrales que dirijan el arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado deberán cumplir con las intenciones y expectativas que tenían las partes involucradas al momento de decidir la aplicación de este reglamento, a fin de lograr un equilibrio entre la celeridad del proceso arbitral y el respeto mínimo a las garantías procesales para que el laudo emergente de la solución de controversias sea ejecutado sin inconvenientes.

Declaraciones testimoniales e interrogatorios de testigos en la práctica del arbitraje internacional

Yarubith Escobar Bastidas*

Resumen- Este artículo examina el tratamiento y funcionalidad de la prueba testimonial en el arbitraje internacional, tanto en su fase escrita (declaración testimonial) como en su fase oral (interrogatorio y contrainterrogatorio). Se analiza cada figura jurídica en la práctica de los procesos arbitrales con énfasis en las audiencias; y se plantean ejemplos prácticos con el fin de que sirvan de ejercicio académico para recrear tales instituciones. Asimismo, se plantean ciertos problemas o desafíos que deben sortear tanto los abogados como los testigos involucrados (audiencias virtuales y preparación del testigo).

Abstract- This article examines the treatment and functionality of the witness evidence in international arbitration, both in its written phase (witness statement) and in its oral phase (interrogation and cross-examination). Each legal figure in the practice of the arbitration processes and in the hearings; and practical examples are provided to serve as an academic exercise to recreate those institutions. Likewise, this paper points out certain problems or challenges that must be overcome by both the lawyers and the witnesses involved (virtual hearings and witness preparation).

I. INTRODUCCIÓN	123
II. CONDICIONES GENERALES	124
III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	126
A. REUNIONES PRELIMINARES ABOGADO – TESTIGO	129
B. REDACCIÓN DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL.....	130

* Máster Business Administration - International Business por la San Ignacio University de Miami - Florida, Estados Unidos mención Cum Laude. Cursante del Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Young ITA Mentee (Institute for Transnational Arbitration).

IV. INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO DE TESTIGOS. PREPARACIÓN DEL CONTRAINTERROGATORIO..	134
V. PROBLEMAS PRÁCTICOS O DESAFÍOS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN RELACIÓN CON LOS INTERROGATORIOS Y CONTRAINTERROGATORIOS DE TESTIGOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	150
VI. CONCLUSIÓN.....	152

I. INTRODUCCIÓN

Para quienes se han formado como abogados en el sistema tradicional de justicia latinoamericano, la prueba testimonial en el arbitraje internacional puede ser todo un desafío, básicamente porque se tiene una herencia jurídica diferente donde al testigo se le hacen preguntas y repreguntas siguiendo ciertos formalismos, mientras que en el arbitraje internacional se ha desarrollado una serie de prácticas en torno a la prueba testimonial que son más afines a la tradición jurídica del *common law*.

En Latinoamérica es común encontrar que, en la jurisdicción ordinaria, al testigo se le hagan preguntas del tipo: ¿diga si sabe y le consta que A-B-C? o ¿diga si es cierto que usted A-B-C? Mientras que en el arbitraje internacional es completamente diferente, ya que la prueba testimonial normalmente puede tener dos fases: La primera fase es escrita, donde se presenta la declaración testimonial en un documento donde el testigo expone o narra su historia, y potencialmente puede haber una segunda fase oral donde se interroga y contrainterroga al testigo.

A efectos de este artículo nos centraremos en las declaraciones testimoniales escritas e interrogatorios que se dan en el arbitraje internacional. Presentar declaraciones testimoniales es común en la práctica de este tipo de arbitraje, y el interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos es una de las partes más interesantes y trascendentales de las audiencias. En los procedimientos de arbitraje internacional es perfectamente permitido que los abogados interactúen con los testigos desde su selección, redacción de sus declaraciones testimoniales escritas hasta prepararlos para el interrogatorio y contrainterrogatorio al que

pueden ser sometidos en las audiencias. Estas son etapas donde los abogados y testigos interactúan en aras de exponer de la mejor manera posible unos hechos determinados.

II. CONDICIONES GENERALES

Cuando estamos ante un conflicto sometido a arbitraje internacional, las partes buscan solucionar su controversia en base a los hechos y el derecho, proporcionando medios probatorios con el objeto de que el tribunal arbitral pueda dar solución al conflicto planteado.

La finalidad de los medios probatorios es constatar y confirmar los hechos que son invocados por las partes como sustento de sus respectivas posiciones frente al caso¹. Los medios probatorios generalmente usados en arbitraje internacional son la prueba documental la cual es considerada la prueba fundamental, y luego vienen a complementar la prueba testimonial y las pericias técnicas. Básicamente a través de los documentos y los testimonios de los testigos se configuran y establecen los hechos del caso, estas dos pruebas se complementan, ya que los testigos son “testigos de hecho”. A través de las declaraciones testimoniales se busca dar mayor explicación y contexto a lo ofrecido y mencionado por los documentos, ya que siempre hay detalles en los hechos que no son posible identificarlos sólo mediante la lectura de los documentos, es allí cuando la prueba testimonial es determinante.

Las declaraciones testimoniales suelen ser un mecanismo de convicción y persuasión muy importante durante el proceso arbitral, ya que leer y escuchar a viva voz los testimonios de las personas que presenciaron y estuvieron involucradas en los hechos relevantes del caso puede ser decisivo para un mayor entendimiento del conflicto. El trabajo que se haga en la audiencia es sin duda de vital importancia, y un buen o mal interrogatorio y contrainterrogatorio

¹ NÚÑEZ, Melissa, “¿Cómo debo interrogar a mi testigo y/o al de mi contraparte? Selección y preparación de los testigos”, Conferencia Semana Arbitral IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 20/10/2021, disponible en: <https://youtu.be/QpGhJsk0-iQ>

puede significar ganar o perder un caso². Los documentos dan certeza, pero la prueba testimonial persuade y genera convicción.

La prueba testimonial puede ayudar a tener un panorama más profundo y amplio del caso, ya que a través del interrogatorio y contrainterrogatorio se puede excavar en los hechos para entender por qué ciertas decisiones fueron tomadas y por qué un determinado curso de acciones ocurrió. En términos generales la prueba testimonial en el arbitraje internacional se utiliza para robustecer las evidencias documentales consignadas, así como las alegaciones de las partes; llenar vacíos en los hechos, cuando otras pruebas sean ambiguas, insuficientes y escasas, y contradecir y rebatir pruebas presentadas por la contraparte³.

En el arbitraje internacional la prueba testimonial va a cumplir la función específica de aportar y complementar los hechos, narrando la historia que no es contada en los documentos, exponiendo esos detalles que no están en blanco y negro, y explicando de acuerdo con su conocimiento lo que ocurrió. Por otro lado, el testigo también cumple una función defensiva dentro del procedimiento arbitral, ya que, de existir pruebas adversas presentadas por la contraparte, el testigo puede contradecirlas y lograr neutralizar el efecto desfavorable que pueda tener esa prueba concreta⁴.

² KAJ, Hober, “*Cross-examination in international arbitration*”, Chapter 3, Stockholm, 2019, cit. por MONTIEL, Iacomo – DELGADO, Dominick - AYERDI, Juan A. – IANNACONE, Alessandra, “*Sobre el interrogatorio de testigos y expertos en Arbitraje Internacional: Regulación y aplicación práctica en jurisdicciones de América Latina*”, ARBANZA, 2022, disponible en: <https://arbanza.com/?p=27503>

³ VYSUDILOVA, Zuzana, “*Declaración de testigos en arbitraje internacional*”, Información de arbitraje internacional de Aceris Law LLC, 17/01/2021, disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/witness-statements-in-international-arbitration/>.

⁴ WITT, Alexander, “*Claves para la preparación de declaraciones testimoniales*”, Conferencia III Congreso Internacional de Destrezas Legales en el Arbitraje Internacional IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 02/09/2021, disponible en: <https://youtu.be/u2V67gVOKb0>

III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Cuando un abogado está frente a un caso de arbitraje internacional, y se plantea la posibilidad de promover la prueba testimonial es importante que dicho abogado tenga siempre presente dos pilares o elementos fundamentales dentro del proceso, primero el tribunal arbitral, y segundo el testigo. El abogado debería hacerse preguntas en relación con el tribunal arbitral y al testigo, como por ejemplo ¿Cómo afectará esta declaración al testigo?, ¿Cómo interpretará el tribunal este testimonio?⁵, etc., y a partir de allí tomar decisiones.

Cuando se dice que el tribunal es un pilar fundamental para no perder de vista, sobre todo cuando el abogado está en la fase de selección del testigo e incluso en la preparación de declaraciones testimoniales, es porque el tribunal normalmente quiere tener testigos que puedan hacer un aporte al caso y no recitar los hechos que ya están previamente documentados. Y cuando se dice que el testigo *per se* es un pilar fundamental, se hace referencia a la necesidad de tener la mayor empatía con el testigo que quiera colaborar con el caso, teniendo en cuenta que son personas que probablemente no están acostumbradas a hablar con abogados y mucho menos con árbitros. El proceso de ser testigos en un arbitraje internacional puede ser un proceso muy intimidante y retador.

Otro aspecto fundamental, que el abogado que plantea promover un testigo en un arbitraje internacional debe tomar en cuenta, es actuar con celeridad y rapidez en la identificación y selección de potenciales testigos⁶, este primer paso se da a través de la recopilación y análisis de los documentos, ya que es mediante estos que el abogado determinará quienes fueron las personas que, por ejemplo, tomaron las decisiones relevantes para los hechos que constituyen el caso, quienes trabajaban en ese momento alrededor de una determinada acción que se tomó, entre otros escenarios.

De este primer momento que constituye la selección de posibles testigos surge la interrogante de quiénes exactamente pueden ser testigos. Los testigos pueden ser cualquier persona que tuvo algún tipo de contacto relevante con los hechos, que estuvo involucrado en algún grado con la historia del caso, incluidos los

⁵WITT, Alexander, “*Claves para la preparación...*”.

⁶WITT, Alexander, “*Claves para la preparación...*”.

trabajadores, agentes, empleados, directivos o representantes de las partes⁷, entre otros. Sobre esto las Reglas IBA señalan en su artículo 4(2): "*Cualquier persona puede presentar evidencia como testigo, incluyendo una Parte o el oficial de una Parte, empleado u otro representante*".

El potencial testigo debe ser y percibirse honesto, creíble y plausible; por ello es importante evitar los testigos de "oídos", es decir, que no vivieron los hechos, sino que los escucharon de alguien más⁸. Se hace necesario promover testigos que tengan en su memoria (que recuerden) los hechos porque los experimentaron.

En la práctica existen metodologías que buscan organizar el proceso de selección de una persona específica para que testifique en un arbitraje internacional. Concretamente es recomendable hacer un *triage*⁹, es decir hacer una preselección y clasificación de los potenciales testigos en 3 categorías tomando en consideración el marco fáctico y el nivel de involucramiento de la persona preseleccionada, con los hechos. Veamos cuales son estas categorías:

1. Personajes Principales: Son aquellas personas que estuvieron directamente involucradas en los hechos, que, por ejemplo, redactaron o firmaron los documentos, o aparecen mencionadas en los mismos. Tuvieron una participación fundamental o primaria en los hechos.
2. Personajes Secundarios: Quizá aparecen mencionados en los documentos, pero no estuvieron directamente involucrados en el curso de una acción determinada, sino que más bien su participación fue accidental o suplementaria.
3. Otros personajes: En esta categoría se deben agrupar aquellas personas cuyo testimonio parecería redundante, debido a que la historia que ellos

⁷ VYSUDILOVA, Zuzana, "*Declaración de testigos...*".

⁸ NÚÑEZ, Melissa. *¿Cómo debo interrogar a mi testigo...?*

⁹ Un *triage* es un término de origen francés que se utiliza en la medicina para clasificar a los pacientes de conformidad con el nivel de urgencia en la atención que estos requieran. En el contexto de este trabajo el *triage* es sinónimo de clasificación.

pueden contar ya se encuentra suficientemente plasmada en la prueba documental¹⁰.

Se recomienda que el equipo de abogados que está trabajando el caso entreviste a estas tres categorías de potenciales testigos, en aras de depurar la lista y tomar decisiones. Este ejercicio de *triage* o clasificación de los posibles testigos es una metodología que puede ser muy útil sobre todo en casos complejos donde hay muchas personas involucradas. Sin embargo, hay que mencionar que esto no es una ciencia exacta, y la efectividad de esta clasificación va a depender de la pericia del equipo de abogados.

Por otro lado, es importante destacar que la selección de los testigos puede ser un gran desafío, ya que los abogados muchas veces tienen que analizar un gran volumen de documentos para extraer la relevancia de estos y consecuentemente determinar la importancia de ciertas personas que a través de su historia puedan robustecer el caso.

Otra metodología complementaria al *triage* que se recomienda implementar es la construcción de una línea del tiempo con todos los hechos que componen el caso. La línea del tiempo puede ser de gran utilidad para identificar cuándo sucedieron los hechos, cuáles son los hechos trascendentales y quiénes tuvieron participación en los mismos.

Dar testimonio es una tarea de persuasión y convicción, las personas idóneas para esta tarea no solo son quienes más saben de los hechos, sino que además deben poseer ciertas características; es decir, que se debe evaluar muy bien el perfil del sujeto, su personalidad, su solvencia, su honestidad y su capacidad para transmitir una información generando confianza y credibilidad¹¹.

El aspecto de la celeridad y la rapidez en la selección de los testigos se recomienda principalmente por el factor tiempo. En muchas ocasiones los casos que se buscan dirimir a través de un proceso de arbitraje internacional están constituidos por hechos que ocurrieron varios años atrás, lo que pone en riesgo la memoria testimonial. Para evitar esto, se recomienda que el equipo de abogados actúe lo antes posible para contactar y conversar con el testigo respecto a los hechos, además que es muy posible que el testigo ya no esté

¹⁰ WITT, Alexander, “Claves para la preparación...”.

¹¹ NÚÑEZ, Melissa. ¿Cómo debo interrogar a mi testigo...”?

involucrado con el entorno que originó el curso de acciones que forman la historia del caso¹².

A través del testimonio se busca reconstruir una historia, y esto se logra gracias a la memoria del testigo¹³. El tema de la memoria de los testigos versus el paso del tiempo es un asunto que ha ocupado trabajos y estudios enteros. Incluso la Cámara de Comercio Internacional (ICC) presentó un Informe de la Comisión de Arbitraje sobre la exactitud de la memoria de testigos de hechos en el arbitraje internacional¹⁴. En dicho informe se hacen algunas recomendaciones al respecto, como por ejemplo llevar a cabo la entrevista al testigo individualmente y en el tiempo más próximo a la ocurrencia del hecho para evitar contaminaciones o suposiciones en el recuerdo, entre otras.

A. Reuniones preliminares abogado – testigo

Una vez el testigo ya ha sido seleccionado, pasamos a la fase de reuniones preliminares¹⁵, entre el testigo (preseleccionado) y los abogados. Esta fase es bastante exigente para los abogados, porque se espera que estos ya posean un conocimiento suficiente del caso que permita poder reunirse con el testigo y poder conversar sobre el caso, incluso sobre temas técnicos y especializados (áreas del conocimiento que pueden ser desconocidas para los abogados).

La importancia de estas reuniones preliminares entre el posible testigo y el equipo de abogados radica en que esta es la oportunidad que tiene el abogado de evaluar la memoria del testigo, conocer hechos relevantes, medir la

¹² Por ejemplo, es posible que el testigo ya no trabaje para la empresa o para la institución gubernamental, o quizá esté viviendo en otro país, etc., en fin, hay muchas situaciones que pueden influir en que la persona seleccionada efectivamente sea testigo en el caso, por eso se hace hincapié en la celeridad y rapidez de los abogados en contactar al posible testigo, agendar reuniones con él, etc.

¹³ NÚÑEZ, Melissa. *¿Cómo debo interrogar a mi testigo...?* ”?

¹⁴ NEWMARK, Christopher, et al., “*The accuracy of fact witness memory in international arbitration*”, Commission on Arbitration and ADR, ICC Commission Report. 09/2020, pag.21, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-accuracy-fact-witness-memory-international-arbitration-english-version.pdf>

¹⁵ Es importante destacar que en la actualidad estas reuniones pueden ser virtuales (llamadas telefónicas, videoconferencias, etc.).

credibilidad, observar la capacidad de exponer los hechos de una manera coherente, entre otros elementos¹⁶; es decir, estas primeras reuniones son exploratorias y evaluativas, y el propósito es determinar si el testigo preseleccionado tiene valor para el caso concreto.

Con respecto al desarrollo de estas reuniones, es recomendable que el abogado deje que el testigo cuente su historia de manera ininterrumpida y posteriormente se le formulen preguntas que vayan de lo general a lo particular basadas en los documentos. Se debe tener empatía en todo momento con el testigo y de ninguna manera hacerlo sentir acorralado con las preguntas o ser muy agresivo en el interrogatorio que se le haga. En estas reuniones preliminares evaluativas las preguntas pueden ser abiertas y cerradas, en aras de lograr la mayor ilación en los hechos e incluso se le podrían mostrar documentos al testigo¹⁷. Luego de que a través de esas reuniones preliminares ya se tenga determinado quién puede ser un buen testigo para el caso, se recomienda evaluar cómo el testigo reacciona a preguntas incómodas que cuestionan decisiones o acciones tomadas.

B. Redacción de la declaración testimonial

La redacción de la declaración testimonial no es una ciencia exacta y habrá tantas técnicas como abogados que redacten dicha declaración. Sin embargo, existen buenas prácticas o metodologías que son usualmente aplicadas y que buscan estandarizar los elementos mínimos que debe tener una buena declaración testimonial. No hay requisitos obligatorios sobre el formato que debe seguir una declaración de testigo, aunque las Reglas IBA nos dan una orientación al respecto¹⁸.

¹⁶ Incluso se debe evaluar el tono de voz del testigo, si se entiende claramente lo que dice, el nivel de conocimiento y detalle de los hechos, etc. También es importante observar si el testigo está trayendo nuevos elementos a los hechos que puedan derivar en la solicitud de nuevos documentos.

¹⁷ Con respecto a la presentación de documentos al testigo hay que ser muy cuidadoso, ya que en este proceso no se busca reconstruir la memoria del testigo.

¹⁸ En su artículo 4(5) las Reglas IBA señalan lo siguiente: a. Una introducción o presentación del testimonio del testigo; b. Una declaración o descripción completa y detallada de los hechos; c. Una declaración sobre el idioma; d. Una declaración de la veracidad de la declaración testimonial y e. fecha, lugar y firma del testigo.

Se debe prestar suma atención al contenido de la declaración testimonial, especialmente a las primeras páginas. Lo que se coloque al inicio de la declaración es determinante para demostrar que el testigo es relevante para un curso de acciones concretas dentro de los hechos que conforman el caso, es decir, en las primeras páginas debe quedar clara la importancia del testigo a la luz de unos temas específicos. Otro punto para tener en cuenta dentro de las primeras páginas de la declaración testimonial es señalar si el testigo desconoce o no recuerda un tema, ya que al revelar dicho desconocimiento se busca mantener la credibilidad del testigo.

Como elementos mínimos básicos del contenido de una declaración testimonial se deben tener en cuenta los siguientes puntos:

1. Portada
2. Introducción: Contexto necesario para ubicar el testimonio dentro de los hechos (quién es el testigo, idioma del testigo, etc.)
3. Declaración de los hechos: Orden cronológico, hechos favorables, hechos desfavorables.
4. Imágenes gráficas.
5. Fecha y Firma.

Veamos un ejemplo de cómo en la práctica se redacta una declaración testimonial en un arbitraje internacional de inversiones. Normalmente las declaraciones testimoniales son documentos protegidos por el privilegio abogado-cliente, por lo que a efectos de este ejercicio académico-práctico recrearemos porciones de una declaración testimonial con los siguientes datos ficticios¹⁹:

Testigo: José Pérez (testigo de la parte demandada).

Demandante: ABC International (filial Educación Virtual C.A.).

¹⁹ Todos los datos del ejemplo de la declaración testimonial son ficticios (nombres, años, lugares, instituciones, etc). El ejemplo busca recrear los elementos básicos de una declaración testimonial en aras de ilustrar cómo se hace la redacción en la práctica.

Demandada: República Bolivariana de Venezuela.

Usualmente una declaración testimonial en la práctica posee una portada donde se señala el centro arbitral en el que se está llevando el caso (o si es un arbitraje Ad-Hoc), número del caso, los nombres de las partes (Demandante *versus* Demandada: ABC Internacional vs República Bolivariana de Venezuela), título (Declaración Testimonial de José Pérez) y la fecha de la declaración.

Seguidamente, la declaración testimonial debe poseer una introducción donde se haga una breve presentación del testigo y de los hechos específicos en los que se basa el testimonio con el objeto de poner en contexto al tribunal arbitral. Se debe dar una explicación sucinta de quién es el testigo, su conexión con la demanda, su formación, el idioma de la declaración, y la puntualización de los temas concretos sobre los cuales dicho testigo dará testimonio. La declaración debe estar estructurada en orden cronológico en aras de presentar los hechos siguiendo la secuencia en la que ocurrieron, y se estila que los párrafos están numerados para facilitar su ubicación. En la práctica de arbitraje internacional una declaración testimonial se vería de la siguiente forma:

I. Introducción

1. Yo, José Pérez, con domicilio en la ciudad de Maracaibo, Estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela, (la “República”), presto esta declaración testimonial en el arbitraje de la referencia. Confirmó que la presente declaración testimonial es cierta hasta donde tengo conocimiento y de acuerdo con mi recuerdo de los hechos aquí indicados.

2. El español es mi lengua materna. Si bien entiendo que la República proporcionará al Tribunal Arbitral una traducción al inglés de esta declaración testimonial, quisiera subrayar que la versión original de esta declaración es en español. En el caso que se me solicite asistir a la audiencia en este arbitraje necesitaré ser asistido por un intérprete español/inglés.

3. Recibí en 2000 el título de Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Posteriormente me desempeñé como abogado litigante en la firma López & Asociados del 2000 al 2002, y luego fui nombrado Consultor jurídico en el Ministerio de Educación Superior, del 2003 al 2004. Fui nombrado viceministro de Desarrollo y Educación

Universitaria en el 2005. Posteriormente fui designado presidente del Instituto Nacional de Educación Universitaria (“INEU”) el 20 de febrero de 2006, cargo que continué ocupando paralelamente cuando fui designado como ministro de Educación (“ME” o el “Ministerio”) en mayo de 2008. En mayo de 2012 me desvinculé de los cargos que ocupaba por instrucciones del presidente de la República.

4. He sido contactado por los abogados de la República quienes me han pedido dar testimonio sobre los siguientes asuntos:

A. Las negociaciones entre el ME y Educación Virtual C.A. (“Educación Virtual”), filial venezolana de la compañía española ABC International (“ABC”), para la instalación de los softwares (001, 002 y 003) de tecnología educativa en 10 Universidades Nacionales de la República; y

B. Las ofertas realizadas por la República a Educación Virtual por el diseño y construcción de 2 Centros Educativos Tecnológicos en la ciudad de Caracas, en virtud de la Ley de Educación Virtual.

II. LAS NEGOCIACIONES ENTRE ME Y EDUCACIÓN VIRTUAL PARA LA INSTALACIÓN DE LOS SOFTWARES 001, 002 Y 003 EN 10 UNIVERSIDADES NACIONALES DE LA REPÚBLICA (Redactar los hechos en orden cronológico).

III. LAS OFERTAS DE LA REPÚBLICA PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE DOS CENTROS EDUCATIVOS TECNOLÓGICOS. (Redactar los hechos en orden cronológico).

Caracas, Venezuela, 10 de enero de 2014

(Firma del testigo)

El ejemplo *ut supra* es una muestra de cómo luce en la práctica una declaración testimonial²⁰. Normalmente los abogados son quienes redactan la declaración y esto es así para mantener la forma y el estilo solemne de la misma, pero siempre

²⁰ En la práctica, una declaración testimonial puede tener unas 10 páginas aproximadamente.

utilizando las palabras del testigo²¹. Una vez la declaración testimonial ha sido redactada por los abogados, esta se envía al testigo para su revisión. Si el testigo indica que algo de la declaración debe ser cambiado o removido de la misma, porque no se ha redactado de la manera que el testigo considera que sucedieron los hechos, o porque el testigo no está seguro de esa acción concreta, o no se siente seguro dando testimonio sobre un punto específico de los hechos, los abogados deben prestarle atención, ya que no es sano para el proceso arbitral forzar al testigo a que diga algo con lo que no se sienta cómodo, porque potencialmente ese testigo puede ser interrogado y conainterrogado en la audiencia y es vital que él o ella pueda argumentar sobre todos los puntos de su declaración.

IV. INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO DE TESTIGOS. PREPARACIÓN DEL CONTRAINTERROGATORIO

Se interroga al propio testigo y se conainterroga al testigo de la contraparte. No todo testigo que presenta su declaración testimonial escrita en un arbitraje internacional tiene que ser llamado para ser conainterrogado. La regla general es que no hay conainterrogatorio a menos que una parte solicite conainterrogar al testigo del oponente. Sin embargo, el hecho de que un testigo no sea llamado para ser conainterrogado no quiere decir que la contraparte acepte la declaración.

Cuando un testigo es llamado para ser conainterrogado, a su vez este será interrogado previamente por el abogado de la parte que lo promovió. Esto es lo que se llama interrogatorio directo. El interrogatorio directo es el que se hace al testigo propio. Es aconsejable que el testigo sea entrenado para afrontar tanto el interrogatorio directo como el interrogatorio cruzado o conainterrogatorio,

²¹ En el documento Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 25 de mayo de 2013 por resolución del Consejo de la IBA International Bar Association, específicamente en las directrices 20 y 21 se trata el tema de la preparación de las declaraciones testimoniales y periciales por parte de los abogados. La Directriz 20 señala que el abogado de la Parte puede coadyuvar en la preparación o redacción de la declaración testimonial, pero asegurándose que la misma refleje la versión propia del testigo de las circunstancias, hechos, acciones y eventos relevantes.

esto en aras de que se familiarice con la estructura de la audiencia y se sienta cómodo al responder²².

En el interrogatorio directo se recomienda hacer preguntas sobre el propio testigo, su vida, su formación, su experticia, su relación con el caso, entre otras. Otra recomendación durante este primer interrogatorio es, siempre informarle al testigo sobre qué tema se le va a preguntar y formularle preguntas abiertas que permitan que este pueda explayarse y dar una breve explicación sobre lo que se le está preguntando²³. Lo que se busca con este interrogatorio directo es hacer que el testigo se luzca y profundice ciertos temas, en aras de generar la mayor credibilidad y confianza posible en el testimonio. Es importante que tanto el interrogatorio directo como el contrainterrogatorio se subsuman a preguntas relacionadas con la declaración testimonial escrita previamente consignada, para no vulnerar el derecho a la defensa de la contraparte²⁴.

El tipo de preguntas que se recomienda hacer durante el interrogatorio directo son preguntas cortas, sencillas y de fácil entendimiento tanto para el testigo como para el tribunal; es decir, preguntas que no necesitan ser explicadas para su comprensión, tales como: Explique usted..., ¿Cómo funciona tal situación?, ¿Qué vio usted el día...?, etc.

Al mismo tiempo, es recomendable no hacer preguntas especulativas del tipo: ¿Cree usted que la pandemia se acabará en el próximo mes?, esto es una pregunta que no tiene base cierta, cuya respuesta estaría fundamentada en la creencia del testigo²⁵. Otro tipo de preguntas a evitar son las preguntas de orden legal, a menos que el testigo sea un abogado, y aun así hay que tener mucho cuidado con preguntas del tipo: ¿Considera usted que la empresa incumplió el contrato?, esta es una pregunta que amerita una respuesta que contenga un análisis jurídico que muy probablemente el testigo factico no está preparado para dar; sin embargo, se puede llegar al mismo resultado, que sería dejar en

²² REGGIARDO, Mario, “¿Cómo debo interrogar a mi testigo y/o al de mi contraparte? Interrogatorio Directo”, Conferencia Semana Arbitral IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 20/10/2021, disponible en: <https://youtu.be/QpGhJsk0-iQ>

²³ REGGIARDO, Mario, “¿Cómo debo interrogar...?”.

²⁴REGGIARDO, Mario, “¿Cómo debo interrogar...?”.

²⁵ Hay que evitar este tipo de preguntas especulativas, porque pueden ser objetadas por la contraparte.

evidencia la obligación no cumplida, preguntando: ¿la empresa ABC entregó los planos el día XX²⁶?

Con el objetivo de mostrar cómo ocurren en la práctica los interrogatorios directos y cruzados o contrainterrogatorios se mostrará y analizará el diálogo del interrogatorio directo y contrainterrogatorio que se muestra en el capítulo 4to de la serie de televisión alemana El Código de la Discordia (*The Billion Dollar Code*)²⁷, a pesar que esta serie muestra un proceso en corte judicial, a los efectos académicos de observar cómo los abogados hacen el interrogatorio directo y cruzado resulta muy ejemplificante para tener una idea de lo que ocurre en una audiencia²⁸.

Veamos el interrogatorio directo que se da entre el abogado interrogador y el testigo propuesto por dicho abogado, en la mencionada serie:

Interrogador: Sr. Boyd, ¿Cuánto dinero gana Google con Google Earth²⁹?

Testigo: Como Google es gratis, Google Earth no hace dinero directamente con eso.

Interrogador: ¿Es Google Earth un producto gratuito?

Testigo: Si.

²⁶ REGGIARDO, Mario, “¿Cómo debo interrogar...?”.

²⁷ El Código de la Discordia (*The Billion Dollar Code*) es una serie de televisión alemana alojada en Netflix desde octubre del 2021. La historia se basa en la lucha en corte de *Terravision vs Google Earth* por unas patentes registradas por *Terravision* 10 años antes de que *Google Earth* apareciera, y que cumplen con la misma función. Aunque la película muestra un proceso en una corte judicial, a los efectos del interrogatorio directo y contrainterrogatorio nos sirve para ejemplificar qué es lo que ocurre en la práctica en un arbitraje internacional.

²⁸ Hay que tener en cuenta que hoy en día muchas audiencias se celebran de manera virtual.

²⁹ Este es el tipo de pregunta que el abogado hace en aras de acentuar un hecho o característica de su cliente. Son preguntas cuya respuesta pueden parecer obvias para todas las partes involucradas, pero su finalidad es dejar sentado un cierto hecho que se considera importante.

Interrogador: ¿Siempre ha sido Google Earth gratis³⁰?

Testigo: Si.

Interrogador: ¿Incluye Google alguna publicidad en los productos de Google Earth?

Testigo: No.

Interrogador: ¿Por qué no?

Testigo: Simplemente porque la gente no va a Google Earth a comprar un televisor. Uno entra allí para mirar el mundo. Nadie hace clic en anuncios ahí, porque no son relevantes. Esos son principalmente los 2 motivos por los que Google nunca hizo dinero con Google Earth: No hay publicidad y es gratis³¹.

Interrogador: ¿Qué decisión tomó Google con respecto al hecho de que no ganara dinero con Google Earth³²?

Testigo: Decidieron moverlo a un grupo llamado Geo for Good, una rama filantrópica de Google, que hace cosas muy buenas y Google Earth cumple al tener un impacto positivo en el mundo. Ahora es parte de esa organización³³.

Interrogador: Gracias Sr, Boyd. Cedo al testigo su Señoría.

Este ejemplo de interrogatorio directo muestra un abogado que empieza haciendo preguntas cerradas, obvias y redundantes en aras de dejar claro en la memoria del tribunal y en la transcripción la gratuidad de *Google* luego pasa a hacer preguntas abiertas que permiten al testigo explayarse en su explicación y aportar datos interesantes que nutren la historia del caso. Es un interrogatorio

³⁰ Se observa como el interrogador desgrana en 3 preguntas el asunto de la gratuidad de *Google*. No hace una ráfaga de preguntas o un combo sobre lo mismo, sino que mantiene el ritmo de pregunta - respuesta.

³¹ Este es el tipo de respuesta en la que el testigo se luce profundizando en su explicación sobre el tema.

³² Una pregunta abierta que da pie a que el testigo de una respuesta ampliada.

³³ Respuesta que incluye una explicación.

directo positivo, adecuado y bien aprovechado donde el testigo narra una versión de los hechos favorables a la parte que lo está interrogando.

Una vez que el interrogatorio directo fue realizado, se prosigue con el conainterrogatorio que es el conjunto de preguntas que hará el abogado al testigo promovido por la contraparte. Este segundo interrogatorio se usa como correctivo al interrogatorio directo³⁴, y también se usa para hacerle ver al tribunal que esa historia no es confiable.

El conainterrogatorio lo podemos ver en 2 momentos. Un primer momento es el análisis y determinación de si se va a llevar a cabo o no el conainterrogatorio; y un segundo momento es la preparación del conainterrogatorio propiamente dicho.

En el primer momento es importante que los abogados determinen la necesidad de llevar a cabo el conainterrogatorio de un testigo analizando a profundidad si al conainterrogarlo pueden rebatir la base fáctica o legal de la contraparte, si a través del conainterrogatorio se le pueden presentar argumentos al tribunal, si puede ser una oportunidad para centrar la atención del tribunal en documentos favorables al caso, o si el conainterrogatorio puede servir para minar la credibilidad y confiabilidad del testigo que ha dado testimonio perjudicial³⁵.

Con el objeto de tomar la decisión de si se va a ejecutar un conainterrogatorio, se debe tener muy claro que se busca con el mismo, a donde se quiere llegar y que probabilidades hay de que se alcance el objetivo planteado. Es decir, uno se puede plantear que a través del interrogatorio cruzado se va a refutar o cuestionar la fiabilidad del testigo, porque existe un conflicto de intereses o una falta de objetividad en la declaración; o uno se puede plantear atacar la fiabilidad y valor probatorio del testimonio *per se*, porque hubo errores de percepción o

³⁴ HEREDIA, Jaime, “¿Cómo debo interrogar a mi testigo y/o al de mi contraparte?”, Conferencia Semana Arbitral IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 20/10/2021, disponible en: <https://youtu.be/QpGhJsk0-iQ>

³⁵ NISTAL, Álvaro, “Claves para el conainterrogatorio de testigos”, Conferencia III Congreso Internacional de Destrezas Legales en el Arbitraje Internacional IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 02/09/2021 disponible en: <https://youtu.be/u2V67gVOkb0>

de interpretación en el relato del testigo³⁶. Para ello, es importante que el abogado estudie la declaración testimonial a profundidad y determine cuál es el hecho que pretende acreditar la contraparte con ese testimonio, mediante³⁷:

1. El estudio de los temas sobre los que se pronunció dicho testigo en su declaración.
2. Identificar el grado de conocimiento que tiene sobre los hechos.
3. Precisar qué temas el testigo si conocía mas no testificó sobre ellos, es decir, no dijo nada en su declaración³⁸.
4. Ver cuál es la teoría de la contraparte que el testigo apoya.
5. Establecer cuál es la correlación entre los hechos de la declaración testimonial y las reclamaciones de la contraparte (lo cual puede tener mucha relevancia para la solución del caso).
6. Distinguir cuales son los hechos que se pueden demostrar a través del testigo.
7. Reconocer cuales son las afirmaciones del testigo que se pueden rebatir³⁹.
8. Definir las áreas de riesgo que conlleva el contrainterrogatorio⁴⁰.

³⁶ZVALETA, Roger, “¿Cómo debo interrogar a mi testigo y/o al de mi contraparte? ¿Cómo lograr un buen Contrainterrogatorio?”, Conferencia Semana Arbitral IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 20/10/2021, disponible en: <https://youtu.be/QpGhJsk0-iQ>

³⁷ZVALETA, Roger, “¿Cómo debo interrogar...?”.

³⁸ En otras palabras, la omisión de hechos cruciales, que puedan afectar la objetividad del testigo.

³⁹ Tener el argumento para rebatir tales afirmaciones ya preestablecido, ya sea a través de documentos o mediante una línea discursiva que demuestre la irrelevancia de la afirmación, mostrando que no es necesario contradecirla porque es superflua para el caso o refutando dicha declaración en aras de desacreditar al testigo.

⁴⁰ En algunos casos llevar a cabo un contrainterrogatorio puede ser potencialmente contraproducente para el caso.

9. Evaluar la credibilidad del testigo, analizando si tuvo conocimiento de primera mano de los hechos⁴¹.
10. Identificar las contradicciones dentro de la propia declaración testimonial⁴².
11. Observar si hubo declaraciones que van más allá del área de conocimiento que tiene o pudo haber tenido ese testigo en relación con los hechos.
12. Analizar si el testigo puede tener algún interés personal en la disputa.
13. Determinar qué afirmaciones de la declaración del testigo son contrarias a algún documento del expediente, o no tienen fundamento.
14. Investigar a testigo, a través de búsquedas *online*⁴³ o mediante información sobre el testigo que pueda proveer el cliente, los testigos propios o los abogados locales.

Cuando ya se ha determinado que sí se va a contrainterrogar al testigo de la contraparte, comienza la preparación del contrainterrogatorio propiamente dicho. Este segundo momento tiene sus propios desafíos ya que se trata de preparar la hoja de ruta a través de la cual el abogado debe dirigir el contrainterrogatorio. Si la declaración testimonial son los hechos contados por el testigo, el contrainterrogatorio son los hechos contados por el abogado de la contraparte (o por los menos eso es lo que se pretende). No existe una metodología única para preparar el contrainterrogatorio, sin embargo, existen buenas prácticas al respecto.

⁴¹ Es importante determinar qué papel jugó el testigo en relación con el documento sobre el cual testifica. ¿Es el emisor, autor o destinatario?

⁴² Estas contradicciones pueden ser dentro de la propia declaración testimonial (afirmaciones insostenibles que se anulan entre sí) o con las declaraciones de otro testigo.

⁴³ Normalmente en fuentes abiertas como Google. Sin embargo, se puede llevar a cabo una investigación sobre el testigo a través de medios más sofisticados como empresas especializadas en proveer información que no es del dominio público.

Lo ideal es dividir la preparación del contrainterrogatorio mínimamente en los siguientes pasos⁴⁴:

1. Hacer una lista de todos los documentos mencionados o vinculados a la declaración testimonial escrita, del testigo que se pretende contrainterrogar.
2. Determinar los objetivos del contrainterrogatorio.
3. Escribir las preguntas.
4. Establecer posibles respuestas (positivas y negativas) para cada pregunta.
5. Preparar la carpeta del contrainterrogatorio para la audiencia.

Veamos cada paso. Lo primero es realizar una lista de todos los documentos vinculados directa o indirectamente con la declaración del testigo que se va a contrainterrogar, esto se hace con el objetivo de dominar todas las pruebas documentales relacionadas al contrainterrogatorio. Esta lista debe contener los documentos mencionados por el testigo, preparados o firmados por el propio testigo y los documentos que, aunque no estén mencionados en la declaración testimonial se supone que el testigo debería conocer de acuerdo con su rol en el caso⁴⁵.

Seguidamente se deben establecer los objetivos generales que se quieren alcanzar al llevar a cabo el contrainterrogatorio. Esos objetivos generales se deben subdividir en objetivos específicos (o secciones) que van a permitir el logro de ese objetivo general. Para ello es importante soportar o apoyar cada objetivo general y específico o sección con una prueba documental que valide y/o contradiga dicho objetivo⁴⁶.

⁴⁴NISTAL, Álvaro, “*Claves para el...*”.

⁴⁵ NISTAL, Álvaro, “*Claves para el...*”.

⁴⁶ Se deben tener listados los documentos que apoyan el objetivo, pero también aquellos documentos que podrían invalidarlo, e incluso los documentos que podrían bloquear rutas argumentativas que el testigo puede tomar durante el contrainterrogatorio y que pueden resultar desfavorables. La idea es tener todos los escenarios posibles (positivos y negativos) ya planteados previamente.

Posteriormente se deben escribir las preguntas del contrainterrogatorio. La idea es reescribir o transformar cada objetivo o secciones en una serie de preguntas concretas, directas, específicas, sencillas, cortas y cerradas⁴⁷. Lo que se busca es diseñar preguntas que permitan alcanzar el objetivo previamente planteado y que permitan mantener el control y ritmo⁴⁸ del contrainterrogatorio en todo momento.

Un contrainterrogatorio de arbitraje internacional debe responder a un plan o a una hoja de ruta preestablecida, por lo cual no debería haber mucho espacio para preguntas espontáneas. Cada pregunta debe estar respaldada con una prueba documental por lo que el abogado antes de hacer la pregunta en teoría ya conoce la respuesta. En otras palabras, si durante el contrainterrogatorio, el abogado formula una pregunta cerrada cuya respuesta esperada es un SI, pero el testigo responde un NO, el abogado debe tener a la mano el documento que avala la respuesta positiva.

Las preguntas deben elaborarse manteniendo el factor sorpresa, hay que evitar ser predecible con las preguntas y con el orden de formulación de estas. Es recomendable intercalar preguntas de diferentes secciones o de diferentes objetivos y no llegar a la pregunta final de una manera lineal⁴⁹.

Como ya se mencionó, el contrainterrogatorio responde a un plan, y como todo buen plan hay que prever no solo los escenarios favorables (que el testigo responda lo que se espera) sino también escenarios desfavorables (que el testigo de una respuesta totalmente contraria al objetivo y sorprenda al abogado). Para evitar que un escenario desfavorable haga que el abogado pierda el control y ritmo sobre el contrainterrogatorio, lo que se recomienda es que por cada pregunta se deben plantear 2 escenarios mínimos de respuestas, positivas y negativas. En cuanto al escenario negativo o desfavorable el abogado debe tener un plan A y un plan B. Veamos en qué consiste cada uno.

1. El plan A es tener algún documento para comparar, rebatir o neutralizar la respuesta no deseada.

⁴⁷ Preguntas cuya respuesta sea, en lo posible, Sí o No (o tal vez).

⁴⁸ ZAVALETA, Roger, “¿Cómo debo interrogar...?”.

⁴⁹ NISTAL, Álvaro, “Claves para el...”.

2. El plan B es que en ausencia de documento clave capaz de rebatir o contradecir la respuesta no deseada, el abogado puede destacar la respuesta “ilógica” del testigo, sentar las bases para que la argumentación de la conclusión se infiera de otras afirmaciones del testigo o simplemente no hacer más preguntas sobre ese punto desfavorable y continuar con el contrainterrogatorio⁵⁰.

Ahora bien, cuál es el formato que debe tener esta hoja de ruta para el contrainterrogatorio. Al haber tantas metodologías como abogados que hacen contrainterrogatorio en arbitraje internacional, no existe una forma única de elaborar todo este plan. Sin embargo, se recomienda que el mismo cuente con preguntas esenciales (que son aquellas preguntas primarias que se formularán si o si durante el contrainterrogatorio) y preguntas supletorias (o alternativas que se formularán en caso de que con las preguntas esenciales no se logre el objetivo). En la práctica, la hoja de ruta del contrainterrogatorio puede tener forma de matriz o tabla que facilite el orden de toda la información contenida y que sea de fácil manejo para el abogado. Todos los documentos que estén listados en la matriz deben estar incluidos en una carpeta de la cual se elaborarán varios ejemplares en aras de entregar un ejemplar al testigo, al tribunal, al abogado de la contraparte, a otros abogados del equipo, etc. Es importante que dicha carpeta contenga todos los documentos listados.

La preparación es clave a la hora de llevar a cabo un contrainterrogatorio exitoso. Ahora bien, una vez se tiene ya preparado el contrainterrogatorio, cómo se realiza este exactamente. Pues, existen reglas generales para el contrainterrogatorio en sí, algunas de estas reglas que el abogado debe seguir son⁵¹:

1. Procurar hacer preguntas cerradas, cuya respuesta sea sí o no.
2. Usar un lenguaje sencillo, entendible y evitar una jerga legal que imposibilite que el testigo comprenda la pregunta.

⁵⁰NISTAL, Álvaro, “*Claves para el...*”.

⁵¹ NISTAL, Álvaro, “*Claves para el...*”.

3. Hacer preguntas cortas, simples y directas que no ameritan una explicación extra para poder ser entendidas⁵².
4. No hacer preguntas de las cuales no conozca las respuestas, para evitar sorpresas que puedan hacer perder el control y ritmo del contrainterrogatorio.
5. Formular una sola pregunta por cada oportunidad⁵³.
6. Ser paciente y formular las preguntas de lo general a lo particular (embudo⁵⁴). El contrainterrogatorio debe ir llevando al testigo a la pregunta principal (a través de la cual se logra el objetivo), de manera paulatina con múltiples preguntas previas e inocuas que abonan el terreno hasta llegar a la pregunta principal que constituye en sí el meollo de esa serie de preguntas.
7. Formular las preguntas haciendo énfasis en la declaración testimonial, especificando el número de párrafo en el cual se encuentra la afirmación del testigo, o la referencia del documento, etc⁵⁵.
8. Si se obtiene una respuesta desfavorable o una respuesta que abre otro tema no abordado, tratar de regresar o de encauzar el contrainterrogatorio al tema que se está tratando.
9. No hacer preguntas adicionales. Tratar de mantenerse, en la medida de las posibilidades, fiel al plan⁵⁶.

⁵² Tratar de hacer preguntas de máximo 2 líneas.

⁵³ No hacer múltiples preguntas en una misma oportunidad, sino mantener el ritmo de una pregunta - una respuesta. Si el hecho es muy complejo, dividirlo en hechos individuales.

⁵⁴ Formular las preguntas en embudo, es decir de lo general a lo concreto, formulando una serie de preguntas inofensivas, que van encajonando al testigo en “una calle de una sola vía sin retorno” hasta llegar a la pregunta o estocada final.

⁵⁵ Esto facilita la transcripción. Lo que esté en la transcripción es lo que posteriormente se va a poder invocar en las conclusiones.

⁵⁶ Si ya se obtuvo una respuesta favorable, quizá planteada de una manera que el abogado no esperaba, pero que sigue siendo favorable para el objetivo del

10. No ser excesivamente agresivo ni inquisitivo con el testigo. Evitar hacer demasiadas preguntas que estén dirigidas a desacreditar al testigo porque eso predispone al tribunal.
11. Evitar discutir o atacar al testigo⁵⁷.
12. Usar las herramientas tecnológicas y visuales que faciliten el contrainterrogatorio.
13. No hacer preguntas cuyas respuestas están claramente demostradas en la prueba documental.
14. Escuchar atentamente las respuestas del testigo.

Una vez finalizado el contrainterrogatorio, este será tan valioso como el rédito que se logre sacar del mismo⁵⁸. Para ello se deben usar las concesiones que se obtuvieron (maximizándolas mas no exagerándolas o tergiversándolas), en las conclusiones de cierre de audiencia, extrayendo la información de las transcripciones. Hay que comparar el contrainterrogatorio con la declaración testimonial del propio testigo e incluso con la de otros testigos para verificar si hubo discrepancias y contradicciones. También es importante revisar las traducciones de las transcripciones, porque puede haber variaciones que modifiquen lo que dijo el testigo.

Veamos un ejemplo práctico parcial de cómo se lleva a cabo un contrainterrogatorio según el capítulo 4 de la serie de televisión alemana *El Código de la Discordia*, caso *Terravision vs Google*.

...Contrainterrogador: ¿Existían los simuladores mucho antes de *Terravision*? ¿Mucho antes de que presentara su patente?

contrainterrogatorio, la regla es no repreguntar para obtener la respuesta perfecta o exactamente como se tenía prevista. Si la respuesta es favorable hay que parar, porque si se repregunta se abre la puerta para que el testigo pueda replantear su respuesta, matizarla, cambiarla etc. Hay que saber cuándo parar.

⁵⁷ Evitar caer en ataques personales contra el testigo. Esto puede ser altamente ineficiente.

⁵⁸ NISTAL, Álvaro, "*Claves para el...*".

CS: Si, eso creo.

Contrainterrogador: ¿Ustedes no inventaron el simulador de vuelo?

CS: No.

Contrainterrogador: Ahora, ¿Requiere la reclamación de la patente el uso de un *quadtree*?

CS: Si.

Contrainterrogador: ¿Ustedes no inventaron el *quadtree*, ¿verdad?

CS: No.

Contrainterrogador: ¿Se usaban los *quadtrees* mucho antes de que presentarán la patente?

CS: Si, claro.

...

Contrainterrogador: ¿No inventaron la idea del sistema de coordenadas?

CS: No.

Contrainterrogador: ¿Se usaban los sistemas de coordenadas hace cientos de años?

CS: Por supuesto.

...

Contrainterrogador: ¿Requiere la reclamación de la patente usar una computadora?

CS: Si.

Contrainterrogador: ¿Ustedes no inventaron una computadora especial verdad?

Cs: No, claro que no.

...

Contrainterrogador: ¿No se puede patentar algo que es de dominio público?

CS: No, claro que no.

....

Contrainterrogador: ¿Estaría de acuerdo con que la visualización de información geográfica es de dominio público? Y, ¿estaría de acuerdo con que los *quadtree* son de dominio público? Así, ¿Como los sistemas de coordenadas son de dominio público? Así, ¿Cómo convertir un sistema de coordenadas en otro, es de dominio público⁵⁹?

CS: (Silencio⁶⁰)

Contrainterrogador: Sr. Schlüter, ¿recuerda que hace 2 minutos estubo de acuerdo con que no se puede patentar algo que es de dominio público?

Contrainterrogador: Por favor, hable más claro, cerca del micrófono, para que los traductores escuchen⁶¹.

CS: ¿Me escucha mejor? ¿Ahora sí? antes no escuchaba bien⁶².

⁵⁹ El abogado formuló 4 preguntas en ráfaga o combo, lo cual es completamente desaconsejable ya que esto tiende a confundir al testigo y al tribunal.

⁶⁰ El testigo se mantuvo en silencio por la confusión que causan las preguntas en combo.

⁶¹ En este punto el control que el abogado traía sobre el contrainterrogatorio se vio disminuido.

⁶² Inteligentemente, el testigo aprovecha la coyuntura para romper el ritmo de preguntas cerradas que traía el interrogatorio, y arrebatarse el control que el abogado había ejercido durante todo el curso de las preguntas.

Contrainterrogador: Sr. Schlüter, ¿recuerda que estuvo de acuerdo con que no se puede patentar algo que es de dominio público⁶³?

CS: Claro que usábamos cosas que ya existían. Así funcionan todas las patentes, y Google, ¿inventó el algoritmo de búsqueda? ¿Inventó la búsqueda por internet? No, claro que no. Alguien tiene acceso a una tecnología y a esa tecnología hay que encontrarle un uso. De eso se trata esto. Y en este caso, nosotros inventamos ese uso particular. Eso fue lo que registramos en la patente⁶⁴.

Contrainterrogador: Sr. Schlüter mi pregunta era ligeramente diferente.

CS: Disculpe, puede repetirme la pregunta.

Contrainterrogador: Retiro la pregunta.

Es muy interesante ver cómo se desarrolló este contrainterrogatorio. Se observa un abogado experimentado, confiado y con buena técnica, que va formulando preguntas cortas, sencillas y directas cuyas respuestas de Si o No, ya las proporciona el mismo abogado en la pregunta, llevando al testigo de manera pacífica por el embudo. El testigo va siendo acorralado poco a poco por el abogado quien pregunta incluso cosas similares de distintas formas, en aras de obtener exactamente la respuesta deseada. Así se desarrolla una buena parte del interrogatorio, con un abogado en control total del mismo, con un ritmo sostenido de pregunta-respuesta sin encontrar mayor oposición por parte del testigo.

Ciertamente hay errores que pueden dañar el trabajo que viene desarrollándose, y esto es lo que se observa, cuando el abogado, que ya tiene al testigo encajonado en la parte más angosta del embudo, formula su pregunta o estocada final en combo; es decir, no formula la pregunta de manera clara, corta y

⁶³ Aquí se observa, como el abogado a través de su técnica y experiencia hace un esfuerzo en tratar de encauzar nuevamente al testigo y tomar el control del interrogatorio.

⁶⁴ Esta respuesta explayada denota, que el testigo rompió completamente con el control y ritmo que el abogado traía durante gran parte del interrogatorio, y aprovechó la coyuntura, para esquivar la respuesta y exponer su punto. Aquí se ve que el testigo fue preparado con herramientas defensivas para usar en caso de estar totalmente acorralado, como lo estuvo en casi todo el interrogatorio.

sencilla, sino que lanzó 4 preguntas en una misma oportunidad, lo que produjo la ruptura del ritmo pacífico que se venía desarrollando.

Esta formulación de preguntas en ráfaga es totalmente desaconsejable, porque da pie a que el testigo reaccione, no responda y gane tiempo para repensar su respuesta, etc., tal como ocurrió. Afortunadamente para el testigo, él había sido preparado y entrenado, sabía lo que le venía, y tenía herramientas para sortear situaciones complejas. El testigo pudo identificar que se encontraba acorralado y tuvo la perspicacia de aprovechar una pregunta confusa para profundizar y dar una respuesta explicativa sobre su posición.

De este caso podemos resaltar lo siguiente:

1. Como abogado, no te confíes de que llevas un buen porcentaje del conainterrogatorio a tu favor. Sigue las reglas hasta el final.
2. Como testigo, es muy importante la preparación y el entrenamiento con herramientas que puedan usarse durante el conainterrogatorio.

En este ejemplo ficticio, se ve como el testigo después de estar en la parte angosta del embudo de preguntas, pasó a estar arriba nuevamente, gracias a que pudo recordar lo aprendido durante su entrenamiento y ponerlo en práctica. Es por ello, que no se debe subestimar ni obviar la preparación del testigo.

Una vez el interrogatorio cruzado o conainterrogatorio ha culminado, se puede abrir, si las partes así lo han pactado el llamado interrogatorio redirecto. Este tipo de interrogatorio lo que busca es rehabilitar la imagen del testigo que ha sido afectada durante el conainterrogatorio. En el caso del interrogatorio redirecto, el mismo se lleva a cabo por el abogado de la parte promovente, el cual va a buscar aclarar puntos sensibles que han sido atacados en el conainterrogatorio anterior.

V. PROBLEMAS PRÁCTICOS O DESAFÍOS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN RELACIÓN CON LOS INTERROGATORIOS Y CONTRAINTERROGATORIOS DE TESTIGOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El primer problema o desafío es que hoy en día muchas audiencias de arbitraje internacional se llevan a cabo a través de medios virtuales, y esto puede ser un gran reto ya que cambia un poco las reglas de juego, dado que se necesitan ciertas habilidades para poder lograr un interrogatorio y contrainterrogatorio virtual exitoso. No es lo mismo exponer al testigo a un interrogatorio en una sala física de audiencias, con todas las partes involucradas escuchando cada respuesta, con la posibilidad de evaluar no solo las respuestas en sí, sino también el lenguaje corporal del testigo, sus reacciones, sus emociones, etc.; que hacer el interrogatorio a través de medios virtuales, con el testigo desde la comodidad de su casa u oficina, con la limitación de evaluar solamente sus respuesta y lenguaje facial.

En un contrainterrogatorio cara a cara, se tiene la posibilidad de ver cómo reacciona no solo el testigo, sino la parte contraria y el propio tribunal al contrainterrogatorio, lo cual es muy importante. Esto se pierde con la audiencia virtual, sin embargo, existen ventajas asociadas a este tipo de audiencias, como por ejemplo la posibilidad de poder contar con ciertos testigos que en otras circunstancias no hubiesen podido asistir a una audiencia en otro país, por ejemplo.

Otra desventaja de las audiencias virtuales en el momento de interrogar o contrainterrogar a un testigo es que se pierde la inmediatez en la comunicación del abogado principal o interrogador con el equipo de abogados de apoyo. En las audiencias físicas el abogado que esté ejecutando el interrogatorio tiene a su equipo allí apoyándolo y prestando la ayuda necesaria, mientras que en las audiencias virtuales esto se complica⁶⁵.

La prueba testimonial en el arbitraje internacional busca persuadir al tribunal a través de la generación de credibilidad, confianza y el conocimiento de los hechos. Este poder de persuasión deseado puede verse disminuido en audiencias virtuales, ya que la emocionalidad de estar frente a frente con las partes y los

⁶⁵ El abogado interrogador y su equipo pueden tener un chat separado para comunicarse durante la audiencia, como alternativa para mantener la comunicación fluida.

árbitros no es la misma que se siente al hablarle a una cámara (son emociones diferentes).

La tecnología ha avanzado mucho y las plataformas que se usan para llevar a cabo las audiencias son plataformas muy completas que permiten poder mostrar audios, gráficos, etc. Sin embargo, nadie escapa a problemas de conectividad que puedan afectar la eficiencia y la eficacia del interrogatorio virtual, ya que, al haber un fallo de red, se puede perder el ritmo del interrogatorio lo que impacta en la audiencia.

Las personas transmiten emociones no solo con sus palabras sino con su lenguaje corporal y tono de voz; y poder percibir esto a través de una pantalla puede ser todo un reto. La espontaneidad de la declaración oral también se puede ver afectada con la virtualidad de las audiencias⁶⁶.

Otro problema común vinculado al interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos en el arbitraje internacional es precisamente la preparación del testigo. La preparación del testigo suele tener mala fama; sin embargo, es una práctica común, permitida y necesaria dentro del arbitraje internacional. Mediante la preparación del testigo, los abogados trabajan ciertos aspectos de la personalidad del testigo que pueden ser potencialmente negativos ante los ojos del tribunal, como, por ejemplo: el nerviosismo, el uso de muletillas, la mirada esquiva, etc.

Ante esto surge la pregunta de qué es y qué no es la preparación del testigo. La preparación del testigo no es darle un guion, ni es decirle cómo va a responder. La preparación del testigo es darle un contexto de lo que sucede en la audiencia, es darle herramientas para que se familiarice con la dinámica del interrogatorio y del contrainterrogatorio para que no lo agarre desprevenido. Por ejemplo, se le pueden poner videos sobre interrogatorios y contrainterrogatorios para que vea como es el movimiento en las audiencias, se le pueden mostrar fotos y/o videos de ponencias de los árbitros para que los conozca y observe cómo se manejan en estos ámbitos. Se le insta a la necesidad de decir siempre la verdad, a señalar expresamente cuando desconoce algún tema y a contar lo que sabe de la manera que lo sabe. Se le entrena a no tener un discurso armado, porque eso

⁶⁶ MANRIQUE, Luis M., *¿Cómo debo interrogar a mi testigo y/o al de mi contraparte? Efectividad de las audiencias virtuales*, Conferencia Semana Arbitral IPA, Instituto Peruano de Arbitraje, 20/10/2021, disponible en: <https://youtu.be/QpGhJsk0-iQ>

lo nota el tribunal y desde el punto de vista estratégico es contraproducente⁶⁷; en fin, se le ayuda a contar su historia de la mejor manera posible, en aras de que todas las partes involucradas en la audiencia puedan entender y apreciar el valor del testimonio.

En la preparación del testigo se le entrena a detectar el ritmo del contrainterrogatorio y a tener herramientas para poder sortear de la mejor manera el acorralamiento del que puede llegar a ser objeto. La idea de que el testigo que va a ser interrogado y contrainterrogado pase un proceso de preparación es para poder darle las pautas de la dinámica de la audiencia, cómo dirigirse a los árbitros, como presentarse, como desenvolverse, practicar cierto tipo de preguntas, etc. En otras palabras, la finalidad de la preparación del testigo es que este se sienta lo más cómodo posible⁶⁸.

VI. CONCLUSIÓN

La prueba testimonial es de vital importancia en el arbitraje internacional. Cada vez son más los arbitrajes internacionales que promueven testigos y expertos que puedan ofrecer ese *plus* que no ofrecen otros medios probatorios. Aunque promover un testigo es una decisión compleja, puede ser determinante a la hora de inclinar la balanza a favor o en contra, en un determinado caso de arbitraje internacional. El hecho de que este tipo de medio probatorio este tan en boga, y se realicen trabajos enteros analizando todos los detalles que lo conforman y se hagan conferencias alrededor del mundo debatiendo y escudriñando la complejidad de lo que significa testificar, tanto en su fase escrita como en su fase oral, es sin duda prueba de que el sistema arbitral cree y valora la palabra.

Este trabajo mostró elementos teóricos sobre lo que significa la prueba testimonial, aportando ejemplos prácticos que recrean lo que ocurre con los testigos dentro del arbitraje internacional.

Para finalizar se puede afirmar que el éxito de la presentación de un testigo en un caso de arbitraje internacional será directamente proporcional a la preparación tanto del abogado y/o equipo de abogados como del propio testigo.

⁶⁷NÚÑEZ, Melissa. *¿Cómo debo interrogar a mi testigo...?*

⁶⁸REGGIARDO, Mario, “*¿Cómo debo interrogar...?*”.

Arbitraje de la construcción y un triángulo amoroso: donde el Arbitraje Comercial Internacional y el Arbitraje de Inversiones chocan (Parte II)

Pedro Lacasa González*

Resumen- Los contratos de construcción pueden ser muy complejos. Aparte de repartir los riesgos entre las partes, los contratos de construcción también pueden contemplar los mecanismos de financiación de la obra, la estructura societaria del constructor, la cesión del contrato y de las acciones del constructor, la posibilidad de subcontratación, etc. Las disputas que se podrían generar en el marco de un contrato de construcción pueden llegar a ser, en consecuencia, muy sofisticadas. Entonces, es natural que las partes de un contrato de construcción elijan al Arbitraje Internacional como el mecanismo de resolución de disputas contractuales. Pero justamente, allí subyacen problemas que al momento de celebrar el contrato no se ven: ¿Qué tipo de Arbitraje Internacional es realmente? ¿Un litigio de un contrato internacional de construcción (y de gran envergadura) pertenece más al Arbitraje Comercial

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción (2013). Máster en Derecho Internacional Privado en la *Université Panthéon- Assas* (Paris II, 2016). Máster en Derecho de la Empresa de la Universidad Católica de Asunción (2020). Escuela de verano de derecho comparado europeo de la Fundación de Derecho Continental (2016). Diploma internacional en Derecho de la Energía e Inversiones (CCI-Heidelberg, 2017). Pasantía en *Project Finance* y Estructuración de PPPs (Montevideo, CND, 2018). Especialización en Derivados Financieros (BVPASA, 2019). Diploma Internacional en *International Investment Arbitration* del *British Institute of International and Comparative Law* (2020).

Este artículo es una continuación de la Parte I del Artículo “*Arbitraje de la construcción y un triángulo amoroso: donde el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones chocan*”.

Internacional o dicha operación ya puede ser considerada como una “inversión” internacional y por lo tanto entrar en el campo del Arbitraje de Inversiones?

Sin duda la buena fe juega aquí un rol fundamental, pues se podría dar el caso de procesos paralelos que versen sobre el mismo objeto y con las mismas partes. ¿Esto podría ser un abuso del derecho? Y si sí, ¿podría o debería ser sancionado?

Abstract- Construction contracts might turn out to be very complex. Besides allocating the different risks between the parties, construction contracts may also contain provisions about the financial mechanism for the construction, the corporate structure of the Contractor, the Contract assignment, a stock (of the Contractor) assignment, sub-contracts, etc. Therefore, the disputes that may arise might be very sophisticated. Hence, is natural that the contractual parties choose International Arbitration as the dispute resolution mechanism for the Contract. Nevertheless, is precisely there where some issues underlying the celebration of the Contract: What type of International Arbitration actually is? A dispute in an international construction contract pertains more to an Investment Arbitration or an International Commercial Arbitration?

Without doubt, good faith plays a key role here, due the chance of parallel proceedings on the same subject and involving the same parties. If that happens, it is an ‘*abus de droit*’? If so, it should be sanctioned?

I. LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UNA MIRADA HOLÍSTICA..... 154

A. LA CONSTRUCCION Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	156
B. LA CONSTRUCCION Y EL ARBITRAJE DE INVERSION.....	170
C. EL ABUSO DEL DERECHO Y LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES DEL ARBITRAJE DE INVERSION CON EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA CONSTRUCCION	175

II. LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UNA MIRADA HOLÍSTICA

La industria de la construcción tiene una inclinación bien evidente hacia el Arbitraje, especialmente cuando se trata de una construcción con elementos de internacionalidad.

Sin embargo, como se expuso en la Parte I de este trabajo, el Arbitraje de Construcción (sus teóricos, sus litigantes, sus decisores y sus Instituciones populares -como FIDIC, CCI y hasta CIADI-) se enfoca mucho, demasiado, en la “complejidad” del derecho aplicable a un proyecto de construcción que se olvida de analizar a fondo la *jurisdicción competente*.

Como se pudo apreciar, la mera noción amplia del término *inversión* en un Tratado Bilateral de Inversión (“TBI”) entre dos Estados Soberanos distintos y la acepción amplia de la provisión de resolución de disputas de dicho TBI justifica la jurisdicción de un tribunal arbitral de Arbitraje de Inversión sobre disputas sobre un proyecto de construcción que sea considerado como una *inversión*.

Es más, el tribunal arbitral justifica también su jurisdicción sobre dicha *inversión*, aunque la relación jurídica se haya instrumentalizado en un *contrato* y sobre cualquier reclamo contractual relativo a esa *inversión*, en virtud de los términos de ese mismo TBI.

Pero los tribunales arbitrales del Arbitraje Comercial Internacional también encuentran sus justificativos propios para argumentar su jurisdicción sobre una disputa concerniente a un proyecto de construcción.

Si dicho proyecto de construcción fue instrumentalizado en un contrato, y en dicho contrato las partes pactaron un Arbitraje Comercial Internacional, los tribunales de Arbitraje Comercial Internacional se estimarán competentes en virtud a los principios de buena fe, *pacta sunt servanda*, fuerza vinculatoria de los contratos y para evitar cualquier intromisión, se protegen con el efecto del convenio arbitral (tanto positivo como negativo) y con el *compétence-compétence* (efectos positivo y negativo).

Estos dos últimos (el efecto del convenio arbitral y el *compétence-compétence*) no se utilizan mucho en el Arbitraje de Inversiones, que parece no necesitarlos. El célebre principio de *autonomía material de la cláusula compromisoria* (conocido también como el principio de separabilidad) tampoco resulta muy útil en el Arbitraje de Inversiones.

Por el contrario, el Arbitraje de Inversiones posee (y de manera exclusiva) al *fork in the road* (o *electa una via*), las *umbrella clauses*, la *most-favored-nation clause*, etc.

Se puede apreciar como ambos tipos de Arbitraje Internacional son diferentes. Existen muy sutiles pero importantes diferencias entre ambos. Definitivamente, no puede hablarse de una regla uniforme y única para ambos tipos de Arbitraje Internacional.

Por esta razón, si es que se quiere realmente dar una mirada holística al Arbitraje de Construcción, es menester apreciar la resolución de disputas de construcción en sus dos aristas: el Arbitraje Comercial Internacional (a) y el Arbitraje de Inversiones (b). Solamente así se podrá pasar a analizar la problemática de la concurrencia de jurisdicciones entre el Arbitraje de Inversiones y el Arbitraje Comercial Internacional y el abuso del derecho (c).

A. La construcción y el Arbitraje Comercial Internacional

La industria de la construcción tiene una preferencia al Arbitraje. Y cuando se trata de una construcción con múltiples elementos de internacionalidad que podrían disparar varios *facteurs de rattachement*¹, apuntan con mayor ímpetu al Arbitraje Internacional.

En el Derecho Internacional Privado (y también en el Arbitraje Comercial Internacional) se profesa la ubérrima importancia de la distinción entre ley aplicable y jurisdicción competente, justamente, porque se quiere evitar que se confundan. Como enseña AUDIT², pareciera ser que el fenómeno del “conflicto de leyes” si bien deriva en la utilización de una ley doméstica para solucionar

¹ El *critère de rattachement* puede ser definido como un criterio objetivo que orbita en torno a una regla de conflicto. Él es independiente a la voluntad de las partes, es rígido (ninguna flexibilidad es permitida) y predeterminado, lo cual contribuye a la seguridad jurídica. Una regla de conflicto determina los *rattachement* (o factores de conexión) que ella adopta: ley nacional en caso de estatuto personal, *lex rei sitae* en caso de inmuebles, *lex loci delicti* en materia de responsabilidad civil extracontractual, etc.

² AUDIT, Bernard - D'AVOUT, Louis, “Distinction et rapprochement du conflit des lois et de la compétence juridictionnelle”, *Droit international privé*, Economica, París, 2013, p. 11.

una situación internacional, se tiende a razonar de *afuera para dentro*, es decir, intentando resolver una situación internacional o hasta extranjera que traspase las fronteras de un Estado (i.e., que ocurren afuera de ese Estado o que involucran indicios que están afuera de ese Estado) a través de las leyes internas de un Estado. *De afuera para dentro*.

En cambio, en el “conflicto de jurisdicciones” parecería que se tiende a un razonamiento de adentro para fuera, es decir, se intenta resolver una disputa internacional o hasta extranjera con las jurisdicciones internas de un Estado. Será la misma autoridad judicial estatal la que se declare competente para resolver tal o cual situación jurídica que traspase las fronteras del Estado al cual pertenece. Es decir, la autoridad judicial doméstica buscará ser “competente” para poder resolver tal o cual disputa que traspase las fronteras del Estado al cual dicha autoridad judicial pertenece. *De adentro para fuera*.

Y es que como enseña autorizada doctrina:

S'agissant de conflit de lois ; rien n'empêche et ne peut empêcher l'autorité d'un État de décider ; en vertu de la règle de conflit adoptée par lui ; que telle situation doit être considérée comme soumise à une loi étrangère donnée et d'en faire application : ainsi un tribunal anglais de décider qu'une succession est soumise à la loi française et qu'une réserve successorale doit en conséquence être respectée ; ou à un tribunal anglais de décider qu'un contrat international est soumis à telle loi étrangère, et de donner en conséquence effet à une clause qui serait invalide selon le droit français. S'agissant en revanche de compétence juridictionnelle, un État ne peut que décider dans quelles circonstances ses tribunaux acceptent de se saisir. Si une espèce donnée n'en relève pas, il n'appartient pas à l'un d'eux, déclinant sa compétence, d'imposer à quelque tribunal étranger de se saisir ; il ne peut que renvoyer les parties à mieux se pourvoir³

[En cuanto al conflicto de leyes: nada obsta ni puede impedir que la autoridad de un Estado decida en virtud de la regla de conflicto que considera aplicable ni que una situación deba ser considerada como sujeta a una ley extranjera determinada, y aplicar dicha ley

³ AUDIT, *Droit International privé*, p. 11.

foránea: este es el caso de un tribunal inglés que decide que una sucesión está sometida a la ley francesa y que en consecuencia debe aplicarse una reserva hereditaria (legítima); o el caso de un tribunal inglés que decide que un contrato internacional esté sometido a una ley extranjera determinada y que en consecuencia se puede aplicar una cláusula del contrato que en el derecho francés estaría prohibida.

Pero en cuanto al conflicto de jurisdicciones, un Estado no puede más que decidir sobre las circunstancias en que sus propios tribunales se estimen competentes. Si existiese una materia en la cual los tribunales de un Estado no son competentes, no le corresponde a ninguno de esos tribunales estatales, que por cierto deben declinar su competencia, imponer sobre el litigio a un tribunal extranjero; los tribunales no podrán más que ordenar a las partes a mejor proveerse]⁴

Y a pesar de que ya han pasado décadas de la emancipación del Arbitraje Internacional del conflictualismo del Derecho Internacional Privado, todavía se estima que el Arbitraje Internacional necesita al conflicto de leyes⁵.

Cuando hay ausencia de derecho designado como aplicable por las partes, el resultado derivado de un razonamiento objetivo de conflicto de leyes sería mucho más predecible que si un tribunal arbitral aplicase la “*voie directe*” bajo su entera discreción.

Pero la *autonomía de la voluntad* de las partes, si bien es la piedra angular del sistema contractual internacional (se trate de un Arbitraje Internacional, de una Litigación Estatal Internacional, de una Cláusula Atributiva de Jurisdicción, etc.), también tiene sus límites. Y esos límites suelen estar debajo de las reglas de conflicto que atañen a una relación jurídica.

⁴ Traducción libre del autor.

⁵ CORDERO-MOSS, Giuditta, “Why arbitration needs conflict of laws rules”, *Kluwer Arbitration Blog*, 17/10/2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/17/why-arbitration-needs-conflict-of-laws-rules/>.

La libre voluntad de las partes podría, por ejemplo, tener la intención de ignorar o evadir a ciertas normas jurídicas provenientes de ciertas leyes. Esto podría tener como consecuencia la nulidad de un laudo arbitral o la denegación de ejecución de dicho laudo, pues si un proceso arbitral depende únicamente de la voluntad de las partes se correría el riesgo de violaciones al orden público internacional y fraude a la ley.

Por estos motivos y otros tantos, se estima que el “conflicto de leyes” resulta bastante *arbitration-friendly*, incluso más, sostienen algunos⁶, que la teoría de la *délocalisation*⁷.

La ley aplicable, en el Arbitraje Comercial Internacional, como se vio más arriba, no acaba en la pura voluntad de las partes, sino que encuentra algunos límites bien determinados. El problema que los límites son determinados, la noción de aquellos límites, no. Está lejos de ser “determinada” y “precisa”.

Un primer límite que se citará es el de la *arbitrabilidad*.

Un segundo límite que considerar será el *orden público* (internacional) (de un Estado determinado).

Un tercer límite que citar serán las *leyes de policía*.

Todos estos límites parecen ausentes en el Arbitraje de Inversiones o al menos carecen del ímpetu con el que se presentan en el Arbitraje Comercial Internacional. ¿Por qué es esto?

Mucho tiene que ver que estos límites sean opuestos por el Foro en donde se pretende la ejecución de un laudo arbitral extranjero (a veces se oponen estos límites ya en fase de impugnación, ante el Foro de la sede del arbitraje, para la declaración de nulidad, lo que acarrearía un *doble control con los mismísimos*

⁶ CORDERO-MOSS, *Why arbitration needs conflict of laws rules*, 17/10/2018.

⁷ Para profundizar, ver MORENO, Roberto, “El Problema de la Delocalización, la Convención de Nueva York y la nueva Ley de Arbitraje del Paraguay” en MORENO, José (Coord.), *Arbitraje y Mediación*. Editorial Intercontinental. Asunción, 2003.

parámetros -arbitrabilidad, orden público y leyes de policía-, lo cual acentúa la postura de la *delocalización* del Arbitraje Comercial Internacional).

Y es que en el caso del Arbitraje de Inversiones del CIADI, el Foro de la sede del arbitraje es el mismo Foro en el que se emitió la decisión arbitral en un principio: todo queda dentro del CIADI. La ejecución forzosa de un laudo CIADI es distinta a la ejecución forzosa de un laudo de Arbitraje Comercial Internacional.

En primer lugar, los laudos CIADI no necesitan de la Convención de New York de 1958 ni de ninguna otra Convención Internacional aparte del Convenio de Washington de 1965. ¿Pero por qué se afirma esto?

En primer lugar, es menester reconocer las principales funciones de la Convención de New York de 1958, que son dos⁸: i) primero, y en honor a su nombre⁹, regula el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Art. I); segundo, ordena a los Estados a reconocer los convenios arbitrales¹⁰.

Pero los Arbitrajes de Inversión CIADI no necesitan de la Convención de New York para ejecutar forzosamente una “oferta pública a arbitrar” que está contenida en un TBI.

Las *formas* del convenio arbitral (formas del consentimiento, instrumentalización de los convenios, etc.) en un Arbitraje Comercial

⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan, “The New York Convention of 1958: an overview”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, Nº 2, 2007.

⁹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

¹⁰ Esto implica tanto el efecto positivo (el que permite a los árbitros conocer la disputa comprendida en el convenio arbitral) como el efecto negativo (el que prohíbe a las jurisdicciones estatales a pronunciarse sobre dichos litigios), ver GAILLARD, Emmanuel, “L’effet négatif de la compétence-compétence” en HALDY, Jacques *et al* (Eds.), *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, Université de Lausanne, 1999.

Internacional y en un Arbitraje de Inversiones son, por lo tanto, innegablemente diferentes.

El Arbitraje Comercial Internacional es bastante flexible en la *forma de demostrar* el consentimiento de las partes (cláusula compromisoria contenida en un contrato, acuerdo arbitral pactado en un instrumento por fuera de dicho contrato, comunicaciones escritas entre las partes, etc.). Pero requiere el consentimiento en forma rígida: quiere asegurarse de que haya habido apropiado consentimiento al arbitraje, independientemente de la *forma de demostrarse*.

En el Arbitraje Comercial Internacional la regla es el perfeccionamiento instantáneo del consentimiento (que ambas partes acuerden someterse al arbitraje al mismo tiempo o en el mismo acto o sucesión de actos) y el consentimiento imperfecto es la excepción (no se niega la existencia de un consentimiento imperfecto, pero sí se enfatiza que éste no es la regla).

En cambio, en el Arbitraje de Inversión basado en un TBI u otro Tratado Internacional como un Acuerdo de Libre Comercio (ALC) regional, el consentimiento casi siempre será imperfecto¹¹. ¿Qué se quiere decir con

¹¹ ÁLVARO GALINDO declara que “*existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento. La más conocida (y aquí es donde arrancan las diferencias), y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas.*

Otra fuente de formación del consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión. Estas normas ofrecen al arbitraje de manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento (por eso se lo llama consentimiento imperfecto). Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la “oferta” dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un Tratado, ya sea de carácter bilateral o multilateral. La mayoría de los TBIs contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del Tratado.

imperfecto¹²? Pues que un TBI es un instrumento de Derecho Internacional Público celebrado entre dos Estados Soberanos distintos, en el cual se dispone que, en caso de disputa de un Estado con un inversionista nacional del *otro* Estado, dicha disputa se resolverá por arbitraje administrado por el CIADI¹³. Este consentimiento diferido que necesita perfeccionamiento (*i.e.*, el consentimiento de un Estado Soberano en la “oferta pública de arbitraje” que

Es importante señalar que esta “oferta de arbitraje” otorgada por los Estados en tratados internacionales, que hoy es la fuente más usual del consentimiento en los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, no está contemplada de manera expresa ni en el Convenio ni en el Informe de los Directores Ejecutivos” (lo cual difiere enormemente con la Convención de New York de 1958, que si bien primeramente pareció apuntar al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a diferencia del Convenio de Washington de 1965, sí contempló de manera expresa el consentimiento necesario - y lo más importante, las formas de este consentimiento necesario puede tomar- para que un convenio arbitral deba ser aplicado por las autoridades jurisdiccionales), GALINDO, Álvaro, “El consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones”, *Revista de Derecho Iuris Dictio*, Vol. 12, N° 14, 2011, Universidad San Francisco de Quito. Se aclara que los textos entre paréntesis pertenecen al autor del presente trabajo.

¹² La UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND Development (“UNCTAD”) ha dicho que “*si bien el arbitraje está siempre basado en el consentimiento de las partes, el hecho de que un arbitraje CIADI sea, necesariamente, un procedimiento entre un Estado y un inversionista extranjero implica ciertas peculiaridades el momento de dar consentimiento. La más llamativa peculiaridad es que el consentimiento de los acuerdos de arbitraje no necesita estar prestado en un mismo documento firmado por ambas partes. En lugar de esto, el Estado-huésped puede realizar una “oferta de arbitraje” a los inversionistas extranjeros o a alguna categoría de inversionistas extranjeros. Esta “oferta de arbitraje” puede hallarse en la legislación interna de ese Estado-huésped o en un Tratado del cual sea parte. Para perfeccionar el consentimiento (la propia UNCTAD utiliza el término perfeccionar) el inversor debe aceptar dicha oferta por escrito. Esta aceptación puede ser bastante informal*” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Ginebra, 2003. Traducción libre del autor. Se aclara que los textos entre paréntesis pertenecen al autor del presente trabajo.

¹³ Si bien es cierto que la mera ratificación del Convenio de Washington de 1965 no implica la existencia de un consentimiento expreso. El Preámbulo del Convenio de Washington de 1965 reza que “*la mera ratificación o aceptación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje*”.

contiene un TBI) constituye, y por amplio margen, la mayor fuente de jurisdicción para los tribunales arbitrales del CIADI¹⁴.

No hay que olvidar las críticas a las provisiones de las leyes de inversión y de los TBIs por una numerosa cantidad de autores¹⁵. Pero todo este tema del consentimiento en el Arbitraje de Inversión (y sus peculiaridades respecto al régimen corriente del Arbitraje Internacional) ya ha sido objeto, y en numerosas ocasiones, de debates académicos, de ríos de tinta por parte de doctrinarios y de litigantes.

Pero lo que llama la atención no es el *spotlight* sobre el consentimiento en cuanto al Arbitraje de Inversión¹⁶; *lo que llama la atención es la ausencia total de atención de la concurrencia de competencias de distintos Arbitrajes Internacionales en el sistema de Arbitraje Internacional* (esto es, que tanto un tribunal de Arbitraje de Inversión como un tribunal de Arbitraje Comercial Internacional pueden resultar competentes al mismo tiempo, sobre la misma disputa).

Este problema se acentúa cuando el consentimiento es interpretado de forma diferente entre ambos tipos de Arbitraje Internacional. En cuanto al consentimiento en el Arbitraje de Inversión se ha dicho que:

¹⁴ Ver “*Basis of Consent Invoked to Establish ICSID Jurisdiction in Registered ICSID Cases*”, disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20%28English%29_rev.pdf.

¹⁵ Entre los que se destaca Jan PAULSSON, que ha declarado “*although legal experts predicted many years ago that such texts (leyes de inversión y TBIs) would prove reliable, some of them are in fact tentative and ambiguous, suffering from explicit limitations in scope as well as from doubts as to their interpretation*”. PAULSSON, Jan, “Arbitration without privity”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Nº 2, 1995, pp. 232 – 257.

¹⁶ Ver también NOLAN, Michael y SOURGENS, Frédéric, “Limits of Consent – Arbitration without Privity and Beyond” en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Kluwer, 2010; ATAMAN-FIGANMESE, Inci, “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 2011, pp. 187 - 201.

There seems to be an increasing readiness to create theory in order to permit arbitral tribunals to assume jurisdiction even in situation where the consent of the host State is unclear¹⁷

[Parece que existe una tendencia a crear teorías para permitir a un tribunal arbitral que asuma jurisdicción aún cuando el consentimiento del Estado-huésped no resulta claro]¹⁸

La Convención de New York de 1958 contempló, a su manera, dichos límites. Pero los dejó a la discreción del Foro en donde se pretende la ejecución.

A veces, esta *discreción* es aprovechada por una de las partes para oponer dichos límites ya en la sede del arbitraje, ante la autoridad judicial de dicha sede del arbitraje. Pero esto no obsta al control soberano que ejercerán las cortes judiciales del Estado donde se pretenda ejecutar el laudo.

Será el Foro donde se pretende la ejecución del laudo arbitral internacional el que decida, según sus propias leyes, si la materia que ha sido objeto de un proceso jurisdiccional es *arbitrable*.

Será el Foro donde se pretenda la ejecución el que decidirá, en base a sus propias normas jurídicas, cuál es una *ley de policía* y cuál no, y si hubo violación de alguna.

Por último, será también el Foro donde se pretenda la ejecución el que, con base en los conceptos sociales, políticos, morales y jurídicos de su propio territorio, determine qué es de *orden público* (internacional) y que no lo es.

A pesar de que la Convención de New York otorga jurisdicción únicamente a las autoridades judiciales del Estado en donde se pretende la ejecución para controlar que el arbitraje se ha desarrollado dentro de aquellos límites¹⁹, las leyes domésticas de Arbitraje Internacional generalmente otorgan jurisdicción también a las autoridades de la sede del arbitraje para controlar el cumplimiento

¹⁷ SORNAJARAH, M, *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, cit. por ATAMAN-FIGANMESE, *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of "Arbitration Without Privity"*, 2011.

¹⁸ Traducción libre del autor.

¹⁹ Los cuales se aprecian en detalle en el Art. V de la Convención de New York.

de los mismos límites establecidos en la Convención de New York en su Art. V, fulminando con la nulidad a aquellos laudos arbitrales extranjeros que no los respeten.

Un claro ejemplo de esto es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”)²⁰, la ley paraguaya 1879/2002 “De arbitraje y mediación”²¹ y la ley argentina 27.449 de 2018²², entre otros.

Este *doble control* (que alimenta aún más a la teoría de la *délocalisation*) no existe en el Arbitraje de Inversiones. Así, la teoría de la *délocalisation* tendría su *raison d’être* más que nada en el Arbitraje Comercial Internacional.

Al contemplar la posibilidad del control judicial por parte de las cortes del Estado en donde se pretende la ejecución de un laudo arbitral extranjero, la Convención de New York de 1958 permitió que el ejercicio soberano de control judicial utilizando conceptos de la *lex fori* pueda ser posible.

De esta manera, por ejemplo, es el Estado donde se pretende la ejecución, el que a *última ratio*, se refiere sobre la arbitrabilidad del litigio. Y se referirá a la arbitrabilidad usando las nociones internas de la *lex fori* que le es pertinente. Esto no ocurre mucho en el Arbitraje de Inversiones CIADI, por ejemplo.

El principal umbral para determinar la arbitrabilidad o no de una disputa bajo un TBI, es cerciorarse que se hayan agotado todas las instancias previas al arbitraje previstas en el TBI. El mismo fenómeno ocurre con las cláusulas escalonadas y el Arbitraje Comercial Internacional, especialmente debido a la preferencia de los modelos FIDIC por las *multi-tier clauses*.

Pero lo cierto es que la arbitrabilidad no acaba en el cerciorarse si se agotaron o no los mecanismos de resolución de disputas previos a un proceso arbitral.

La arbitrabilidad es la aptitud de someterse al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. Una de las materias más complicadas en el Arbitraje

²⁰ Ver Art. 34.

²¹ Ver Art. 40.

²² Ver Arts. 98, 99 y 100.

Internacional es la de la arbitrabilidad, principalmente debido a las incertidumbres respecto a la ley aplicable a la arbitrabilidad en una relación jurídica internacional.

La arbitrabilidad se clasifica según el foco de su atención. Si el foco de su atención se encuentra en el sujeto el cual se somete (o no) a arbitraje, se trata de la arbitrabilidad *subjetiva*. Si el foco de su atención se vuelca hacia el objeto de la controversia sometida a arbitraje, se trata de la arbitrabilidad *objetiva*.

Es decir, mientras la arbitrabilidad subjetiva analiza si las partes en un arbitraje pueden ser juzgadas por un mecanismo privado de resolución de disputas²³, la arbitrabilidad objetiva se centra en el análisis de la naturaleza de la materia litigiosa sometida a arbitraje.

La noción de la arbitrabilidad es importante para la apropiada sustracción del mecanismo arbitral, ya sea porque la materia es inarbitrable (arbitrabilidad *objetiva*) o porque una de las partes no estaba habilitada a someterse a arbitraje (arbitrabilidad *subjetiva*).

La idea de la (in)arbitrabilidad ha motivado numerosos intentos de desentenderse o sustraerse de la obligación de someterse a arbitraje, sin embargo, esta situación se va atenuando y hasta en algunas jurisdicciones, como la francesa, la inarbitrabilidad potencial de una materia no permite la justificación general de un cuestionamiento a la validez de una cláusula compromisoria en un litigio internacional²⁴.

Las Convenciones Internacionales reenvían al derecho nacional estatal la determinación de la arbitrabilidad. Una excepción a esto es el CIADI, debido a que el artículo 25 de la Convención de Washington de 1965 reza que:

Los Estados Contratantes, podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su

²³ Esto es, cuestiones de capacidad y estado de la persona física o jurídica.

²⁴ LE BARS, Benoît, (citando al fallo *Jaguar*) *Arbitrage Commercial International. Les grands arrêts du droit français*, Lexis Nexis. París, 2016, p. 113

jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes

Si bien es cierto que la Convención de New York de 1958 concede a los Estados la potestad de ellos mismos determinar qué es arbitrable o no (los cuales lo harán a través de la jurisprudencia de sus cortes o a través de sus normas jurídicas)²⁵, el Convenio de Washington de 1965 adopta otra solución y no permite injerencia alguna de los Estados en decir qué es arbitrable y qué no lo es (sin perjuicio de los mecanismos previos previstos en el TBI o Acuerdo de Libre Comercio (“ALC”)).

La ausencia del debate profundo y apropiado sobre la arbitrabilidad de los litigios en el Arbitraje de Inversión, principalmente el del CIADI, es solamente un ejemplo de cómo varios institutos jurídicos²⁶ que en el Arbitraje Comercial Internacional tienen su cuota de fuerza, en el Arbitraje de Inversiones pierden su relevancia.

Es más, en el caso de la arbitrabilidad, por ejemplo, ella está prevista como causal de denegación de ejecución de los laudos arbitrales extranjeros tanto en la Convención de New York (Art. V) como en la Ley Modelo CNUDMI (Art. 34 (2) (a) (i)) pero no está prevista para la anulación de los laudos CIADI en la Convención de Washington de 1965 (Art. 50)²⁷.

Por supuesto, el *orden público* tampoco está contemplado en las causales de anulación de los laudos CIADI en el Convenio de Washington (Art. 50).

En un mismo proyecto de construcción, en donde ambos Arbitrajes Internacionales reclaman su competencia, el rol de todos estos institutos podría ser importante. Pero en proyectos de construcción, y principalmente los de gran

²⁵ El Art. V de la Convención de New York da la posibilidad de intervención de por lo menos dos Estados: la del Estado en donde se pretende la ejecución (2) (a) y la del Estado en donde se encuentra la sede del arbitraje. Cuando se trata de la hipótesis “en que la ley que las partes han pactado”, la posibilidad de intervención a este respecto es aún más amplia, por no decir incommensurable.

²⁶ E.g. la arbitrabilidad, el orden público (internacional) de un Estado determinado y las leyes de policía.

²⁷ Del Capítulo VII “Aclaración, revisión y anulación del laudo”.

envergadura, como los que constituyen Alianzas Público-Privadas y proyectos Llave en mano estatales, ¿pertenecen (o les convendría pertenecer) al Arbitraje Comercial Internacional o al Arbitraje de Inversión?

Los proyectos de construcción de gran envergadura frecuentemente *juegan en ambas puntas* y nunca la línea que los separa (a los distintos Arbitrajes) es muy clara.

Pero otros de los institutos que ha sido un *Escudo de Perseo* del Arbitraje Comercial Internacional es el principio de autonomía material de la cláusula arbitral (también conocido como el principio de *separabilidad*).

En el Arbitraje Internacional, el principio de separabilidad profesa la completa autonomía de la cláusula arbitral con respecto al acuerdo que la contiene. En otras palabras, un convenio arbitral o de jurisdicción competente no se ve afectado por la validez o invalidez del acuerdo que lo estipula²⁸.

La *separabilidad* es un principio del Arbitraje Internacional compartido en la mayoría de los Estados que pertenezcan a la Convención de New York de 1958 como lo son el derecho paraguayo²⁹, el derecho argentino³⁰, el derecho inglés³¹, el derecho francés³² y el derecho suizo³³. Se destaca que el principio de separabilidad está presente en la Ley Modelo CNUDMI³⁴.

Consagrado ya desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia francesa³⁵, el principio de *separabilidad* permite a un árbitro de tomar jurisdicción y emitir laudo sobre un litigio previsto en una cláusula arbitral la cual a su vez estaba

²⁸ Definición de PRACTICAL LAW de Thomson Reuters, disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-205-5215?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-205-5215?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

²⁹ Ver el Art. 19 de la Ley 1879/2002 de Arbitraje y Mediación (Paraguay).

³⁰ Ver el Art. 35 de la Ley 27.449 de 2018 de Arbitraje Comercial Internacional (Argentina).

³¹ Ver la sección 7 del *Arbitration Act* de 1996 (Estados Unidos).

³² Ver el Art. 1447 del *Code de Procédure Civile* (Francia).

³³ Ver el Art. 178 de la *Loi Fédérale sur le droit international privé* (Suiza).

³⁴ Ver el Art. 16 (1) de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁵ Cass. Ire, Civ, 7 de mayo de 1963 fallo *Gosset*.

contenida en un contrato que sería nulo³⁶. Este principio parecería que no se puede ser transportado directamente al Arbitraje de Inversión.

¿Una “oferta pública de arbitraje” que sea independiente al TBI que la contiene?
¿O una “oferta pública de arbitraje independiente a la legislación doméstica sobre *inversión*?”

Parece que los “problemas” del Arbitraje Comercial Internacional no son los mismos que los del Arbitraje de Inversión. Sin embargo, no existe una clara línea que separe la jurisdicción de cada Arbitraje, especialmente en proyectos de gran envergadura que implican importantes movimientos y flujo internacional de capital, como son algunos proyectos de construcción.

No obstante, el principal elemento entorpecedor del Arbitraje Comercial Internacional siempre ha sido y lo es actualmente la indebida interferencia estatal (i.e. la intervención judicial en un mecanismo extrajudicial como lo es el arbitraje). Esta superposición de jurisdicciones, que resulta en una intervención judicial indebida, no discrimina el *momentum*: suele darse en medio del proceso arbitral y hasta antes de que el arbitraje siquiera “nazca”, con la intervención de parte de un juez estatal so pretexto que el convenio de arbitraje es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”³⁷, ignorando en cierta forma la prohibición de interferencia judicial que los derechos estatales suelen tener sobre dichas jurisdicciones judiciales ante arbitrajes³⁸.

La interferencia judicial, principalmente antes de que “nazca” el proceso arbitral tiene directa relación con el principio *compétence-compétence*, consagrado en

³⁶ SERAGLINI, Christophe y ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2da edición, Lextenso, París, 2019, p. 101 ; LE BARS, *Arbitrage Commercial Internationale. Les grands arrêts du droit français*, p. 17 y ss.

³⁷ Ver Art. II (3) de la Convención de New York; Art. 11 de la Ley 1879/2002 de Arbitraje y Mediación (Paraguay); Art. 19 de la Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (Argentina); Art. 8 de la Ley Modelo CNUDMI.

³⁸ Ver el Art. 12 de la Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (Argentina); Art. 8 de la Ley 1879/2002 de Arbitraje y Mediación (Paraguay); Art. 5 de la Ley Modelo CNUDMI.

la mayoría de los Estados con legislación propia de arbitraje, sea monista o dualista.

Pero esto no es un problema importante para el Arbitraje de Inversión, principalmente el del CIADI, pues no hay mucha interferencia judicial pre-arbitral ahí. Sin embargo, lo que sí puede ocurrir (y ocurre con más frecuencia de la debida) es una superposición de competencias, un verdadero “conflicto de jurisdicciones” entre el Arbitraje Comercial Internacional y el Arbitraje de Inversiones respecto al mismo litigio (como ocurre con la construcción).

B. La construcción y el Arbitraje de Inversión

Los proyectos de construcción (especialmente los de gran envergadura y particularmente los internacionales) tienen directa relación con las nociones de Inversión Extranjera Directa (“IED”)³⁹, *Greenfield Projects*⁴⁰ y transacciones transnacionales de M&As, como se puede apreciar en el *World Investment Report 2021*.

Los Estados Soberanos, ellos mismos o a través de sus Agencias Públicas, celebran numerosos contratos de construcción con empresas extranjeras para autopistas, desagües, centrales de energía, etc., a través de modalidades como las Asociaciones Público-Privadas⁴¹.

³⁹ Como enseña COLLINS, el término “directa” resulta crucial; este término pretende excluir toda inversión en la cual el elemento de extraterritorialidad (o de internacionalidad) es demasiado insignificante como para ser considerado “extranjera”. COLLINS, David, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 3.

⁴⁰ Que son los proyectos de construcción que se encuentran libres de toda construcción impuesta por trabajos previos en el sitio de construcción. Ver HMC ARCHITECTS, *What is a Greenfield Project and What Are Its Architectural Advantages over a Brownfield Project?*, disponible en: <https://hmcarchitects.com/news/what-is-a-greenfield-project-advantages-brownfield-project-2019-04-03/>

⁴¹ ÖZKAL, Abdulkadir, *Construction Contracts in International Investment Arbitration*, Master Thesis, University of Oslo, 2019, p. 1.

Pero como lo expone autorizada doctrina⁴², no existe ninguna definición general, única o uniforme sobre la “Inversión Extranjera”⁴³. Esto coloca al árbitro de un tribunal de Arbitraje de Inversión en una encrucijada: ¿bajo qué ley definirá lo que debe entenderse por *inversión*? ¿Bajo el texto del Convenio CIADI y semejantes, bajo el TBI pertinente o bajo la jurisprudencia del CIADI al respecto?

Autorizada doctrina ha expuesto que una IED implica 5 factores⁴⁴:

1. La transferencia de bienes
2. Un proyecto de largo plazo
3. El ánimo de lucro regular
4. La participación de la persona que transfiere sus bienes en el manejo del proyecto (de largo plazo)
5. La existencia de riesgo

Estos factores diferenciarían a una IED de una “inversión de cartera” (en donde no hay el elemento de participación personal en el manejo del proyecto) y de una transacción internacional ordinaria (ausencia del elemento personal en el manejo del proyecto, ausencia de renta regular y continua).

⁴² AUDIT, Mathias ; BOLLE, Silvain y CALLE, Pierre, *Droit du commerce international des investissements étrangers*, Lextenso, París, 2014, p. 32.

⁴³ Ver el término “Investissement” en SALMON, J. (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, cit. por AUDIT *et al*, *Droit du commerce international des investissements étrangers*, 2014.

⁴⁴ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2012, p. 151.

En cuanto a la Convención CIADI, es sabido que sus redactores evitaron definir al término *inversión*. Esto ha llevado a múltiples interpretaciones, y a cierta sensibilidad debido a esta incertidumbre jurídica⁴⁵.

El concepto de inversión también podría variar (y de hecho lo hace) de TBI en TBI, puesto que ningún TBI es idénticamente igual a otro, lo cual deriva en un desasosiego jurídico enorme tanto por parte de los Estados Soberanos como por parte de los operadores del comercio internacional.

Ahora bien, la jurisprudencia de los tribunales arbitrales CIADI sí proporcionan elementos al respecto. Quizás el fallo más celebrado -y criticado- de la historia del CIADI sea el laudo arbitral de *Salini vs. Marruecos*⁴⁶. Si bien la noción de *inversión* es un terreno en donde se encuentran el derecho de las inversiones y el derecho internacional público, el ‘*test Salini*’ ha sido, es y será citado sistemáticamente por los tribunales arbitrales cuando definan al término *inversión*⁴⁷.

El ‘*test Salini*’ fue producto de la jurisprudencia CIADI. Y el fallo en *Salini* fue y es citado sistemáticamente por casi todos los tribunales de Arbitraje de Inversión cuando quieren referirse al significado de inversión.

Pero ni el ‘*test Salini*’ nos saca de los aprietos de una concurrencia de competencias de Arbitrajes. Se podría decir que “toda construcción es una inversión (*lato sensu*), pero que no toda *inversión* (protegida por el Arbitraje de Inversiones) es una construcción. Pero obviamente, esto no es suficiente.

⁴⁵ GRABOWSKI, Alex, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini” en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 15, N° 1, disponible en:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=cjil#:~:text=The%20Salini%20test%20defines%20an,dealt%20with%20the%20same%20issue>.

⁴⁶ *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. The Kingdom of Morocco*, Caso CIADI ARB/00/4 (Decision on Jurisdiction), 23 de julio de 2001.

⁴⁷ GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas, “The Long March towards a *Jurisprudence Constante* on the Notion of Investment” en KINNEAR *et al* (Eds.), *Building International investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Wolters Kluwer/ICSID, 2015, p. 97 – 125.

No obstante, se destaca que no existe importante jurisprudencia del CIADI respecto a un posible “conflicto de jurisdicciones” cuando un tribunal de Arbitraje Comercial Internacional debería ser competente y al mismo tiempo un tribunal de Arbitraje de Inversión también debería ser competente, sobre el mismo litigio.

También se destaca la peculiaridad de la cláusula ‘*fork in the road*’ (*electa una via*) en los TBIs. La cláusula ‘*fork in the road*’ de un TBI básicamente estipula que el inversor extranjero debe elegir entre la litigación judicial ante las autoridades domésticas del Estado en donde se encuentra su inversión o el Arbitraje Internacional y que dicha elección es final⁴⁸.

Un ejemplo es el TBI entre Argentina y Francia:

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva⁴⁹

Desafortunadamente, ni la doctrina de tan prestigiosos autores como Schreuer ni el texto mismo del TBI entre Argentina y Francia (que es apenas un ejemplo) son precisos: la ‘*fork in the road*’ solamente habla de que, si el inversor extranjero escoge el “Arbitraje Internacional”, el cual comprende (no hay dudas de ello) al Arbitraje Comercial Internacional.

Sin embargo, la ‘*fork in the road*’ del ejemplo contempla recurso a un Arbitraje de Inversión (si se interpreta y lee de forma sistemática a un TBI) y no a un *Arbitraje Comercial Internacional*. No obstante, se entiende que ambos (el Arbitraje de Inversión y el Arbitraje Comercial Internacional) forman parte del *Arbitraje Internacional*.

⁴⁸ DOLZER y SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, p. 385.

⁴⁹ Art. 8 (2) del Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de las inversiones suscrito entre Argentina y Francia, ratificado por ley 24.100 del año 1992, disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_France_s.pdf.

La *fork in the road* del ejemplo solamente prevé la concurrencia entre Arbitraje de Inversión – Procedimientos Judiciales domésticos, pero no prevé la concurrencia de Arbitraje de Inversión – Arbitraje Comercial Internacional.

¿Pero qué pasa cuando el inversor extranjero, en virtud de su propia iniciativa e intención, decide someterse voluntariamente a un Arbitraje Comercial Internacional en caso de disputas en un contrato internacional de construcción que celebró con un Estado Soberano?

¿En virtud de la ‘*fork in the road*’ se premiará la mala fe o la incoherencia del contratante privado?

¿Se admite, por principio de prelación normativa (en la cual un TBI generalmente tiene más alta jerarquía que un contrato) que el Arbitraje de Inversión *debe desplazar* al Arbitraje Comercial Internacional?

¿Se concluirá, entonces, que ambos Arbitrajes Internacionales, definitivamente, *no pueden coexistir*?

Esta situación, nunca encarada seriamente por la jurisprudencia del Arbitraje de Inversión ni por la jurisprudencia del Arbitraje Comercial Internacional deja más preguntas que respuestas.

Continuando con la teoría de los *Treaty claims v. Contract claims* que ya se empezó a analizar en la Parte I de este trabajo (ver punto c del no. I), llama la atención que la entera teoría de los *Treaty claims v. Contract claims* sea una materia de estudio exclusivo del Arbitraje de Inversión, cuando en realidad, también debería importarle al Arbitraje Comercial Internacional (y porqué no, a un Poder Judicial Doméstico si es competente en virtud de la voluntad de las partes en un contrato de construcción internacional⁵⁰).

⁵⁰ Sobre este tipo de acuerdos se ha dicho que “*La cláusula atributiva de jurisdicción, de elección de foro o de prorrogación de competencia, es sobretudo un acuerdo de voluntades sobre un tema en particular. Por esta razón se utiliza la figura de una cláusula contractual. Pues si bien las partes se ponen de acuerdo en otorgar la competencia exclusiva de impartir justicia a cierto foro, dicho acuerdo tiene origen en*

Pero, si bien en la Parte I de este trabajo se expuso cómo hay una bifurcación de posturas relativa a los *Contract claims*, lo cierto es que, a pesar de la heterogeneidad doctrinaria sobre el punto, los tribunales arbitrales del Arbitraje de Inversión se *muestran reticentes a admitir una extensión de competencia* hacia reclamos que son puramente contractuales⁵¹.

Sin embargo, se debe resaltar que el razonamiento de los *Treaty claims v. Contract claims* siempre terminará en un espiral en el caso que se plantea en esta investigación (un contrato de construcción que contiene una cláusula arbitral a favor de un Arbitraje Comercial Internacional pero que al mismo tiempo dicha construcción pueda resultar una “inversión” para el TBI aplicable, y que dicho TBI prevea un Arbitraje de Inversiones en caso de disputas, como es el Arbitraje CIADI).

¿Por qué terminaría en un espiral? Porque la cláusula compromisoria está inserta dentro de un contrato (en este caso de *construcción*) y caso de la doctrina de la separabilidad, dicha cláusula será considerada como un acuerdo autónomo⁵². Entonces la violación a dicha cláusula compromisoria y el recurso a un Arbitraje de Inversiones a sabiendas que se había previsto un Arbitraje Comercial Internacional será siempre un *Contract claim*.

C. El abuso del derecho y la concurrencia de jurisdicciones del Arbitraje de Inversión con el Arbitraje Comercial Internacional en la construcción

Finalmente se llegó a la última parada de este periplo de doctrina sobre Arbitraje Internacional. No obstante, cabe resaltar que todos los problemas que se

el principal intercambio de voluntades, el contrato de base. La elección de foro es una arista más en la cual las partes se ponen de acuerdo.

*Por eso lo más común es que estos convenios acerca del tribunal competente, generalmente toman la forma de cláusulas dentro del Contrato de Base, que es en esencia la razón por la cual las partes convinieron en primer lugar”, LACASA, Pedro, “Las cláusulas atributivas de jurisdicción en el derecho paraguayo”, *Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política*, N° 1, 2016, disponible en <https://py.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=157&idediccion=774>.*

⁵¹ AUDIT et al, *Droit du commerce international des investissements étrangers*, p. 725.

⁵² Art. 19 de la Ley 1879/2002 (Paraguay); Art. 35 de la Ley 27.499 (Argentina); Art. 16 de la Ley 19.636 (Uruguay).

expusieron detalladamente a lo largo de este trabajo no justificarían la tinta derramada de no ser que, en la práctica real *de todos los días*, existen.

El abuso del derecho en el Arbitraje Internacional ciertamente no es un tema nuevo. Muchos autores han denunciado desde hace décadas el *otro rostro* del Arbitraje Internacional⁵³ hasta recientemente⁵⁴.

El *rostro* que se ha tratado en este trabajo (la concurrencia de jurisdicciones arbitrales de parte del Arbitraje Comercial Internacional y del Arbitraje de Inversión sobre un mismo asunto, y la falta de coordinación o normas jurídicas al respecto) ha sido llamativamente ignorado por los autores, por los practicantes y por la jurisprudencia latinoamericanos. Pero eso no quiere decir que no exista.

Por lo tanto, resulta importante exponer brevemente el abuso del derecho en esta ‘concurrencia de jurisdicciones’. La concurrencia de jurisdicciones arbitrales de parte del Arbitraje Comercial Internacional y del Arbitraje de Inversión se origina muchas veces en los contratos internacionales de construcción, por un abuso del derecho por parte de una de las partes (generalmente, de la parte contratante de Derecho Privado).

El abuso del derecho en el Arbitraje Internacional subyace debajo de tácticas procesales y estrategias dilatorias de las partes para menoscabar o dañar de alguna manera a su contraparte contractual (oponente en el litigio) para así aumentar las chances que tienen para obtener sus reclamos⁵⁵.

⁵³ FOUCHARD en 1989 ya sostenía que “*El procedimiento arbitral debía ser simple, rápido, poco costoso y desprovista de los formalismos rígidos y lentos del debate judicial. Pero la realidad de hoy es los “grandes” arbitrajes internacionales es muy diferente*”. FOUCHARD, Phillippe, “Oú va l’arbitrage International?”, *McGill Law Journal*, Vol. 34, 1989, p. 450.

⁵⁴ LEVY sostiene que “*la teoría del orden jurídico arbitral es totalmente infiel a la realidad práctica del arbitraje internacional*”, LEVY, Daniel, *Les abus de l’arbitrage commercial International*, L’Harmattan, Londres, 2015., p. 12.

⁵⁵ GAILLARD, Emmanuel, “Abuse of Process in International Arbitration”, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32, Nº. 1, 2017, pp. 1 – 21.

Pero lo más peligroso del abuso del derecho en el Arbitraje Internacional no es el daño que se le pueda ocasionar al adversario; el peligro se halla en que un abuso del derecho en tal o cual foro de Arbitraje Internacional podría dañar la imagen misma del Arbitraje Internacional como mecanismo de resolución de disputas y frustrar la administración de justicia arbitral⁵⁶.

Como lo expuso autorizada doctrina:

The exclusive jurisdictional effect of the arbitration agreement does not always prevent a party from bringing the same dispute (or two closely related disputes) simultaneously before different forums ('parallel proceedings'). Parallel proceedings may occur between different arbitral tribunals, or between national courts and arbitral tribunals. Parties may start parallel proceedings for different reasons, including to seek the widest legal protection or to increase their chances of success⁵⁷

[El efecto de exclusividad jurisdiccional del acuerdo de arbitraje no siempre evita que una parte someta la misma disputa (o dos disputas muy relacionadas) simultáneamente ante otros foros diferentes ('procedimientos paralelos'). Estos procedimientos paralelos pueden tener lugar entre dos tribunales arbitrales diferentes como entre un tribunal arbitral y un tribunal estatal. Las partes iniciarían procedimientos paralelos por diversos motivos, entre ellos, la búsqueda de la protección legal más amplia o el aumento de sus chances de éxito]⁵⁸

Lo curioso es que cualquier '*procedimiento paralelo*' sobre una disputa sobre la cual ya existe un foro jurisdiccional previsto para resolverla, es una realidad celosamente defendida tanto por el marco jurídico internacional de inversiones a favor del inversor extranjero como por el Arbitraje Comercial Internacional a favor del que libremente se sometió a un foro arbitral.

⁵⁶ EL FAR, Ahmed, *Abuse of Rights in International Arbitration*, Oxford University Press, 2020, p. 1.

⁵⁷ CREMADES, Bernardo y MADALENA, Ignacio, "Parallel Proceedings in International Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 24, Nº 4, 2008, pp. 507 – 540.

⁵⁸ Traducción libre del autor.

El problema con el abuso del derecho es que denota una conducta perfectamente legal. Pero eso no obsta que algunos pocos derechos lo sancionen expresamente, como es el caso del Art. 372 del Código Civil y Comercial paraguayo⁵⁹.

Gaillard enseña que *a priori* la ‘conurrencia de jurisdicciones’ ocasionada por ‘procedimientos paralelos’ no constituiría un ejercicio abusivo del derecho *per se*:

Where parties conclude a contract that contains a valid arbitration clause, and one party submits a claim to a national court in order to avoid its adjudication by an arbitral tribunal, that party does not commit an abuse of process *per se*, but rather violates the agreement to arbitrate⁶⁰

[Ahí donde las partes han celebrado un contrato que contiene una cláusula arbitral válida, y una de las partes igual somete la disputa a una corte estatal para así evadir la resolución de dicha disputa por parte de un tribunal arbitral, esa parte no comete un abuso del derecho en sí, sino que más bien viola el acuerdo de arbitraje]⁶¹

Pero continúa Gaillard sosteniendo que:

A second type of abuse of process is the multiplication of arbitral proceedings to maximize chances of success⁶²

[Un segundo tipo de abuso del derecho es la multiplicación de procesos arbitrales para el aumento de las chances de éxito]⁶³

Como se puede apreciar, aquí cambia el tono (si bien sutilmente) de la conversación: ya no se habla de la violación del acuerdo de arbitraje por recurrir a un tribunal judicial; se habla de la *coexistencia* de procesos de arbitraje. Ya no se habla del recurso a autoridades judiciales domésticas cuando antes se

⁵⁹ “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause...*”

⁶⁰ GAILLARD, *Abuse of Process in International Arbitration*, 2007.

⁶¹ Traducción libre del autor.

⁶² GAILLARD, *Abuse of Process in International Arbitration*, 2007.

⁶³ Traducción libre del autor.

había pactado arbitraje como una estrategia dilatoria de una de las partes; se habla del ánimo de incrementar las posibilidades de obtención de los reclamos litigiosos.

Parece ser que esto se trata de un choque de *pacta sunt servanda*⁶⁴. ¿Cuál *pacta sunt servanda* primará o debería primar? ¿El *pacta sunt servanda* de los TBIs, que, si bien son jerárquicamente superiores a los meros contratos, poseen un consentimiento *diferido*, lo cual siempre ha levantado alguna que otra incertidumbre o el *pacta sunt servanda* de un contrato de construcción, en el cual no se puede negar con tanta facilidad el expreso consentimiento de los contratantes?

¿Es decir que en verdad se superponen las competencias del Arbitraje Comercial Internacional y del Arbitraje de Inversión en proyectos de construcción? La respuesta es un enfático sí, y la doctrina de Derecho Comparado en Arbitraje Internacional, la jurisprudencia y los precedentes administrativos avalan dicha respuesta.

La situación en que una empresa privada que ha celebrado un contrato internacional de construcción con un Estado Soberano que i) contenía una cláusula de Arbitraje Comercial Internacional y a la vez dicha empresa privada se estima como *inversor extranjero* bajo un TBI y amenaza (y de hecho inicia procedimientos) con recurrir a ii) un Arbitraje de Inversión no es del todo extraña para la industria de la construcción.

Como consecuencia de este comportamiento, no se sabe con exactitud qué es lo que pasaría con una cláusula escalonada de *resolución de disputas* de un *contrato* de construcción (como los celebrados bajo los estándares FIDIC) ante las provisiones de *Arbitraje de Inversión* de un TBI.

¿Se deberá dejar sin efecto la cláusula escalonada si una empresa decide acobijarse al Arbitraje de Inversión previsto en un TBI ignorando la cláusula escalonada en el contrato que la vincula?

⁶⁴ Por parte del Arbitraje de Inversión como por parte del Arbitraje Comercial Internacional.

Estos problemas que atosigan a la industria de la construcción en el comercio internacional están al acecho de otras industrias y arrojan más preguntas (por el momento) que respuestas.

Alcances sobre las expropiaciones en arbitrajes de inversión: entre las medidas reglamentarias del estado y la protección a los inversionistas

Lisbeth Verónica Araujo Muñoa *

Resumen- La protección a los inversionistas frente a las expropiaciones ha sido una de las garantías de carácter fundamental para brindar seguridad jurídica y estabilidad económica a los estados receptores de las inversiones. Por lo que, se genera un punto álgido cuando se restringe el derecho de propiedad que tienen los privados a razón de una medida de carácter expropiatorio.

Cabe resaltar que una expropiación no sólo puede implicar la privación física del título de propiedad, sino que también puede darse sin necesidad de una expropiación física, mediante restricciones que destruyan el valor económico de la inversión. Por ello una de las cuestiones más debatibles dentro de los arbitrajes de inversiones surge por expropiaciones y el impacto que genera la intervención del estado en los títulos de propiedad de los inversionistas, controversia que se polariza aún más cuando la medida expropiatoria no cumple con los requisitos para que sea una expropiación lícita.

Debido a ello se abordan ciertas falencias detectadas por la literatura especializada, con el objetivo de desarrollar los aspectos más trascendentes brindando para su comprensión alcances relacionados a la expropiación en el derecho internacional y un desarrollo de las reclamaciones por expropiación.

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal, coordinadora académica de Arbanza - Escuela Latinoamericana de Arbitraje y presidenta de la asociación Law and Arbitration Forum.

Abstract- The protection of investors against expropriations has been one of the fundamental guarantees to provide legal certainty and economic stability to the States receiving investments. Therefore, a critical point arises when the property rights of private parties are restricted as a result of an expropriation measure.

It should be noted that an expropriation may not only imply the physical deprivation of the property title, but may also occur without the need for a physical expropriation, by means of restrictions that destroy the economic value of the investment. Therefore, one of the most debatable issues in investment arbitration arises from expropriations and the impact generated by the State's intervention in the investors' property titles, a controversy that becomes even more polarized when the expropriation measure does not meet the requirements for it to be a lawful expropriation.

For this reason, certain shortcomings detected by the specialized literature are addressed, with the purpose of developing the most transcendental aspects, providing for their understanding, scopes related to expropriation in international law and a development of expropriation claims.

I. INTRODUCCIÓN	183
II. EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES	183
III. FORMAS DE EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES	184
A. EXPROPIACIÓN DIRECTA	184
B. EXPROPIACIÓN INDIRECTA	185
C. DIFERENCIA ENTRE EXPROPIACIÓN DIRECTA E INDIRECTA	187
IV. MEDIDAS REGLAMENTARIAS QUE NO CONSTITUYEN EXPROPIACIONES	188
A. DERECHOS QUE PUEDEN SER EXPROPIADOS	191
V. PROTECCIÓN CONTRA LAS EXPROPIACIONES	192
A. CONDICIONES PARA UNA EXPROPIACIÓN LÍCITA	192
a. <i>Propósito público</i>	192
b. <i>De manera no discriminatoria</i>	194
c. <i>Conforme el debido proceso legal</i>	194
d. <i>Pago de una indemnización</i>	195

VI. CONCLUSIONES..... 197**I. INTRODUCCIÓN**

La decisión de un estado de expropiar una propiedad a un privado por razones de uso público es la más severa de las intervenciones estatales en la propiedad o disfrute de una inversión, y si añadimos a ello que la expectativa del inversor no es compensada debidamente será probable que dicha expropiación se vuelva más controvertida. Por lo que a lo largo del desarrollo del presente artículo abordaremos acerca del poder del que goza todo estado el cual debe estar regulado y reglamentado, más aún cuando el estado investido de su *ius imperius* limita el título de propiedad de los inversionistas.

Como veremos, la expropiación se da cuando un estado adquiere un determinado bien, pero ¿qué sucede cuando el estado limita las facultades del derecho de propiedad que un privado tiene sobre un determinado bien? o ¿cuándo podemos encontrarnos ante una medida ilegal y cuando sería una medida legal? en otras palabras, ¿cuándo una expropiación puede ser impugnada?

La presente investigación se realizó por el interés de conocer las respuestas a estas interrogantes y demás cuestiones que serán desarrolladas en el presente artículo. Por otro lado, esta investigación permitió profundizar la importancia de las condiciones que deberá reunir todo acto o medida expropiatoria para proteger a los inversores de medidas que afecten de manera directa o indirecta su propiedad, en ese sentido, se explicará directamente la protección de las inversiones que deben regir en las relaciones entre un estado receptor de inversiones y los inversionistas extranjeros.

II. EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

En el derecho internacional podemos definir a la expropiación como un acto soberano llevado a cabo por un estado en el que toma los derechos de propiedad de un inversionista extranjero¹. Dicha privación de propiedad puede infringir los derechos de los inversionistas, en ese sentido, resulta interesante esbozar las

¹ COX, Johanne, *Expropiación en arbitraje de tratados de inversión*, Oxford University Press, 2019, p. 17.

distintas perspectivas que tienen ambos actores (inversionista y el estado receptor de la inversión) frente a una medida expropiatoria.

Si miramos una expropiación desde la postura como inversionistas, qué duda cabe que desde dicha perspectiva será irrelevante si las acciones tomadas por la administración pública fueron por un propósito público, no discriminatorias, legales o ilegales, lo principal que les preocupará será la pérdida consecuente y la obligación del estado de pagar una compensación. Por el contrario, desde el punto de vista del estado, las acciones legítimas necesarias para el beneficio público será hacer cumplir las salvaguardias ambientales, garantizar la salud y la seguridad pública, aplicar impuestos y acciones que no sean discriminatorias no deben dar lugar a una consideración automática de compensación, incluso si dicha medida tuviera un efecto adverso en los inversores ².

Por ello, las disposiciones de la administración pública deben basarse proporcionando claridad y transparencia a las cuestiones relacionadas a expropiaciones para que la medida sea justa para ambos, a pesar de un impacto económico adverso. Así también las características de una determinada medida constituyen un factor clave para trazar una línea entre la expropiación lícita y expropiación ilícita, donde las medidas deben ser tomadas de buena fe y que genuinamente persigan un objetivo legítimo de política pública y cumplan con los requisitos establecidos.

III. FORMAS DE EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

A. *Expropiación Directa*

Una expropiación directa, implica la existencia de una transferencia legal del derecho de la propiedad o su embargo físico, dicha medida yace en una medida estatal de privar al propietario de su propiedad, por lo que, la expropiación

² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *Derecho internacional sobre inversión extranjera*, 3ª Ed., 2010, Principios de derecho internacional público, 6ª Ed., 2003, p. 345.

beneficia al propio estado, pero también puede beneficiar a un tercero por mandato del estado³.

Los tratados de inversiones casi siempre prohíben la expropiación directa salvo que se constituyan por i) motivo de utilidad pública, ii) que sea una medida no discriminatoria, iii) que se cumpla el debido proceso y iv) se pague una compensación proporcional al valor a lo expropiado; esto es, se cumplan los requisitos mencionados, los cuales se detallarán más adelante.

En ese sentido, para analizar si un acto constituye o no expropiación debe tomarse en base a la interferencia soberana del estado, ya que, tal como lo sostienen los Khachvani y Ugale “*la mera repudiación de un contrato, esté justificada o no, no equivale a una expropiación, a menos que el Estado haya recurrido a su prerrogativa soberana*”⁴.

Ante ello, se discute si una expropiación directa implica necesariamente una transferencia de propiedad al estado, algunos tribunales señalan que se requiere dichas transferencias, mientras que otros señalan que no es necesario que sea transferida el título de la propiedad ya que la expropiación directa también puede ocurrir cuando se anula dicho título, esto se da en el caso de la revocación de una concesión⁵.

B. Expropiación Indirecta

La expropiación indirecta es aquella donde se priva de la propiedad al inversionista, cabe resaltar que no ha perdido los derechos de la propiedad, pero

³ NACIONES UNIDAS, *Expropiación, serie de la UCTAD sobre cuestiones de inversión internacional Acuerdos II, Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2012, p.6.

⁴ KHACHVANI, David U. Anastasia *Expropiación directa*, Jus Mundi, 10/05/2022, disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-direct-expropriation>.

⁵ *Bank Melli y Bank Saderat v. Bahrein*, Corte Permanente de Arbitraje, Laudo Final, 9 de noviembre de 2021, párr. 748, *Vestey contra Venezuela*, CIADI, Laudo, 15 de abril de 2016, párr. 253-292, *Gemplus v. México*, CIADI, Laudo, 16 de junio de 2010, párr. 8.23

dicha titularidad es insuficiente, porque no podrá beneficiarse de sus bienes, y dicha expropiación se genera por una medida estatal.

Dicho efecto lesivo a los atributos de la propiedad debe caracterizarse por hacer significativamente inútil o sin valor a la propiedad, esto es, dicha acción debe generar un efecto similar a la que produce la clásica expropiación forzosa⁶.

En ese sentido, la expropiación indirecta se caracteriza porque hace que carezca de sentido ostentar la titularidad de un bien. Esto puede darse por diferentes razones, como la pérdida de todo valor del bien o de su viabilidad económica, o la imposibilidad de que el titular disfrute de su bien⁷.

Asimismo, en el Canadá Model FIPA, la expropiación indirecta fue definida de la siguiente manera:

La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tenga un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o de una confiscación absoluta⁸.

Las expropiaciones indirectas se caracterizan por los siguientes elementos acumulativos: i) Un hecho imputable al estado; ii) Interferencia con los derechos de propiedad u otros intereses legales protegidos; iii) En tal grado que los derechos o intereses relevantes pierdan todo o la mayor parte de su valor o se prive al propietario del control sobre la inversión; iv) Aunque el dueño conserve el título legal o permanezca en la posesión física⁹.

⁶ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo, *Expropiación indirecta, justificación, regímenes, casos, criterios y usos*, 2013, p. 241.

⁷ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, *Expropiación indirecta*, pp. 243-244.

⁸CANADA MODEL FIPA, “Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure” Anexo B.13(1) disponible en <http://www.international.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-en.pdf>

⁹ NACIONES UNIDAS, “Expropiación: Serie de la UCTAD sobre cuestiones de inversión internacional Acuerdos II, Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo”, 2012, p. 12

En esa línea de ideas, resulta importante mencionar que la expropiación indirecta no debe circunscribirse a cualquier medida que toma el estado, sino debe verse como aquellos actos que no son singulares, los cuales tienden a restringir la disposición de los activos de la inversión a los inversionistas, es decir, los priva de los atributos del título de propiedad.

C. Diferencia entre expropiación directa e indirecta

Sobre el particular, Nouvel indica que, en las expropiaciones directas el despojo constituye un perjuicio a una persona privada, el cual coincide con la apropiación por parte de una persona pública, mientras que las expropiaciones indirectas no redundan necesariamente en un aumento de la riqueza del estado¹⁰.

Así también, en el Tratado de Libre Comercio de República Dominicana Centroamérica (CAFTA-DR) se estableció una diferenciación entre una expropiación directa e indirecta:

3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones: la primera es la expropiación directa en la que una inversión se nacionaliza o se expropia directamente mediante la transferencia formal del título o la incautación total.

4. La segunda situación a la que se refiere el artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta cuando una acción o una serie de acciones de una parte tiene un efecto equivalente a la expropiación directa sin transferencia formal del título o embargo total.¹¹

En el caso de una expropiación indirecta, el estado no elimina ni cambia expresamente el título legal del inversionista sobre la inversión. Sin embargo, como en una expropiación directa está prohibido en prácticamente todos los acuerdos de inversión, a menos que se adopten con fines públicos de manera no

¹⁰ NOUVEL Yves, *Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux*. *Revue générale du droit public international*, 2002, pp. 79-102.

¹¹ CAFTA, 2006, en el Anexo 10-C.

discriminatoria, siguiendo el debido proceso, y contra el pago de una compensación por el valor de la propiedad¹².

En suma, una expropiación directa se da cuando una inversión se nacionaliza o se expropia usualmente mediante dos formas: i) la transferencia formal del título de propiedad o ii) la incautación de la propiedad, mientras que una expropiación indirecta se da cuando la medida regulatoria del estado tiene un impacto sobre la propiedad de tal manera que constituye indirectamente en una adquisición forzosa de un bien sin necesidad de la transferencia formal del dominio.

IV. MEDIDAS REGLAMENTARIAS QUE NO CONSTITUYEN EXPROPIACIONES

A menudo, los estados emiten medidas reglamentarias para proteger o promover objetivos de bienestar público; por ello, ante esa situación surge la cuestión de delimitar la línea entre reconocer una regulación legítima no indemnizable y una regulación indemnizable.

Debemos analizar si dicha medida se constituye en un marco de una regulación expropiatoria de la privación económica de manera permanente y si se vieron afectados otros derechos de propiedad como el control. Además, algunos tribunales analizan si la medida regulatoria es “*desproporcionada con respecto a la necesidad que se atiende*”¹³, o si el estado asumió compromisos específicos, como veremos en los siguientes párrafos.

¹² DAZA-CLARK, Ana María. y DUGGAL, Kabir, *Regulatory Expropriation*, *Jus Mundi*, 9/06/2022, párr. 5, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-regulatory-expropriation>.

¹³ *LG&E v. Argentina*, CIADI, Decisión sobre Responsabilidad, 3/10/2006, párr. 195 “*Con respecto a la facultad del Estado de adoptar sus políticas, en general se puede decir que el Estado tiene derecho a adoptar medidas que tengan un fin social o de bienestar general. En tal caso, la medida debe aceptarse sin imposición de responsabilidad alguna, salvo en los casos en que la actuación del estado sea manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad atendida*” (Traducción libre).

De hecho, los tratados de inversión más nuevos contemplan tres factores para determinar si una medida regulatoria equivale a una expropiación¹⁴:

- i) Impacto económico: Considera el nivel de privación económica sobre la inversión. Es importante destacar que este aspecto por sí solo no puede establecer que una expropiación ha ocurrido. En este sentido, los tribunales también consideran si el inversionista mantiene el control de la inversión, y la duración de la medida, es decir, si la medida es permanente. La apropiación de la inversión por parte del estado es un criterio que también puede ser tomado en consideración.
- ii) Expectativas legítimas: considera la medida en que el gobierno interfiere con compromisos, compromisos o representaciones anteriores ofrecidos al inversionista.
- iii) Carácter: Considera el propósito de la medida, y si es proporcional a sus objetivos.

En esa línea de ideas, aparece la doctrina denominada el poder de policía como aquella regla del derecho consuetudinario trascendente en la interpretación de expropiaciones. Así, en palabras de Yannaca-Small:

La doctrina de los poderes de policía es vista por algunos no como un criterio que es sopesado con otros factores, sino como el elemento de control que automáticamente exceptúa la medida de cualquier deber de compensación¹⁵.

Por lo que, si una medida reglamentaria del estado se da a razón a un interés legítimo del estado, no discriminatorias y de buena fe que son aplicadas para proteger objetivos legítimos como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, da como efecto que no esté obligado a indemnizar.

¹⁴ Modelo de TBI de Estados Unidos (2012), Anexo B (4) -Adoptado el 20 de abril de 2012. TBI modelo de Canadá (2004) Anexo B.13(1)(b) -Adoptado el 1 de enero de 2004.

¹⁵ YANNACA Small Katia, *Arbitration Under International Investment Agreements*, 2018, Edición Nº2, nota 71: “*the ‘police powers’ doctrine is viewed by some not as a criterion which is weighed in the balance with other factors, but as a controlling element which exempts automatically the measure from any duty for compensation*”.

En la jurisprudencia arbitral se aplica la doctrina, al establecer que dichas medidas no dan lugar a indemnización, este es el caso de *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, donde el tribunal arbitral dispuso lo siguiente:

Según la opinión del Tribunal, el principio de que un Estado no comete una expropiación y no es obligado a pagar compensación a un inversionista extranjero despojado cuando adopta regulaciones generales que ‘son comúnmente aceptadas como dentro del poder de policía de los Estados’ forma hoy parte del derecho internacional¹⁶.

Entonces se desprende que en el derecho internacional, los estados no se encuentran compelidos a indemnizar a un inversionista extranjero cuando actúan en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias salvo que dicha medida reglamentaria escape de la buena fe, interés general del bienestar y de la legalidad será considerada como una expropiatoria, o a menos que el estado haya asumido compromisos específicos de que el estado se mantendría al margen de emitir alguna medida reglamentaria, tal como se da en el caso *Methanex v. EE. UU* donde el Tribunal arbitral sostuvo lo siguiente:

Como cuestión de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria por un propósito público, que se dicte de conformidad con el debido proceso y que afecte, entre otras cosas, [sic], un inversionista o inversión extranjera no se considera expropiatorio y compensable a menos que el gobierno regulador haya otorgado compromisos específicos al inversionista extranjero putativo que contempla la inversión de que el gobierno se abstendrá de dicha regulación.¹⁷. (énfasis agregado)

En base a lo desarrollado, queda claro que mientras medie el poder de policía del Gobierno regulador y el núcleo de esas medidas reglamentarias se emitan en base a la seguridad pública o bienestar general, no se considerará como una

¹⁶ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, 17 March 2006: “*In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today*”.

¹⁷ *METHANEX v. EE. UU.*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo D, párr. 7.

acción expropiatoria de la Administración Pública, toda vez que, dicha medida *per se* es justa y legal pues yace dentro de los poderes de policía administrativa y de intervención regulatoria que tiene todo estado frente a los particulares.

A. *Derechos que pueden ser expropiados*

Resulta importante responder si ¿Todo tipo de activo es susceptible de ser expropiado? Pues, la mayoría de los tribunales arbitrales consideran que, siempre que un activo constituya una inversión, será susceptible de ser expropiado. Sin embargo, también hay quienes, que representan a la minoría, opinan que solo los derechos reales como la propiedad, pueden ser objeto de expropiación, mientras que los derechos *in personam*, como los contratos no pueden¹⁸.

También tenemos el caso de Canadá quienes tienen una lista cerrada de activos que puedan ser objeto de una expropiación; mientras que la mayoría de los acuerdos de arbitraje de inversión suelen usar la palabra “todo tipo de activos”¹⁹ para introducir una lista referencial no restrictiva, esta postura se puede ver reflejada en el caso *Amoco v. Irán*, donde el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos afirmó que:

Expropiación (...) puede extenderse a cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial, es decir, vendido y comprado libremente y por lo tanto tiene un valor monetario²⁰.

Así también, otros tribunales para analizar la existencia, naturaleza y validez de los derechos o intereses que se alega que han sido expropiados, consideran que

¹⁸ KHACHVANI, David y UGALE, Anastasia, *Expropiación Directa*, 2022, pf. 2, JUS MUNDI.

¹⁹ UNCTAD, *Scope and Definition: A Sequel. Series on Issues on International Investment Agreements II. United Nations publication*, 2011, New York and Geneva, p. 24.

²⁰ *Amoco International Finance Group v. El Gobierno de la República Islámica de Irán, la Compañía Nacional de Petróleo de Irán et al. (“Amoco v. Irán”)*. Laudo No. 310-56-3 del 14 de julio de 1987. 15 informes del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos 189.

debe evaluarse a la luz de las leyes y reglamentos del estado donde se da la inversión. Como el tribunal de Suez c. Argentina, sostuvo que:

(...) para evaluar la naturaleza de estos derechos en un caso de supuesta expropiación de derechos contractuales, uno debe mirar a la ley interna bajo la cual los derechos fueron creados²¹.

Se desprende que, esté o no especificado en el acuerdo de inversión, el alcance de los derechos que pueden ser expropiados deberá ser un derecho constituido y reconocido en el estado receptor de la inversión.

V. PROTECCIÓN CONTRA LAS EXPROPIACIONES

Es frecuente encontrar en los acuerdos de protección a las inversiones cláusulas de protección frente a las expropiaciones (directa-indirecta), donde se identificará el cumplimiento de los requisitos que deben cumplirse para una expropiación lícita, las cuales se analizarán a continuación:

A. *Condiciones para una expropiación lícita*

a. Propósito público

El requisito de propósito público tiene múltiples acepciones como objetivo público, necesidad pública, uso público, interés social, los cuales podemos identificarlos en el derecho internacional, tal como lo menciona el Tratado de Libre Comercio de Canadá-Colombia que consideró lo siguiente:

El término "objetivo público" es un concepto de derecho internacional público y debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional. La legislación nacional puede expresar este concepto u otros similares utilizando diferentes términos, como "interés social", "necesidad pública" o "uso público.

No cabe duda de que es imprescindible que una expropiación debe realizarse con fines públicos o enfocados a que la toma del título de propiedad que persiga el objetivo del bienestar general esté por encima que una ganancia privada, pero debemos enfatizar que no basta que una medida expropiatoria solo este motivada por la necesidad pública, tal como se establece en diversos

²¹ *Suez et al. v. Argentina*, Decision on Liability, 30 de julio de 2010, párr. 140.

pronunciamientos arbitrales, como en la controversia entre ADC v. Hungría donde el tribunal afirmó que:

Un requisito de tratado para el “interés público” requiere algún interés genuino del público. Si la mera referencia al interés público puede dar existencia mágicamente a tal interés y, por lo tanto, satisfacer este requisito, entonces este requisito perdería sentido ya que el Tribunal no puede imaginar ninguna situación en la que este requisito no se hubiera cumplido. (traducción libre)

Por ello, es necesario que también dicha medida expropiatoria reúna los demás requisitos que serán desarrollados, más adelante.

Asimismo, el concepto de “propósito público” es bastante amplio, ya que en el derecho internacional permiten que cada estado embestido de una amplia discrecionalidad pueda establecer por sí mismos lo que consideren bienes de propósito público, mientras que en el caso ADC v. Hungría, el tribunal no encontró el cumplimiento de este requisito, y considero que no se demostró que el supuesto interés público de la medida tomada por Hungría fuera a base de un interés genuino del público.

Por otro lado, cuando una medida tomada por el estado receptor deviene en un carácter expropiatorio, debemos analizar si en el momento que se tomó dicha medida se hizo a razón de un propósito público, independientemente de que después se logró o no el objetivo por el cual fue emitida dicha medida, contrario sensu, si una expropiación no se cumplió con el requisito de fines públicos y luego los activos expropiados derivan en un uso público dicha medida no será lícita, ya que, tal como hemos mencionado, el análisis del cumplimiento de este requisito comprende solo en el momento en que se tomó la medida.

Tal es el caso *Siag and Vecchi v. Egypt* donde las autoridades egipcias expropiaron la propiedad por demoras en la construcción de un proyecto turístico. La medida no se dio con un propósito público; sin embargo, tiempo después la misma propiedad fue trasferida a una empresa del estado dedicada a la construcción de un gasoducto, por lo que la propiedad del terreno devino en un proyecto de beneficio público:

El Tribunal no acepta que debido a que una inversión finalmente se puso a disposición del público, necesariamente se debe decir que la expropiación de esa inversión fue 'para' un propósito público.²²

En suma, dicho requisito sigue considerándose como una condición elemental de legalidad de la expropiación por los acuerdos de inversión y cuyo incumplimiento tornaría a la medida que se trate en ilegal.

b. De manera no discriminatoria

Los acuerdos de arbitraje de inversión imponen el requisito de que la medida expropiatoria se realice sin discriminación, por lo que este requisito se considerará que ha sido violado cuando un estado ha discriminado a ciudadanos extranjeros en base a su nacionalidad. No obstante, no todas las distinciones entre diferentes clases de inversionistas son discriminatorias.

Ante el supuesto de que una medida expropiatoria dirigida a un inversionista extranjero no es discriminatoria per se, sino que la expropiación debe estar motivada por la nacionalidad del inversionista.

En *Eureko v. Poland*, el tribunal consideró la cuestión de la discriminación:

Las medidas adoptadas por [Polonia] al negarse a realizar la OPI [compra de acciones adicionales] son claramente discriminatorias. Como señaló anteriormente el Tribunal, los sucesivos ministros del tesoro del estado han proclamado que estas medidas se persiguen para mantener a PZU [la compañía de seguros estatal privatizada] bajo el control mayoritario de Polonia y para excluir el control extranjero como el de Eureko. Que la conducta discriminatoria del Gobierno polaco es una violación contundente de las expectativas de las Partes al celebrar el SPA [Acuerdo de compra de acciones] y el Primer Anexo. (traducción libre)

En esa línea de ideas, cuando nos referimos al requisito de la no discriminación en la expropiación implica que la medida estatal no esté direccionada a inversionistas extranjeros en particular o que dicha medida haya sido tomada sólo por motivaciones políticas contra el privado.

c. Conforme el debido proceso legal

²² (Traducción libre)

Este requisito se refiere al marco procesal del estado expropiante, así también se refiere a los mecanismos legales que deben ponerse a disposición de un inversionista para impugnar la medida de carácter expropiatorio.

Es así que en los acuerdos internacionales de inversión y en los tratados bilaterales la expropiación está sujeta al “*procedimiento legal interno del Estado que realiza la expropiación*”²³. Siendo así, tenemos que un incumplimiento al debido proceso legal se daría cuando una medida expropiatoria no tiene base legal, ya que las limitaciones a un estado están sujetas a cumplir con el estándar del derecho al debido proceso que tienen los inversionistas.

Por otro lado, se discute mucho en la práctica arbitral sobre la notificación previa ante medidas expropiatorias, esto es, si como parte del debido proceso legal que se exige para dar cumplimiento a una expropiación lícita esta debería darse o no con un aviso previo, toda vez que la medida que da el estado nace ante un panorama de necesidad y emergencia. Sobre el particular, consideramos que un inversionista que ve afectado su propiedad debería estar informado sobre las decisiones que tome un Estado siempre y cuando dichas medidas directa o indirectamente impacten en su inversión.

En suma, la exigencia del debido proceso legal se considera cumplido, si y solo si, la expropiación se dé conforme a la legislación interna, con una medida de carácter no arbitraria, y la debida oportunidad a que el inversionista afectado por la medida pueda revisar la medida cuando nos referimos al requisito de la no discriminación en la expropiación implica que la medida estatal no esté direccionada a inversionistas extranjeros en particular o que dicha medida haya sido tomada sólo por motivaciones políticas contra el privado.

d. Pago de una indemnización

²³ ARNAUD OULEPO, Nemlin Hie - UGALE, Anastasia, *Due Process in Expropriation*, *Jus Mundi*, 21/06/2022, párr. 2, disponible en <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-due-process-in-expropriation#:~:text=L.Definition.foreign%20national%20within%20their%20territory.&text=As%20a%20general%20rule%2C%20an.due%20process%20of%20law%E2%80%9D%20requirement.>

El último requisito para analizar es el pago de una compensación, en la mayoría de los acuerdos de arbitraje de inversión este pago debe aplicarse en base al estándar de la doctrina Hull que hace referencia a una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Podría decirse que el pago de una compensación al inversionista también es la protección más importante, por la siguiente razón:

En algunos casos es la única protección disponible en la práctica para los inversionistas: numerosos tratados solo contemplan el arbitraje de disputas relacionadas con reclamos de expropiación, dejando a los inversionistas sin recurso por la violación de otras protecciones sustantivas técnicamente otorgadas por el tratado²⁴.

Los reclamos de expropiación generalmente se referían a expropiaciones físicas, no obstante, en los últimos años ha ganado importancia que también una expropiación puede darse sin necesidad de incautar físicamente de la propiedad²⁵.

En efecto, la obligación de indemnización se genera como consecuencia de una expropiación lícita, es decir, nos referimos a la acción soberana y legítima del estado, en estricto cumplimiento y respeto del tratado que haya suscrito con el inversionista y en el marco del cumplimiento de Derecho Internacional, donde expropia la propiedad privada del extranjero. Por otro lado, es muy distinto cuando un estado se encuentre compelido a la reparación por medidas ilícitas²⁶. Siendo así, dichos actos no legítimos son sancionados por el derecho

²⁴ TBI entre Mongolia y EE. UU. (1997), Artículo XI (exención de la mayoría de las protecciones excepto aquellas contra la expropiación y la transferencia en el tratado por “cuestiones de impuestos”); TBI Argentina-Estados Unidos (1994), Artículos XI y XII (exención de medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restauración de la paz o seguridad internacional, o la Protección de su propia seguridad esencial intereses y todo menos expropiación y transferencia por “cuestiones de impuestos”).

²⁵ DUGAN Christopher et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008, nota al pie 5 en la Sección 18.

²⁶ MARBOE, Irmgard “Indemnización de daños y perjuicios en el Derecho Internacional: Los límites del valor justo de mercado”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 16, 2012, pp. 32-36.

internacional, ya que el estado expropiante deberá pagar por daños y perjuicios generados.

Queda establecido que un estado no puede infringir una propiedad sin generar responsabilidad por una expropiación, ya que si esto ocurre, las consecuencias serán aún más controvertidas para su solución, por lo que un acto de expropiación que cumpla con las condiciones desarrolladas y sentadas sobre la base del derecho consuetudinario e internacional, devendrá en actos lícitos del estado, y su deber de indemnizar será la consecuencia del ejercicio legal de un derecho soberano reconocido de un estado.

VI. CONCLUSIONES

En resumen, ante medidas expropiatorias emitidas por la Administración Pública, se debe garantizar la protección de los inversionistas. Por ello, es importante que el objeto de la expropiación se encuentre claramente identificado en el acuerdo y en el tratado de inversión. Asimismo, se deja sentado que, podemos hablar de medidas de expropiación lícitas cuando se cumplen los requisitos de un propósito público, en el marco de una medida no discriminatoria, de conformidad con el debido proceso y el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva.

En ese sentido, dichas limitaciones deben ejercerse con el mayor de los cuidados a los derechos de las personas que afecta para evitar cuestionamientos que potencialmente podrían desembocar en futuros arbitrajes que perjudican al estado y al inversionista extranjero, por lo que los estados deben cuidar los actos que emiten, ya que las consecuencias que generan pueden desembocar en un severo impacto en su economía a causa del retiro masivo de los inversionistas frente a medidas expropiatorias ilícitas.

Por otro lado, ante potenciales controversias entre inversionistas y estados anfitriones, podemos paliar esta situación al equilibrar los intereses de ambos actores. Por ello, el reto de cada caso en particular será analizar los actos de la Administración Pública, y su impacto en la inversión, esto se puede lograr identificando las circunstancias bajo las cuales se debe o no considerar la compensación. El enfoque racional se da al reconocer que un estado al ejercer sus poderes policiales legítimos debe basarse en proporcionar claridad y transparencia a las cuestiones relacionadas a la nacionalización para que la medida pueda tornarse justa para ambos: estado e inversionistas.

El derecho a regular de los Estados para la protección de su medio ambiente y el Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de las Inversiones: El caso Eco Oro versus Colombia como ejemplo del conflicto

Dione Meruane Osorio*

Resumen- Existe un conflicto potencial entre el derecho de los Estados a regular —particularmente en materia ambiental— y la protección de las inversiones extranjeras, en particular a través del estándar de Trato Justo y Equitativo. Para mostrar el conflicto, en este trabajo se analizará el caso de arbitraje de inversión iniciado por Eco Oro Minerals Corp. —una empresa canadiense— contra la República de Colombia, tramitado ante el CIADI y basado en el Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y Canadá el 21 de noviembre de 2008 (Caso No. ARB/16/41) y cuyo Tribunal Arbitral estuvo integrado por Juliet

* Abogada de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio por la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile y Profesora de la Universidad Andrés Bello de Chile. Miembro fundador de las asociaciones Arbitraje Alumni y *Santiago Very Young Arbitration Practitioners*. Cuenta con especializaciones en Arbitraje Internacional por su participación en la *Arbitration Academy* en París (2016) y en Derecho Internacional por su participación en la Academia de la Haya de Derecho Internacional (2022).

Blanch (presidenta), Horacio A. Grigera Naón (coárbitro) y Philippe Sands QC (coárbitro).

Abstract- There is a potential conflict between the right of States to regulate — particularly in environmental matters— and the protection of foreign investments, particularly through the Fair and Equitable Treatment standard. To show the conflict, this publishing will analyze the investment arbitration case initiated by Eco Oro Minerals Corp.—a Canadian company—against the Republic of Colombia before ICSID and based in the Free Trade Agreement signed by Colombia and Canada on November 21, 2008 (Case No. ARB/16/41), and its Arbitral Tribunal was made up of Juliet Blanch (president), Horacio A. Grigera Naón (co-arbitrator) and Philippe Sands QC (co-arbitrator).

I. INTRODUCCIÓN	200
II. ANÁLISIS DEL CASO DE INVERSIÓN ECO ORO VERSUS COLOMBIA	204
A. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL TJE.....	205
a. <i>Posición de las partes</i>	206
b. <i>Decisión del Tribunal</i>	208
B. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA EXENCIÓN GENERAL A LAS INVERSIONES DEL TLC	209
a. <i>Posición de las partes</i>	209
b. <i>Decisión del Tribunal</i>	211
III. CRÍTICAS AL LAUDO ARBITRAL EN RELACIÓN CON EL TJE, EL DERECHO A REGULAR Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL	212
A. EL TRIBUNAL PRIVILEGIÓ LA PROTECCIÓN AL TJE PESE A HABER CONSIDERADO QUE LOS ACTOS DE COLOMBIA FUERON LEGÍTIMOS Y REALIZADOS DE BUENA FE PARA LA PROTECCIÓN DE SU MEDIO AMBIENTE.	212
B. EL TRIBUNAL INCURRIÓ EN ERROR Y SE CONTRADICE A SÍ MISMO AL DECLARAR ARBITRARIOS LOS ACTOS DE COLOMBIA EN RELACIÓN AL TJE.	215
C. EL TRIBUNAL SE EQUIVOCÓ AL CONSIDERAR QUE SE HABÍAN VIOLADO LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE ECO ORO, LA ESTABILIDAD Y PREVISIBILIDAD.	216

D. EL TRIBUNAL DESESTIMÓ UNA CLARA EXCEPCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXISTENTE EN EL TLC MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN POCO CONVINCENTE.....	218
IV. CONCLUSIONES.....	220

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el número de disputas de inversión con componentes ambientales ha aumentado considerablemente¹. Esto se debe a que existe un conflicto potencial entre las políticas de inversión extranjera y las políticas ambientales. En general, el choque es obvio. Los Estados se debaten entre el desarrollo económico y las consideraciones de protección del medio ambiente². Mientras que, por un lado, los Estados buscan atraer inversión extranjera firman tratados para protegerla y se someten al Derecho Internacional de las Inversiones con altos estándares de protección a los inversionistas extranjeros; por el otro, celebran Tratados Ambientales Internacionales y tienen deberes constitucionales y legales para con sus ciudadanos de otorgarles un ambiente saludable donde vivir, para lo cual imponen restricciones a las áreas protegidas, exigen que las empresas cuiden el medio ambiente y utilicen tecnologías acordes con la protección ambiental³.

En esa búsqueda de equilibrio de intereses aparentemente contrapuestos, los estados luchan por garantizar que la regulación ambiental no imponga una camisa de fuerza a su capacidad para seguir las políticas de desarrollo como

¹ Algunos ejemplos son los casos: *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. v. Ecuador (II)*, caso de la CPA No. 2009-23; *Vattenfall v. Alemania* caso CIADI No. ARB /09/6 y el mismo caso *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, caso CIADI No. ARB/16/41, entre otros.

² DUPUY, PIERRE-MARIE Y VIÑUELAS, JORGE, *International Environmental Law*, 2da. Edición Cambridge University Press, 2018, pp. 3-4.

³ GUINARD HERNANDEZ, DAVID M., *Discussing the Tension between States' Right to Regulate and Foreign Investment Protection in Recent Colombian Cases*, *Revista de Derecho y Economía* 47, 2017, 89-120. p. 92. DUPUY, PIERRE-MARIE Y VIÑUELAS, JORGE, *International Environmental Law*, 2da. Edición Cambridge University Press, 2018, p. 454.

mejor les parezca. El objetivo buscado es el desarrollo sostenible, es decir, hacer compatible el crecimiento económico y la promoción de las inversiones, con la protección del medio ambiente⁴.

En particular, la relación entre el derecho de los estados a regular y el estándar de Trato Justo y Equitativo (“TJE”) es compleja. El equilibrio entre ambos conceptos se ha convertido en una parte integral de la evaluación del estándar de TJE⁵.

Ahora bien, a diferencia, por ejemplo, del estándar de expropiación, respecto del cual en algunos tratados existen cláusulas específicas incorporadas en dicho estándar que limitan el concepto de expropiación por interés público, no ocurre lo mismo con el TJE. De hecho, la inclusión de excepciones a las disposiciones del estándar de TJE es extremadamente rara. Un ejemplo se ha identificado en el Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) Modelo de Columbia de 2008, que incluye una excepción para las medidas regulatorias de un estado en el contexto del estándar de TJE. El Art. 4(d) de este Modelo de TBI establece que: "*El trato justo y equitativo no se interpretará en el sentido de impedir que una Parte Contratante ejerza sus poderes regulatorios de manera transparente y no discriminatoria y de conformidad con el debido proceso*". Esta disposición hace una referencia explícita al ejercicio de los poderes regulatorios sin mencionar ningún interés público específico. Sin embargo, esta disposición estipula que el estado tiene el derecho de regular con la condición de que sus acciones se lleven a cabo de manera "*transparente y no discriminatoria y de acuerdo con el debido proceso*"⁶.

No obstante, la mayoría de los TBI no tienen cláusulas que limiten específicamente el TJE para el interés regulatorio público del Estado. A pesar de eso, algunos tribunales han reconocido el derecho de los estados a regular y han desestimado la violación del estándar de TJE. La decisión histórica es

⁴ DUPUY, PIERRE-MARIE Y VIÑUELAS, JORGE, *International Environmental Law*, 2da. Edición Cambridge University Press, 2018, pp. 3-4.

⁶ LEVASHOVA, YULIA, *The Right of States to Regulate in Their Public Interest and The Right of Investors to Receive Fair and Equitable Treatment*, Gildeprint, Países Bajos, 2018, p. 31,32, 33.

Saluka v. la República Checa en 2006⁷, que en su evaluación de la norma de TJE dispuso que, al evaluar las expectativas legítimas del inversor, también debe tenerse en cuenta el derecho legítimo de un “*Estado anfitrión a regular posteriormente asuntos internos en interés público*”⁸. Esa decisión fue seguida por otras como el caso Lemire v. Ucrania en el 2010, donde el tribunal arbitral enfatizó la necesidad de equilibrar el derecho de un estado a regular y los derechos de los inversores⁹. Luego, en el caso Philip Morris v. Uruguay¹⁰ el Tribunal descartó la violación del estándar de TJE, indicando que las medidas impugnadas no violaban las expectativas legítimas del inversionista y la estabilidad del marco legal, entre otras razones porque consideró que las

⁷ *Saluka v. Czech Republic*, Caso CNUDMI, Partial Award, Mar. 17, 2006

⁸ LEVASHOVA, YULIA, *The Right of States to Regulate in Their Public Interest and The Right of Investors to Receive Fair and Equitable Treatment*, Gildeprint, Países Bajos, 2018, p. 31,32, 33.

⁹ *Joseph Charles Lemire v. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/06/18. En la Resolución sobre Jurisdicción y Responsabilidad de fecha 14 de enero de 2010, el Tribunal señaló que: “*La evaluación de la acción del Estado no puede realizarse en abstracto y sólo con miras a proteger los derechos del inversor. El Tribunal también debe equilibrar otros intereses jurídicamente relevantes, y tomar en consideración una serie de factores compensatorios, antes de que pueda establecer que realmente se ha producido una violación del estándar de TJE que merece una compensación: — el derecho soberano del Estado a aprobar legislación y adoptar decisiones para la protección de sus intereses públicos, especialmente si no provocan un impacto desproporcionado en los inversores extranjeros; — las expectativas legítimas del inversor, en el momento en que realizó su inversión; — el deber del inversor de realizar una investigación antes de efectuar la inversión; — la conducta del inversor en el país de acogida*”. LEVASHOVA, YULIA, *The Right of States to Regulate in Their Public Interest and The Right of Investors to Receive Fair and Equitable Treatment*, Gildeprint, Países Bajos, 2018, p. 113.

¹⁰ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N° ARB/10/7. En este caso Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) demandaron a la República Oriental del Uruguay según el TBI Suiza-Uruguay (1988) debido a las medidas adoptadas por el gobierno uruguayo en relación con los paquetes de cigarrillos.

medidas adoptadas por el Estado de Uruguay no eran arbitrarias, manifiestamente injustas, discriminatorias o desproporcionadas¹¹.

Sin embargo, no todos los casos han corrido la misma suerte. Como revisaremos al analizar el caso de la empresa canadiense Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia, caso CIADI No. ARB/16/41, lejos de darle la relevancia que tiene el derecho del estado a regular para la protección del medio ambiente en el análisis TJE, el Tribunal consideró que el Estado colombiano violó el trato justo y equitativo respecto del inversionista extranjero; lo que resulta curioso, teniendo en cuenta que las mismas medidas fueron útiles para rechazar la demanda de expropiación del inversor. Esa contradicción es consecuencia de que el análisis de las medidas regulatorias es diferente dependiendo de qué estándar se analice, incluso si los actos son los mismos, debido a que los estándares de inversión se construyen de manera separada y apuntan a objetivos diferentes con la finalidad global de protección de las inversiones extranjeras. Esto se refuerza porque, en general, las cláusulas TJE no incluyen disposiciones que limiten específicamente el estándar. En cualquier caso, el caso Eco Oro v. Colombia es aún más sorprendente, ya que el Tratado de Libre Comercio (“TLC”) celebrado entre Canadá y Colombia tenía una cláusula general de exención para las inversiones, que el Tribunal también desestimó, como veremos.

En definitiva, el caso Eco Oro v. Colombia revela el conflicto potencial entre la protección de las inversiones mediante el estándar de TJE, el derecho a regular y los intereses de protección del medio ambiente. En palabras de uno de los árbitros:

Este caso gira en torno a una lucha entre objetivos sociales en competencia que tiran en direcciones opuestas: por un lado, la protección de los derechos convencionales de un inversor internacional; por otro lado, la capacidad de una comunidad para tomar medidas legítimas para conservar su medio ambiente.¹²

¹¹ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N° ARB/10/7, párr. 410 y 420.

¹² *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N° ARB/16/41, opinión disidente del profesor Philippe Sands, párr. 1.

II. ANÁLISIS DEL CASO DE INVERSIÓN ECO ORO VERSUS COLOMBIA

El arbitraje de inversiones iniciado por la canadiense Eco Oro Minerals Corp. v. la República de Colombia, caso No. ARB/16/41, fue administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), y el Tribunal Arbitral estuvo integrado por Juliet Blanch (presidenta), Horacio A. Grigera Naón (coárbitro) y Philippe Sands QC (coárbitro). La disputa se centró en la interpretación del capítulo de inversiones del TLC entre Colombia y Canadá el 21 de noviembre de 2008.

Eco Oro alegó que Colombia expropió su inversión y violó la cláusula de trato justo y equitativo al reducir el área explotable de su proyecto minero en el *Páramo de Santurbán*. La disputa entre las partes estaba relacionada con la prohibición impuesta por Colombia de realizar actividades mineras o de cualquier tipo en ecosistemas *de páramo*, que son fundamentales para el suministro de agua en el país¹³.

En el laudo dictado el 9 de septiembre de 2021, el Tribunal Arbitral concluyó que tenía jurisdicción sobre las demandas presentadas por Eco Oro y, por mayoría, que la demanda de expropiación indirecta presentada en virtud del Art. 811 del TLC se desestimaba, teniendo en cuenta las disposiciones del Anexo 811(2)(b) sobre facultades de policía.

Asimismo, la mayoría del Tribunal Arbitral concluyó que Colombia violó el estándar de Nivel Mínimo de Trato (“NMT”) del Art. 805 del Tratado que incluía el deber de dar un trato justo y equitativo al inversionista, debido a que Eco Oro no tenía un entorno regulatorio estable y predecible con respecto a su inversión en Colombia, debido a que el país no delimitó el *Páramo de*

¹³ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 86: “Los páramos son ecosistemas de alta montaña que juegan un papel central en el mantenimiento de la biodiversidad, basados en una capacidad única para absorber y restaurar el agua. En América del Sur, los ecosistemas de páramo forman el llamado “collar de perlas” a lo largo de las montañas andinas. En Colombia, se han identificado 37 complejos de páramo, que representan alrededor del 50 por ciento de los ecosistemas de páramo del mundo. Los páramos tienen una flora y fauna altamente endémicas. El Páramo de Santurbán proporciona agua a alrededor de 2,5 millones de personas en 68 municipios circundantes.⁴⁰ De hecho, Colombia ve los ecosistemas del páramo como “joyas ambientales””.

*Santurbán*¹⁴ afectando los proyectos mineros del inversionista. Además, el Tribunal determinó que el Art. 2201(3), que establecía una cláusula general de exoneración de responsabilidad por adoptar medidas en protección del medio ambiente, no excluía el deber de Colombia de pagar una indemnización a Eco Oro. En cuanto a los daños y perjuicios, el Tribunal Arbitral decidió abrir una etapa diferente para cuantificarlos¹⁵.

A. La discusión en torno al TJE.

El artículo 805 del Tratado establece el NMT y el TJE diciendo que:

Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato de conformidad con el estándar mínimo de trato de los extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad (...).¹⁶

¹⁴ No obstante, es curioso que el Tribunal Arbitral considerara, al mismo tiempo, que Colombia no violó el Estándar de Expropiación contenido en el Art. 811 del TLC, ya que no actuó de manera discriminatoria, al contrario, el Tribunal dijo que actuó legítimamente en el marco de su derecho a regular para proteger los ecosistemas de la páramos.

¹⁵ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 920:

(1) *El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones planteadas.*

(2) *Por mayoría, el Tribunal decide que Colombia no infringe el Art. 811 del TLC.*

(3) *Por mayoría, el Tribunal decide que Colombia está violando el Art. 805 del TLC.*

(4) *A este respecto, dado que, como Eco Oro acepta, tiene la carga de la prueba de presentar sus argumentos sobre daños y perjuicios, se ordena a Eco Oro que presente sus presentaciones respondiendo a algunas preguntas que el Tribunal planteó y Colombia debe presentar sus presentaciones en respuesta, si las hubiere.*

5) *Queda reservada la decisión del Tribunal sobre las costas.*

(6) *Se desestiman todas las demás reclamaciones.*

¹⁶ El Art. 805 del TLC Canadá-Colombia dice:

"(1) Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato de conformidad con el estándar mínimo de trato de los extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "plena protección y seguridad" no requieren un trato adicional o superior al exigido por la norma mínima de trato de los extranjeros del derecho internacional consuetudinario.

Como notamos, el estándar de TJE está consagrado como parte del NMT en el TLC, por esa razón, parte de la discusión entre las partes fue si el TJE es un estándar autónomo o si está limitado por NMT y el Derecho Internacional Consuetudinario.

a. Posición de las partes.

Según Eco Oro, Colombia violó el Art. 805 del TLC a través de actos y omisiones que no cumplieron con el NMT a los extranjeros en el derecho internacional consuetudinario, incluida la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, que se ha convertido en un estándar ampliamente reconocido para el tratamiento de los inversionistas extranjeros. También agregó que múltiples tribunales han expresado que ha habido una convergencia sustantiva del estándar TJE y el NMT bajo el derecho internacional consuetudinario¹⁷.

La demandante dijo que el estándar de TJE se violó en tres aspectos. En primer lugar, violó las expectativas legítimas de Eco Oro de explorar y explotar en su totalidad la Concesión 3452, debido a que Eco Oro se vio privada del derecho

(2) La obligación establecida en el párr. 1 de proporcionar un «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar la justicia en los procedimientos judiciales penales, civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso.

(3) La determinación de que ha habido una violación de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que haya habido una violación de este Artículo".

¹⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 702 y 707. Además, en el párr. 710 del laudo, se añade que el TJE es un concepto amplio, conducta que es "arbitraria, manifiestamente injusta, injusta o idiosincrática o discriminatoria" está en incumplimiento de esta obligación y Colombia está obligada a seguir un enfoque que es: "justo", "imparcialidad", "imparcial" o "legítimo". Los tribunales que aplican el TJE como parte del derecho internacional consuetudinario han convergido generalmente en criterios interpretativos, incluido el hecho de que un Estado debe: *inter alia*, (i) no frustrar las expectativas legítimas de un inversor; (ii) proporcionar un entorno jurídico y reglamentario estable y transparente; y (iii) actuar de buena fe y no de manera arbitraria, caprichosa, desproporcionada o similar. Con respecto a esta tercera parte, el principio de buena fe es un principio central del estándar mínimo de trato y Eco Oro: Colombia no debe frustrar las expectativas legítimas de Eco Oro y debe actuar de buena fe incorporando los conceptos de equidad, transparencia, (no) arbitrariedad, claridad, (no) ambigüedad y previsibilidad.

a intentar cumplir con los requisitos de licencia ambiental aplicables durante la vigencia de la concesión, que era un derecho adquirido. En segundo lugar, que Colombia no logró proporcionar un entorno de inversión estable y transparente debido a su incapacidad para delimitar los ecosistemas de *páramo*¹⁸ en el área de Santurbán durante más de cuatro años en todo momento, exhibiendo una absoluta falta de transparencia e impidiendo que Eco Oro entendiera el estado legal de su inversión en el Proyecto Angostura. En tercer lugar, señaló que Colombia no actuó de buena fe —lo cual es inherente al TJE— y, por el contrario, actuó de manera arbitraria, caprichosa y desproporcionada¹⁹.

Por su lado, Colombia dijo que trató a la inversión de Eco Oro de conformidad con el estándar de NMT en virtud del Derecho Internacional Consuetudinario y que de la nota 2 sobre el Art. 805 se desprende claramente que el TJE en virtud de este artículo no requiere tratamiento "*además o más allá*" del NMT²⁰.

Según Colombia, el NMT no debe aplicarse de ninguna manera que obstaculice el derecho de un estado a regular. Así, un alto grado de deferencia debe extenderse al derecho de un estado a regular los asuntos dentro de sus límites. Agregó que Eco Oro no ha cumplido con el umbral alto que necesitaría para

¹⁸ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 712 y 713.

¹⁹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 717, 718 y 722.

²⁰ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 729. Además, en el párr. 731 del laudo, Colombia dijo que las decisiones de los tribunales de tratados de inversión no son fuentes aceptables, en el mejor de los casos sólo reflejan la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Eco Oro no puede basarse en decisiones de tribunales que interpretan un estándar autónomo de TJE que no está calificado por el derecho internacional consuetudinario para probar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. En el párr. 732 del laudo, Colombia argumentó que las expectativas legítimas, el derecho a un entorno jurídico y reglamentario estable y transparente y la obligación de transparencia no están protegidos por el NMT por el derecho internacional consuetudinario. Añadió que todos los casos citados por Eco Oro se refieren a tribunales que aplican el estándar autónomo de TJE, no al NMT bajo el derecho internacional consuetudinario, y el Tribunal debe ignorar aquellos casos no decididos sobre el estándar NMT.

tener éxito en su reclamo porque el caso *Neer*²¹ sigue siendo relevante para la interpretación del estándar NMT/TJE. y numerosos tribunales posteriormente han confirmado que el umbral es alto. Por último, Colombia explicó que no dio ninguna garantía específica o inequívoca a Eco Oro de que se le permitiría explotar en la zona del páramo de la concesión 3452²², por lo que, si Eco Oro no tenía ninguna expectativa legítima, ninguna podría frustrarse²³. La política de Colombia de proteger el páramo fue consistente; no hubo agitación regulatoria.²⁴

b. Decisión del Tribunal.

El Tribunal Arbitral determinó por mayoría que Colombia violó el Art. 805 del TLC, porque: (i) frustró la confianza legítima de Eco Oro, negándose a permitir que las actividades de explotación minera se llevaran a cabo en toda el área de la Concesión 3452 sin pago de compensación²⁵, debido a su enfoque inconsistente para la delimitación del *Páramo de Santurbán* y su última (y continua) falta de delimitación; (ii) no proporcionó a Eco Oro un entorno regulatorio estable y predecible²⁶, debido a que finalmente no delimitó el *Páramo de Santurbán* en circunstancias en las que Eco Oro fue informado de que no se podían emitir licencias ambientales para proyectos mineros en las

²¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 732. En el párr. 733 del laudo, Colombia dijo que para que haya una violación resarcible de NMT, debe haber una conducta que sea "*arbitrario más allá de una aplicación meramente inconsistente o cuestionable de la política o procedimiento administrativo o legal para constituir un repudio inesperado e impactante del propósito y los objetivos mismos de una política, o para subvertir groseramente una ley o política interna por un motivo oculto; o implicar una falta total de debido proceso para ofender la propiedad judicial*".

²² *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 734.

²³ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 735.

²⁴ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 741

²⁵ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 804 del laudo. Habiendo sopesado las respectivas posiciones de las Partes, la mayoría del Tribunal consideró que Eco Oro tenía expectativas legítimas de que (i) tendría derecho a realizar actividades de explotación minera en la totalidad de la Concesión 3452; ii) en caso de que el Estado expropiara los derechos adquiridos de Eco Oro, se pagaría una indemnización; y iii) que Colombia garantizaría un marco comercial previsible para la planificación empresarial y la inversión (párr. 804 del laudo)

²⁶ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41. párr. 805.

cercanías del *Páramo de Santurbán* hasta que se hubiera completado la nueva delineación y el hecho de no otorgar a Eco Oro una extensión para presentar su Plan de Construcción y Obras; y (iii) no concedió a Eco Oro un trato de inversión de conformidad con la norma mínima de trato de los extranjeros en el derecho internacional consuetudinario, incluida la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo²⁷.

El Tribunal consideró que Colombia no actuó de manera coherente, consistente o definitiva en su gestión del *Páramo de Santurbán* y, al hacerlo, infringió un sentido de justicia, equidad y razonabilidad, y de hecho demostró un flagrante desprecio por los principios básicos de justicia. Esto sería algo más que inconsistencia o insuficiencia por parte de Colombia y sus funcionarios²⁸.

B. La discusión en torno a la exención general a las inversiones del TLC

El apartado 3 del Art. 2201 del TLC establece una exención general a las inversiones por razones de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, y para la conservación de los recursos naturales agotables vivos o no vivos²⁹.

a. Posición de las partes.

Según Eco Oro el texto del Art. 2201(3) es explícito y específico: el sentido corriente es que no impide el pago de una indemnización y solo se aplica cuando

²⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 821.

²⁸ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 821.

²⁹ El párr. 3 del Art. 2201 del TLC Canadá-Colombia dice:

"(3) Para los efectos del Capítulo Ocho (Inversión), sujeto al requisito de que tales medidas no se apliquen de manera que constituyan discriminación arbitraria o injustificable entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción encubierta al comercio o la inversión internacionales, nada en este Tratado se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias:

(a) Proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, que las Partes entienden que incluyen las medidas ambientales necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal;

(b) Para garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean incompatibles con este Acuerdo; o

(c) Para la conservación de los recursos naturales agotables vivos o no vivos."

un Estado busca aprobar (adoptar) o implementar (hacer cumplir)³⁰, entre otras cosas, medidas medioambientales; así, nada impide que Colombia adopte o haga cumplir medidas de protección del medio ambiente siempre y cuando pague la indemnización correspondiente. De hecho, el pago de una indemnización, como resultado de un hecho internacionalmente ilícito, como la violación del TLC, es una norma supletoria en virtud del Derecho Internacional. No es necesario que el artículo 2201, apartado 3, declare que esta obligación sigue vigente; por el contrario, requeriría un texto explícito e inequívoco para restringir la obligación de un Estado de pagar una indemnización³¹.

A su vez, Colombia adujo que el Parr. 3 del Art. 2201 del TLC debe interpretarse en el sentido de que dispone que nada de lo dispuesto en aquel debe entenderse en el sentido de restringir la capacidad de las Partes Contratantes de adoptar medidas "*necesarias para proteger la vida o la salud de las personas, los animales o los vegetales*" y para "*la conservación de los recursos naturales agotables vivos o no vivos*". No puede haber violación del TLC si las acciones tomadas por Colombia son: (i) necesarias; (ii) no constituyan discriminación arbitraria o injustificable; y (iii) no son restricciones encubiertas al comercio internacional³². Por lo tanto, según Colombia, las medidas que dan lugar a las reclamaciones de Eco Oro son todas medidas que caen dentro de la división ambiental del TLC. Estas medidas no se han aplicado "*de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable*", ya que se aplican a todos los titulares de derechos mineros ubicados en áreas que se superponen al Páramo de Santurbán.³³

Además, agregamos que Canadá presentó una comunicación como parte no contendiente en la que expuso sus opiniones sobre el Parr. 3 del Art. 2201³⁴.

³⁰ La posición de Eco Oro se expone en el apartado 367 y *seq.* del laudo, en relación con los argumentos de competencia *rationes de materia*, debido a las partes discutidas sobre el Art. 2201(3) del Tratado en lo que respecta a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

³¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 367,.

³² *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 362.

³³ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 366.

³⁴ Posición del Canadá, de fecha 27 de febrero de 2020, se expone en los párrs. 373 y siguientes del laudo, en relación con los argumentos de competencia *rationes de materia*, debido a las partes discutidas sobre el Art. 2201(3) del Tratado en lo que respecta a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

Canadá explicó que las excepciones generales actúan como una "*red de seguridad definitiva para proteger el ejercicio de las facultades reglamentarias del Estado en pos de los objetivos legítimos específicos identificados en las excepciones*". Señaló que estas excepciones solo se aplican una vez que se ha determinado que existe una violación de una obligación primaria en el capítulo ocho. Las excepciones del Art. 2201 no pueden ampliar el alcance de las obligaciones primarias de un Estado³⁵. Para que se aplique la excepción, la medida en cuestión: (i) no debe aplicarse de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción encubierta al comercio o la inversión internacionales; (ii) se refieran a uno de los objetivos políticos establecidos en los apartados a) hasta la c) (que incluye la protección del medio ambiente); y (iii) sean "necesarios" para alcanzar estos objetivos. Si se aplica la excepción general, no puede haber violación del TLC, por lo que no se requeriría responsabilidad del Estado y, en consecuencia, no se requeriría el pago de una indemnización³⁶.

b. Decisión del Tribunal.

El Tribunal interpretó el Art. 2201(3) de tal manera que si bien un Estado puede adoptar o hacer cumplir una medida de conformidad con los objetivos establecidos en el Artículo 2201(3) sin encontrarse en violación del TLC, esto no impide que un inversionista alegue, en virtud del Capítulo Octavo, que tal medida le da derecho al pago de una compensación³⁷. Si bien el Tribunal aceptó que no se puede prohibir al Estado adoptar o hacer cumplir una medida

³⁵ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 373.

³⁶ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 374. En el párr. 376 del laudo, el Canadá explica también que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1701 del TLC, las Partes Contratantes "*afirmó que las políticas comerciales y ambientales se apoyan mutuamente*" y que "*una interpretación de buena fe de las obligaciones de inversión en su contexto y a la luz del propósito y el objetivo del [TLC], no será incompatible con la capacidad de un Estado para adoptar medidas de protección ambiental. A este respecto, en el contexto de una alegación de que una medida reglamentaria infringe el Art. 811, un análisis adecuado de la medida a la luz de las orientaciones proporcionadas en el párr. 2 del Anexo 811 (y, de ser necesario, en virtud del párr. 3 del Art. 2210) no limitará la capacidad del Estado para regular en aras del interés público para la protección del medio ambiente.*"

³⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 830.

ambiental de conformidad con el Art. 2201(3), no puede aceptar las declaraciones de Colombia y Canadá de que en tales circunstancias no se requiere el pago de una indemnización³⁸.

III. CRÍTICAS AL LAUDO ARBITRAL EN RELACIÓN CON EL TJE, EL DERECHO A REGULAR Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL.

A continuación, plantaremos ciertas críticas al laudo arbitral, demostrando las contradicciones del Tribunal Arbitral y cómo este —por opinión mayoritaria— a través de argumentos que a nuestro parecer no son los apropiados, condenó al Estado de Colombia por infracción al estándar de TJE, a consecuencia de haber adoptado medidas protectoras hacia su medio ambiente.

A. El Tribunal privilegió la protección al TJE pese a haber considerado que los actos de Colombia fueron legítimos y realizados de buena fe para la protección de su medio ambiente.

En primer lugar, debemos manifestar que el Tribunal Arbitral reconoció en su laudo la importancia ambiental de los *páramos* y la legitimidad de las acciones de Colombia, diciendo que: "*no se puede discutir que las Medidas impugnadas, por parte de Colombia, eran para la protección del medio ambiente, y no se*

³⁸ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 836. En el párr. 829 del laudo, el Tribunal agregó: Dado que el TLC apoya igualmente la protección de las inversiones, si las Partes Contratantes hubieran tenido la intención de que se pudiera tomar una medida de conformidad con el Art. 2201(3) sin ninguna responsabilidad por compensación, el Art. habría sido redactado en términos similares a los del Anexo 811(2) sobre la expropiación indirecta, es decir, explicitando que la adopción de tal medida no daría lugar a ningún derecho a solicitar indemnización en virtud del capítulo ocho. A este respecto, cabe señalar que en el Art. 2201, apartado 3, no se hace referencia a las reclamaciones por infracciones del TLC. De hecho, dado que las Partes Contratantes redactaron otras disposiciones, como el Anexo 811.2) b), para incluir una estipulación expresa sobre las circunstancias en las que una medida no debe constituir una violación de un tratado, simplemente no es creíble que las Partes Contratantes dejaran implícita una disposición tan importante de no responsabilidad al considerar la aplicación del Art. 2201. 3).

puede discutir que la preocupación por proteger el páramo era legítima en todos los aspectos"³⁹.

El Tribunal también dijo que:

Los páramos tienen una importancia ambiental significativa, reconocida a nivel nacional e internacional. En primer lugar, proporcionan servicios ecosistémicos, el más importante de los cuales es el suministro de agua (que suministra el 70 por ciento del agua de Colombia) y la regulación del ciclo del agua. Los páramos actúan efectivamente como esponjas, tomando agua de la atmósfera y permitiéndole moverse hacia las capas freáticas, por lo que el suelo juega un papel crítico en la absorción y el transporte del agua. El Páramo de Santurbán es particularmente húmedo, proporcionando agua a unos 2,5 millones de personas en 68 municipios circundantes. En segundo lugar, los páramos capturan grandes cantidades de carbono de la atmósfera.⁴⁰

Asimismo, en el análisis sobre el estándar de Expropiación, el Tribunal reconoció el derecho a regular de Colombia y su actuar de buena fe⁴¹ al imponer medidas para la protección de los *páramos*, señalando:

Por lo tanto, la mayoría del Tribunal no considera que las medidas impugnadas hayan sido tan severas que no puedan considerarse razonablemente que se hayan adoptado de buena fe. La mayoría del Tribunal considera que fueron motivados tanto por una creencia genuina en la importancia de proteger el ecosistema del páramo como por la obligación legal de larga data de Colombia de protegerlo. En suma, las Medidas impugnadas fueron adoptadas de buena fe, no son discriminatorias y están diseñadas y aplicadas para proteger el medio ambiente de tal manera que sean un ejercicio legítimo de las facultades policiales de Colombia.⁴²

³⁹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 636.

⁴⁰ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 636.

⁴¹ El análisis del Tribunal sobre el derecho de Colombia a reglamentar se centró en el Anexo 811(2)(b) sobre la expropiación directa, que contenía una cláusula de excepción a la expropiación indirecta por razones de protección ambiental.

⁴² *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 699.

No obstante, el Tribunal no tomó en consideración el derecho de Colombia a regular con respecto al análisis del TJE, sino que se centró en analizar si las expectativas legítimas del inversionista se vieron frustradas y si tenía un entorno estable para el desarrollo de su negocio.

Lo anterior nos parece llamativo ya que el ejercicio de las facultades regulatorias de Colombia fue parte de la discusión en el análisis del TJE. En efecto, Colombia indicó que el NMT—y por lo tanto el TJE que se incluye en él— no debe aplicarse de ninguna manera que limite el derecho de un Estado a regular y un alto grado de deferencia debe extenderse al derecho de un Estado a regular asuntos dentro de sus límites. De hecho, aunque el estándar de expropiación y el estándar de TJE son estándares de protección de inversiones diferentes, los hechos del caso son los mismos. Por lo tanto, a nuestro parecer, reconocer los efectos del derecho del Estado a regular en el análisis de la norma de expropiación (reconocimiento a los poderes de policía), y rechazarlo en el análisis del estándar de TJE, parece contradictorio.⁴³

Dicho lo anterior, se demuestra que el Tribunal priorizó la protección de las inversiones sobre la protección del medio ambiente, a pesar de haber dicho que existe una tensión evidente entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico, y que tanto la protección de las inversiones como la protección del medio ambiente están al mismo nivel⁴⁴. En nuestro parecer, esto

⁴³ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 732. Y en el párr. 733 del laudo, Colombia dijo que para que haya una violación rescarible del NMT, debe haber una conducta que sea "arbitrario más allá de una aplicación meramente inconsistente o cuestionable de la política o procedimiento administrativo o legal para constituir un repudio inesperado e impactante del propósito y los objetivos mismos de una política, o para subvertir groseramente una ley o política interna por un motivo oculto; o implicar una falta total de debido proceso para ofender la propiedad judicial".

⁴⁴ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 698. A su vez, en el párr. 748 del laudo, el Tribunal señaló: "Eco Oro tiene derecho a esperar que Colombia trate su inversión de manera imparcial y justa para garantizar un entorno empresarial predecible y fomentar la promoción de la inversión extranjera, pero que, al hacerlo, garantizará la mejora y el cumplimiento de las leyes y reglamentos ambientales. de modo que ni la protección de las inversiones ni la protección del medio ambiente tengan prioridad". En el párr. 828 del laudo, el Tribunal señaló: "Por lo tanto, para determinar el sentido corriente del Art. 2201, apartado 3, es necesario entender,

sería un error teniendo en cuenta el interés público de la protección del medio ambiente en juego y el carácter esencial del recurso natural protegido.

B. El Tribunal incurrió en error y se contradice a sí mismo al declarar arbitrarios los actos de Colombia en relación al TJE.

El Tribunal reconoció en varios pasajes de su decisión que Colombia actuó de buena fe en la protección del *páramo*⁴⁵. Entonces, si la demandada actuó de buena fe, si el propósito de sus acciones fue la protección de los *páramos necesarios* para el suministro de agua del país y para la protección de un interés público superior, es contradictorio —a nuestro entender— que, a reglón seguido, establezca que tales acciones son injustas o arbitrarias en relación con el análisis del TJE. El tribunal se contradice a sí mismo al reconocer primero la buena fe de Colombia y luego considerar que incurrió en arbitrariedad en la delimitación de los *páramos*⁴⁶.

Hacemos presente que, en el contexto de una inversión a gran escala en un país, donde están involucrados numerosos organismos e instituciones estatales, y donde hay una historia a largo plazo, no todas las acciones estatales serán totalmente consistentes. En este caso, pudo haber una cierta falta de coordinación por parte del estado, sin embargo, se debió privilegiar el derecho de los estados a regular para la protección de su medio ambiente, considerando especialmente que estamos en tiempos de grave crisis climática.

En este sentido, suscribimos a la opinión disidente del profesor Sands a este respecto:

32. Al igual que muchos gobiernos de todo el mundo, Colombia ha encontrado desalentador el desafío de tomar medidas razonables para proteger su medio ambiente, uno que lleva tiempo y a menudo se compone de una multitud de decisiones que aparentemente toman direcciones contrarias. En un momento en que la necesidad de proteger el medio ambiente es, en términos jurídicos, un

como ha declarado el Tribunal, que ni la protección del medio ambiente ni la protección de las inversiones están subordinadas a la otra, deben coexistir de manera mutuamente beneficiosa".

⁴⁶ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 718.

acontecimiento relativamente reciente, es comprensible que diferentes partes de un gobierno puedan en ocasiones tirar en diferentes direcciones, o que con el tiempo se puedan adoptar leyes contradictorias, o que se puedan dictar diferentes decisiones judiciales.

33. En la era del cambio climático y la pérdida significativa de diversidad biológica, es evidente que la sociedad se encuentra en un estado de transición. La ley, incluido el Derecho Internacional, debe tener en cuenta ese estado de transición, que genera numerosas incertidumbres. Los jueces – jueces y árbitros – reconocen la necesidad de proceder con cautela en un momento de transición e incertidumbre (...)

34. Para ser claros, el demandado no ha actuado perfectamente en su gestión del páramo, pero la norma NMT no exige que lo haya hecho. Ni el NMT ni el TLC ofrecen un derecho contra la confusión.⁴⁷

C. El Tribunal se equivocó al considerar que se habían violado las expectativas legítimas de Eco Oro, la estabilidad y previsibilidad.

Es un error del Tribunal considerar que se violaron las expectativas legítimas, la estabilidad y previsibilidad para que Eco Oro desarrollara su negocio.

En primer lugar, estamos frente a una empresa minera que realizó su inversión en una zona ecológica de importancia ambiental, por lo al analizar las expectativas legítimas del inversor, se debe considerar la necesaria previsión que el inversionista debió haber realizado previo a su inversión, anticipando que se le podría imponer alguna medida restrictiva o una imposición ambiental adicional, dado el tipo de actividad y el lugar donde la iba a desarrollar.

Es posible hacer una comparación con el razonamiento del Tribunal del caso Philip Morris, en que el Tribunal afirmó que: "*Los fabricantes y distribuidores de productos nocivos como los cigarrillos no pueden tener ninguna expectativa*

⁴⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N° ARB/16/41, opinión disidente del profesor Philippe Sands en *Eco Oro v. Premio Colombia*, apartado 32-34.

*de que no se impongan nuevas y más onerosas regulaciones*⁴⁸. Bueno, en este caso, una empresa minera que invertiría en un proyecto a gran escala en un área de páramos debería haber previsto que su inversión podría verse afectada por una regulación estatal por razones de protección ambiental. Por lo tanto, la conclusión de que se violaron las expectativas legítimas de Eco Oro no es convincente.

Además, con respecto a las expectativas legítimas, por un lado, en el examen de la expropiación, el Tribunal consideró que no se frustraban, pero, por otro lado, el respeto de TJE, el Tribunal dictaminó que se habían frustrado. En este sentido, la opinión disidente del profesor Philippe Sands, deja en evidencia la contradicción:

Como reconoce el Tribunal en relación con la demanda de expropiación, el demandante tenía conocimiento, o debería haber tenido conocimiento, de la existencia y el efecto del páramo en el área de la Concesión; que el demandado estaba comprometido con la protección del medio ambiente, y que su derecho o capacidad de ir más allá de la exploración para explotar el área de concesión estaba sujeto a la necesidad primordial de proteger el medio ambiente. Considerando que, en su análisis de la reclamación del artículo 811, estos mismos hechos llevaron al Tribunal a concluir que el demandante no había recibido una garantía o representación específica que diera lugar a una confianza

⁴⁸ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N° ARB/10/7, párr. 430. Asimismo, en la decisión sobre expropiación, el Tribunal analizó el Art. 5(1) del TBI Confederación Suiza-Uruguay (que contenía un reconocimiento del derecho a regular para el beneficio público en la Norma de Expropiación) y concluyó que: "*Uruguay adoptó las Medidas impugnadas con el fin de proteger la salud pública en cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales [...] las Medidas impugnadas no eran "arbitrarias e innecesarias", sino potencialmente un "medio eficaz para la protección de la salud pública" [...].*" (Párr. 306 del laudo). Por lo tanto, el tribunal dictaminó que las medidas eran un "*ejercicio válido por parte del Uruguay de sus facultades policiales para la protección de la salud pública*" y, como tal, no constituyó una violación de las obligaciones internacionales del Uruguay. (Párr. 30 del laudo).

legítima, es totalmente incoherente que la Mayoría llegue a una conclusión diferente en su análisis de la reclamación del artículo 805.⁴⁹

En relación con la estabilidad y la previsibilidad, también adherimos a las palabras de Sands:

la Mayoría declara explícitamente que el demandado no tiene la obligación de proporcionar un marco jurídico estable. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de la norma NMT a los hechos del caso, de la nada surge repentinamente la obligación de estabilidad, como si se inventara mágicamente de la nada, sin que se encontrara ninguna referencia ni a las cargas probatorias del demandante (sobre la práctica estatal o la *opinio juris* en relación con la norma del derecho consuetudinario) ni a ninguna autoridad legal.⁵⁰

En definitiva, podemos ver como el Tribunal, por opinión mayoritaria, condenó a Colombia por infracción a su deber de otorgar un trato justo y equitativo, por razones contradictorias.

D. El Tribunal desestimó una clara excepción de responsabilidad existente en el TLC mediante una interpretación poco convincente.

El Tribunal desestimó una clara excepción a la protección de las inversiones - entre otras razones para la protección del medio ambiente- existente en el TLC, a través de una interpretación poco convincente. Como dijimos, la excepción ambiental del Art. 2201(3) establece que nada en el capítulo de inversiones del TLC "*se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias*" para proteger el medio ambiente, siempre que tales medidas no constituyan una discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio o la inversión. Esta excepción se inspira en una disposición similar de "excepciones generales" del Art. XX del Acuerdo

⁴⁹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, opinión disidente del profesor Philippe Sands, párr. 16.

⁵⁰ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, opinión disidente del profesor Philippe Sands, párr. 19.

General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, y disposiciones similares se encuentran en muchos tratados de inversión y comercio de todo el mundo⁵¹.

A pesar de que Canadá, como parte no contendiente, consideró que las excepciones generales actúan como una "*red de seguridad definitiva para proteger el ejercicio de las facultades reglamentarias del Estado en pos de los objetivos legítimos específicos identificados en las excepciones*" y Colombia - el otro Estado contratante del TLC- estuvo de acuerdo con esa opinión, el Tribunal señaló que si bien un Estado puede adoptar o hacer cumplir una medida de conformidad con los objetivos establecidos en el Art. 2201(3) sin encontrarse en incumplimiento del TLC, esto no impide que un inversionista alegue en virtud del Capítulo Octavo que tal medida le da derecho al pago de una indemnización y que si se hubiera de evitar la compensación, debería haberse establecido expresamente en el tratado⁵².

Esta interpretación resta pleno sentido y eficacia a la excepción general contenida en el capítulo 22 del tratado. ¿Cuál sería el objetivo, entonces, de incorporar tal excepción, si el Estado también va a tener que responder económicamente cuando lleve a cabo actos en el ejercicio de sus facultades policiales y para la protección del medio ambiente? La realidad es que pierde el significado y el efecto deseados, y la excepción se convierte en letra muerta.

Además, el Tribunal no identificó la fuente de esta obligación de indemnización. Dejando de lado el caso especial de expropiación, un estado sólo puede indemnizar a un inversor si ha incumplido una obligación jurídica internacional. Las cláusulas de excepciones como aquella están diseñadas específicamente para impedir esa constatación de incumplimiento. Pero si el estado no ha violado el TLC, entonces no debería deber una compensación⁵³.

⁵¹ HEATH, J. BENTON, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, Investment Treaty News. International Institute for Sustainable Development, 20 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>

⁵² *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, Caso CIADI N°ARB/16/41, párr. 373.

⁵³ HEATH, J. BENTON, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, Investment Treaty News. International Institute for Sustainable Development, 20 de diciembre de

Me parece que la interpretación del Tribunal es errónea, sobre todo considerando que fue el mismo Estado de Canadá —que comenzó a incorporar estas excepciones en sus tratados y, por lo tanto, es quien mejor debería conocer la intención de su incorporación— indicó que, mediante esta excepción, el inversionista se vería privado de obtener una compensación.

IV. CONCLUSIONES.

El caso Eco Oro es muy polémico, desde diferentes puntos de vista. En nuestra opinión, el Tribunal cometió errores e inconsistencias en su fallo. El laudo evidencia que la protección del TJE fue privilegiada sobre el derecho a regular del estado para la protección de su medio ambiente. Esta conclusión es aún más sorprendente cuando se trata de un tratado en el que los Estados salvaguardaron expresamente sus poderes regulatorios por razones ambientales en la excepción general insertada en el TLC.

El caso Eco Oro v. Colombia sirve para ratificar la idea de que los estados no siempre estarán exentos de sus obligaciones en virtud de los tratados de inversión, incluso si aplicaron medidas de interés público, como la protección del medio ambiente o incluso si incorporaron excepciones generales a la protección de inversiones por razones de protección ambiental. El derecho a regular e incluso las cláusulas generales de excepción, no son necesariamente —o al menos no siempre— un fundamento legal para eximir al Estado de responsabilidad bajo el estándar de TJE. Esto puede ocurrir no solo por la ausencia de disposiciones que protejan el derecho de los Estados a regular, sino también por la amplitud del estándar de TJE⁵⁴, su interpretación hecha por los tribunales arbitrales y la falta de uniformidad en su construcción. Ese es precisamente el problema.

En efecto, parte del problema es que los tratados de inversión no se les ha dado una definición concreta de TJE, y más bien, han sido los tribunales quienes lo han conceptualizado, de una manera muy amplia y diferente dependiendo del

2021, disponible en <https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>

⁵⁴ LEVASHOVA, YULIA, *The Right of States to Regulate in Their Public Interest and The Right of Investors to Receive Fair and Equitable Treatment*, Gildeprint, Países Bajos, 2018. p.33.

caso, incluyendo diferentes conductas del estado para considerar una violación de trato justo y equitativo.

El caso *Eco Oro v. Colombia* pone de relieve los vacíos en lo que respecta a la construcción del estándar TJE y la interpretación de las excepciones contenidas en los tratados de nueva generación para la protección del medio ambiente.

Resolución de disputas relacionadas al cambio climático a través del arbitraje internacional

Jorge Enrique Bogarín *

Resumen- En la última década, se ha visto un incremento de las disputas relacionadas con cambio climático, presentadas en su mayoría contra los distintos gobiernos, ya sea en sede judicial o arbitral. En términos generales, estas disputas son de dos tipos, por un lado, aquellas que buscan mayores medidas de mitigación contra el cambio climático y, por otro lado, las planteadas en oposición a las medidas de mitigación contra el cambio climático adoptadas por los gobiernos.

Ante el aumento de las disputas de tal naturaleza, vale mencionar que la adopción de políticas y leyes contra el cambio climático a nivel mundial se ha incrementado, dada la magnitud de los compromisos adoptados por los gobiernos bajo el Acuerdo de París, así como el objetivo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de lograr cero emisiones netas de carbono para 2050. De ahí la necesidad de un foro que permita la rápida resolución de los mismos.

Teniendo en cuenta las características del arbitraje (neutralidad, elección de árbitros expertos, celeridad, entre otros.), resulta certero afirmar que, constituye el foro perfecto para resolver disputas que guarden relación con el cambio climático, y surjan en el marco de relaciones contractuales, tratados de inversión u obligaciones entre estados.

Abstract- In the last decade, there has been an increase in disputes related to climate change, most of them filed against different governments, either in court

* Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (2016). Maestría: Comparative and International Dispute Resolution LLM (2019), Queen Mary University of London.

or arbitration. In general terms, these disputes are of two types, on the one hand, those that seek greater mitigation measures against climate change and, on the other hand, those raised in opposition to the mitigation measures against climate change adopted by governments.

Given the increase in disputes of this nature, it is worth mentioning that the adoption of policies and laws against climate change at the global level has increased, given the magnitude of the commitments adopted by governments under the Paris Agreement, as well as the objective of the United Nations Organization (UN) to achieve zero net carbon emissions by 2050. Hence the need for a forum that allows the rapid resolution of the same.

Taking into account the characteristics of arbitration (neutrality, choice of expert arbitrators, speed, among others), it is accurate to state that it constitutes the perfect forum to resolve disputes that are related to climate change, and arise within the framework of contractual relations, investment treaties or obligations between states.

I. NOCIONES PRELIMINARES	224
II. MARCO LEGAL INTERNACIONAL	226
III. TIPO DE DISPUTAS RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO.....	229
IV. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ARBITRAJE Y ADR DE LA CCI SOBRE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO A TRAVÉS DE ARBITRAJE Y ADR	232
V. REGLAMENTO FACULTATIVO DE LA CPA PARA EL ARBITRAJE DE CONTROVERSIAS RELATIVAS AL MEDIO AMBIENTE Y/O RECURSOS NATURALES (“REGLAMENTO AMBIENTAL”).....	232
VI. COMPATIBILIDAD DEL ARBITRAJE CON LAS DISPUTAS RELACIONADAS AL CAMBIO CLIMÁTICO	233
A. ESPECIALIDAD DE LOS ÁRBITROS Y EXPERTOS.....	234
B. TRANSPARENCIA	234
C. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS.....	235

D. FLEXIBILIDAD Y CELERIDAD.....	236
VII. ARBITRAJES DE INVERSIÓN Y CAMBIO CLIMÁTICO.....	237
A. EJEMPLOS DE TBIS CON DISPOSICIONES MEDIOAMBIENTALES Y RELACIONADAS AL CAMBIO CLIMÁTICO.....	237
B. MODERNIZACIÓN DEL TRATADO DE LA CARTA DE ENERGÍA.....	238
C. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	239
VIII. CONCLUSIÓN.....	240

I. NOCIONES PRELIMINARES

Las negociaciones internacionales en busca de consenso para luchar contra el cambio climático se evidencian a partir de 1992 con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro. Su aplicación práctica se ha evidenciado a lo largo de los años con el Protocolo de Kyoto, el Acuerdo de París, el Pacto de Glasgow, el Acuerdo de Escazú, entre otros. Ahora bien, según distintas proyecciones realizadas por expertos en la materia, la comunidad global deberá lidiar con el aumento exponencial de disputas asociadas al cambio climático a raíz de la regulación e implementación de los compromisos asumidos por los Estados a través de los distintos Convenios internacionales¹. Hasta el momento, han surgido más de 1500 leyes y políticas relacionadas con el cambio climático en todo el mundo².

A nivel mundial, se ha observado en los últimos años un rápido aumento de controversias relacionadas con el cambio climático. En el 2017, habían sido iniciadas 884 demandas en 24 países, esto se duplicó para el 1 de julio de 2020,

¹ COLUMBIA LAW SCHOOL, SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, “Global Climate Litigation Report 2020 Status Review”, disponible en <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

² COLUMBIA LAW SCHOOL, SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, “Global Climate Litigation Report 2020 Status Review”, disponible en <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

llegando a casi 1.550 demandas promovidas en 38 naciones³. Estas cifras evidencian que las disputas climáticas se han configurado como el instrumento más usado por las organizaciones y comunidades para que gobiernos y empresas asuman su responsabilidad por la crisis climática ante los tribunales competentes.

Ahora bien, en la medida que se incrementan estas disputas, se involucra la comunidad de arbitraje. La gran mayoría de contratos que contienen cláusulas arbitrales provenientes de sectores de energía, industrias extractivas y de construcción, por su relación directa con el cambio climático⁴.

Cabe destacar que, para el análisis del arbitraje como el foro idóneo con relación a este tipo de disputas, es significativo definir dos conceptos “clave”, como lo son el cambio climático y, qué se entiende por disputas relacionadas con el cambio climático.

Al respecto, el cambio climático lo define la Convención Marco del Cambio Climático de las Naciones Unidas de 1992, como el cambio del clima atribuible, de forma directa o indirecta, a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera global y, es observable a lo largo de períodos de tiempo comparables⁵.

En cuanto a lo que se entiende por disputas climáticas, el informe elaborado por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional

³ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, “Arbitration and Climate Change”, disponible en: <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/arbitration-and-climate-change/>.

⁴ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, “Arbitration and Climate Change”, disponible en: <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/arbitration-and-climate-change/>.

⁵ NACIONES UNIDAS, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), Art. 1, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

(CCI)⁶ las define como cualquier disputa que surja de o guarda relación con los efectos del cambio climático y políticas de cambio implementadas en el marco del mismo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París.

Por otro lado, la litigación ambiental puede ser definida en términos amplios como cualquier disputa que involucre, de forma directa o indirecta, la aplicación de una norma del derecho ambiental ante un juez nacional⁷. En igual sentido, “la litigación de cambio climático” ha sido definida como aquella que incluya casos que plantean cuestiones materiales de derecho o hecho relacionados con la mitigación, adaptación, o la ciencia del cambio climático⁸.

II. MARCO LEGAL INTERNACIONAL

Por excelencia, el instrumento jurídico internacional de mayor renombre y considerado como la base del derecho internacional medioambiental⁹ es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (“CMNUCC”). Dicha Convención, entró en vigor el 21 de marzo de 1994 y, a la fecha, cuenta con la ratificación de 197 países, gozando de una membresía universal. Como objetivo principal, la Convención busca “estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero “a un nivel que impida

⁶ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

⁷ GOUIFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big ting?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

⁸ COLUMBIA LAW SCHOOL, SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, “Global Climate Litigation Report 2020 Status Review”, disponible en <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

⁹ GOUIFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big ting?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

interferencias antropógenas (inducidas por el hombre) peligrosas en el sistema climático”¹⁰.

Por otro lado, el Protocolo de Kyoto fue aprobado el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigor el 16 de febrero de 2005. En la actualidad, 192 países han ratificado dicho Protocolo. Fue adoptado a fin de ejecutar los compromisos asumidos por las partes a través de la CMNUCC “comprometiendo a los países industrializados a limitar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de conformidad con las metas individuales acordadas”¹¹. A través de su Anexo B, se establecen compromisos a cargo de los países industrializados y la Unión Europea de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, lo cual supone “una reducción media de dichas emisiones del 5% en comparación con los niveles de 1990 en el quinquenio 2008-2012 (el primer período de compromiso)”¹².

También se cuenta con un pacto de fuerza legal denominado El Acuerdo de París, adoptado por 196 países en la COP21 en París, el 12 de diciembre de 2015, entrando en vigor el 4 de noviembre de 2016. Dicho acuerdo, establece un marco global para evitar el cambio climático limitando el calentamiento global a una temperatura por debajo de 2°C y poniendo esfuerzos en limitarlo a 1.5°C. Entre algunos compromisos asumidos por los países a través del mencionado documento se encuentran reunirse cada 5 años para evaluar el progreso colectivo respecto de las metas a largo plazo e informar a las demás partes sobre sus contribuciones nacionales en la lucha contra el cambio

¹⁰ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE, “Qué es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, disponible en: <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-convention/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico>.

¹¹ UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE, “¿Qué es el Protocolo de Kyoto?”, disponible en: https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

¹² UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE, “¿Qué es el Protocolo de Kyoto?”, disponible en: https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

climático, proveer apoyo financiero a países en desarrollo para la mitigación, adaptación y lucha contra los impactos del cambio climático, entre otros¹³.

Con relación a controversias que puedan surgir, el Acuerdo de París prevé al Arbitraje como mecanismo de resolución alternativo de conflictos. La cláusula de resolución de controversias del Acuerdo de París se remite a la cláusula de resolución de controversias de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (“CMNUCC”), la cual faculta a las partes para declarar que aceptan arbitraje de acuerdo con los procedimientos a ser adoptados por la Conferencia de las Partes de la “CMNUCC” en un anexo sobre arbitraje¹⁴.

Adicional, cabe señalar que durante las últimas tres décadas, las Naciones Unidas han reunido a todos los países para celebrar cumbres globales - llamadas COPs – que significan “Conferencia de las Partes”¹⁵. El 31 de octubre al 13 de noviembre de 2021 fue celebrada la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26), la cual tuvo lugar en la ciudad de Glasgow, reuniendo a 120 líderes mundiales, y fue concluido el llamado “Pacto Climático de Glasgow”, a través del cual todos los países “reafirmaron el objetivo del Pacto de París de limitar el incremento de la temperatura media mundial a 2°C por encima del nivel preindustrial y esforzarse por no superar 1,5°C”¹⁶.

A nivel regional, resulta relevante mencionar la suscripción del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como “Acuerdo de Escazú”. Dicho Acuerdo se adoptó el 4 de marzo de 2018 y

¹³ Climate Action, Acuerdo de París, disponible en: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/international-action-climate-change/climate-negotiations/paris-agreement_es

¹⁴ McDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20o%20enforcement%20of%20awards.>

¹⁵ UK GOVERNMENT, COP26: The Negotiations explained, disponible en: <https://ukcop26.org/wp-content/uploads/2021/11/COP26-Negotiations-Explained.pdf>

¹⁶ NACIONES UNIDAS, COP26: Juntos por el planeta, disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/cop26>

entró en vigor el 22 de abril de 2021. A la fecha, cuenta con 13 estados parte y 24 estados firmantes. Con relación a mecanismos de solución de controversias, en caso de no resolverse la polémica a través de negociación u otro medio de solución conflicto, el “Acuerdo de Escazú” faculta a las partes a recurrir al “sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia” o al “arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las partes establezca”¹⁷.

El arbitraje ha sido adoptado en diversos instrumentos jurídicos como el mecanismo de elección al momento de resolver controversias relacionadas con el medioambiente. Tal es el caso del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que agotan la Capaz de Ozono, que contiene procedimientos con respecto a la resolución de controversias en el artículo 11 de la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, el mismo posee un “anexo de arbitraje” aprobado¹⁸. Otro importante instrumento jurídico, es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el cual contiene una disposición relativa al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

III. TIPO DE DISPUTAS RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO

Un aspecto crucial es, definir la tipología de las controversias de cambio climático. En la práctica, existe un consenso al definir el alcance de este tipo de disputas de manera amplia¹⁹. Al respecto, el Informe de la CCI, distingue tres tipos de disputas que pueden darse en el marco del Cambio Climático.

La primera distinción se basa en aquellas disputas que surjan de o guardan relación con contratos relacionados con la implementación de energía u otros

¹⁷ Acuerdo de Escazú, Art 19, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

¹⁸ McDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20o%20enforcement%20of%20awards.>

¹⁹ GOUIFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big ting?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

sistemas de transición, mitigación o adaptación, de acuerdo con los compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de París. La segunda distinción, agrupa aquellas disputas que surjan de o guardan relación con contratos sin ningún propósito u objeto específico relacionado con el clima, pero donde la disputa en sí involucra o da lugar a una cuestión relacionada con el clima o el medioambiente.

A su vez, la tercera y última categoría individualiza a aquellas disputas que surjan de o guardan relación con alianzas de sometimiento u otros acuerdos específicos celebrados, a fin de resolver controversias existentes relacionadas con el cambio climático o el medio ambiente, involucrando a determinados grupos o poblaciones afectados²⁰.

La primera categoría de disputas, las llamadas “disputas directas” se relacionan con proyectos para la mitigación del cambio climático, que tienen como eje principal de la disputa a preguntas de cambio climático, incluyendo, *inter alia*, contratos relacionados con la mitigación de las emisiones de gas invernadero, controversias de derechos de emisión y contratos que involucren a instalaciones de energías renovables²¹.

La segunda categoría de disputas constituye todo tipo de contratos que involucren cualquier tipo de actividad humana²², las llamadas “disputas indirectas”. Son aquellos contratos que, si bien no contienen disposiciones contractuales respecto al medioambiente o al cambio climático, se encuentran afectados indirectamente por las acciones de adaptación, mitigación y lucha contra el cambio climático. Entre los distintos sectores en los cuales se emplean

²⁰ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

²¹ GOUIFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big ting?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

²² GOUIFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big ting?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

este tipo de contratos, se tienen a los sectores de energía, transporte, agricultura, infraestructura, entre otros.

La ejecución del contrato puede ser afectada por la respuesta de las partes contractuales a (i) cambios en la legislación nacional; (ii) regulación o políticas adoptadas a fin de lograr objetivos nacionales asumidos bajo el acuerdo de París; (iii) compromisos voluntarios asumidos por corporaciones individuales o industriales de acuerdo con la responsabilidad social corporativa relacionada con el clima o la sostenibilidad; (iv) impactos medioambientales del cambio climático; y/o (v) respuestas a acciones asociadas al cambio climático planteadas ante juzgados nacionales u otros foros²³.

Por último, la tercera categoría de disputas abarca los llamados acuerdos de sometimiento establecidos una vez que la controversia haya surgido o se haya materializado. En el contexto de disputas relacionadas al cambio climático, los mencionados acuerdos pueden prevenir múltiples y multi-jurisdiccionales procedimientos judiciales con fallos inconsistentes, proveyendo de ese modo certeza y ejecutabilidad²⁴. Como ejemplo, puede citarse el caso de una población perjudicada por instalación de un panel de energía solar que afecte las tierras de cultivo o la pesca²⁵.

²³ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

²⁴ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

²⁵ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

IV. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ARBITRAJE Y ADR DE LA CCI SOBRE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO A TRAVÉS DE ARBITRAJE Y ADR

En noviembre del 2019 la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés), a través de la Comisión ICC de Arbitraje y ADR con el apoyo de la Comisión ICC de Medio Ambiente y Energía, publicó un informe analizando el rol del arbitraje y otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos (ADR) en el marco de la resolución de controversias internacionales relacionadas con el cambio climático.

A grandes rasgos, el mencionado Informe se encuentra estructurado de la siguiente manera:

- a- Definición de controversias relativas al cambio climático y sus categorías.
- b- Utilización actual y futura de Arbitraje ICC y Servicios ADR para resolver este tipo de controversias; así como sus beneficios.
- c- Identificación de aspectos procesales del arbitraje que hay que tener en cuenta al momento de optar por un foro para resolver este tipo de controversias.

V. REGLAMENTO FACULTATIVO DE LA CPA PARA EL ARBITRAJE DE CONTROVERSIAS RELATIVAS AL MEDIO AMBIENTE Y/O RECURSOS NATURALES (“REGLAMENTO AMBIENTAL”)

La Corte Permanente de Arbitraje ha formulado un conjunto de normas que abarquen temas ambientales y/o recursos naturales. Dicho Reglamento se adoptó en el año 2001. Está basado en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y podrá *“ser utilizado para controversias que surjan sobre la interpretación o aplicación de un acuerdo multilateral ambiental que verse*

*sobre el acceso y la utilización de recursos naturales, en relación con interpretación de dicho acuerdo*²⁶.

Un rasgo distintivo y novedoso del Reglamento Facultativo de la CPA lo conforman los listados especializados de árbitros expertos en esta área, así como los de expertos científicos y técnicos, quienes pueden ser elegidos por las partes como peritos²⁷. Las mencionadas listas no revisten carácter obligatorio para las partes, sino que las partes tienen la libertad de elegir árbitros, conciliadores y peritos de dichas listas, o bien, optar por profesionales fuera de las mismas.

VI. COMPATIBILIDAD DEL ARBITRAJE CON LAS DISPUTAS RELACIONADAS AL CAMBIO CLIMÁTICO

Las disputas relacionadas con el cambio climático revisten cierta complejidad, ya que requieren de conocimiento tanto de la legislación ambiental nacional e internacional, como del conocimiento técnico y científico respecto del cambio climático. Es por ello, que no son susceptibles de ser tratadas ante cualquier foro.

Sin embargo, el arbitraje comprende ciertas características que lo convierten en el foro adecuado para resolver dichas controversias; ello, sin perjuicio, de cambios a ser implementados en la legislación arbitral internacional a fin de optimizar la eficacia y eficiencia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

²⁶ Corte Permanente de Arbitraje, Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de las Controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente, 5, disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-Relativas-a-Recursos-Naturales-yo-al-Medioambiente.pdf>

²⁷ Corte Permanente de Arbitraje, “Solución de Controversias Ambientales”, disponible en: <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/>

A. Especialidad de los árbitros y expertos

La experiencia y conocimiento en la materia requerido por este tipo de controversias, puede ser garantizado en el arbitraje a través de las siguientes maneras: a) árbitros con la experiencia apropiada; b) expertos nombrados por las partes; c) expertos nombrados por el tribunal; y d) determinación de expertos (conforme al Reglamento de Expertos de la CCI)²⁸.

El arbitraje ofrece la posibilidad a las partes de elegir a árbitros que cuenten con conocimiento específico en la materia y gocen de notoria experiencia con respecto a controversias ambientales o relacionadas con energías renovables. En tal sentido, como ha sido mencionado, la CPA cuenta con listas de árbitros y expertos en el área del cambio climático, ofreciendo de ese modo a las partes la opción de garantizar conocimiento técnico y especializado en la materia.

B. Transparencia

Las controversias relacionadas con el cambio climático afectan cuestiones de orden público. Por ello, resulta necesario proteger la transparencia del proceso de resolución de este tipo de disputas. Esto representa un obstáculo en el contexto del arbitraje internacional.

Este aumento de la transparencia en disputas referidas cambio climático puede ser lograda en dos maneras: a) abriendo las audiencias al público en general, incluyendo la publicación de los escritos y decisiones procesales; y b) la publicación de laudos arbitrales²⁹.

En cuanto a la transparencia en el ámbito de arbitraje de inversiones, debe mencionarse el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los

²⁸ GOUFFÉS, Laurent & ORDONEZ, Melissa, “Climate change in international arbitration, the next big thing?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022.

²⁹ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, prevé que, a excepción de ciertos casos relacionados a información confidencial y protegida, los escritos presentados por las partes, la lista de las pruebas, reportes de expertos, testimonios de testigos, y la publicación de decisiones del tribunal y los laudos puedan ser puestos a disposición del público en general³⁰.

El Informe de la CCI, ofrece a las partes un texto modelo para ser incluido en la cláusula arbitral estándar de la CCI, en caso de que deseen permitir o requerir la transparencia del procedimiento arbitral. El texto de la mencionada cláusula es el siguiente:

En reconocimiento de la importancia de la transparencia en relación con las disputas relacionadas con el cambio climático, las partes autorizan a la CCI a publicar actualizaciones mutuamente acordadas de desarrollos materiales en el curso de los procedimientos de arbitraje [y el Laudo Final (redactado por sensibilidad comercial si lo solicita una parte)] [no menos de seis meses después de la notificación del laudo a las partes, en ausencia de oposición de una o más partes].³¹

C. Participación de terceros

En virtud a su naturaleza, las disputas relacionadas con el cambio climático son multifacéticas y abarcan a una gama amplia de actores distintos a las partes, tales como ciudadanos afectados o poblaciones³². De manera que, resulta prudente contemplar distintas provisiones o mecanismos que permitan la

³⁰ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

³¹ Traducido del inglés.

³² COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

inclusión de terceros al arbitraje que pudieren encontrar sus intereses siendo afectados.

En este sentido, la participación de terceros en el arbitraje puede darse a través de herramientas como inclusión de terceros, consolidación y presentaciones de *amicus curiae*.

D. Flexibilidad y celeridad

Algo que caracteriza a las disputas relacionadas con el cambio climático es la necesidad de ser resueltas con la mayor rapidez y celeridad posible. Esto, debida al daño que produce el cambio climático en el medioambiente y la calidad de vida de las poblaciones en general. En este sentido, la CCI ofrece a las partes distintas herramientas que facilitan la resolución pronta y efectiva de este tipo de disputas.

Al respecto, pueden citarse las Reglas de Procedimiento Expedito. Si las partes, aceptan resolver la controversia bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI, de forma automática aceptan la aplicación del procedimiento expedito, siempre y cuando i) el monto en disputa no exceda el límite de US\$ 2 millones de dólares, o ii) si las partes acuerdan no aplicar las mencionadas reglas de procedimiento expedito³³.

Otros ejemplos para lograr reducir costos y duración son: (i) arbitraje de emergencia; (ii) medidas cautelares; o incluso, (iii) uso de cláusulas escalonadas de resolución de controversias a fin de evitar arbitraje³⁴.

³³ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

³⁴ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, “ICC Commission Report: Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR”, disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

VII. ARBITRAJES DE INVERSIÓN Y CAMBIO CLIMÁTICO

En la presente sección, no será analizado a fondo el arbitraje de inversión como mecanismo de solución de controversias, sino que se explicará en términos generales el punto de intersección entre el arbitraje de inversiones y temas relacionados con el medioambiente y el cambio climático. Asimismo, se procederá a dar ejemplos de Tratados Bilaterales de Inversión que han incluido provisiones relacionadas con el cambio climático.

En la mayoría de los casos, cuando todas las disputas relacionadas con la inversión constituyen la base para la jurisdicción del tribunal, se incluyen a todas aquellas disputas que guardan relación a obligaciones ambientales o al cambio climático³⁵.

Por otro lado, puede argumentarse que la conducta de un Estado que daña el medio ambiente a su vez constituye una violación a la obligación del estado de “protección y seguridad”; es decir, la obligación de proteger la propiedad del inversor, incluyendo su integridad física, de un daño real, incluyendo las acciones de terceros en situaciones donde el estado tiene una obligación de ejercer la debida diligencia³⁶.

A. Ejemplos de TBIs con disposiciones medioambientales y relacionadas al cambio climático

Al respecto, el Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de Países Bajos fue el primero en incluir provisiones sobre protección ambiental; entre tales

³⁵ MCDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20t%20o%20enforcement%20of%20awards.>

³⁶ MCDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20t%20o%20enforcement%20of%20awards.>

provisiones, se encuentra la reafirmación de las obligaciones de los inversores de cumplir con las leyes nacionales, incluidas las leyes medioambientales. Así mismo, se enfatiza la importancia de tener tribunales arbitrales con experiencia en derecho internacional público, derecho medioambiental y derechos humanos³⁷.

Otro ejemplo notable lo constituye el Acuerdo de Comercio y Cooperación celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido, firmado el 30 de diciembre de 2020 y entrando en vigor el 1 de mayo de 2021. El mencionado tratado compromete a las partes a respetar el Acuerdo de París, específicamente, a abstenerse de realizar actos u omisiones que puedan perjudicar su objeto y propósito y de motivar a otros países a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero³⁸.

En el 2021, el TBI entre Singapur e Indonesia, proveía expresamente en su artículo 11 el derecho de un estado para regular a fin de alcanzar la protección medioambiental sin que ello constituya un incumplimiento de un tratado, incluyendo la modificación de leyes que puedan afectar de manera adversa a un inversor³⁹.

B. Modernización del Tratado de la Carta de Energía

En junio del presente año, se concluyeron las negociaciones en el marco de la Modernización del Tratado de la Carta de la Energía (ECT en sus siglas en inglés). Dicho documento, provee certeza legal y asegura un alto nivel de

³⁷ ALARCÓN, María José, “New Opportunities for Arbitration Lawyers: Climate Change, Outer Space and Human Rights”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/03/new-opportunities-for-arbitration-lawyers-climate-change-outer-space-and-human-rights/>.

³⁸ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, “Arbitration and Climate Change”, disponible en: <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/arbitration-and-climate-change/>.

³⁹ ALARCÓN, María José, “New Opportunities for Arbitration Lawyers: Climate Change, Outer Space and Human Rights”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/03/new-opportunities-for-arbitration-lawyers-climate-change-outer-space-and-human-rights/>.

protección a la inversión teniendo en cuenta los objetivos de transición a energía limpia y contribuyendo a alcanzar los objetivos del Acuerdo de París⁴⁰. Con relación a la resolución de disputas, se ha trabajado para asegurar el aumento de la transparencia de los procedimientos de resolución de disputas y la protección ante demandas de inversión frívolas⁴¹.

C. Jurisprudencia internacional

El 3 de febrero de 2021, la Corte Administrativa de París falló en contra del gobierno francés y resolvió que Francia no cumplió con sus obligaciones asumidas bajo el Convenio de París para reducir las emisiones de gas de efecto invernadero. La demanda fue promovida por cuatro organizaciones no gubernamentales⁴² y tuvo el apoyo de más de 2.3 millones de personas que manifestaron su conformidad firmando una petición en el año 2018⁴³. A causa de la decisión, semanas más tarde Francia canceló sus planes de expandir el aeropuerto Charles de Gaulle, debido a que dichos planes no resultaban compatibles con los objetivos medioambientales asumidos por el gobierno Francés⁴⁴.

⁴⁰ Página web oficial de la Comisión Europea, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en

⁴¹ Página web oficial de la Comisión Europea, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en

⁴² Oxfam France, Greenpeace France, Nicolas Hulot Foundation y Notre Affaire á Tous.

⁴³ PEIFFER, Charlotte et al., “France held responsible for failing to take sufficient action to fight climate change”, Linklaters, disponible en: <https://sustainablefutures.linklaters.com/post/102h0mu/france-held-responsible-for-failing-to-take-sufficient-action-to-fight-climate-ch>

⁴⁴ MCDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through->

Otro fallo internacional relacionado a obligaciones medioambientales asumidas por Estados, es la decisión de la Corte Suprema de Holanda. En noviembre del 2019, la Corte resolvió que el gobierno holandés tenía obligaciones explícitas de proteger a sus ciudadanos y por ello, reducir emisiones al menos 25% para el año 2020 en comparación con el año 1990. A raíz de ello, el gobierno cerró la Planta de carbón Hemweg y pagó una compensación de €52.5 millones a título de pérdida comercial a la compañía a cargo de la planta⁴⁵.

La confidencialidad que rodea al arbitraje genera ciertas limitaciones con respecto al acceso de laudos arbitrales. También existen “casos líder”, litigios de gran envergadura en determinados temas ambientales. En este sentido, vale mencionar el caso de *Allard v Barbados*⁴⁶, el cual versa sobre el incumplimiento de un Estado de obligaciones medioambientales impuestas por la ley. En este contexto, el demandante alegó que Barbados incumplió con sus obligaciones internacionales (la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica y la Convención relativa a los humedales de importancia Internacional) al no hacer cumplir las leyes medioambientales y que, a causa de ello, se ha dañado el ecosistema provocando pérdidas a la inversión del inversor en un santuario eco-turismo⁴⁷. El Tribunal Arbitral concluyó que Barbados no incumplió con sus obligaciones internacionales relativas al trato justo y equitativo y a la protección seguridad con relación a la inversión.

VIII. CONCLUSIÓN

A través del Acuerdo de París, los Estados se fijaron objetivos ambiciosos a fin de intensificar la lucha contra el cambio climático y reducir de manera notoria

[arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20to%20enforcement%20of%20awards.](#)

⁴⁵ MCDONALD, Pamela, “Resolving climate change disputes through arbitration”, disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through->

[arbitration#:~:text=Arbitration%20has%20significant%20advantages%20over,as%20to%20enforcement%20of%20awards.](#)

⁴⁶ *Peter A Allard (Canada) v The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06.

⁴⁷ *Peter A Allard (Canada) v The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06.

la emisión de gases de efecto invernadero. Sin embargo, los resultados arrojados no son los esperados y en muchos casos, no han logrado cumplir las metas pactadas en el mencionado acuerdo.

No obstante, existe una tendencia en el mundo entero del aumento de adopción de políticas públicas y la implementación de medidas gubernamentales contra el cambio climático. Es por ello que, se observa un aumento exponencial en las demandas promovidas ante la jurisdicción ordinaria o arbitral relacionadas directa o indirectamente al cambio climático. Ya sean demandas por inacción de gobiernos al no adoptar medidas de mitigación o lucha ante el cambio climático; o bien, demandas promovidas por inversores para la adopción de ciertas políticas en el marco de lucha contra el cambio climático.

Asimismo, en el ámbito del arbitraje de inversiones se observa una tendencia de inclusión en los TBIs de cláusulas ambientales y de lucha contra el cambio climático. Otro claro ejemplo de la postura ambientalista y proteccionista adoptada en el mundo de las inversiones, lo constituye la modernización del Tratado de la Carta de la Energía, que introduce disposiciones ambientalistas. Adicionalmente, fija medidas de adaptación y mitigación contra el cambio climático.

Como ha sido expuesto a lo largo del presente artículo, las controversias relacionadas con el cambio climático no pueden ser resueltas ante cualquier foro debido a su complejidad y la necesidad de conocimientos técnicos y científicos. En este escenario, el arbitraje constituye el foro ideal para resolver este tipo de disputas, ya que cuenta con distintas herramientas para garantizar la efectiva y eficaz resolución de este tipo de disputas generada por el impacto de la crisis climática.

Si bien existen distintos aspectos negativos que deben ser resueltos, el panorama se vislumbra alentador, ya que se observan esfuerzos en la comunidad arbitral internacional de mejorar la eficiencia y eficacia del procedimiento arbitral a través de la adopción de reglamentos elaborados para disputas relacionadas con el cambio climático, creación de listas de árbitros y expertos en la materia, propuestas de cláusulas de arbitraje modelo, entre otros.

Crónica sobre la cuantificación de daños en el arbitraje internacional de inversiones: Una mirada jurisprudencial

Milagros Maribel Rojas Blas*

Resumen- Hoy en día existe una marcada división entre los profesionales del arbitraje de inversiones en cuanto al uso del enfoque *ex ante* y el enfoque *ex post* en la valoración de los daños. La información *ex post* comprende hechos que surgen después de la fecha del incumplimiento o sometimiento de la controversia a arbitraje. Frente a hechos que reflejan un evidente debate en el valor hipotético de la inversión y el valor real actual, es comprensible que los tribunales ignoren los hechos reales. Así, la determinación de la fecha de valuación está sujeta a las exigencias de eliminar todas las consecuencias y colocar a la parte lesionada en la situación en la que estaría sino hubiera ocurrido el incumplimiento. Por lo anterior es que se proponen algunas soluciones para abordar este problema a partir de un análisis jurisprudencial de los diferentes métodos de cuantificación y la adopción del enfoque *ex ante* y el enfoque *ex post*.

Abstract- Today there is a sharp divide among investment arbitration practitioners regarding the use of the *ex ante* approach and the *ex post* approach in assessing damages. *Ex post* information includes facts that arise after the date

* Abogada peruana y Árbitro Internacional (Centro de Arbitraje de México). Candidata a magister en la Maestría en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ORCID: 0000-0002-4281-4331). Miembro de la Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Ius Inter Gentes de Perú. Vicepresidente de la Sección de Abogados de Abogados Jóvenes y del Comité de Propiedad Intelectual de la Inter American Bar Association – FIA/IABA. Communication Officer de la Iniciativa de las Américas del Institute for Transnational Arbitration – ITA. Correo: miliasesoralegal@gmail.com, a20193976@pucc.edu.pe

of the breach or submission of the dispute to arbitration. Faced with facts that reflect an obvious debate on the hypothetical value of the investment and the current real value, it is understandable that the courts ignore the real facts. Thus, the determination of the valuation date is subject to the requirements of eliminating all consequences and placing the injured party in the situation in which it would be if the breach had not occurred.

I. INTRODUCCIÓN	244
II. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MATERIALES.....	245
A. ESTÁNDAR DE COMPENSACIÓN.....	245
a. <i>Reparación integral del daño: Caso Fábrica Chorzów</i>	245
b. <i>Método diferencial o contrafáctico</i>	249
c. <i>Causalidad</i>	254
B. DESAFÍOS EN LA DETERMINACIÓN DE UN ENFOQUE EX ANTE Y UN ENFOQUE EX POST: ¿EN QUÉ MOMENTO DEBEN VALORARSE LOS DAÑOS? 255	
a. <i>Fecha de incumplimiento – Valuación ex ante</i>	256
b. <i>Fecha de emisión del laudo – Valuación ex post</i>	260
c. <i>Particularidades de la fecha de valoración en casos de expropiación</i>	266
III. PERSPECTIVAS EN LA METODOLOGÍA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MATERIALES	271
A. METODOLOGÍA BASADA EN LOS INGRESOS	271
B. METODOLOGÍA BASADA EN LOS ACTIVOS	272
C. METODOLOGÍA BASADA EN EL MERCADO	273
D. CASOS DE ESTUDIO: ANÁLISIS DE LOS CASOS MÁS RELEVANTES	274
a. <i>Crystallex v. Venezuela</i>	274
b. <i>Rusoro v. Venezuela</i>	275
IV. CONCLUSIONES.....	276

I. INTRODUCCIÓN

En los casos de expropiación legal, la fecha de valoración es la fecha de expropiación, pero en el caso de la expropiación ilegal, las expropiaciones indirectas y expropiaciones progresivas se plantea cex posesiones complejas para fijar la fecha de valoración. Una discusión sobre la fecha de valoración es si el cálculo debe considerar los datos pronosticados en la fecha de valoración (*ex ante*) o datos sobre los desarrollos posteriores no conocidos en la fecha de valoración (*ex post*). Por regla general, el cálculo de la reparación considera los efectos del daño en la fecha del incumplimiento (*ex ante*). No obstante, existen algunos tribunales internacionales que suelen mover la fecha de valoración para incluir eventos en el momento de la emisión del laudo o ajustan la reparación a la luz de ciertos eventos en el momento de la decisión (*ex post*).

En ese contexto, una discusión aunada a ello es que actualmente existe un debate sobre qué metodología de cuantificación debe aplicarse en los casos de expropiación a fin de lograr una valuación justa de mercado del activo o inversión.

Para abordar las discusiones antes expuestas, es preciso abordar el estudio de los principales laudos arbitrales donde se han aplicados los métodos de cuantificación de daños. De esa forma, este artículo proporciona un análisis lúcido de cómo se aplican los diferentes métodos de valuación y el enfoque *ex ante* y el enfoque *ex post*.

El artículo está organizado en cuatro capítulos. El Capítulo 1 introduce el tema y explica la importancia del estudio de la cuantificación de los daños en el arbitraje internacional de inversiones. El capítulo 2 aborda los criterios para determinar la cuantificación de los daños materiales y analizar en qué momento deben valorarse los daños. El capítulo 3, se centra en explorar las perspectivas en la metodología en cuantificación tanto desde el estudio doctrinario y jurisprudencial de los casos más relevantes. Finalmente, el capítulo 4 proporciona un conjunto sistemático y esclarecedor de conclusiones.

II. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MATERIALES

A. Estándar de compensación

a. Reparación integral del daño: Caso Fábrica Chorzów

La génesis del estándar de reparación integral por una expropiación ilegal bajo el derecho internacional consuetudinario se remonta a menudo al fallo *Factory of the Corte Permanente de Justicia Internacional en Chorzów*¹. El caso se refería a la incautación por parte de Polonia de una planta de nitrato de propiedad alemana ubicada en la Alta Silesia, que se llevó a cabo en violación de la Convención de Ginebra relativa a la Alta Silesia². La Corte ya había determinado que la incautación de Polonia constituía una expropiación ilegal y, en consecuencia, se enfrentó a la tarea de establecer los principios rectores según los cuales se puede determinar el monto de la compensación³. La Corte concluyó que, para compensar a Alemania debido a la apropiación ilegítima de la fábrica, Polonia tenía la obligación de restaurar la empresa y, si esto no fuera posible, debía pagar su valor en el momento de la indemnización, cuyo valor está diseñado para tomar el lugar de la restitución que se ha vuelto imposible.

La importancia de este caso radica en que los tribunales lleven a cabo un análisis ex post del valor de los daños, es decir, ser evaluados en el momento de la indemnización⁴. Lo señalado encuentra apoyo en la opinión concurrente del juez Brower en el caso *Amoco International Finance (AIF) v. Islamic Republic of Iran* se destacó que los daños deben de calcularse sobre la base de la información disponible, y afirmó lo siguiente:

In the case of an unlawful taking, . . . either the injured party is to be actually restored to enjoyment of his property, or, should this be impossible or impractical, he is to be awarded damages equal to the

¹ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, 1928 PCIJ (13 September) Ser. A, No. 17 (“Chorzów”).

² *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits) (Germany v. Poland)*, 1926 PCIJ (25 May) Ser. A, No. 7.

³ Chorzów, p. 46

⁴ *Amoco International Finance (AIF) v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 56, Concurring Opinion of Judge Brower, 14 July 1987.

greater of (i) the value of the undertaking at the date of loss (including lost profits), judged on the basis of information available as of that date, and (ii) its value (likewise including lost profits) as shown by its probable performance subsequent to the date of loss and prior to the date of the award, based on actual post-taking experience, plus (in either alternative) any consequential damages. Apart from the fact that this is what Chorzów Factory says, it is the only set of principles that will guarantee just compensation to all expropriated parties.⁵

En el marco de lo expuesto, la Comisión de Derecho Internacional (más adelante, CDI) respaldó los principios de Chorzów en los Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos⁶. El derecho internacional consuetudinario tal como lo codifica la CDI impone una obligación a los Estados que cometen una expropiación ilícita para restablecer la situación tal como hubiera sido en ausencia de la infracción⁷.

De acuerdo con el artículo 31(1) de los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado, el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito.

En la jerarquía de las normas de la CDI primero viene la restitución, pero el 99 por ciento de casos materia de inversión otorga indemnización regulado en el artículo 36 de los Artículos de la CDI, que a la letra dice:

El estado responsable de un Hecho Internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución

⁵ *Amoco International Finance (AIF) v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 56, Concurring Opinion of Judge Brower, 14 July 1987, ¶ 18.

⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission* (2001) (“Articles on State Responsibility”).

⁷ ELRIFAI, Silke N., “Equity-Based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in Investment Treaty Law”, *Journal of International Arbitration*, 34(5), 2017, p. 840.

La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Así, la indemnización debe ser probable, es decir, tener certeza razonable. En ese sentido la indemnización incluye los daños materiales. Hay discusión en la práctica internacional si el daño moral será indemnizable, toda vez que a partir del comentario 1 del artículo 36 de la CDI se señalar que los daños morales no son indemnizables puesto que se repara mediante la satisfacción, pero sí puede indemnizar el daño moral a las personas.

No obstante, hay doctrinarios como la Profesora de derecho civil en la Universidad de Los Andes, en la República de Venezuela, Yoleida Vielma Mendoza, quien desarrolla la noción de los daños morales en los términos siguientes:

...infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.⁸

Es así, que para entender si el tribunal arbitral debe o no otorgar daños morales lamentablemente aún es discutible dado que si bien es enteramente subjetivo no tiene un equivalente económico exacto; ello tendría que ser determinado por el tribunal en cuanto a sus consideraciones del agravio producido.

Sin embargo, como se estableció en el Caso *Lusitania* ante la Comisión de Reclamos Estados Unidos–Alemania:

No hay duda de que bajo las reglas de derecho internacional el daño resultante de sufrimiento mental, daño a los sentimientos, humillación,

⁸ MENDOZA, Vielma, “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”, II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, organizado por la Universidad de Girona, España.

vergüenza, degradación, pérdida de status social, crédito o reputación, es compensable, El que sea difícil de cuantificar no obsta a que los daños morales sean muy reales, Estos daños no son de naturaleza punitiva.⁹

En cuanto a tribunales arbitrales constituidos a la luz de tratados o acuerdos de inversión, las reclamaciones por daños morales no son extrañas. Así en *Benvenuti and Bonfant v. People's Republic of the Congo*¹⁰, caso basado sobre un conflicto que había surgido en relación con el emprendimiento conjunto entre una empresa italiana y el Gobierno del Congo¹¹. En este caso, varios accionistas demandaron daños morales conformados por los siguientes puntos: 1. Pérdida de oportunidad de trabajo e inversión en Italia por falta de capital, habiendo invertido todos sus recursos financieros en el Congo; 2. Imposibilidad de reiniciar sus actividades en Italia por falta de capital y contactos; 3. Pérdida de crédito con acreedores y bancos habiendo puesto a los bancos en contacto con el gobierno del El Congo para asuntos comerciales en los que incumplió ; y 4. Pérdida de su propia organización a nivel de dirección y de su propio personal técnico, a raíz de la salida forzada y precipitada del Congo dado que algunos directores permanecieron en el Congo donde asumieron otras actividades; y otros regresaron a Italia para encontrar trabajo en otras empresas¹².

El Tribunal reconoció que la reclamación carecía de pruebas e indicó que no era seguro que, una vez recibida la indemnización, los reclamantes no pudieran reiniciar actividades en Italia. Sin embargo, indicó el tribunal arbitral que: “a la luz de las medidas a las que habían sido sometidos los inversores, que sin duda les habían causado disturbios en sus actividades, el tribunal considera equitativo otorgarles daños morales”

Por su parte, Irmgard Marboe señala que la obligación primordial que se deriva de una violación del derecho internacional es proporcionar una reparación

⁹ *Caso Lusitania* (1923). La Comisión de Reclamos de Estados Unidos. Alemania. US – German Claims Commission.

¹⁰ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB, /77/2, Award, 15 August 1980.

¹¹ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB, /77/2, Award, 15 August 1980. Párr. 4.95 y 4.96.

¹² *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB, /77/2, Memorial, p.67.

integral teniendo en consideración que el estándar para el cálculo es el daño realmente incurrido que fue causado por el acto ilegal¹³. Agrega la autora que el estándar de compensación objetiva no puede equipararse a la reparación integral porque bajo el estándar, la parte lesionada no necesariamente recibirá toda la pérdida financiera o que ha sufrido como consecuencia de la expropiación¹⁴. Sin embargo, una examinación más profunda sugeriría que para llegar a la reparación integral un tribunal debe hacer una suposición sobre la situación que habría existido si el acto ilegal no hubiera ocurrido y compararla con la situación real después de la infracción. La diferencia es el daño que causó el acto ilegal. Así tenemos que el tribunal arbitral entre los elementos para cuantificar los daños materiales analizará el método contrafactual o diferencial.

b. Método diferencial o contrafáctico

Este método diferencial fue desarrollado por Mommsen ya a mediados del siglo XIX. El daño se mide desde la perspectiva del individuo afectado y no desde la perspectiva de una tercera persona, como el hipotético comprador voluntario. Así las alegaciones sobre las pérdidas presentadas por la parte lesionada deben ser evaluadas por el tribunal arbitral. Este método sigue el enfoque subjetivo y tiene en cuenta la importancia específica de un activo para la situación financiera y los derechos, o competencias específicas del propietario, además incluye daños emergentes, como pérdidas relacionadas con la ubicación de la propiedad¹⁵.

En tal sentido, el monto de los daños no debe exceder el daño realmente incurrido a fin de enviar una compensación excesiva.

Al respecto, consideramos señalar que el método diferencial o también llamado “*but-for*” es una herramienta útil al analizar, enmarcar y probar una reclamación por daños y perjuicios en virtud de un contrato complejo a largo plazo. Esta premisa exige un incumplimiento de las obligaciones de ejecución de los

¹³ MARBOE, Irmgard, “Compensation and Damages in International Law — The Limits of ‘Fair Market Value’”, *Journal of World Investment & Trade* 7, 2006, p. 727.

¹⁴ MARBOE, Irmgard, “Compensation and Damages in International Law — The Limits of ‘Fair Market Value’”, *Journal of World Investment & Trade* 7, 2006, p. 731.

¹⁵ MARBOE, Irmgard, “Compensation and Damages in International Law — The Limits of ‘Fair Market Value’”, *Journal of World Investment & Trade* 7, 2006, p. 733.

contratos y conduce a la reconstrucción del curso hipotético de los acontecimientos y proporciona el marco para la determinación de la pérdida, la causalidad y la medida de los daños, así como la cuantía, incluida la mitigación¹⁶.

Por lo que respecta al primer paso para enmarcar una demanda por daños y perjuicios es establecer el incumplimiento de un contrato. La naturaleza del incumplimiento es un factor importante para la pretensión de daños y perjuicios, ya que es el punto de partida para determinar la situación del perjudicado por el incumplimiento que requiere un análisis de las disposiciones contractuales incumplidas, la asignación de riesgos y sus consecuencias¹⁷.

El siguiente paso es identificar si hay una pérdida. La pérdida es el detrimento económico del reclamante. Se puede decir que un incumplimiento causa una pérdida si la posición real del reclamante es peor que su condición hipotética en ausencia del incumplimiento. El reclamante sufre una pérdida por el incumplimiento de un contrato cuando el reclamante estaría en una mejor posición financiera si no fuera por el incumplimiento; por el contrario, si el reclamante estuviera en la misma situación financiera sin el incumplimiento, el incumplimiento no genera pérdida¹⁸.

Adicionalmente, a lo indicado en el párrafo precedente, se debe señalar que algunos tribunales emplean el método diferencial. Como es posible observar en el caso *Phillips v Venezuela*¹⁹, fue un arbitraje comercial de la Cámara de Comercio Internacional (más adelante, la CCI) basado en un caso de daños. Venezuela promulgó la Ley Orgánica, que reservó al estado la industria y el comercio de hidrocarburos. Esta ley tuvo el efecto de reservar todas las actividades relacionadas con la explotación, fabricación, refinación, transporte o manejo del petróleo exclusivamente a Venezuela. La Ley de Nacionalización

¹⁶ WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 188.

¹⁷ WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 189.

¹⁸ WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 189.

¹⁹ *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Petroleos de Venezuela, S.A.*, ICC Case 16848/JRF/CA, 17 September 2012.

de 1975 preveía una excepción que permitía a los particulares participar en proyectos de la industria.

Los demandantes plantearon reclamos en relación con las restricciones de producción y exportación posteriores supuestamente impuestas por el gobierno venezolano en relación con el estatus de este último como estado miembro de la OPEC²⁰ (Organización de Países exportadores de Petróleo). El incumplimiento consistió en la violación de la Carta Complementaria de Petrosuata y la garantía de Pedrozuata. En este caso, la demandante utilizó la premisa contrafáctica para el cálculo de la pérdida, que fue el efecto de las reducciones del petróleo crudo por parte del gobierno venezolano²¹.

El tribunal arbitral indicó que, al calcular las pérdidas sufridas por los demandantes debido a las reducciones de producción, estos cálculos solo pueden tener en cuenta los datos relevantes sobre los volúmenes reales y/o de producción desde las primeras reducciones relevantes hasta la adquisición por parte del proyecto Petrozuata²².

La cuestión más importante al reconstruir la situación hipotética no es solo aislar los efectos del incumplimiento, sino que los datos sean creíbles. De manera similar, la cuantificación se debilitará si el acusado puede demostrar que entra en conflicto con las fuerzas económicas básicas. Bajo la hipótesis diferencial, la pérdida puede ser cuantificada a través de diferentes métodos de valoración. Cualquier método de cuantificación utilizado para determinar los daños debe pasar la prueba de establecer una estimación justa y razonable, incluso si se trata de daños aproximados y probables²³. Dichos métodos de valoración lo desarrollaremos en el siguiente capítulo.

Ahora bien, a fin de analizar las contingencias para reconstruir el hipotético curso de los acontecimientos, es relevante hacer énfasis del caso *Bridas v.*

²⁰ OPEC: Organization of Petroleum Exporting Countries.

²¹ *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Petroleos de Venezuela, S.A.*, ICC Case 16848/JRF/CA, 17 September 2012, párr. 23.

²² *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited, ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Petroleos de Venezuela, S.A.*, ICC Case 16848/JRF/CA, 17 September 2012, párr. 286.

²³ WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 198.

*Turkmenistán*²⁴, fue un arbitraje comercial de la CCI por el cual se sometió a controversia que el contrato de Joint Venture suscrito entre la Asociación de Producción Turkmengeología y Bidas en Turkmenistán es nulo ya que según el demandante se habría celebrado el contrato sin la adopción del marco legal aplicable: el Derecho de Turkmenistán. Por su parte, Turkmenistán, de la misma forma alegó la resolución del contrato cuya causal era en relación a la pérdida de los mercados de exportación con motivo de la disolución de la antigua Unión Soviética. De esa forma, Bidas, alegaba que Turkmenistán habría violado el contrato porque sin justificación legal se negó a reconocer el contrato y suspendió su operación definitiva y reclamó daños por el incumplimiento de contrato.

El tribunal arbitral al evaluar la certeza de los daños tomó en consideración la situación económica real de los diferentes posibles compradores y las dificultades de vender gas en esos mercados²⁵. El tribunal arbitral discutió asimismo temas como la cantidad de gas que Bidas podría haber producido durante el tiempo de duración del contrato de Joint Venture, el costo de los pozos de perforación.

A fin de analizar el escenario donde hubiera estado el inversionista, se hace un escenario contra factico. Nos imaginamos en un mundo hipotético donde no haya ocurrido el incumplimiento, análisis de los expertos en daños, por el cual hacen todos tipo de proyecciones de como habría continuado esa inversión y cuáles son las ganancias que habría generado, cuáles son los costos que habría tenido, los riesgos razonables que habría podido asumir y esto requiere asumir los datos y valores como si no hubiera ocurrido ningún incumplimiento y esto se contrasta con un escenario fáctico que es el valor en el mundo real, donde el Estado incumplió sus obligaciones y en el cual tenemos datos y valores reales.

²⁴ *Bidas S.A.P.I.C. v. Turkmenistan*, ICC Case No. 9058/FMS/KGA, Interim Award, 26 January 2001.

²⁵ WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 201.

Cuadro 1²⁶

Escenario contrafáctico	Escenario fáctico	Diferencia= daños y perjuicios
Valor en el mundo hipotético en la cual no ha habido incumplimiento	Valor en el mundo real, en la cual el Estado incumplió sus obligaciones	
Requiere asumir datos y valores como sino hubiese habido incumplimiento	Data y valores reales	
600	100	500

En ese sentido, en el escenario contra fáctico, supongamos que la empresa hubiera generado 600 millones de dólares, ello lo debemos de comparar con el escenario fáctico luego del incumplimiento donde la empresa solo genero 100 millones de dólares y lo que habría que pagarle sería 500 millones de dólares.

En conclusión, el método *but for* tiene como objetivo construir una situación teniendo en cuenta el contexto del caso salvo las implicaciones económicas y financieras que pudieran derivarse de una hipotética circunstancia en la que no se hubiera producido el incumplimiento; sin embargo, como lo descrito en líneas anteriores, la aplicación de este método no es tan sencilla debido a la falta de información y la incapacidad de separar los efectos de otros factores. Así existen diferentes métodos de valoración que se pueden aplicar en el método

²⁶ SACCO, Sabina, Clase de Arbitraje Internacional de Inversiones, tema: ¿Cómo se determina la compensación en un arbitraje de inversión?, Escuela de Arbitraje Arbanza.

but for: 1) el enfoque de ingresos, 2) el enfoque de activos, 3) el enfoque de mercado²⁷.

c. Causalidad

Respecto a este punto, la causalidad es establecida en todas las legislaciones para el reclamo de daños. Incluso puede no generar indemnización sino se prueba la causalidad. En atención a ello, es en el caso *Victor Pey Casado y Fundación Allende v. Chile*²⁸, un caso emblemático y el más largo de todos los casos CIADI. En este caso los demandantes demandaron a Chile por la expropiación de un diario “El Clarín” que se le habría quitado al señor Victor Pey Casado durante el gobierno de Pinochet²⁹. El primer tribunal determinó que no había habido expropiación pero que si hubo violación al trato justo equitativo³⁰. Chile pidió la anulación del laudo dado que alegó que el tribunal no explicó como llegó al monto de los daños que otorgó al demandante, es decir, no probó la causalidad el tribunal arbitral. En el segundo laudo, los demandantes no fueron capaces de demostrar la violación del tratado, como la denegación de justicia, y al no probar la causalidad esto es la violación y el daño causado, determinó que el monto de daños era 0³¹.

Es preciso señalar que la adhesión al principio de reparación integral ordenada por el derecho internacional consuetudinario milita fuertemente a favor de la adopción de un estándar subjetivo para el cálculo de daños y la aplicación de un enfoque de valoración *ex post* para los casos de expropiación ilícita. Esto se basa en la premisa de que el estándar objetivo no conduce a una reparación

²⁷ WOSS, Herfried & SAN ROMAN, Adriana, “Full Compensation, Full reparation and the but-for premise”, in *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, 4th Edition (2021), p. 110.

²⁸ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo en segundo proceso, 13 de septiembre de 2016.

²⁹ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso CIADI N° arb/98/2, Laudo en el primer proceso, 08 de mayo de 2008. Párr. 70.

³⁰ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso CIADI N° arb/98/2, Laudo en el primer proceso, 08 de mayo de 2008. Párr. 674.

³¹ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso CIADI N° arb/98/2, Laudo en segundo proceso, 13 de septiembre de 2016. Párr. 232.

integral en casos de expropiación ilícita³². Bajo el estándar de compensación objetiva, el valor de los activos expropiados se calcula con base en el precio al que un hipotético comprador dispuesto y un hipotético vendedor dispuesto, negociando en condiciones de plena competencia, intercambiarían la propiedad del activo inmediatamente antes de su expropiación en forma abierta y sin restricciones de mercado³³.

*B. Desafíos en la determinación de un enfoque ex ante y un enfoque ex post:
¿En qué momento deben valorarse los daños?*

La fecha de valoración juega un papel importante para la valoración de la compensación y los daños en el derecho internacional de inversiones. El valor de una inversión cambia constantemente en el transcurso del tiempo debido a muchos factores como los acontecimientos económicos, sociales y políticos que tienen una influencia directa en la inversión. Por lo general, transcurre una cantidad de tiempo considerable desde el hecho que da lugar a las reclamaciones y el otorgamiento de indemnizaciones por daños. Esto provoca una serie de problemas para la elección correcta de la fecha de valoración en las disputas internacionales de inversión³⁴.

Aunque la adopción de un enfoque *ex ante* o *ex post* para la valoración depende predominantemente de si la expropiación fue legal o ilegal, esto sigue siendo un área de marcado desacuerdo tanto para académicos como para profesionales³⁵. Bajo el enfoque *ex ante*, el valor del activo expropiado se evalúa sobre la base

³² ELRIFAI, Silke N., “Equity-Based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in Investment Treaty Law”, *Journal of International Arbitration*, 34(5), 2017, p. 840.

³³ MARBOE, Irmgard, *Calculation of compensation and damages in international investment law*, 2nd Ed. Oxford University Press (2017), párr. 2.113.

³⁴ MARBOE, Irmgard, *Calculation of compensation and damages in international investment law*, 2nd Ed. Oxford University Press (2017), párr. 3.250.

³⁵ Professor Brigitte Stern’s Partial Dissenting Opinion in *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Dissenting Opinion, 7 September 2015 (Stern) (“Dissenting Opinion of Professor Stern”)

de la información disponible en la fecha de la expropiación³⁶. Situación distinta ocurre en el enfoque *ex post*, que permite el uso de la retrospectiva en el cálculo de los daños toda vez que toma en cuenta los desarrollos económicos, sociales y políticos posteriores a la expropiación³⁷.

a. Fecha de incumplimiento – Valuación *ex ante*

Los argumentos a favor de ignorar el enfoque *ex post* en la valoración de daños se basa en la premisa de que si un inversionista hubiera vendido el activo expropiado inmediatamente antes de que tuviera lugar la expropiación, sólo se habría dado cuenta del valor justo de mercado del activo en ese momento preciso. De ello se deduce que cualquier cambio en el mercado que pueda afectar de forma positiva o negativa el valor del activo después de su expropiación no es relevante en la medida en que el valor de los daños se basa en el valor justo de mercado inmediatamente antes de que se produjera la expropiación.

Otro de los argumentos en contra del enfoque *ex post* se basa en el supuesto riesgo de que factores ajenos a la controversia influyan en la valoración de daños³⁸. Sin embargo, no está claro por qué los acontecimientos posteriores a la expropiación deben ignorarse por completo una vez que se ha establecido el vínculo causal entre el hecho ilícito y el daño. Según Irmgard Marboe, el enfoque *ex post* es ventajoso para determinar la causalidad porque el vínculo causal entre el daño y el acto se puede establecer con el beneficio de la retrospectiva y sobre la base de información confiable y sólida³⁹.

³⁶ ABDALA, Manuel & SPILLER, Pablo, “Chorzów’s Standard Rejuvenated —Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations”, *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, p. 109.

³⁷ ABDALA, Manuel & SPILLER, Pablo, “Chorzów’s Standard Rejuvenated —Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations”, *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, p. 110.

³⁸ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (Quirobax v. Bolivia, Dissent).

³⁹ MARBOE, Irmgard, “Compensation and Damages in International Law — The Limits of ‘Fair Market Value’”, *Journal of World Investment & Trade* 7, 2006, p. 752.

Bajo el enfoque *ex ante*, la fecha de expropiación coincide con la fecha de valoración. Otros académicos coinciden con el lado opuesto de este enfoque pues coinciden con el razonamiento de Irgard Marboe que argumenta que establecer la fecha de valoración lo más tarde posible asegura que toda la información disponible hasta esa fecha pueda ser utilizada para llegar lo más cerca posible a la reparación total siendo solo posible con el enfoque *ex post*⁴⁰.

El dilema que se presenta en el presente artículo es: ¿Deberían los tribunales utilizar un enfoque *ex ante* o un enfoque *ex post* al momento de compensar?

Bajo un enfoque *ex ante*, el reclamante será compensado recibiendo el valor de una inversión.⁴¹ El valor del activo refleja los riesgos y retornos esperados, basados en supuestos sobre todos los posibles resultados y pagos futuros. Las fluctuaciones de precios son, desde el punto de vista del inversor, irrelevantes: pase lo que pase, el inversor recibirá el valor estimado de la inversión⁴².

En contraste, bajo un enfoque *ex post*, el demandante será compensado sobre el valor de una inversión evaluado en una fecha posterior. Para entonces el tribunal estará en condiciones de usar la retrospectiva, basándose en los datos que estuvieran disponibles después de la conducta ilícita.

El enfoque de la información *ex post* comprende hechos que surgen después de la fecha de incumplimiento o sometimiento de la controversia a arbitraje, pero mucho antes de que el tribunal arbitral dicte su laudo. La pregunta es: ¿El Derecho Internacional consuetudinario permite incluir información *ex post* en la valoración de una inversión? ⁴³

⁴⁰ MARBOE, Irgard, “Compensation and Damages in International Law — The Limits of ‘Fair Market Value’”, *Journal of World Investment & Trade* 7, 2006, p. 750.

⁴¹ Los especialistas en finanzas están divididos. Comparar: James M. Pattel et al., *Accumulating Damages in Litigation: The Roles of Uncertainty and Interest Rates*.

⁴² COX, Johanne, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, 2019, p. 39.

⁴³ SIM, Christine, “Dealing with Ex Post Information in Investment Arbitrations: Quiborax SA et al v Plurinational State of Bolivia”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 33, Issue 1, 2018, p. 213.

Así Michael J. Wagner⁴⁴ nos ilustra un ejemplo por el cual refleja la tensión entre los enfoques de valoración ex ante y ex post. El ejemplo es el siguiente: “Suponga que compra un boleto de lotería por \$1. Luego suponga que se lo robó antes de que el ganador de la lotería sea conocido de forma pública. Suponga que en la fecha del acto ilícito todos los boletos de lotería también tienen las mismas probabilidades de ganar y no había escasez de boletos disponibles. El tiempo pasa y resulta que el boleto de \$1 es el ganador de la lotería y ahora vale \$32 millones de dólares. ¿Cuánto debería pagarle? ¿Le debe pagar el valor esperado de la devolución del boleto, llamado el valor ex ante antes del evento o le debo el valor justo de mercado del boleto que se robó \$1 o debería pagarle la cantidad que habría ganado si usted era el dueño del boleto ganador \$32 millones de dólares, el valor ex post?” El ejemplo del boleto de lotería captura la tensión inherente entre estos dos enfoques.

No obstante, el enfoque ex post encuentra apoyo en la jurisprudencia internacional de inversiones a través de los casos *Paso Energy v. Argentina*⁴⁵, *ADC v. Hungría*, *Yukos v. Rusia*⁴⁶ y *Quirobax v. Bolivia*. En el caso *Paso v. Argentina*, el tribunal arbitral en cuanto a la evaluación de daños, concluyó que la propiedad debe de evaluarse en referencia no al momento de la expropiación sino al momento en que se paga la indemnización, esto es, la fecha del laudo. En *Quirobax v. Bolivia*, proyecto de minas, no se había empezado a operar pero sí consideraron que hubo suficiente evidencia para pensar que el proyecto iba ser exitoso, sí otorgaron los perjuicios porque sí hubo certeza razonable.

Un ejemplo famoso es el laudo de *Yukos v. Rusia*⁴⁷, en el que el Tribunal Arbitral eligió como fecha de valoración a la fecha del laudo (en lugar de una valoración de la fecha de incumplimiento) que marcó una diferencia de aproximadamente 45.000 millones de dólares estadounidenses (antes de

⁴⁴ WAGNER, J. et al., *Ex Ante versus Ex Post Damages Calculation*, in *Litigation Services Handbook: The Role of the Financial Expert.*, 2007.

⁴⁵ *Paso Energy v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, laudo, 31 de octubre de 2011.

⁴⁶ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

⁴⁷ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1812.

intereses) en compensación al inversor.⁴⁸ El principal impulsor de la diferencia fue el aumento de los precios del petróleo tras la fecha de expropiación.

El criterio del tribunal arbitral compuesto por el Dr. Yves Fortier, Dr. Charles Poncet y el Dr. Stephen M. Schwebel concluyó estar de acuerdo con el demandado en que la fecha del 21 de noviembre de 2007 no puede ser la fecha de la expropiación de Yukos. El tribunal observa que ambas partes están de acuerdo, en principio que es un caso de una expropiación a través de una serie de acciones, y que la fecha de expropiación es la fecha en que las acciones incriminadas conducen por primera vez a una privación de la propiedad del inversionista y que se convirtió equivalente a una expropiación⁴⁹.

Asimismo, el Tribunal arbitral deduce que a partir de las declaraciones realizadas por las demandantes en diciembre del año 2004 en el sentido de que habían perdido el poder de gobernar las políticas financieras y operativas de Yukos para obtener los beneficios de sus actividades y que Yukos se había convertido en incapaz de operar como un negocio. Por lo tanto, el tribunal determina que la fecha de la expropiación de la inversión de los demandantes es el día 19 de diciembre de 2004⁵⁰.

En ese sentido, el tribunal arbitral sostiene que en el caso de una expropiación ilegal como en el presente caso, los demandantes tienen derecho a elegir la fecha de expropiación o la fecha del laudo como fecha de valuación⁵¹. El tribunal justificó su enfoque, esto es, la adopción en un enfoque ex post, argumentando que los inversionistas deben de disfrutar de los beneficios eventos imprevistos que aumentan el valor de un activo expropiado hasta la fecha de la emisión del laudo arbitral porque ese aumento sigue siendo parte de lo que el inversionista perdió a través de la expropiación. De hecho, como señaló el tribunal, la

⁴⁸ CIUPAGEA, Ruxandra & BOAZ MOSELLE, “Principios de daños por violaciones distintas de la expropiación”, en Barton Legum (ed.), *The Investment Treaty Arbitration Review* (4a ed., 2019), p. 244.

⁴⁹ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1761.

⁵⁰ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1762.

⁵¹ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1763.

valoración de la inversión a la fecha del laudo resultó en un monto superior a tres veces el valor de la inversión en la fecha de la expropiación y una diferencia cuantitativa de caso 45 mil millones de dólares⁵².

El tribunal arbitral concluye que el monto total de los daños y perjuicios de los demandantes basado en una fecha de valoración del 19 de diciembre de 2004 es de 21 998 millones de dólares mientras que el monto total de sus daños basado en una fecha de valoración del 30 de junio de 2014 es de 66.694 millones de dólares⁵³.

Ahora bien, dependiendo de uno u otro enfoque que se adopte no existe una teoría económica que abogue por conceder a las partes perjudicadas la elección de una determinada fecha de valoración. No obstante, en el Derecho Internacional de Inversiones, la conducta del Estado puede considerarse como el factor decisivo para determinar la fecha de valoración adecuada. Como reconoció el demandante en el caso *Siemens*, el valor del activo expropiado no se ve afectado por si la expropiación es legal o no, pero el monto de la compensación adeudada a un inversionista puede verse significativamente afectada⁵⁴.

b. Fecha de emisión del laudo – Valuación *ex post*

A fin de sustentar mi postura de que sí se debe adoptar un enfoque *ex post* se analizará diferentes casos arbitrales como el caso *Quirobax vs. Bolivia*⁵⁵ donde la mayoría del Tribunal Arbitral determinaron considerar que el estándar de reparación integral en el caso Chorzów representa el derecho internacional consuetudinario sobre compensación por un acto ilícito de un Estado y que esta fórmula es aplicada por el derecho internacional de inversiones a las

⁵² *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1825.

⁵³ *Yukos Universal Ltd. vs. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, párr. 1826.

⁵⁴ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, paragraph 324 (February 6, 2007). Some authors have argued that damages should be strictly compensatory.

⁵⁵ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (*Quirobax v. Bolivia*, Dissent).

expropiaciones indirectas y rastrearon las raíces de la cuantificación de daños en el derecho internacional público.

El tribunal arbitral compuesto por la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Hon. Marc Lalonde, y la Profesora Brigitte Stern, concluyó que:

As explained in the following paragraphs, the majority of the Tribunal considers that this requires an *ex post* valuation, i.e., valuing the damage on the date of the award and taking into consideration information available then⁵⁶.

The Tribunal thus concludes by majority that, dealing with an expropriation that is unlawful not merely because compensation is lacking, its task is to quantify the losses suffered by the claimant on the date of the award (or on a proxy for that date). This is easily explained by a reference to restitution: damages stand in lieu of restitution which would take place just following the award or judgment. It is also easy to understand if one keeps in mind that what must be repaired is the actual harm done, as opposed to the value of the asset when taken⁵⁷.

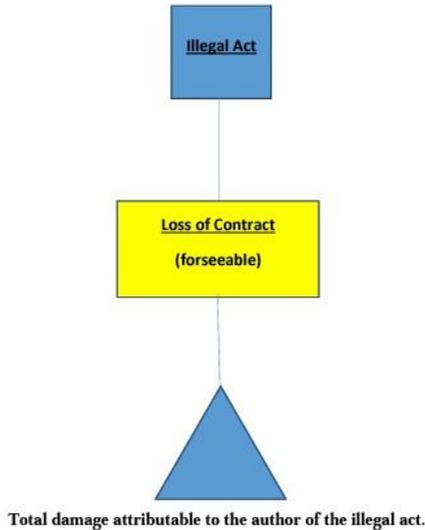
Así, la mayoría del tribunal decidió en primer lugar que el principio de reparación integral en virtud del derecho internacional consuetudinario enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en Chorzów es el aplicable en el presente caso y fijaron que la fecha de valoración es la fecha del laudo dado que las pérdidas de los beneficios futuros eran previsibles y que el enfoque *ex post* redujo el margen de tiempo en el que debían proyectarse los flujos de efectivos futuros.

Es interesante ahora analizar la opinión disidente de la profesora Brigitte Stern cuyo fundamento se basa en que adoptar un enfoque *ex post* es contrario al estado de derecho, haciendo que el cálculo sea impredecible y arbitrario toda vez que los hechos existentes después de la fecha del laudo no tienen nada que

⁵⁶ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (Quirobax v. Bolivia, Dissent). Párr. 370.

⁵⁷ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (Quirobax v. Bolivia, Dissent). Párr. 377.

ver con los hechos del caso, y que la información ex post perjudica el derecho internacional de las inversiones⁵⁸. El árbitro minoritario enfatizó su punto de vista sobre la causalidad con un diagrama que ilustra que permitir información ex post, como las fluctuaciones del mercado, afecta la valoración y rompe la cadena de causalidad directa entre el acto ilegal y la pérdida⁵⁹.



A la vista de este caso, es importante destacar que el asunto *ADC v. Hungary*, marca el renacimiento del enfoque ex post. El tribunal en el presente caso, determinó que el valor de la inversión después de la fecha de expropiación (01 de enero de 2002) ha aumentado considerablemente, mientras que otros arbitrajes que aplican el estándar de la Fábrica Chorzów involucran

⁵⁸ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (07 September 2015), párr.78

⁵⁹ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (07 September 2015), párr.91.

invariablemente escenarios donde ha habido una disminución en el valor de la inversión después de la interferencia regulatoria⁶⁰.

A pesar que en la práctica internacional, los tribunales arbitrales suelen adoptar un enfoque *ex post* en los casos de valoración de daños, varios autores abogan por la exclusión del enfoque de información *ex post*. Dicha lógica subyacente a dicha exclusión es justamente a que el inversor hubiera podido vender el activo justo antes de la medida y habría recibido el valor justo de mercado del activo. Así, la compensación adecuada entonces debe basarse en el valor de la inversión en el momento de la medida más los intereses a la fecha de la compensación⁶¹. A pesar de que los profesionales en arbitraje internacional que se oponen al enfoque *ex post* advierten tres razones para su no adopción.

La primera razón da a lugar a que no se logran las justificaciones de política para adoptar un enfoque *ex post* especialmente cuando el evento *ex post* es imprevisible. Una justificación política es que se debe disuadir al Estado de las expropiaciones oportunistas. La segunda razón es que bajo un enfoque *ex ante* se asume que al menos el activo expropiado se puede reemplazar fácilmente, no obstante, si el activo no se negocia libremente o si la víctima de la expropiación tenía motivos para fijar el precio del activo por encima de su valor de mercado, en esa situación corresponderá al demandante proporcionar pruebas que respalden sus proyecciones⁶².

La tercera razón advierte que el enfoque *ex post* tiene algunas implicaciones incómodas. Este enfoque puede ignorar el hecho de que, al tomar el activo, el Estado también libere al inversionista de los riesgos asociados con este activo así algunos podrían argumentar que el demandante libre de riesgo recibe una

⁶⁰ *ADC Affiliate Limited & ADC &ADMC Management Limited c. La República de Hungría*

(Caso CIADI No. ARB/03/16), Laudo 02 de octubre de 2006, párrafo 497.

⁶¹ ABDALA, Manuel & SPILLER, Pablo, “Chorzów’s Standard Rejuvenated —Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations”, *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, p. 110.

⁶² LAVAUD, Floriane – RECENA COSTA, Guilherme, “Valuation Date in Investment Arbitration: A Fundamental Examination of Chorzów’s Principles”, *The Journal of Damages in International Arbitration*, 2016, p. 40.

compensación adecuada al recibir el valor del activo expropiado al precio ajustado por una tasa de interés previa al inicio del litigio⁶³.

No obstante, a través del presente artículo afirmo que se debe adoptar un enfoque ex post por las siguientes razones.

En primer lugar, a partir de la jurisprudencia internacional encontramos varios casos arbitrales donde se han adoptado el enfoque ex post. Estos tres casos son: el caso *Paso Energy v. Argentina*, *Quirobax v. Bolivia*; y, *Yukos v. Rusia*, los cuales han adoptado utilizar la fecha de emisión del laudo para evaluar la inversión sujeta a la conducta estatal ilícita.

Después de que se laudó en el caso *ADC v. Hungary* varios tribunales de arbitraje consideraron apropiado usar el enfoque ex post como fecha de valoración para valorar la inversión sujeta a la conducta estatal ilícita, Así en *Paso v. Argentina*, el tribunal determinó que el estándar de compensación del Tratado bilateral de inversión (más adelante, TBI), no podría aplicarse y en cambio la disputa se regía por el derecho internacional consuetudinario y el estándar de Chorzów. En cuanto a la valoración de los daños, el tribunal concluyó que la propiedad debe cuantificarse en referencia no al momento del despojo, sino al momento en que se paga la indemnización, es decir, la fecha de emisión del laudo⁶⁴. Así, resultó una valoración de daños que representó un aumento en los precios del petróleo crudo después de las infracciones del demandado otorgando el tribunal arbitral al demandante el monto a US\$ 43,03 millones⁶⁵.

En esa misma línea al caso *Paso Energy v. Argentina*, en *Amco Asia v. República de Indonesia*, el Tribunal arbitral establece que la información

⁶³ LAVAUD, Floriane – RECENA COSTA, Guilherme, “Valuation Date in Investment Arbitration: A Fundamental Examination of Chorzów’s Principles”, *The Journal of Damages in International Arbitration*, 2016, p. 42.

⁶⁴ *El Paso Energy International Company vs. La República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo 31 de octubre de 2011, párr. 706.

⁶⁵ *El Paso Energy International Company vs. La República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo 31 de octubre de 2011, párr. 742. Cabe señalar que el tribunal arbitral no consideró el informe del perito que sostenía una reducción del perito por tanto sostenía que se debía evaluar los daños sobre la información disponible en el momento del incumplimiento.

enfoque ex post se utilizará para la cuantificación de los daños⁶⁶. De la misma forma ocurrió en el caso *CMS v. Argentina* por el cual el tribunal arbitral consideró el enfoque ex post en tanto resaltó que se debe considerar ciertos factores como: 1) la existencia de la dificultad para evaluar la fecha de inicio en la que las medidas causaron una pérdida importante en el valor de la inversión, 2) la dificultad para evaluar las expectativas del inversor, 3) el hecho de que los Estados pueden expropiar o tratar las inversiones de manera injusta precisamente ante la ocurrencia del cambio de las condiciones comerciales⁶⁷, característica relevante del enfoque ex post.

Ante ello, es importante señalar que cuando ha pasado un tiempo considerable desde la promulgación de la medida, se vuelva altamente especulativo para los expertos evaluar cuáles serían las expectativas bien definidas. En este caso, el uso del enfoque ex post es clave para evaluar dichas expectativas y proporcionar una base razonable para la determinar la cuantificación del daño. Más aun, mediante el uso de información ex post los expertos cuánticos pueden medir el alcance de las ganancias económicas inesperadas obtenidas por los Estados que han actuado de manera oportunista.

En segundo lugar, analizado el caso arbitral *Quirobax vs. Bolivia*⁶⁸, la mayoría de los árbitros eligieron un enfoque ex post a diferencia del voto del árbitro minoritario y se basó en datos reales y determinó la pérdida real para el inversor. La mayoría del tribunal determinó que la información del enfoque ex post refleja mejor la realidad y ayuda a la cuantificación con mayor precisión. Además, la adopción de dicho enfoque redujo el marco de tiempo en el que debían proyectarse los flujos de efectivo futuros aumentando así la certeza, aceptando el tribunal arbitral la valoración pericial de la demandante quien argumentó que una valoración ex post permite al Tribunal calcular los daños y perjuicios efectivamente teniendo en cuenta la información disponible. Dado

⁶⁶ *AMCO Asia Corp. V. República de Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1, Laudo 5 de Junio de 1990, párrafo 105.

⁶⁷ ABDALA, Manuel & SPILLER, Pablo, “Chorzów’s Standard Rejuvenated —Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations”, *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, p. 109.

⁶⁸ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (*Quirobax v. Bolivia*, Dissent), párr. 379.

que la pérdida de beneficios era previsible⁶⁹ la mayoría fijó la fecha de valoración como la fecha del laudo.

En tercer lugar, utilizar el enfoque *ex post* es que los eventos posteriores a la medida brindan información esencial sobre hasta qué punto el inversionista ha podido mitigar los daños, adaptando el desempeño de la empresa afectada a las nuevas circunstancias. Por lo tanto, la elección de la fecha de valoración adecuada de los daños es usar el enfoque *ex post* es decir a la fecha de la emisión del laudo a fin de utilizar toda la información más reciente y disponible como recomienda la valoración de la Fábrica de Chorzów.

c. Particularidades de la fecha de valoración en casos de expropiación

Sin perjuicio de ello, surge sin embargo tener en cuenta que el análisis de la adopción de la fecha de valoración se debe analizar bajo la mirada de lo que constituye una expropiación legal, una expropiación ilegal y una expropiación indirecta.

i. Expropiación legal

Como primer punto, en cuanto a las expropiaciones legales, la fecha de valoración se suele considerar tomando en consideración la fecha de la expropiación. La fecha de valuación decisiva según el derecho internacional se encuentra efectivamente inmediatamente antes de la expropiación o antes de la fecha en que se conoció públicamente la decisión de expropiar⁷⁰.

En la práctica de los tribunales internacionales, la fecha de valoración de la expropiación suele ser igual a la del acto estatal que produjo la expropiación.

Un claro ejemplo de ello se encuentra en la jurisprudencia que recae en el Tribunal de Reclamaciones Irán - EE. UU. que declaró en relación con la nacionalización de la industria de seguros iraní por la Ley emitida el 25 de junio

⁶⁹ *Quirobax SA and Non Metallic Minerals SA vs. Plurinacional State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02 Partially Dissenting Opinion (16 September 2015) (Quirobax v. Bolivia, Dissent), párr. 383.

⁷⁰ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.254.

de 1979, casi de manera evidente, que la fecha relevante para la valoración es el decreto de la nacionalización, esto es, la fecha 25 de junio de 1979⁷¹.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que los cambios en el entorno político, social y económico ocurridos inmediatamente antes de la expropiación deben tenerse en cuenta para determinar la fecha de valoración⁷². Dicha premisa responde a que el estado no puede ser considerado responsable de las pérdidas de flujo de ingresos en ausencia de un acto de expropiación⁷³. No obstante, ¿Cómo podemos evitar poner al inversionista expropiado en mejor posición de la que estaría si no se hubiera producido la expropiación, sin prescindir de la fecha de valoración? Considero que los tribunales arbitrales internacionales deberán de tomar en consideración las circunstancias de cambio político al momento de determinar tanto la fecha de valoración como la compensación.

En efecto, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. destaca la importancia de contar con directrices para abordar la determinación del valor de una empresa en circunstancias de cambio político. En *American International Group v. Irán* desarrolló una directriz para distinguir los factores relevantes de los irrelevantes:

In ascertaining the going concern value of an enterprise at a previous point in time for purposes of establishing the appropriate quantum of compensation for nationalization, it is, as already stated, necessary to exclude the effects of actions taken by the nationalization state in relation to the enterprise which actions may have depressed its value. On the other hand, prior changes in the general political, social and economic conditions which might have affected the enterprise's business prospects as of the date the enterprise was taken should be considered...⁷⁴

Lo que busca este lineamiento es que la fecha de la valoración debe efectuarse a partir de la fecha de valoración mediante el uso de la debida diligencia con

⁷¹ *American International Group v. Iran* – US CTR (1983) 96,106.

⁷² MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.256.

⁷³ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.256.

⁷⁴ *American International Group v. Iran* – US CTR (1983) 96,107.

respecto al desarrollo de la oferta y la demanda como factores relevantes en armonía con el enfoque de valoración objetiva que corresponde al estándar de compensación aplicable a las expropiaciones legales⁷⁵.

Asimismo, es importante tener en cuenta que los tribunales arbitrales determinan la asignación de la compensación adecuada tomando en cuenta el factor del tiempo que transcurre entre la expropiación y la fecha de emisión del laudo arbitral.

Así, en *Santa Elena v. Costa Rica*⁷⁶, un caso de expropiación legal que ha atraído especial atención porque el panel expresó que el propósito ambiental no incidía en el tema de la compensación⁷⁷. Los hechos del caso se basan en que la demandante, Compañía del desarrollo Santa Elena, se constituyó en el año 1970 con el propósito de comprar Santa Elena, con la intención de desarrollar grandes porciones de la propiedad como centro turístico y comunidad residencial. Dicha propiedad ubicada en Costa Rica, consta de más de 30 kilómetros de costa del Pacífico, así como numerosos ríos, manantiales, valles, y montañas⁷⁸. El 5 de mayo de 1978, Costa Rica emitió un decreto de expropiación de Santa Elena con el objetivo de declararlo un sitio de reserva natural⁷⁹.

El Tribunal del CIADI tuvo que decidir sobre el monto de la indemnización luego de la expropiación de la propiedad Santa Elena y de haber transcurrido más de 22 años, tiempo que se prolongó el proceso arbitral. La demandante alegó que la fecha de valoración no debe hacerse en la fecha del decreto de expropiación, el 5 de mayo de 1978, sino en la fecha del laudo arbitral emitido con fecha 17 de febrero de 2000. No obstante, el tribunal no estuvo de acuerdo

⁷⁵ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.258.

⁷⁶ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000).

⁷⁷ OECD (2004), *Indirect Expropriation and the "Right to Regulate in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, p.16.

⁷⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000), párr.17.

⁷⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000), párr.17.

con el argumento de los demandantes y determinó que la fecha de la expropiación como la fecha de valuación señalando que la propiedad expropiada se evaluará a partir de la fecha en que la injerencia gubernamental haya privado al propietario de sus derechos y que la importancia de identificar la fecha de expropiación radica en su relación con los factores que pueden tomarse al evaluar el valor justo de mercado⁸⁰.

En este caso, el Tribunal Arbitral estimó que el largo período de tiempo entre la expropiación y la fecha del laudo justificaría un laudo correspondiente sobre intereses.

En suma, se puede concluir que la práctica de los tribunales internacionales generalmente confirma que la fecha de la expropiación es la fecha de valuación en casos de expropiaciones lícitas bajo el derecho internacional.

ii. Expropiación ilegal

Dado que las expropiaciones ilícitas representan una vulneración al derecho internacional, esto implica la responsabilidad del Estado de reparar íntegramente el perjuicio económico sufrido por el inversionista⁸¹. Es aquí donde se aplica el método diferencial o *but-for* que requiere evaluar la diferencia entre la situación financiera del afectado y la situación financiera en la que se encontraría si no se hubiera producido la expropiación. El razonamiento responde a la lógica que la fecha de valoración decisiva es la fecha del laudo. En este punto, la doctrina se ha pronunciado sobre la fecha de valoración. Entre los autores más importantes, encontramos la opinión del doctor Herfried Woss quien señala lo siguiente:

Valuing damages as of the time of the enactment of the first state measure would ignore subsequent events that are relevant for damage valuation purposes, and thus would most likely result in inadequate compensation. Some of these subsequent events between the imposition of the tax and the time of the award that

⁸⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. (February 17, 2000), párr.84.

⁸¹ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.266.

have direct impact on the amount of taxes to be paid, and thus losses to the crude oil producers are: 1) Changes in industry prices, 2) Changes in crude oil production levels, 3) Introduction of compensatory measures by the state, such as granting income tax exemptions or other palliative measures; 4) Further increases or reduction in tax levels, 5) Actions within the control of the investor that are unrelated to the measures and that result in an ex-post reduction or increase in the value of the investment; 6) damage mitigation actions by the investor.⁸²

En consecuencia, el uso de las expectativas a la fecha del incumplimiento puede compensar en exceso o en exceso al demandante por pérdidas que a la fecha del laudo son seguras.

Un claro ejemplo es en el caso *Siemens c. Argentina*⁸³ donde se eligió la fecha del laudo como fecha de valuación para cubrir todas las consecuencias del acto ilegal

En esa misma línea, se ha pronunciado Christine Sim, quien ha indicado que hay dos formas para evaluar la información ex post: 1) el uso de la información ex post ante la existencia de algún riesgo desde el momento del incumplimiento, dichos riesgos pueden materializarse como el aumento en los precios del petróleo y gas; y 2) la aplicación del estándar de compensación del derecho internacional consuetudinario como justificación para el uso de la información ex post⁸⁴.

⁸² WOSS, Herfried et al., *Damages in International Arbitration Under Complex Long Term Contracts*, 2014, p 267.

⁸³ *Siemens A.G. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007, Párr. 353.

⁸⁴ SIM, Christine, “Dealing with *Ex Post* Information in Investment Arbitrations: Quiborax SA et al v Plurinational State of Bolivia”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, Issue 1, p.213, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six012>

III. PERSPECTIVAS EN LA METODOLOGÍA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MATERIALES

En este punto, es preciso indicar que el razonamiento del tribunal arbitral a fin de proceder con la evaluación de la cuantificación reside en evaluar cuál es el estándar de compensación en las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión, cuál es la metodología, cual es la fecha de valuación, si corresponde pagar intereses y si hay alguna razón para reducir el monto de la compensación.

El estándar de compensación es el de reparación integral que está contenido en los artículos de la CDI y en el caso Chorzów es un estándar de teoría de daños de las expectativas (*expectations damages*), teoría que busca poner a la demandante en el lugar en el que se habría encontrado si el incumplimiento no hubiese ocurrido que contrasta con la teoría del daño a la confianza. Esto es fundamental, dado que no es lo mismo darle al demandante lo que hubiese obtenido sino hubiese habido violación, generándole ciertas ganancias.

A. Metodología basada en los ingresos

El enfoque de ingresos se basa en la teoría subyacente de que el valor un activo es igual al valor de los ingresos futuros que el propietario puede esperar obtener del activo⁸⁵. La forma más común del enfoque de ingresos es centrarse en el método del flujo de caja descontado (más adelante, DCF). La metodología DCF determina que el valor comercial como el valor presente de los flujos de efectivo netos descontados a una tasa que refleja el valor temporal del dinero y los riesgos atribuibles a estos flujos de efectivo⁸⁶. El análisis DCF es una técnica de modelado financiero basada en supuestos explícitos con respecto a los ingresos y gastos prospectivos de un negocio⁸⁷.

⁸⁵ HABERMAN, Philip - PERK, Liz, Chapter 11 — *Overview of Methodologies for Assessing Fair Market Value*, in *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, 4th Edition (2021), p. 186.

⁸⁶ DEMUTH, Alexander, Chapter 13 — *Income Approach and the Discounted Cash Flow Methodology*, in *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, 4th Edition (2021), p. 205.

⁸⁷ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 3.250

Un claro ejemplo de esta metodología es el caso *CME v. Czech Republic*. El Tribunal Arbitral se refirió a los flujos de efectivo operativo futuros como el factor relevante para valoración de los ingresos futuros, determinaron que el flujo de caja reflejó las ganancias provenientes de la publicidad como la fuente de ingresos más importante⁸⁸.

En esa misma línea, en el caso *LG&E v. Argentina* aplicó el enfoque de valoración de ingresos de una manera diferente porque encontró que ni el precio de mercado de las acciones ni el DCF analizarían adecuadamente la pérdida acumulada por tanto decidió concentrarse en las pérdidas de dividendos como la medida más apropiada de daño⁸⁹.

De lo anterior, se desprende que la práctica internacional acepta cada vez más los enfoques de valoración basado en los ingresos. No obstante, algunos tribunales aún han rechazado el enfoque de valoración de ingresos debido a la falta de un historial de desempeño suficiente y/o probabilidad de éxito económico en el futuro. Sin embargo, parece que los tribunales reconocen cada vez más que el enfoque de ingresos, aunque depende de pronósticos futuros, es el enfoque de valoración más utilizado en los negocios internacionales y la base de decisiones de inversión.

En suma, de lo expuesto, es preciso señalar también que el método de flujo de caja descontado suele no aplicarse cuando la inversión nunca estuvo operativa o cuando el historial operativo de la inversión es insuficiente.

B. Metodología basada en los activos

Esta metodología se basa en el principio de que el valor de un activo se presenta mejor por su costo porque su naturaleza supuestamente su naturaleza no es especulativa⁹⁰.

⁸⁸ *CME Czech Republic BV v. Czech Republic*, Final Award on Damages of 14 March 2003, párr. 160.

⁸⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/01, Award of 25 July 2007. Párr. 418.

⁹⁰ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2nd Ed. Oxford University Press (2017), p.407.

Un ejemplo de esta metodología es el método valor en libro. Un ejemplo de la aplicación de este método lo encontramos en *Siemens v. Argentina*. El tribunal Arbitral determinó que el valor en libros era una medida adecuada del daño cuando se realizó la inversión, señaló que el método del valor en libros aplicado a una inversión reciente se considera un método adecuado para calcular su valor justo de mercado cuando no existe mercado para los bienes expropiados⁹¹. Así, el Tribunal Arbitral decidió aplicar el valor en libros sumando todas las inversiones realizadas para el proyecto, menos los montos rechazados debido a las tasas de intereses excesivas, créditos fiscales y riesgo asociado con la terminación del contrato⁹².

C. Metodología basada en el mercado

El enfoque de mercado considera las ventas de propiedades similares y los datos de mercado relacionados y establece una estimación de valor mediante procesos de comparación⁹³. Cuando se analiza este tipo de metodología, suele examinarse las diferentes variantes del enfoque de mercado, como es la relevancia de los precios de las acciones.

En ese sentido, tenemos el caso *CMS V. Argentina* donde se concluyó que, en principio, los precios de las acciones podrían ser un indicador adecuado del valor de una empresa⁹⁴. El tribunal no consideró que se hiciera referencia a los precios de las acciones de otra transportadora de gas natural y tres distribuidoras de gas natural que cotizan en la bolsa de valores argentina porque consideró que esas empresas no eran suficientemente comparables⁹⁵. Es por ello que el tribunal decidió aplicar un enfoque de valoración basado en los ingresos.

⁹¹ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007, párr. 355.

⁹² *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007, párr. 375.

⁹³ MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009, 1 ed., p. 5.08.

⁹⁴ *CMS v. Gas Transmissions Company v. Argentine Republic*, Award of 12 May 2005, párr. 402.

⁹⁵ *CMS v. Gas Transmissions Company v. Argentine Republic*, Award of 12 May 2005, párr. 412.

D. Casos de estudio: Análisis de los casos más relevantes

a. *Crystallex v. Venezuela*

Los hechos del caso se basan en que, en septiembre de 2002, Crystallex y la CVG suscribieron un contrato de operación de Minas que establecía el mercado de derechos y responsabilidades de ambas partes para el desarrollo del proyecto de minería de oro Las Cristinas. Bajo dicho contrato, Crystallex debía asumir todas las responsabilidades del desarrollo del proyecto Las Cristinas y todos sus costos asociados a fin de proceder con la construcción de las obras sociales acordadas y realizar un pago inicial de 15 millones de dólares⁹⁶.

El Tribunal Arbitral consideró que, en este caso en particular, el enfoque de mercado de valores refleja la evaluación de los mercados de valor presente de las ganancias futuras, descontados para todos los riesgos conocidos, para ello combinó el método de mercado de valores y el método de múltiplos de mercado utilizando datos sobre valoración de mercado de sociedades titulares de propiedades de características similares. El tribunal arbitral consideró apropiado este método porque Crystallex era una empresa de un solo activo y éste era el derecho a extraer oro⁹⁷.

En esa misma línea, el tribunal asimismo concluyó que la demandante habría establecido el hecho de la rentabilidad futura, ya que habría completado la fase de exploración, y se había establecido el tamaño de los depósitos, así el tribunal infiere que el valor se puede determinar con base en los precios de mercado y que los costos están bien conocidos en la industria y puede estimarse con un grado de certeza razonable. El tribunal hizo referencia a los estudios de factibilidad elaborados por la demandante y señaló que no veía razón alguna para poner en duda la exactitud de los estudios, además sostuvo que el oro, a diferencia de la mayoría de los productos de consumo e incluso de otras materias

⁹⁶ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 Apr. 2016), párr. 18.

⁹⁷ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 Apr. 2016), párr. 916.

primas, está menos sujeto a la dinámica ordinaria de la oferta y demanda a las fluctuaciones de mercado⁹⁸.

Sin embargo, una desventaja del método del mercado de valores es que el precio de la propiedad se negocia en un mercado abierto y competitivo con actores que actúan libremente.

b. *Rusoro v. Venezuela*

En el caso *Rusoro v. Venezuela*, el Tribunal Arbitral determinó que el método DCF se ha vuelto habitual en los arbitrajes de inversión, siempre que se deba establecer el valor justo de mercado de una empresa. En ese sentido, estuvo de acuerdo en que cuando las circunstancias para su uso sean apropiadas, el DCF tiene ventajas sobre otros métodos de valoración más retrospectivos, y sostuvo que el DCF funciona correctamente si se cumplen todos, o al menos una parte de los siguientes criterios⁹⁹: 1) La empresa tiene un historial establecido de desempeño financiero, 2) Existen proyecciones confiables de su flujo de caja futuro, 3) el precio al que la empresa podrá vender sus productos o servicios puede determinarse con una certeza razonable.

Este laudo, por su parte, demuestra que el DCF no funciona para todas las circunstancias y que por tanto no es un método adecuado para calcular el valor justo de mercado de la inversión de Rusoro. Así, el Tribunal Arbitral consideró que ninguno de los peritos de las partes habría presentado de hecho una valoración DCF real y dedujo circunstancias que hacía que el método DCF fuera no correcto para la disputa¹⁰⁰. El tribunal se refirió a las siguientes circunstancias: 1) el demandante carecía de un historial de desempeño financiero, 2) el precio del oro era muy volátil y la expropiación ocurrió cuando el oro estaba en sus niveles históricos lo que dificultó recrear las expectativas del mercado en la fecha de la expropiación, 3) No habría certeza de si el demandante habría podido obtener el financiamiento para la inversión requerida

⁹⁸ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 Apr. 2016), párr. 878-880.

⁹⁹ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, final award, 22 august 2016, párr. 758-759.

¹⁰⁰ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, final award, 22 august 2016, párr. 785.

proyectada en su plan de negocios, 4) el riesgo país defendido por la postura del demandante era muy bajo, 5) el sector del oro venezolano habría sufrido una creciente presión regulatoria que hacía imposible predecir con certeza el impacto en los flujos de caja¹⁰¹.

IV. CONCLUSIONES

A la luz del principio de reparación integral, los tribunales arbitrales han calculado la reparación utilizando la metodología de mercado, ingresos y costos. No obstante, actualmente no existe consenso sobre qué metodología es la aplicable a fin de determinar el valor justo de mercado de una inversión. Como se ha demostrado en este artículo, el principio de reparación integral bajo el derecho internacional consuetudinario favorece fuertemente el enfoque ex post para la valoración de expropiaciones ilegales. Este artículo ha demostrado que las críticas que se centran en desvirtuar la aplicación del enfoque ex post no son válidas.

La casuística en la materia muestra la verdadera aplicación de la institución, la cuantificación de daños en los diversos campos y materias sobre las cuales discurre el arbitraje. Sin embargo, existen ciertos aspectos que deben cumplirse en el caso de las expropiaciones ilegales siendo muy discutible el método del flujo de caja descontado. Hasta el momento, la práctica internacional no ha proporcionado respuestas claras sobre qué enfoque debería aplicarse a las indemnizaciones y daños y perjuicios. El análisis de los principios legales y económicos y su aplicación en la práctica internacional tiene como objetivo proporcionar alguna orientación para la valoración de la compensación y los daños en disputas internacionales sobre inversión. Es así, que la información del monto de la cuantificación no debe reservarse para la etapa final del proceso arbitral, en ese sentido, una vez establecida la jurisdicción, una recomendación es que se deba preparar la cuantificación detallada, a fin de determinar cuestiones relevantes como la fecha de valoración y el estándar de compensación.

¹⁰¹ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, final award, 22 august 2016, párr. 785-786.

Satisfacción como Remedio para Daño Moral en Arbitraje de Inversión.

Francisco Franco*, Tomás Geuna† & Ana Sofía Vargas Hernández‡

Resumen- La reparación del daño en el derecho internacional público ha sido un tema relevante a lo largo de los años. En el arbitraje de inversión, los inversores buscan la reparación del daño como remedio a los daños causados a su inversión por las medidas ilegales del Estado receptor. En algunos casos, el daño causado por una medida ilegal va más allá del daño material (daño moral.) La pérdida reputacional sería un ejemplo de esto. Sin embargo, en ciertos casos, la indemnización (remedio más asiduo en arbitraje de inversión) no basta para reparar el daño moral que el inversor pudiese sufrir como consecuencia de una medida ilegal. Con esto en mente, este artículo analiza la satisfacción como posible remedio para la reparación del daño moral en arbitrajes de inversión.

Abstract- The reparation of damages under public international law has been a relevant subject for years. In investment arbitrations, investors seek reparation as a remedy for the damage caused to their investments by the host State's unlawful measures. In some cases, the damage caused by an unlawful measure goes beyond the material damage aspect (moral damage). Reputational harm would be an example of this. However, compensation (Prevailing remedy in investment arbitration) does not suffice to repair the moral damage that the investor suffered as a consequence of an unlawful measure. With that in mind, this article discusses satisfaction as a possible remedy to repair moral damage in investment arbitrations.

* Asociado en Baker Mckenzie México.

† Asociado en Galicia Abogados.

‡ Asistente de la Secretaría General del Centro de Arbitraje de México.

I. INTRODUCCIÓN	278
II. DAÑOS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	281
III. REMEDIOS DEL DAÑO	283
A. RESTITUCIÓN	284
B. INDEMNIZACION.....	286
C. SATISFACCIÓN.....	287
IV. DAÑO MORAL EN EL CONTEXTO DE ARBITRAJE DE INVERSION.....	288
V. SATISFACCIÓN COMO REMEDIO POR DAÑO MORAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	290
VI. SATISFACCIÓN DE DAÑOS MORALES CAUSADOS A ESTADOS.....	293
A. ¿QUIÉNES ESTÁN LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LOS DAÑOS MORALES?.....	295
VII. CONCLUSIÓN.....	297

I. INTRODUCCIÓN

La reparación del daño moral representa mayor debate en el ámbito de la justicia ordinaria. Este debate también se ha extendido al ámbito del arbitraje internacional. El debate se centra en si la reparación se debe otorgar a favor de personas jurídicas o individuos, bajo qué circunstancias y el modo de su otorgamiento.

Ante este panorama de incertidumbre generalizada, en el arbitraje de inversiones han existido diferentes posiciones respecto a ello. Por un lado, están aquellos tribunales que han rechazado de plano su viabilidad¹. Por otro lado,

¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) ¶ 198; *Yury Bogdanov c. Republic of Moldova*, Cámara de Comercio de Estocolmo No. V (114/2009), Laudo (30 de marzo

están aquellos que restringen su alcance a situaciones excepcionales². Por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *Arif. c.. Moldavia*, señaló que “[e]l elemento de excepcionalidad debe ser reconocido y respetado... para evitar crear ventajas financieras para la víctima que sobrepasen el concepto tradicional de compensación.”³. Con esto en mente, dispuso que “las conductas del transgresor y el perjuicio a la víctima deben ser graves y sustanciales” para el otorgamiento de indemnización por daño moral⁴.

Interesantemente, los tribunales que han concedido reclamaciones por daño moral han optado por la indemnización como remedio⁵, dejando a un lado la satisfacción (ya sea porque no la consideraron, o simplemente la rechazaron.)⁶.

de 2010) ¶ 99; e.g., *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) ¶ 289, (“... The very fact, however, that this alternative claim for damages is both notional and widely discretionary prompts a considerable degree of caution on the part of the present Tribunal in facing the proposition that compensable ‘moral’ damage can be suffered by a corporate investor. The case law in the investment field, as indicated, is very thin: two tribunals have accepted claims for moral damage and two have declined to award it. ... The Tribunal has already indicated that reputational damage to a protected foreign investor is a perfectly conceivable consequence of unlawful conduct by the State of the investment, and if so is likely to show itself, for example, in <increased financing costs, and possibly other transactional costs as well. But the Tribunal regards that as just another example of actual economic loss or damage, which is subject to the usual rules of proof. To resort instead to a purely discretionary award of moral solace would be to subvert the burden of proof and the rules of evidence, and that the Tribunal is not prepared to do.”)

² *Desert Line Projects LLC. c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008) ¶ 289; *Cementownia “Nowa Huta” S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009) ¶ 169.

³ *Sr. Franck Charles Arif. c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) ¶ 592.

⁴ *Id.*

⁵ *Desert Line Projects LLC. c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008) ¶ 289; *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libia y otros*, Caso Centro Regional de Cairo para Arbitraje Comercial Internacional, Laudo (22 de marzo de 2013) ¶¶ 365-367; *Bernhard Von Pezold y otros. c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB 10/15, Laudo (28 de julio de 2015).

⁶ *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶¶ 554-561; *CMS Gas*

Esto podría llegar a ser problemático bajo ciertas circunstancias. La indemnización económica normalmente tiene un efecto retroactivo que busca reparar un daño desde la implementación de la medida ilegal hasta que se dicta el laudo⁷. No obstante, en algunos casos, los tribunales también otorgan indemnización hacia el futuro (lucro cesante), el estándar probatorio se vuelve muy alto para el inversor porque el tribunal no puede otorgar daños especulativos⁸.

Esto nos deja con la pregunta de: ¿Qué hacer cuando la medida ilegal del Estado receptor ha dañado seriamente la reputación del negocio del inversor ante el público en general? A fin responder este interrogante, usaremos como ejemplo hipotético un caso donde un gobierno populista se dedica a atacar la reputación de un negocio extranjero en su territorio. Ante la situación planteada, el inversor podría probablemente perder su negocio aún si ganase un arbitraje contra el Estado y obtuviera indemnización “adecuada.” Las personas no involucradas en arbitraje (potencial consumidor del negocio) probablemente no se sentarán a analizar el laudo y probablemente no se enterarán del resultado. Probablemente no se percatarán ni de la existencia del arbitraje. Aún si se enterarán, es poco factible que cambien su opinión sobre el negocio debido a los comentarios y medidas del gobierno que dieron lugar al conflicto. En otras palabras, si sólo se le otorgase indemnización al inversor, el futuro de su negocio quedaría a la merced del poco probable cambio de opinión del pueblo después de haber escuchado repetidos ataques a la empresa por parte del gobierno. Hablando de

Transmission Company. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2015) ¶ 399.

⁷ ZETINA, FABIAN, Valuation date, Jus Mundi, (15 de abril 2022); *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶¶ 370-371, 379; *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Opinión en Disidencia Parcial del Árbitro Brigitte Stern (7 de septiembre de 2015) ¶¶ 41, 81; *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/18/5, Laudo (12 de julio de 2022), ¶¶ 675, 820; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006), ¶¶ 499, (“...es decir, las Demandantes deben ser compensadas con el valor de mercado de las inversiones expropiadas a la fecha de este Laudo...”).

⁸ *BG Group Plc. c. República Argentina*, Caso Ad-Hoc bajo reglas UNCITRAL, Laudo (24 de diciembre de 2007) ¶ 428,

potenciales clientes tanto trabajadores que también sufren los ataques a la empresa directa o indirectamente.

Nuestro planteamiento, consiste en que una posible solución a este problema sería una disculpa o retractación pública por parte del gobierno (o sea, *satisfacción*), una vez concluido el arbitraje. Esto brindaría la posibilidad de reparar el daño reputacional sufrido, y probablemente daría una oportunidad de supervivencia al negocio. Como sustento para esta medida, no debe olvidarse que existe consenso entre los tribunales arbitrales que su objetivo es tratar de “*eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido.*”⁹. A esto se le llama reparación integral.

Con ello en mente, y lejos de brindar una respuesta uniforme para todos los casos que involucren daño moral, a lo largo de este artículo haremos un análisis de la satisfacción como mecanismo para lograr la reparación integral. Si bien, conforme a lo expuesto, no existe en la actualidad un antecedente arbitral donde esta haya sido concedida en favor de un inversor, entendemos conveniente brindar un acercamiento a fin de visibilizar este mecanismo de reparación.

II. DAÑOS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

En el arbitraje de inversión, el inversor reclama daños en contra del Estado receptor de su inversión por medidas que el primero estima violatorias del derecho internacional. Los daños, en términos generales, pueden definirse bajo dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales. Acerca de estos dos se ha sostenido que son los únicos tipos de daños que pueden ser “reparables.”¹⁰.

⁹ *Joseph Charles Lemiere. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB 06/18, Laudo (28 de marzo de 2011) ¶ 149; *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶ 327-328; *Sr. Franck Charles Arif. c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) ¶ 559; *Bernhard Von Pezold y Otros. c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB 10/15, Laudo (28 de julio de 2015) ¶ 761.

¹⁰ BRETON, CAROLINE, *Damages: General Concept*, Jus Mundi, (3 de junio de 2022), <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-damages-general-concept>

Los daños patrimoniales son aquellos daños en los que el objeto del reclamo se circunscribe al menoscabo o detrimento patrimonial causado de manera directa o indirecta a consecuencia de un accionar de la parte demandada. Estos daños son susceptibles de apreciación económica, en tanto, es pasible de lograrse una equivalencia pecuniaria de las pérdidas causadas¹¹. Como ejemplos de esta categoría pueden mencionarse el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de oportunidad.

Por contraste, los daños morales son aquellos que agrupan al conjunto de prejuicios que no afectan directamente un patrimonio¹². Este tipo de daños son aquellos que se producen a través de la lesión a un interés no patrimonial por una de las partes, causando en la otra una afección a derechos personalísimos y una afectación anímica perjudicial¹³. Asimismo, en lo que respecta a personas jurídicas, este tipo de daños se refleja a través de la pérdida del crédito o reputación¹⁴, misma pérdida que probablemente se traducirá en otros daños futuros. De esta manera, este tipo de daños debe ser evaluado sin perjuicio de que el objeto inmediato del agravio haya sido un derecho patrimonial o extra-patrimonial.

¹¹ ILC art. 31, commentary 5; See ILC Draft Articles, supra note 1, art. 36; Cifuentes, Elementos de Derecho Civil: Parte General, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 4ta Ed., p. 57.

¹² *Opinión de los Casos Lusitania*, VII R.I.A.A 32, 39, U.N. Sales No. 1956.V.5; Art 31, 31(2) Titles and Texts of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted by the Drafting Committee on Second Reading, 26 July 2001; Wittich, ‘Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law’ (2004) 15 Finnish Yearbook of International Law, pp. 329–30.

¹³ PIZARRO, RAMÓN D., *Daño Moral*, Hammurabi, 1996, Buenos Aires, p.47

¹⁴ DUMBERRY, P., “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes” *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, Issue 1, March 2012, p. 208.

III. REMEDIOS DEL DAÑO

Conforme al derecho internacional público, los Estados son responsables por todos los daños causados por hechos ilícitos y deben de repararlos de manera integral¹⁵.

En línea con lo anterior, la Corte Permanente de Justicia Internacional (predecesor de la Corte Internacional de Justicia) estableció en el caso *Chorzów Factory (Alemania. c. Polonia)* que “*es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación contractual implica una obligación de reparación de forma adecuada.*”¹⁶. De igual manera, se resolvió que “*la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido.*”¹⁷. La Comisión de Derecho Internacional ha codificado este principio en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“**Proyecto de Artículos**”)¹⁸. Los tribunales de inversión al día de hoy basan sus decisiones respecto a los daños en *Chorzów Factory* y en el Proyecto de Artículos¹⁹.

¹⁵ Ver Comisión de Derecho Internacional (CDI), Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 76-77, U.N. Doc. A/56/10 (Oct. 24, 2001) (“**Proyecto de Artículos**”), Art. 31.

¹⁶ *Chorzów Factory*, Caso de la Corte Permanente de Justicia Ser. A, No. 9, Sentencia de fondo (13 de septiembre de 1928)

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Ver Proyecto de Artículos.

¹⁹ Ver, e.g. *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶ 327-328 (“...”This principle is set forth in ILC Article 1, which provides that “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.” The corollary to this principle, which was first articulated by the PCIJ in the often-quoted *Chorzów* case is that the responsible State must repair the damage caused by its internationally wrongful act. As stated in ILC Article 31(...) his reparation must be “full,” i.e., it must eliminate all consequences of the internationally wrongful act and restore the injured party to the situation that would have existed if the act had not been committed (...) Here, the Tribunal has found that the Claimants' investments in Bolivia were subject to direct – as far as NMM is concerned – and indirect – as far as Quiborax is concerned – expropriation which did not comply with the requirements set out in the

Conforme al Proyecto de Artículos, existen tres formas de reparar los daños causados por hechos ilícitos: la restitución, indemnización y, por supuesto, la satisfacción²⁰. El mismo Proyecto, en su Artículo 34 establece que los tres remedios podrían aplicarse de “*manera ... combinada*” si fuere necesario²¹. Es decir, en teoría, un tribunal arbitral no tendría que limitarse a un solo remedio para otorgar reparación integral a un inversor (dejando a un lado el debate sobre sus facultades para ordenar la restitución.).

A. Restitución

En consonancia con la reparación integral mencionada, el Proyecto de Artículos señala en su Artículo 35 que la forma predilecta de reparación del daño es la restitución²². Esta consiste en regresar la situación al estado anterior de que se

BIT for a lawful expropriation. Consequently, the Claimants are entitled to full reparation of the damages suffered”); *Sr. Franck Charles Arif. c.. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) ¶ 559 (“It is a general obligation of a State guilty of an internationally wrongful act to make reparation. This principle was famously stated in the Chorzów Factory Case, and is summarized in Article 31 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility(...) which are relevant to the analysis that follows in this case”); *Bernhard Von Pezold y Otros. c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB 10/15, Laudo (28 de julio de 2015) ¶ 761 (The approach of customary international law to reparation is founded in the Factory at Chorzów, which is reflected in the ILC Articles on State Responsibility. Customary international law requires the Tribunal to “compensate for the damage caused”, which includes “any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established (...) Tribunal accepts that this is the correct approach to use in this case”).

²⁰ Ver Proyecto de Artículos, Art. 34.

²¹ *Id.* (“La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, **ya sea de manera única o combinada**, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.”) (Énfasis añadido.)

²² *Id.*, Art. 35 (“El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.”)

cometiera la conducta dañosa, en la medida que los cambios ocurridos sean atribuibles a esta última²³. A decir, lo que se requiere a través lisa y llanamente es que el causante del daño restablezca la situación como si el acto dañoso no hubiese existido.

Para que este método de reparación opere, se requieren dos circunstancias: (a) que no sea materialmente imposible; (b) que el beneficio derivado de esta no implique una carga desproporcionada en comparación con la indemnización²⁴. A modo de ejemplo, este tipo de medidas pueden traducirse en actos de índole material, como el retorno de una propiedad, o de índole jurídica como la reconsideración de una medida administrativa adoptada ilegalmente contra un inversor.

Esta manera de reparación ha sido extensamente debatida en el arbitraje de inversión²⁵. La postura dominante es que los tribunales arbitrales carecen de competencia para ordenar la restitución a un Estado soberano²⁶. Dejando esto a un lado, la restitución podría resultar imposible en algunos casos²⁷. En otros, sería simplemente inadecuada porque traer las cosas al estado anterior afectaría

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ Ver FRANCO, FRANCISCO, “Compensation”, Jus Mundi, (3 de junio de 2022), <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-compensation>

²⁶ *Sistem Mühendislik In aat Sanayi ve Ticaret A. c. República de Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo (9 de septiembre de 2009) ¶ 158 (... “ Whatever might be the position in relation to breaches of duties of Fair and Equitable Treatment or Non-Discrimination or Full Protection and Security, in cases where the breach takes the form of an expropriation compensation will generally be assessed by reference to the value of the property or rights of which the Claimant was wrongly deprived: that is what the property was worth. The oft-repeated Chorzow Factory formula refers to “the obligation to restore the undertaking and, if this be not possible”...); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo (25 de julio de 2007), ¶ 87, (...“Likewise, if approached as restitution, the Tribunal cannot go beyond its fiat in the Decision on Liability. The judicial restitution required in this case would imply modification of the current legal situation by annulling or enacting legislative and administrative measures that make over the effect of the legislation in breach. The Tribunal cannot compel Argentina to do so without a sentiment of undue interference with its sovereignty. Consequently, the Tribunal arrives at the same conclusion”...).

²⁷ *Id.*

los intereses del inversor de tal forma que el daño pudiese ser mejor reparado a través de indemnización²⁸. Ante esta situación, se ha optado por hacer un lado la restitución e inclinarse por la indemnización como método de reparación²⁹.

B. Indemnización

El Artículo 36 del Proyecto de Artículos dispone que el causante del daño está obligado a indemnizar a la víctima cuando la restitución es imposible o inadecuada³⁰. Este Artículo también establece que la indemnización debe incluir todo daño que se pueda evaluar financieramente³¹.

Es obvio que los daños materiales resultan pasibles de ser reparados a través de la indemnización porque pueden ser financieramente evaluados. Sin embargo, este artículo ha sido explícitamente amplio al indicar que *todo* daño capaz de ello debe ser compensado. Esto cobra una especial relevancia. Tal como expuso el tribunal arbitral en el caso *Lusitania*, el daño “no-material” (*i.e.*, el daño moral) puede evaluarse financieramente (y sujeto a indemnización.)³².

De esta manera, y tomando en cuenta las limitaciones que existen en cuanto a la restitución, la indemnización es el remedio predilecto que los tribunales arbitrales otorgan en arbitrajes de inversión³³. La pregunta que queda pendiente, entonces, es si existe un lugar para la satisfacción en este ámbito.

²⁸ E.g., Cuando la inversión es expropiada ilegalmente por el Estado, éste la mal-administra por el tiempo que dura el proceso arbitral y la inversión pierde casi todo su valor. En este caso, lo mejor sería indemnizar al inversor por el posible valor de mercado que hubiese tenido la inversión si la medida ilegal no hubiese existido.

²⁹ *Walter Fletcher Smith. c. Compañía Urbanizadora del Parque y Playa de Marianao*, Caso Ad-Hoc, Laudo (2 de mayo de 1929); *Gobierno de Kuwait. c. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Caso Ad-Hoc, Laudo (23 de junio de 1979).

³⁰ *Ver* Proyecto de Artículos, Art. 36(1) (“El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.”)

³¹ *Id.*, Art. 36(2) (“La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.”)

³² *Caso Lusitania*, Arbitraje, Comisión Mixta Estados Unidos y Alemania, Laudo (1 de noviembre de 1923).

³³ *Caso Mélanie Lachenal*, Arbitraje, Comisión Mixta Francia e Italia, Laudo (7 de julio de 1954).

C. Satisfacción

La satisfacción como remedio se encuentra codificada en el Artículo 37 del Proyecto de Artículos³⁴. El Artículo 37(1) establece que “[e]l Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está **obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización**”³⁵. (Énfasis añadido.) De aquí se desprende que la satisfacción es una forma *alternativa* que se da cuando la restitución o indemnización son imposibles o insuficientes.

El Artículo 37(2), por su parte, describe la satisfacción como “*un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada*”³⁶. Aquí se puede apreciar que las formas de satisfacción pueden ser varias, *pero* en ningún momento se le acercan a la onerosidad requerida por un acto de restitución. No requiere la abrogación de una ley, ni la devolución de una propiedad expropiada. Es decir, no busca “restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito”³⁷. Por el contrario, la satisfacción busca un simple reconocimiento que no le cuesta nada al Estado³⁸, pero podría beneficiar a la víctima del hecho ilícito, y así lograr una verdadera reparación *integral*.

Las disposiciones anteriores dejan abierta una interrogante: ¿pueden los tribunales de inversión otorgar la satisfacción como remedio complementario?

³⁴ Ver Proyecto de Artículos, Art. 37.

³⁵ *Id.*, Art. 37(1).

³⁶ *Id.*, Art. 37(2).

³⁷ Proyecto de Artículos, Art. 35 El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización; *con* Proyecto de Artículos, Art. 37(2) La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

³⁸ En efecto, el Ar 37(3) del Proyecto de Artículos establece que “[l]a satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.”

A simple vista, el Proyecto de Artículos parece no impedirlo, sino más bien sustentarlo. No podemos dejar de enfatizar que el objetivo es tratar de “*eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido.*”³⁹.

A continuación, haremos un análisis más detallado sobre este tipo de remedio y su valoración por diferentes tribunales arbitrales en la práctica.

IV. DAÑO MORAL EN EL CONTEXTO DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La facultad de otorgar indemnización por daño moral ha sido un tema reciente y debatido en la arena de arbitraje de inversión⁴⁰. En el caso *Desert Line Projects* construcciones, el demandante argumentó ante un tribunal arbitral que Yemen había violado el derecho internacional al no cumplir con un laudo previo y por amenazar y arrestar a empleados⁴¹. La constructora buscó indemnización por daños materiales y por daños morales. El tribunal arbitral concedió el reclamo de Desert Line y otorgó 1 millón de dólares por concepto de indemnización por daño moral causado a sus empleados y pérdida de reputación⁴².

³⁹ *Gold Reserve c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo (22 de septiembre de 2014); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007); *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, Casos CIADI No. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo (3 de marzo de 2010)

⁴⁰ Han existido casos donde los tribunales han denegado tener dicha facultad, en este sentido: *Europe Cement Investment & Trade SA. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/07/2, Laudo (13 de agosto de 2009); *Cementownia ‘Nowa Huta’ SA. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009); *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo (28 de julio de 2015), ¶¶ 916-917. Sin embargo, también han existido tribunales que han manifestado lo contrario: *Desert Line Projects LLC. c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008); *Joseph Charles Lemiere. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB 06/18, Laudo (28 de marzo de 2011).

⁴¹ *Desert Line Projects LLC. c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008)

⁴² *Id.* ¶¶ 289-291.

Por otra parte, en el caso *Lemiere. c. Ucrania*⁴³, el tribunal arbitral expuso el estándar a ser considerado para otorgar compensaciones por daño moral:

1. Las acciones del Estado deben de implicar amenazas físicas, detenciones ilegales u otras situaciones análogas cuando el tratamiento a los inversionistas contravenga las normas bajo las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas;
2. Las acciones de los Estados causen deterioro en salud, estrés, ansiedad o algún otro sufrimiento mental como humillación, vergüenza, degradación, pérdida de reputación, créditos o posicionamientos sociales; y
3. Estos tengan como causa y efecto algo grave y sustancial⁴⁴.

Finalmente, el tribunal no otorgó daños morales por considerar que la gravedad suscitada no era suficiente para alcanzar este estándar. Sin embargo, *Lemire* sirve como confirmación de que los tribunales arbitrales pueden otorgar daños morales, y también, sirve como una guía para tener claridad sobre el estándar para determinar la existencia de daños morales perpetrados por Estados y sufridos por inversionistas.

En el laudo más reciente de daños morales en arbitraje de inversión, *Gente Oil. c. Ecuador*, el tribunal arbitral resolvió que Ecuador debe de pagar una indemnización de \$10.7 millones por incumplimientos contractuales y pagar por los daños morales y los daños reputacionales de Gente Oil⁴⁵. En dicho caso, el tribunal arbitral consideró que se debían otorgar los daños morales, ya que, el comportamiento de la Demandada se consideró dolo eventual. Esto, porque no se podía no haber previsto el riesgo de prolongar y agravar los daños morales a la Demandante y, sin embargo, no hizo nada para evitarlos. Añadiendo a lo anterior, se consideró que el permitir una acusación penal en contra de la

⁴³ *Joseph Charles Lemiere. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB 06/18, Laudo (28 de marzo de 2011).

⁴⁴ *Id.* ¶ 333.

⁴⁵ *Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. c. República de Ecuador*, Caso de la Corte Permanente de Arbitraje No.2018-12, Laudo (24 de mayo de 2022).

Demandante, contribuyó a prolongar y agravar el buen nombre de la Demandante.

En el caso citado, el Tribunal fijó un nuevo estándar para la condena de daños morales. El tribunal estableció que sólo puede condenarse al pago de daños morales cuando:

1. la conducta de quien actúa es intencional, o sea dolosa,
2. o cuando dicha persona no empleó ni siquiera el cuidado que incluso las personas negligentes suelen emplear en negocios propios⁴⁶.

Lo anterior, representa un estándar más laxo en comparación del estándar fijado por el tribunal arbitral en el caso de *Lemire*. Propiciando, desde nuestra opinión, que se otorguen más indemnizaciones por daños morales en arbitrajes de inversión.

V. SATISFACCIÓN COMO REMEDIO POR DAÑO MORAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Existen autores han sostenido que la satisfacción es el más apropiado para la reparación de daños que no pueden ser remediados mediante una indemnización económica, así como los daños morales perpetrados a Estados⁴⁷.

En este sentido, cabe resaltar que los comentarios al Artículo 37 del Proyecto de Artículos reconocen que la satisfacción puede ser otorgada cuando la restitución e indemnización no son suficientes para lograr la reparación

⁴⁶ *Id.* ¶ 1274

⁴⁷ PRIM, CEREN ZEYNEP “Reparation by Pecuniary Means of Direct Moral Damages Suffered by States as a Result of Internationally Wrongful Acts”, in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, (The Author(s); Oxford University Press 2020, Vol. 11 Issue 2) pp. 242 - 261; Patrick Dumbery, 'Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes', in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, (The Author(s); Oxford University Press 2012, Vol. 3 Issue 1) p. 221

integral⁴⁸. Como ya establecimos, la **restitución es virtualmente un remedio inexistente en arbitraje de inversión**⁴⁹. Esto nos deja con indemnización y, posiblemente la satisfacción como remedios. La primera debe ser el remedio principal, y la segunda complementaria. (Aunque puede tener el potencial de salvar la reputación y el futuro de un negocio, es poco probable que un inversor razonable absorba los costos de un arbitraje de inversión para pedir satisfacción como único remedio.)

Atento a ello, un tribunal arbitral tendría la absoluta potestad de conceder este tipo de daños en los casos que una medida de indemnización, la más otorgada a favor de inversionistas, no resulte suficiente para lograr una reparación plena. Esto ha sido puesto de manifiesto por el tribunal arbitral en el caso *Enron c. Argentina*, en tanto se estableció que este, tenía además de facultades declarativas y facultades para ordenar medidas que representen ejecución o requerimiento de actos determinados⁵⁰. No obstante, esto no ha cobrado tal relevancia en la práctica. A decir, no existe registro alguno a este momento de que algún tribunal haya concedido este tipo de medidas en favor de un inversionista.

Los tribunales arbitrales han sido reticentes, indicando conclusiones tales como que este tipo de medidas ya habría sido realizada a través de las conclusiones del propio laudo⁵¹ o bien a través de la cuantía de los daños patrimoniales reconocidos en él⁵².

En el caso *Pey Casado. c. Chile*, la Parte Actora solicitó que se le otorgaran daños en virtud del daño moral sufrido. El tribunal arbitral sostuvo que el hecho

⁴⁸ Ver *Proyecto de Artículos*, Art 37. 1 (“The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.”)

⁴⁹ Ver Capítulo III.

⁵⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/03, Decisión de Jurisdicción (14 de enero de 2004), ¶ 81.

⁵¹ *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO). c. República de Burundi*, Caso Ad-Hoc, Laudo (4 de marzo de 1991).

⁵² Ver *Joseph Charles Lemiére c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB 06/18, Laudo (28 de marzo de 2011).

de que el laudo estuviera a su favor constituía por sí solo satisfacción moral⁵³. De este caso surge un nuevo cuestionamiento, ¿se pudiera considerar que el laudo en favor de una de las partes constituye satisfacción considerando que los laudos son públicos? Consideramos que una consecuencia natural derivada de un método de resolución de disputas no pudiera ser considerado por tribunales como el “otorgamiento de satisfacción.”

Aunado a ello, en el *Proyecto de Artículos* se establecen maneras específicas de satisfacción como el reconocimiento del incumplimiento, una expresión de arrepentimiento, una disculpa formal u otras maneras apropiadas para cumplir con la satisfacción. La última pudiera intentar extenderse por algunos y se pudiera argumentar que el mismo laudo en favor de la parte que reclama la satisfacción, puede ser considerada como la satisfacción misma. Acerca del planteamiento anterior, consideramos que este último supuesto no puede ser estirado de tal manera de que quien cumpla con la satisfacción sea el tribunal arbitral mediante el laudo y no el Estado responsable

Este contexto actual guarda relación con lo dispuesto por los *Proyecto de Artículos*, en tanto estos disponen en su artículo 36 comentario 16 que el daño no material es sujeto de apreciación económica y debe encuadrarse dentro del remedio de la indemnización. De esta manera, los tribunales han descartado la idea de que las afecciones a derechos personalísimos o a la reputación de una persona jurídica puedan ser subsanadas a través de un pedido de satisfacción tal como una declaración pública indicando el error y/o un pedido de disculpas.

Ante ello, es que vale la pena poner de relieve la satisfacción como un método de reparación. Ello en tanto, bien podría contemplarse su utilización como mecanismo adicional a una indemnización económica. De esta manera, lejos de desconocer la centralidad de la indemnización, es que vale la pena poner de manifiesto la posibilidad de incluir este tipo de medidas en el arbitraje de inversión como modo de obtener una reparación plena integral.

A modo de ejemplo, en ciertos países han habido declaraciones públicas de funcionarios gubernamentales de alta jerarquía acusando y descalificando a inversionistas a través de expresiones tales como “traidores a la patria” o

⁵³ *Pey Casado y la Fundación del Presidente Allende. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo (8 de Mayo 2008).

“influyentistas.”⁵⁴. En este contexto, cabe preguntar si la reputación que se haya afectado por este tipo de expresiones es pasible de ser reparada únicamente a través de la vía de indemnización.

Desde un análisis puramente económico, bien podría pensarse que la indemnización podría ser la vía correspondiente toda vez que permitiría recuperar los daños patrimoniales causados producto de ello. Sin embargo, a nuestro entender, la indemnización podría resultar en una reparación integral momentánea pero que no sería suficiente. Ello en tanto una afectación como la correspondiente a la reputación podría persistir en el tiempo y generar mayores consecuencias negativas de las que son capaces de ser evaluadas al momento de laudar.

En este contexto, la satisfacción bien podría cobrar un rol preponderante. En consonancia con el ejemplo antes mencionado, una declaración pública de un funcionario de la misma- o superior- jerarquía, bien podría colaborar en la afección a la reputación causada. Asimismo, esta medida de satisfacción podría estimular que el quebramiento del vínculo entre el gobierno y el inversor sea pasible de ser revertido, eliminado así el clima hostil entre ellos.

En esta misma línea, y aun analizando esta situación desde una perspectiva puramente económica, la satisfacción tiene un alto sentido simbólico. Ello toda vez que, aun así un inversor ya haya sido compensado por el daño moral generado por el Estado, no obsta que este aún se encuentre estigmatizado por las acusaciones realizadas y que esto pudiera desalentar oportunidades de negocios futuros o inversiones, en tanto no ha existido una rectificación, sino simplemente una indemnización económica a la cual no todo mundo tiene acceso a su conocimiento.

VI. SATISFACCIÓN DE DAÑOS MORALES CAUSADOS A ESTADOS

En el derecho internacional, no es un hecho novedoso el que alguna de las partes solicite o el que algún tribunal otorgue satisfacción como medida de reparación

⁵⁴ WEIB, SANDRA, “Comentaristas llaman a la sensatez tras críticas de AMLO a inversionistas españoles”,

<https://www.dw.com/es/comentaristas-llaman-a-la-sensatez-tras-cr%C3%ADticas-de-amlo-a-inversionistas-espa%C3%B1oles/a-60737915>

del daño moral. Lo anterior, se ha visto reflejado en casos de arbitrajes Estado-Estado, casos de derechos humanos donde se condena a Estados, entre otros.

En arbitrajes Estado-Estado, vale la pena destacar el caso de *Nueva Zelanda c. Francia (Rainbow Warrior.)* Este caso versó sobre el hecho de que agentes franceses hundieron y tomaron el *Rainbow Warrior* un barco perteneciente a Greenpeace International mientras estaba anclado en Nueva Zelanda. Los franceses fueron arrestados por el Estado de Nueva Zelanda y surgió una disputa ya que, cuando Francia solicitó que los liberaran, Nueva Zelanda solicitó indemnización por el incidente. En 1986, ambos estados llegan a un acuerdo con el Secretario General de la ONU como umpire de la disputa. Este acuerdo, contenía una cláusula arbitral para cualquier disputa que surgiera del acuerdo. Francia violó los términos del acuerdo y Nueva Zelanda inició el arbitraje solicitando una declaración de Francia donde estableciera que incumplió sus obligaciones. El tribunal condenó a Francia y ordenó que su decisión fuera pública en forma de satisfacción⁵⁵.

En la misma línea, en el caso de *I'm Alone de Canadá c. EE.UU.*, agentes de los Estados Unidos hundieron un buque británico con bandera y registro canadiense. Frente a esto, Canadá solicitó la reparación de los daños sufridos, incluyendo los daños morales. El tribunal arbitral decidió que EE.UU debía pagar no por la pérdida del buque y cargamento, sino que además debía reconocer la ilegalidad de su actuar y pedir disculpas⁵⁶

El criterio del caso anterior, ha sido sostenido en casos más recientes. A decir, en los casos “*Europe Cement Investment & Trade SA. c. Turkey*” y “*Cementownia ‘Nowa Huta’ SA. c. Turkey*”-Ambos correspondientes al CIADI⁵⁷- en los cuales una compañía polaca inició procedimientos arbitrales en contra de Turquía bajo el *Energy Charter Treaty*, alegando la terminación de dos

⁵⁵ Caso *Rainbow Warrior*, Decisión del Secretario General de las Naciones Unidas, Sentencia (6 de julio de 1986).

⁵⁶ Caso *SS I'm Alone*, Caso Ad-Hoc, Reporte Final Conjunto (5 de enero de 1935).

⁵⁷ *Europe Cement Investment & Trade SA. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/07/2, Laudo (13 de agosto de 2009); *Cementownia ‘Nowa Huta’ SA. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009).

contratos de electricidad que habían sido concedidos a empresas de las cuales la compañía era accionista.

En ambos casos, el Tribunal dictaminó su falta de jurisdicción y Turquía solicitó que se le conceda una indemnización económica por daños morales causados por una supuesta afectación a su reputación producto del proceso iniciado por la compañía polaca. Asimismo, Turquía solicitó al tribunal que emitiera una declaración dando cuenta de la conducta “fraudulenta” del demandante. En sus decisorios, los árbitros hicieron lugar al pedido de declaración y allocaron las costas del proceso a la demandante, indicando que ello era remedio suficiente, denegando así el pedido de indemnización de Turquía.

Lo anterior, se alinea con la posición adoptada por los Tribunales en casos previos, en tanto, da cuenta de que la satisfacción se constituye como el remedio apropiado para los casos de daño moral en contra de los Estados y que la indemnización no ha de ser concedida en dichos casos.

Por otro lado, también se ha visto la satisfacción en el ámbito de reparación en materia de derechos humanos recientemente en el caso *Goriburú et al. c. Paraguay* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). En este caso, la parte Actora además de solicitar daños pecuniarios, solicitó que se determinarán medidas de satisfacción buscando reparar daños no pecuniarios. Ante esto, la CoIDH determinó que Paraguay debía organizar un evento de reconocimiento público de la responsabilidad, y en el mismo, pedir una disculpa pública. Este evento debía de contar con cierto número de asistentes y con altos mandos del Estado de Paraguay⁵⁸.

A. *¿Quiénes están legitimados para solicitar los daños morales?*

En el caso de *Gente Oil c. Ecuador*, previamente referido, no existía controversia entre las partes acerca de si se podían otorgar daños morales a personas morales, sino que, el debate recaía en si se podían otorgar a personas físicas vinculadas a la persona moral.

Por un lado, la actora argumentaba que acusaciones infundadas contenidas en informes penales en contra de su representante legal, la Ing. Silvana Pastor

⁵⁸ *Goiburú y otros. c. Paraguay*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (22 de septiembre de 2006) ¶¶ 171-173.

constituían difamación que afectaba su reputación. La actora también aclaró que no se estaba solicitando la indemnización por los daños morales que sufrió la Sra. Pastor, sino por las acusaciones difamatorias que el Estado había hecho en contra de Gente *Oil* y por las repercusiones que las acusaciones en contra de la Sra. Pastor tuvieron en la propia reputación de Gente *Oil*. Como daños derivados de las acusaciones se resaltaron las siguientes circunstancias:

1. que auditores internacionales y otras firmas se excusaron de prestar servicios a Gente *Oil*;
2. que se han perdido oportunidades de negocio por la investigación de la contraloría;
3. el Banco informó a Gente *Oil* que cerraría sus cuentas bancarias por lo acontecido⁵⁹.

Para la cuantificación de los daños, Gente *Oil* propuso como método fijar como estándar el monto de las inversiones en la compañía que restituye a los accionistas de Gente *Oil*.

Por su parte, el demandado- Ecuador- argumentaba que el tribunal no tenía competencia para resolver reclamos de Silvana Pastor, pues esta no estaba en el acuerdo arbitral y por ende, estaba fuera del alcance de la cláusula arbitral. Por ende, la postura de Ecuador sostuvo que los únicos legitimados para solicitar estos daños era únicamente la persona moral y no sus funcionarios y accionistas⁶⁰. El tribunal arbitral, resolvió que la Demandada había causado daños morales a la Actora. No obstante, señaló que la referencia de la Actora en relación a imputaciones sufridas por Silvana Pastor no era relevante en relación con los daños sufridos por la persona física pero el hecho de que la Sra. Pastor ocupara cargos de responsabilidad en la Actora provocó daños a la Demandante.

Por otro lado, nosotros acordamos con la postura adoptada por el Tribunal del caso *Bernhard Von Pezold y Otros. c. República de Zimbabwe*. En el anterior, se sostuvo que era apropiado que los miembros del personal de una empresa recurrieran a tribunales justos y competentes que pudieran reflejar las

⁵⁹ *Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. c. República de Ecuador*, Caso de la Corte Permanente de Arbitraje No. 2018-12, Laudo (24 de mayo de 2022) ¶¶ 777 y 1243

⁶⁰ *Id.* ¶ 780

consecuencias de su mal trato en una indemnización por daños morales en favor de su empleador⁶¹.

Como ha sido sostenido previamente, en estos casos, los tribunales han sugerido que la satisfacción en la manera de una aceptación de ilicitud, pudiera remediar cualesquiera daños morales sufridos por un inversor⁶². No obstante no se ha otorgado la satisfacción en esos casos.

VII. CONCLUSIÓN

Como ha sido reiterado en este artículo, actualmente el estándar fijado para otorgar la satisfacción no es del todo claro. Por una parte en el Proyecto de Artículos se establece que los remedios como restitución, indemnización y satisfacción pueden ser aplicados de manera singular o en combinación⁶³; Por otro lado, se establecen en los artículos subsiguientes que, la indemnización será otorgada siempre y cuando no haya reparación integral con solamente el otorgamiento de la restitución como medida principal.

Después, encontramos que la satisfacción sólo puede ser otorgada de manera ‘subsidiaria’, en el caso de que no haya reparación total cuando se hayan utilizado ambos remedios previos, la restitución e indemnización. Acerca de esto, se propone que la medida de satisfacción no se tenga que ver sujeta obligatoriamente a otros remedios y se pueda aplicar singularmente como se establece en el artículo 35 inicialmente. Lo anterior, resulta de lo que se mencionó previamente: hay daños que no pueden ser cubiertos mediante compensaciones monetarias, ni en arbitraje de inversión, sino que requieren algo más como una disculpa pública o el reconocimiento de incumplimiento de un Estado para intentar lograr el restablecimiento de confianza de los clientes y empleados de una persona moral, el restablecimiento de su reputación, entre otras.

⁶¹ *Bernhard Von Pezold y Otros. c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB 10/15, Laudo (28 de julio de 2015) ¶ 761

⁶² DUMBERRY, PATRICK “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes” *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1 (2012), p.23.

⁶³ Proyecto de Artículos, Art. 37

No es algo novedoso el hecho que tribunales arbitrales han considerado que únicamente es procedente la satisfacción en situaciones de reparación a un Estado afectado, no a los inversores⁶⁴. Incluso, han desechado de inicio la reparación vía satisfacción en casos de inversores-estados⁶⁵. Por ejemplo, en el caso de *Quiborax. c. Bolivia*, la demandada alegaba que el tribunal arbitral carecía de facultades para determinar la procedencia de la satisfacción. Además, sostenían que la satisfacción es un remedio únicamente disponible para los Estados y que el *Proyecto de Artículos* no se podía trasplantar en su totalidad a disputas entre inversores-estados. Lo anterior, argumentando que “el propósito de la satisfacción consiste en restablecer la dignidad, el honor o la soberanía del Estado perjudicado”⁶⁶. Finalmente, el tribunal concluyó que algunos tipos de satisfacción como remedio no pueden trasladarse a las controversias entre inversionistas y Estados⁶⁷.

Es por todo lo expuesto que consideramos que esta visión es obsoleta. Anteriormente esto podía tener algún sentido ya que la vieja escuela consideraba que personas morales o nacionales de los Estados no eran sujetos de derecho internacional público como sostienen varios autores⁶⁸. Por estas razones, los inversores debían de llevar el reclamo ante su Estado para que éste reclamara al otro Estado⁶⁹. Lo anterior, a veces se traducía en que los Estados

⁶⁴ En *CMS Gas Transmission Company. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2015) el tribunal determinó que: “En el derecho internacional se reconoce ampliamente que existen tres estándares fundamentales en materia de reparación de daños: la restitución, la indemnización y la satisfacción. Como no se trata éste de un caso de reparación a un Estado afectado, el concepto de satisfacción puede ser desestimado desde un comienzo.”

⁶⁵ *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶ 554-561; *CMS Gas Transmission Company. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2015) ¶ 399.

⁶⁶ *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) ¶ 550

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ SEPÚLVEDA, BERNARDO “Las empresas transnacionales y la transferencia de tecnología. Reflexiones sobre las perspectivas para su regulación internacional.” UNAM, 1978, p.107.

⁶⁹ BLACKABY, NIGEL. *Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2015, p. 441.

no acogieran reclamos de inversores pequeños, dejando a estos indefensos ante conductas de otros Estados. Esto en la arena internacional ha cambiado. No obstante, anteriormente con los reclamos adoptados, había la oportunidad de que un Estado solicitara al otro el remedio de satisfacción como remedio. Ya que, lo que se sostiene es que ese es un remedio que únicamente pueden solicitar los Estados. Ahora con los reclamos directos los inversores no han logrado solicitar y que se les otorgue exitosamente un remedio de satisfacción, dejando a algunos, nuevamente, en cierto grado de indefensión al no llegar a la reparación integral en algunos supuestos.

Como ha sostenido Pérez León “la evolución del derecho internacional nos señala una tendencia cada vez mayor, relativa a la ampliación del círculo de los sujetos de derecho internacional que ha conducido a una renovación cuantitativa del derecho internacional.”⁷⁰. Tal como en la evolución del derecho internacional se ha decidido considerar a entidades no estatales como sujetos de derecho internacional⁷¹ e incluso, considerar como sujetos a individuos en un espectro muy limitado (en casos de derechos humanos previamente mencionados), sostenemos que tiene que hacerse este cambio conceptual en el marco de arbitrajes de inversión, ya que, es lógico que exista un aumento de los individuos que hacen parte del derecho internacional desde que se empezaron a incluir cláusulas arbitrales para inversores en los tratados bilaterales. Mismos que al volverse sujetos de derechos deberían de estar en un plano de igualdad, ya que, fue el mismo Estado quien decidió contratar ese tratado e incluir la cláusula⁷². Como lo ha mencionado la misma Corte Internacional de Justicia a través de la historia, “el desarrollo del derecho internacional ha estado

⁷⁰ PÉREZ LEÓN, JUAN PABLO, “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2008.

⁷¹Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente a la Reparación por Daños Sufridos en el Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, p. 179.

⁷² ANTONIO, CASSESE, *International Law*, 2a. ed., Oxford–Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 150, “Además, los derechos procesales garantizan en beneficio de los individuos, no obstante, no frente a todos los Estados, sino sólo frente al grupo de Estados que han celebrado tratados, o las organizaciones internacionales que han adoptado resoluciones, que contemplan tales derechos. Es evidente que el estatuto jurídico internacional de los individuos es único: tienen una posición desigual en la comunidad internacional.” (Traducción propia)

influenciado por las necesidades que surgen en la vida internacional y el incremento progresivo de las actividades de los Estados han levantado instancias de acciones en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados⁷³. Tal como es el caso actual del arbitraje de inversión.

Las razones para esta propuesta encaran algo simple, algo lógico, mucho se gana con la satisfacción como remedio y poco cuesta con las limitaciones previstas para que la satisfacción en ninguna circunstancia sea humillante. Es un hecho que ha habido un incremento en casos donde inversores buscan daños morales por daños intangibles⁷⁴, tal como pueden ser los daños reputacionales. Ante estas situaciones, para los Estados el disculparse públicamente no implica cosas mayores más que la disculpa en sí misma. Es decir, este remedio no generaría efectos para los Estados considerados como ‘graves’. Por ejemplo, es imposible que por una disculpa pública no se apruebe una reforma legislativa o se estropeen planes en la agenda política de los Estados. En cambio para los inversores, esa disculpa sí puede representar si tienen las posibilidades de seguir o no sosteniendo su inversión por daños reputacionales. Incluso se ha dado el caso donde juristas, desde nuestro punto de vista, no son congruentes con las posturas acerca de este tema. Dumberry sostiene que “*la satisfacción no es un remedio apropiado para daños no materiales sufridos por entidades no estatales*”⁷⁵. No obstante, el mismo autor, adopta la postura de que sólo debe darse en contexto ‘entre-estados’. Posteriormente establece que apoya la postura de satisfacción como ‘medida apropiada’ cuando la situación consista en un estado reclamando la satisfacción a un inversor⁷⁶. Nuestro planteamiento consiste en que lo mencionado por el autor es algo incongruente. Esto debería ser una calle con ambos sentidos. No hay razones suficientes para que la satisfacción no pueda ser un remedio apropiado para los inversores al sufrir los mismos daños reputacionales que pudiera sufrir un Estado.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ BLACKABY, NIGEL. *Redfern and Hunter on International Arbitration, Student Version*, Oxford University Press, Sexta Edición, 2015, p. 497.

⁷⁵ DUMBERRY, PATRICK “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1 (2012), p. 227

⁷⁶*Ibid.* pp. 233 y 242; Patrick Dumberry, *Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer International, 2010, p. 251.

Además, según Sabahi⁷⁷ en un contexto de reglas de legitimación, menciona que el daño a un individuo es igual al daño del Estado de origen del individuo. Siguiendo esa lógica pero en el marco de satisfacción, podemos concluir que si se sigue con esa ficción jurídica realmente no habría razón por la cual los inversores no pudieran solicitar y un tribunal otorgar medidas de satisfacción. Lo anterior previene evitar problemas prácticos como lo es el dejar daños sin reparar.

En conclusión, los Estados y tribunales no pueden fingir que el objetivo es la reparación integral cuando en ciertos casos se niegan a emplear remedios que si bien, son excepcionales, en algunos supuestos son necesarios y están previstos por el derecho internacional como lo es la satisfacción.

⁷⁷ SABAHI, BORZU *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, p.139.

De una forma, u otra, te voy a ganar: El (no-)reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros anulados y la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional de las inversiones

Antonio Ochoa Quintana* & Frida Paola Altamirano Jiménez†

Resumen- Cada vez es más habitual que los Estados opten por el arbitraje como método de solución de controversias al momento de contratar con particulares. Incluso, existen algunos Estados que por ley han establecido al arbitraje, como método alternativo para resolver cuestiones estrictamente comerciales en ciertas industrias. El arbitraje comercial con Estados tiene sus propias particularidades y en ocasiones pueden tener implicaciones importantes bajo el derecho internacional de las inversiones. El presente artículo tiene como propósito evidenciar las posibles implicaciones derivadas de la facultad potestativa de un Estado de ejecutar un laudo arbitral anulado y como ello se puede traducir potencialmente en violaciones a estándares de protección de inversión extranjera. Para tal propósito, primero se abordará el marco jurídico relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Posteriormente, se desarrollará el marco jurídico relevante en materia de protección de inversiones extranjeras, y se abordará directamente la problemática haciendo referencia a algunos casos relevantes.

* Auxiliar Jurídico en Mueller Abogados S.C. aochoa@muellerabogados.com.mx

† Secretaria General del Centro de Arbitraje de México. faj@camex.com.mx

Abstract- It has become increasingly usual for States to opt for arbitration as a method for dispute resolution when contracting with private parties. There are even some States that have established arbitration by law, as an alternative method for resolving strictly commercial issues in certain industries. Commercial arbitration with States has their own particularities and may sometimes lead to important implications under international investment law. The purpose of this paper is to highlight the implications that may stem from the discretionary power of a State to enforce an annulled arbitral award and how this could potentially result in violations of foreign investment protection standards. For this purpose, the legal framework relating to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards will be addressed first. Afterwards, the relevant legal framework on the protection of foreign investments will be developed, and the problem will be directly addressed by referring to some relevant cases.

I. INTRODUCCIÓN	304
II. RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS	304
A. MARCO JURÍDICO: CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LEY MODELO DE LA CNUDMI	304
B. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS	307
III. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO BAJO EL DERECHO DE LAS INVERSIONES	310
A. MARCO JURÍDICO: ARSIWA	310
B. DENEGACIÓN DE JUSTICIA	311
C. EXPROPIACIÓN JUDICIAL	312
IV. PROBLEMÁTICA: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA ..	313
A. EL (NO-)RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS.....	315
B. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS.....	317
V. CONCLUSIÓN.....	318

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez es más habitual que los Estados opten por el arbitraje como método de solución de controversias al momento de contratar con particulares. Incluso, existen algunos Estados que por ley han establecido al arbitraje, como método alternativo para resolver cuestiones estrictamente comerciales en ciertas industrias, por ejemplo la industria energética. El arbitraje comercial con Estados –o empresas estatales– tiene sus propias particularidades y en ocasiones pueden tener implicaciones importantes bajo el derecho internacional de las inversiones. El presente artículo tiene como propósito evidenciar las posibles implicaciones derivadas de la facultad potestativa de un Estado de ejecutar un laudo arbitral anulado y como ello se puede traducir potencialmente en violaciones a estándares de protección de inversión extranjera. Para tal propósito, primero se abordará el marco jurídico relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Posteriormente, se desarrollará el marco jurídico relevante en materia de protección de inversiones extranjeras, y se abordará directamente la problemática partiendo de algunos escenarios hipotéticos y haciendo referencia a algunos casos relevantes.

II. RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

A. Marco Jurídico: Convención de Nueva York y Ley Modelo de la CNUDMI

El instrumento más importante a nivel internacional en materia de ejecución y reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es sin duda la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York” o “CNY 1958”)¹.

Dicho instrumento, establece un marco jurídico internacional respecto de la ejecución y reconocimiento² de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pida su reconocimiento y ejecución

¹ Al día de hoy son 170 los Estados parte de la Convención de Nueva York. Ver Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

² Ver Art. I(1) CNY 1958.

y aquellas que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide el reconocimiento y ejecución³.

El “*reconocimiento*” tiene como propósito reconocer la fuerza y efectos jurídicos del laudo, mientras que la “*ejecución*” tiene como propósito ordenar el cumplimiento forzoso del laudo⁴. La Convención no aplica a acciones de nulidad o recursos de anulación, sino que estos procedimientos se gobiernan por la legislación arbitral local⁵.

Los Estados Parte de la Convención de Nueva York se obligan a reconocer el carácter vinculante de laudos dictados en otros Estados y ordenar su ejecución salvo ciertas excepciones limitadas. La Convención contempla una lista de excepciones taxativas para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero⁶.

Dichas excepciones se encuentran contempladas en su Artículo V y son: i) que las partes que hayan suscrito el acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad o que el acuerdo arbitral no sea válido en virtud de la ley elegida por las partes o la ley del país en que se haya dictado el laudo; ii) que la parte contra la que se invoca el laudo arbitral no se haya notificado debidamente o no haya podido hacer valer sus medios de defensa; iii) que el laudo arbitral refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o exceda de los términos de la misma (*ultra petita o extra petita*); iv) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo de las partes o a la ley de la sede del arbitraje; v) que el laudo arbitral aún no sea obligatorio

³ Ver Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la Secretaría de la CNUDMI, pp. 1-2.

⁴ *Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 19 de diciembre de 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00.

⁵ VAN DEN BERG, A. Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981, p. 20; *Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co. Ltd. c. FM International Ltd.* Corte Suprema de Hong Kong, Hong Kong, 2 de marzo de 1992, 1991 núm. MP 1249; *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys “R” Us, Inc.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 10 de septiembre de 1997, 126 F.3d 15.

⁶ Ver Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la Secretaría de la CNUDMI, p. 136.

o haya sido anulado en la sede del arbitraje; vi) que la controversia no sea susceptible de arbitraje según la ley del país donde se pretenda ejecutar el laudo arbitral, y vii) que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sea contrario al orden público⁷.

Si un Estado impone criterios más estrictos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros estaría incumpliendo con la Convención⁸ y con los criterios de interpretación previstos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“CVDT 1969”)⁹. Por otro lado, la Convención de Nueva York no impide que los Estados puedan adoptar criterios más flexibles, toda vez que su función es establecer límites máximos¹⁰.

⁷ Ver Art. V CNY 1958.

⁸ Ver Art. III CNY 1958: *“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”*

⁹ Ver Art. 31(1) y (2) CVDT 1969: *“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin.*

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

¹⁰ Ver Art. VII(1) CNY 1958: *“1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”*

En lo que respecta a la anulación de laudos arbitrales, si bien cada legislación arbitral local tiene sus particularidades, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (“Ley Modelo de la CNUDMI”) ha establecido un marco jurídico unificado¹¹ al haber sido adoptada en diferentes jurisdicciones¹² y consolidarse como uno de los instrumentos más importantes a nivel global.

La Ley Modelo de la CNUDMI contiene en su Artículo 34, en esencia, los mismos supuestos para la anulación del laudo arbitral que aquellos contemplados en el artículo V de la Convención de Nueva York¹³.

B. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Anulados

Como en todo ejercicio de dialéctica existen dos posturas. Por un lado, la postura a favor del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados tiene dos argumentos principales: i) la redacción discrecional del Artículo V de la Convención de Nueva York, y ii) la aplicación del derecho más favorable conforme al Artículo VII de la Convención¹⁴. Por otro lado, la postura en contra esencialmente niega la supuesta discrecionalidad del Artículo V de la Convención y postula que la decisión de anulación debería ser merecedora de deferencia de los otros tribunales frente a los cuales se pretenda la ejecución¹⁵.

Si bien no es un fenómeno frecuente, en la actualidad decisiones como las de *Chromalloy* o *Hilmarton* no resultan extraordinarias. Al día de hoy son varios

¹¹ Ver Resolución 40/72 de la CNUDMI de 11 de diciembre de 1985.

¹² Hoy en día son 118 jurisdicciones en 85 Estados las que han promulgado su legislación arbitral basándose en la Ley Modelo de la CNUDMI. Ver Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

¹³ Ver Artículo 34 Ley Modelo de la CNUDMI.

¹⁴ PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1 – May 1998, p. 14.

¹⁵ VAN DEN BERG, A. Jan, *The Enforcement Annulled Awards?* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 2 – Nov. 1998, p. 15; Sander, Pieter. *Quo Vadis Arbitration?* Kluwer Law International, 1999, p. 78.

los casos en los que se ha discutido el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje bajo distintos argumentos¹⁶.

El académico y arbitralista mexicano, González de Cossío, clasifica las decisiones en las que se ha discutido el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en tres rubros: i) los que ejecutan conforme a derecho local, ii) los que ignoran la decisión de nulidad y iii) los que determinan si el laudo arbitral merece “*deferencia*”¹⁷.

Del primer rubro, destacan los casos *Norsolor*, *Hilmarton* y *Putrabali* en los cuales se concluyó, haciendo referencia al Artículo VII de la Convención de Nueva York, que los laudos arbitrales son “*sentencias de la justicia internacional*” que pueden ser ejecutables conforme al derecho local si este lo

¹⁶ *Norsolor*: *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*, Corte de Casación, Francia, 9 de noviembre de 1984 (Arrêt n° 730) (“*Norsolor*”); *Hilmarton*: *Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, Corte de Casación, Francia, 23 de marzo de 1994 (Arrêt n° 484 P) (“*Hilmarton*”); *Chromalloy*: *Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt*, Corte de Distrito, Distrito de Columbia, 31 de julio de 1996 (939 F.Supp. 907). (“*Chromalloy*”); *Karaha Bodas*: *Karaha Bodas Co., L.L.C Plaintiff v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Corte de Apelación del Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 23 de marzo de 2004 (364 F.3d 274) (“*Karaha Bodas*”); *Putrabali*: *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Corte de Casación francesa, 29 de junio de 2007 (Arrêt n° 1021 FP-P+B+I) (“*Putrabali*”); *Yukos*: *Yukos Capital S.A.R.L., v. Oao Rosneft*, Tercera Corte de Apelación de Amsterdam, sección civil, 28 de abril de 2009 (200.005.269/01) (“*Yukos*”); *Castillo Bozo*: *Juan Jose Castillo Bozo, v. Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo*, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, 23 de mayo de 2013 (1:12-cv-24174-KMW) (“*Castillo Bozo*”); *Commisa*: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de New York, 27 de agosto de 2013 (1:10-cv-00206-AKH) (“*Commisa*”).

¹⁷ Ver GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica*. Disponible en: <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20HACIA%20UNA%20MEJOR%20APROXIMACION%20ANALITICA.pdf>

permite. Ello es acorde a una visión transnacional del arbitraje internacional, sin embargo confiere cierta discreción a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Del segundo destacan los casos *Karaha Bodas*, *Castillo Bozo* y *Yukos* en los cuales se decidió ignorar las decisiones de nulidad por no provenir de la sede del arbitraje, en los dos primeros casos, y el tercero por provenir de un órgano cuestionable.

Del tercero destacan los casos *Baker Marine*, *Chromalloy*, *Termorío* y *Commisa* en los cuales se analizó si la decisión de nulidad merecía deferencia considerando si existían circunstancias para concluir que la decisión de la corte que resolvió sobre la anulación era cuestionable. Dentro de estas circunstancias se analizaron, por ejemplo, la competencia de la autoridad anuladora y si la decisión violaba o no “*nociones básicas de justicia*”.

De lo que se ha descrito con anterioridad se puede concluir que:

1. Los laudos arbitrales extranjeros son “*sentencias de la justicia internacional*” que merecen deferencia.
2. La lectura del Artículo V de la Convención de Nueva York es potestativa.
3. Existen consideraciones relevantes al momento de analizar si la decisión de anulación es merecedora de deferencia como la competencia de la autoridad judicial y “*nociones básicas de justicia*”.

El Artículo VII de la Convención de Nueva York permite que al momento de buscar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral se opte por aplicar la ley local si es más favorable.

III. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO BAJO EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

A. Marco Jurídico: ARSIWA

En el arbitraje inversionista-Estado el Acuerdo Internacional de Inversión (“AII”) es el instrumento más relevante al momento de valorar si existe responsabilidad del Estado o no, ya que contiene los términos en los que se obliga frente al sector inversionista. No obstante, los AII normalmente no contemplan reglas específicas de atribución de responsabilidad.

Con el ánimo de subsanar dicha laguna, varios tribunales de inversión han considerado los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (conocidos por sus siglas en inglés como “ARSIWA”), donde sí se contemplan dichas reglas. Los ARSIWA han sido considerados como una especie de codificación que reflejan el derecho internacional consuetudinario¹⁸.

De acuerdo con el Artículo 2 de los ARSIWA existe un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión, i) es atribuible al Estado según el derecho internacional y ii) constituye una violación de una obligación internacional del Estado¹⁹.

Por su parte, los Artículos 4 a 11 de los ARSIWA contemplan las reglas específicas de atribución bajo varios supuestos incluyendo: i) comportamiento de los órganos del Estado; ii) comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público; iii) comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado; iv) extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones; v) comportamiento bajo la

¹⁸ *Georg Gavrilovic y Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia*, Laudo Final, 26 de julio de 2018, Caso CIADI Nº ARB/12/39, ¶804; *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Reino de España*, Caso CIADI Nº ARB/14/34, Decisión sobre competencia, responsabilidad y algunas cuestiones de quantum, 30 de diciembre de 2019, ¶399.

¹⁹ Art. 2 ARSIWA: “*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*”

dirección o control del Estado; vi) comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales; vii) comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole y viii) comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

De manera general, la responsabilidad internacional del Estado en materia de inversiones se traduce en el incumplimiento atribuible al Estado receptor de la inversión de alguna de sus obligaciones contenidas en un AII o bajo el derecho internacional consuetudinario.

B. Denegación de Justicia

El supuesto de denegación de justicia forma parte del estándar de Trato Justo y Equitativo (“TJE”) e implica “*una inobservancia intencional de las garantías procesales, que escandaliza, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial*”²⁰. Esto significa que el umbral para encontrar una violación al TJE por denegación de justicia es alto²¹.

La denegación de justicia comúnmente comprende: i) denegación de acceso a los tribunales; ii) duración excesiva de los procedimientos; iii) defectos procesales graves en los procedimientos y iv) en ocasiones, resultados irracionales o abusivos que van más allá de la mera aplicación de la ley²².

Normalmente, una violación por denegación de justicia surge en el contexto de procedimientos judiciales. Sin embargo, también se puede dar en acciones post-judiciales y procedimientos administrativos²³, aunque cabe destacar que

²⁰ *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Nº ARB(AF)/15/2, Laudo Final, 20 de septiembre de 2021, ¶263.

²¹ *Agility Public Warehousing Company K.S.C. c. República de Irak*, Caso CIADI Nº ARB/17/7, Laudo Final, 22 de febrero de 2021, ¶¶210 y 216.

²² *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI Nº ARB/14/17, Laudo Final, 2 de julio de 2018, ¶449.

²³ *ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. República Checa*, Caso CPA Nº 2010-05, Laudo Final, 19 de septiembre de 2013, ¶4.742.

algunos tribunales han considerado que en este último caso el umbral de debido proceso requerido para encontrar responsabilidad es menor²⁴.

Existe cierta controversia si la denegación de justicia puede considerarse sustantiva²⁵. No obstante, la visión más aceptada es que siempre es procesal²⁶. La justificación de esta última proviene del argumento que considera que un tribunal de inversión no es un tribunal de alzada que revisa la legalidad de las acciones u omisiones del Estado²⁷.

Por lo general, para entablar un reclamo por denegación de justicia se requiere como precondition el agotamiento de los recursos legales locales²⁸. Pese a ello, cuando el acceso a dichos recursos es negado o su accionar es fútil dicha precondition pierde relevancia²⁹.

C. Expropiación Judicial

La expropiación judicial es una especie de expropiación indirecta que contempla situaciones en las que una corte nacional contribuye, ya sea directa o indirectamente, a la pérdida de la inversión extranjera³⁰. Existe controversia si puede encontrarse expropiación judicial de forma aislada o si por el contrario debería determinarse la existencia de denegación de justicia o falta de debido

²⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CNUDMI (TLCAN), Laudo Final, 26 de enero de 2006, ¶200.

²⁵ *OAO "Tatneft" c. Ucrania*, Caso CPA Nº 2008-8, Laudo de Méritos, 29 de julio de 2014, ¶352.

²⁶ PAULSSON, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 6; *Reinhard Hans Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI Nº ARB/09/20, Laudo Final, 16 de mayo de 2012, ¶273; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI Nº ARB/05/16, Laudo Final, 29 de julio de 2008, ¶653.

²⁷ *Bridgestone Americas, Inc. y Bridgestone Licensing Services, Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI Nº ARB/16/34, Laudo Final, 14 de agosto de 2020, ¶410.

²⁸ *Georg Gavrilovic y Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia*, Caso CIADI Nº ARB/12/39, Laudo Final, 26 de julio de 2018, ¶889.

²⁹ *OOO Manolium Processing c. República de Bielorusia*, Caso PCA Nº 2018-06, Laudo Final, 22 de junio de 2021, ¶541.

³⁰ *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Caso CIADI Nº ARB(AF)/16/5, Laudo Final, 7 de mayo de 2021, ¶347.

proceso de forma conjunta³¹. No existe a la fecha un criterio uniforme sobre dicha cuestión y múltiples tribunales de inversión han adoptado razonamientos en ambos sentidos³².

Respecto de este tema, cobra especial importancia determinar si una decisión judicial forma parte de una serie de actos que, en su conjunto generan un daño al inversionista y puedan justificar el atribuir responsabilidad al Estado, incluso si los actos evaluados individualmente podrían no ser suficientes para declarar una conducta ilícita.

IV. PROBLEMÁTICA: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

Como se expuso en el apartado anterior, existen acciones u omisiones de los órganos estatales, dígase cortes judiciales, que pueden derivar en la responsabilidad internacional del Estado en materia de inversiones. Estas acciones u omisiones se pueden dar desde luego en el contexto del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, pues son las cortes judiciales nacionales quienes resuelven tales cuestiones.

Lo que se pretende examinar en este capítulo es la dicotomía en la decisión de las cortes nacionales que puede derivar en reconocer y ejecutar un laudo arbitral o en denegar su reconocimiento y ejecución aunadas a sus implicaciones en la responsabilidad del Estado en materia de inversiones, poniendo en evidencia algunas de las circunstancias que generan un terreno fértil para un reclamo

³¹ Cfr. *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Op.Cit., ¶188; *OOO Manolium Processing c. República de Bielorusia*, Op.Cit., ¶591; *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI Nº ARB/15/41, Laudo Final, 11 de octubre de 2019, ¶279; *PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Nº UNCT/18/5, Laudo Final, 11 de enero de 2022, ¶227.

³² *Saipem S.p.A. c. República de Bangladesh*. Caso CIADI, Laudo sobre Jurisdicción y Recomendación sobre medidas precautorias, 21 de marzo de 2007; *Rumeli AS y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c. República de Kazakhstan*, Caso CIADI No ARB/05/16, Laudo Final, 29 de julio de 2008; *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No ARB/10/4, Laudo Final, 7 de febrero de 2014; *OAO Taftneft c. Ucrania*, CNUDMI, Laudo, 29 de julio de 2014.

viable. Dos caras de la misma moneda. Con este fin, deviene necesario traer a colación dos escenarios para ilustrar el punto.

Primer escenario. Imaginemos que el Inversionista “A” del Estado “X” tiene una inversión en el Estado “Y”. Esta inversión consiste en un contrato de compraventa de energía (por sus siglas en inglés un “PPA”) celebrado con una empresa estatal de “Y”. La legislación de dicho Estado no prohíbe el arbitraje como método de solución de controversias para resolver cuestiones derivadas de PPA’s e incluso lo promueve. Las partes incluyen en el PPA un acuerdo arbitral donde establecen como sede del arbitraje el Estado “Z”.

Al surgir una controversia contractual derivada del PPA, el Inversionista “A” del Estado “X” inicia el arbitraje en contra de la empresa estatal de “Y”. La parte vencedora en el procedimiento arbitral es el Inversionista “A” del Estado “X”. La empresa estatal de “Y” promueve entonces la nulidad en la sede del arbitraje (Estado “Z”) y se la conceden. Pese a ello, el Inversionista “A” promueve el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral anulado en las cortes del Estado “Y” así como en el Estado “W” y ambos Estados lo niegan.

Segundo escenario. Esencialmente los mismos hechos, sólo que la parte que resulta vencedora en el arbitraje es la empresa estatal. En consecuencia, el Inversionista promueve la anulación del laudo arbitral en la sede del arbitraje (Estado “Z”) y se la conceden. No obstante, la empresa estatal de “Y” promueve el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral anulado en “Z” y se la conceden³³.

Considerando el primer escenario ¿puede el Inversionista “A” del Estado “X” reclamar responsabilidad internacional del Estado “Y” y el Estado “W” por denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral anulado en sede? ¿bajo qué concepto o estándar podría reclamar responsabilidad al Estado “Y” y al Estado “W”? ¿difiere la forma de plantearse el reclamo tratándose de dos Estados distintos?

³³ Algunos de los hechos descritos a manera de ejemplo se inspiran en el caso del FDI Moot 2021 donde se planteó un escenario similar. Fue precisamente de uno de los puntos litigiosos lo que inspiró a los autores en la elaboración de este artículo. Caso disponible en: <https://www.fdimoot.org/Archive/2021/2021FDIMootCase.pdf>

Por otro lado, en el segundo escenario ¿puede el Inversionista “A” del Estado “X” reclamar responsabilidad internacional del Estado “Y” por ejecutar un laudo arbitral anulado en sede (Estado “Z”)? ¿bajo qué concepto o estándar podría iniciarse el mencionado reclamo?

Estos escenarios levantan cuestiones interesantes en varios aspectos del arbitraje inversionista-Estado, tanto jurisdiccionales como sustantivas. A continuación, se abordarán algunos aspectos de tales cuestiones desde el análisis de casos relevantes.

A. *El (no-)reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros*

Refiriéndonos al primer escenario, imaginemos que el Inversionista “A” decide activar el mecanismo de protección de inversionistas bajo un Tratado Bilateral de Inversión (“TBI”) celebrado entre el Estado “X” y “Y”. Por tratarse de actuaciones judiciales, lo natural sería perseguir un reclamo por denegación de justicia o en su caso por expropiación judicial y dependerá del criterio del tribunal que resuelva –aunque podría preverse de cierta manera– que el reclamo por expropiación judicial podría requerir que se actualice la denegación de justicia del mismo modo.

Ahora, como cuestión previa podrían surgir dudas acerca de la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal, es decir, si el laudo arbitral no reconocido puede considerarse como una inversión bajo el TBI referido. Retomando el escenario descrito, toda vez que el litigio arbitral contractual surge de un PPA y suponiendo que el TBI aplicable contempla expresamente este tipo de contratos como una inversión, el análisis sobre el laudo no reconocido podría ligarse a la definición de inversión bajo el TBI si se considera al PPA como la inversión afectada. En cambio, si lo que se pretende es reclamar responsabilidad a un Estado distinto, siguiendo el ejemplo, al de la empresa estatal con la que se celebró el PPA, que da origen al procedimiento arbitral comercial restaría invocar exclusivamente el laudo arbitral como inversión afectada.

Respecto al reclamo de mérito, si se pretendiera argumentar que el simple reconocimiento y ejecución del laudo arbitral se configuraría como una denegación de justicia o expropiación judicial, difícilmente podría cumplirse con el alto umbral exigido del estándar. Por el contrario, y retomando el escenario descrito, el hecho de que el laudo haya sido anulado en sede puede

jugar en contra del inversionista al intentar acreditar que la conducta de las cortes nacionales partiendo de la premisa de que el lenguaje de la Convención de Nueva York es potestativo lo que supone un nivel de complejidad mayor de la disputa.

Para el análisis de este supuesto, es relevante el caso *Saipem*³⁴, en el que *grosso modo* ante las dificultades para ejecutar un laudo a su favor en Bangladesh, *Saipem* inició un procedimiento ante el CIADI a la luz del TBI entre Italia y Bangladesh. En el arbitraje *Saipem* argumentó que la interferencia de las cortes locales en sus derechos de arbitraje y su derecho al cobro de los montos adeudados en virtud del contrato según lo determinado por el laudo equivalía a una expropiación ilegal de su inversión. Parte del análisis del tribunal de inversión en ese caso fue precisamente si el laudo podría considerarse como una inversión conforme al TBI. El tribunal determinó que sí.

En cuanto al fondo del reclamo, el tribunal revisó la legalidad de las acciones de la corte local. En su razonamiento concluyó que, efectivamente un laudo arbitral es una inversión afirmando su jurisdicción, y en cuanto al mérito determinó que las cortes locales de Bangladesh mediante sus acciones habían expropiado judicialmente al inversionista por romper con el “*espíritu*” de la Convención de Nueva York y abusar de sus derechos. Es decir, la facultad potestativa de la que goza un Estado para denegar el reconocimiento y ejecución.

A pesar de que la decisión del tribunal en *Saipem* fue muy criticada, el caso confirma que un reclamo de esta naturaleza es posible. Sin embargo, es importante tener en cuenta las circunstancias que permiten el reclamo. En primer lugar, si el TBI aplicable tiene un alcance que permita cobijar como inversión un laudo arbitral extranjero, y en segundo, sí por extensión podría analizarse dicha cuestión invocando como inversión otra que no sea el laudo arbitral extranjero. Aunque existirá el reto de cumplir con el alto umbral del estándar de denegación de justicia, ya que el hecho de que un laudo haya sido anulado en la sede podría ser un indicador del debido actuar de la corte local que en su jurisdicción deniega el reconocimiento y ejecución.

³⁴ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh, Op. Cit.*

B. *El reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros*

Refiriéndonos al segundo escenario, imaginemos que el Inversionista “A” decide activar el mecanismo de protección de inversionistas bajo un TBI celebrado entre el Estado “X” y el Estado “Y”. Nuevamente, tratándose de actuaciones judiciales lo natural sería perseguir un reclamo por denegación de justicia o en su caso por expropiación judicial. Igualmente, podrían surgir dudas acerca de la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal por lo que las consideraciones serían las mismas que se describieron en el inciso anterior.

El problema surge al momento de analizar la conducta de las cortes locales. Por un lado, nos encontramos con que la corte ejecuta un laudo arbitral que fue anulado válidamente. Por otro lado, la Convención de Nueva York prevé un lenguaje potestativo tratándose de la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, de modo que la visión prevalente es aquella a favor del reconocimiento y ejecución conforme a los objetivos de la Convención.

A pesar de dicha visión, y regresando al escenario descrito, el que un laudo arbitral haya sido anulado en sede, pero ejecutado en el mismo Estado del cual la empresa estatal que fue parte en el arbitraje comercial, puede servir como evidencia que denote una presunción de un actuar errático de las cortes nacionales, quizá en principio insuficiente, pero que en conjunto con otras circunstancias podría tener peso. Diferente sería que se tratara reclamar responsabilidad a un Estado distinto del de la empresa estatal, ya que los intereses en el actuar de las cortes locales en ese caso serían aún menos evidentes, por lo que acreditar un supuesto de denegación de justicia o expropiación judicial sería mucho más complicado.

Al respecto vale la pena mencionar el caso de *Chevron (II)*³⁵, en el que, si bien se discutió sobre una decisión judicial declarada fraudulenta y no sobre la ejecución de un laudo arbitral anulado, el análisis ilustra sobre el estándar exigido³⁶. En dicho caso se concluyó que los procedimientos judiciales llevados

³⁵ *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador (II)*, Caso PCA Nº 2009-23.

³⁶ Cabe aclarar que la fraudulencia de la decisión judicial no fue resuelta por las cortes ecuatorianas, sino estadounidenses, pero fue tomada en consideración con otra evidencia en el arbitraje de inversión.

a cabo en las cortes ecuatorianas de Lago Agrio habían sido fraudulentos, incluyendo que la decisión de uno de los jueces había sido escrita por alguien más, entre otras irregularidades graves. El tribunal de inversión con la evidencia circunstancial con la que contaba condenó a Ecuador por denegación de justicia, siendo que la reprochable actuación del juez cumplía con el alto estándar exigido.

El caso referido nos permite contemplar la posibilidad de que la decisión de ejecutar un laudo anulado en la sede se convierta en el fundamento de un reclamo bajo el derecho internacional de las inversiones. Desde luego para resolver la cuestión lo más relevante es un análisis adecuado de la conducta del Estado detrás de la decisión de reconocer y/o ejecutar un laudo arbitral anulado, y no la decisión de manera aislada.

V. CONCLUSIÓN

A través de los escenarios ilustrados, es posible concluir que un reclamo planteado partiendo de dos premisas aparentemente opuestas, pero en el contexto adecuado pueden ser viables. Sin duda, habrá circunstancias que pueden generar que uno prevalezca respecto del otro, pero sin descartar que ambos escenarios son posibles.

Como en cualquier reclamación el contexto es fundamental para determinar su viabilidad y tratándose de la responsabilidad del Estado en materia de inversiones bajo la lupa de la problemática planteada, habría que evaluarse lo siguiente: i) si el laudo arbitral extranjero puede considerarse como una inversión bajo el TBI base de la acción y mediante el que pretende reclamarse responsabilidad, ii) considerar el tipo de inversión que dio origen al arbitraje, ello permitirá determinar la jurisdicción del tribunal de inversión y iii) analizar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral anulado en sede o la denegación de sus efectos, en conjunto con los hechos, circunstancias, y más importante, aquellas conductas que motivaron la decisión en un sentido u otro para determinar la procedencia de un reclamo de denegación de justicia o expropiación judicial válido. Dicho análisis debería considerar el alto umbral que exige el estándar y la facultad potestativa del Estado en términos de la Convención de Nueva York.

Análisis axiológico de la inejecutabilidad de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional

Alfredo Leonardo Eube Madussi* y Milagros Velasco†

Resumen- El presente artículo pretende abordar la problemática de la ejecución de laudos extranjeros que han sido anulados en el país de la sede en el marco del arbitraje comercial internacional. Se realizará un sucinto análisis de las causales de anulación contempladas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional [Ley Modelo CNUDMI] y de su vinculación con las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de la Convención de Nueva York 1958 [CNY58]. Se enuncian las diferentes posturas doctrinarias que sustentan la ejecutabilidad o no de los laudos referidos. Finalmente, se procederá a realizar un análisis axiológico sobre la CNY58 y la jurisprudencia existente para determinar la ejecutabilidad o no de laudos anulados con la finalidad de proceder a su fundamentación conforme a los valores imperantes en el arbitraje comercial internacional

Abstract- This research pretends to cover the problem of the execution of foreign awards that have been annulled at the seat's country in the case of international commercial arbitration. A brief analysis will be made of the grounds for annulment contemplated in the UNCITRAL Model Law on

* Abogado y maestrando en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Nacional de Córdoba. Becario de Maestría e Investigador en formación SECYT-UNC. Especialización en Arbitraje Internacional. Adscripto a la Catedra B de Derecho Privado II de Facultad de Derecho – UNC. alfredoeube@gmail.com.

† Abogada y maestranda en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora en formación SECYT-UNC. Especialización en Arbitraje Internacional. Adscripta a la Cátedra A de Derecho Internacional Privado de Facultad de Derecho – UNC. milagros.velasco7@gmail.com.

International Commercial Arbitration and its relationship with the grounds for denial of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of the New York Convention 1958. It will expound the different doctrinal positions that support the enforceability or not of the indicated awards. Finally, it will be carried out an axiological analysis on the CNY58 and the current jurisprudence to determine the enforceability or not of annulled awards in order to proceed with their justification in accordance with prevailing values in international commercial arbitration.

I. INTRODUCCIÓN	320
II. CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL	323
III. LA SEDE DEL ARBITRAJE	325
A. CONCEPCIÓN TERRITORIALISTA	326
B. CONCEPCIÓN UNIVERSALISTA.....	327
IV. LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ANULADO EN UN PAÍS DISTINTO DE LA SEDE. LA TENSIÓN DEL EFECTO <i>ERGA OMNES</i> 327	
V. SOLUCIONES PROPUESTAS	329
VI. CONCLUSIÓN.....	330

I. INTRODUCCIÓN

La elección del arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, suele estar dado por las ventajas que ofrece en relación con el clásico proceso ante una jurisdicción estatal. Para nombrar algunas de estas ventajas, encontramos mayor celeridad, menores costes, confidencialidad y elección de árbitros especializados en la temática objeto de discusión.

No obstante, en el ámbito internacional de un tiempo a esta parte estas ventajas se han visto atenuadas habida cuenta de que el acceso a los procedimientos

arbitrales suele ser costoso¹ y a que los tiempos en la obtención de resolución final se han extendido como consecuencia de los calendarios congestionados de los árbitros, entre otros problemas².

Por su parte, su creciente expansión se debe principalmente a que permite atenuar la incertidumbre y complejidad de litigar en tribunales extranjeros, acceder a un foro neutral, pactar el derecho aplicable y prever mecanismos de reconocimiento y ejecución más simples que las sentencias judiciales brindando mayor seguridad jurídica.

En esa línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 ("CNY58") tiene como finalidad principal dotar de operatividad las sentencias arbitrales extranjeras. En el afán de evitar discriminación a los laudos extranjeros, la convención obliga a los Estados a procurar que los mismos sean reconocidos y ejecutables en su jurisdicción de la misma manera en la que serían tratadas las sentencias o laudos locales³.

La CNY58 es uno de los tratados internacionales con mayor prominencia respecto a la cantidad de ratificaciones por Estados; por cuanto que, a la fecha de publicación del presente, asciende a 170 países. Esto ha contribuido al fortalecimiento y crecimiento del arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos a nivel internacional, homogeneizando los criterios que los Tribunales Estatales deberán adoptar a efectos de reconocer y ejecutar laudos extranjeros.

El reconocimiento y ejecución de un laudo asumen un rol fundamental en la elección del arbitraje como medio para el arreglo de controversias. La CNY58 impone a los Estados parte una obligación esencial de reconocer el carácter

¹ Esto ha dado lugar al creciente desarrollo de figuras como el Third Party Funding en el arbitraje internacional. Cfr. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, N°8, 2016, pp. 204-220.

² 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>

³ Objetivos CNY58, p. 7.

vinculante de laudos extranjeros y ejecutarlos, a pedido de parte, conforme a la *lex fori*.

La CNY58 identifica cinco motivos por los que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de laudo arbitral extranjero a instancia de la parte contra la cual es invocada: falta de capacidad de las partes, la invalidez del acuerdo de arbitraje, irregularidades procesales, falta de arbitrabilidad, la incompetencia del tribunal arbitral y la anulación o suspensión de un laudo dispuesta por el tribunal competente en la sede donde ha sido dictado.

La CNY58 precisa otras dos causales de acuerdo con las cuales un tribunal puede de oficio negarse a reconocer y ejecutar una sentencia: que se trate de materia no arbitrable o violación del orden público. No obstante, propicia el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros en la mayor cantidad de supuestos. Para lo cual establece estas causales como un techo para los requisitos o condiciones que puede exigir el derecho interno del Estado contratante donde se pretende ejecutar el laudo.

El Art. VII en su primer párrafo excluye la imposición de requisitos más gravosos por parte de la legislación interna de los Estados que los previstos para el reconocimiento y ejecución en la propia CNY58.

El tope mencionado proyecta sus consecuencias en dos dimensiones: por un lado, impide que los Estados parte impongan requisitos más caros que los ya señalados, los que deberán ser dejados de lado en caso de encontrarse en las disposiciones de derecho interno. Por otro lado, debemos analizar si el derecho del Estado donde se invoca el laudo establece requisitos más favorables para su ejecución y determinar de esta manera como queda configurado el régimen jurídico que regirá su reconocimiento y ejecución.

El Art. V.1.e CNY58 contempla como causal de denegación de reconocimiento y ejecución que *“la sentencia no [sea] aun obligatoria para las partes o ha[ya] sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”*. Sólo nos limitaremos a analizar los efectos de la anulación sobre la ejecutabilidad del laudo (con algunas pequeñas salvedades) en razón de no exceder el objeto del presente trabajo.

II. CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL

Aquel que resulte perdedor en el proceso arbitral puede acudir a un recurso de apelación⁴ -siempre y cuando no haya sido excluido por las partes-, iniciar un recurso de anulación por ante la autoridad competente conforme la ley de la sede del arbitraje, o esperar a ser ejecutado para solicitar la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo por alguna de las causales desarrolladas.

El recurso de anulación se rige por el derecho de la sede del arbitraje y debe ser decidido por el tribunal judicial que resulte competente en el territorio de dicho Estado que no tiene que coincidir necesariamente con el Estado donde se pretende ejecutar.

El recurso de anulación se presenta como la única vía para la impugnación formal del laudo⁵, y si bien no se encuentra regulado por la CNY58, halla recepción en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI cuyas causales son similares a las consagradas por la CNY58 para la denegación del reconocimiento.

Por su parte, para que las sentencias y laudos dictados por tribunales extranjeros adquieran el mismo tratamiento que una resolución local – y por lo tanto puedan ser ejecutadas - será necesario acudir a un proceso de reconocimiento que suele recibir el nombre de exequátur; el que puede definirse como aquel procedimiento judicial tendiente a obtener una declaración que otorga a aquéllos la misma eficacia que revisten las sentencias dictadas por los jueces nacionales⁶.

⁴ CSJN (Argentina), “Color S. A. c. Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad de laudo”, 17/11/1994, Fallos 317:1527. Voto en disidencia del Dr. Boggiano.

⁵ No obstante, en Latinoamérica existe una tendencia, perjudicial a nuestro entender, a la utilización de remedios constitucionales para enervar los efectos del laudo. Vgr. GÓMEZ, Manuel, “The "Amparization" of the Justice System in Latin America and International Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1/11/2013, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/01/the-amparization-of-the-justice-system-in-latin-america-and-international-arbitration>

⁶ Cfr. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, La Ley, T. VII, p. 316.

Entre las figuras de reconocimiento y ejecución existe una relación de continuidad en el sentido que en primer lugar se requiere que opere el reconocimiento del laudo extranjero como un acto jurídico válido y eficaz, para luego puede ser ejecutado; esto es, exigir la ejecución forzada de las obligaciones contenidas en el laudo reconocido.

Previo a ingresar al análisis de las causales de anulación contempladas en la Ley Modelo es pertinente diferenciar los efectos que revisten la figura de la anulación y la denegación de reconocimiento. El efecto principal de la anulación es dejar sin efecto el laudo dictado por el tribunal arbitral; mientras que la denegación consiste en el impedimento para hacer valer ese laudo en el país donde pretende ejecutarse, sin afectar de manera general la validez del laudo.

Ambas figuras funcionan de manera autónoma en el sentido que el perdedoso podría optar por no solicitar la anulación y ello no obstará a que se oponga a su ejecución en los estados donde el vencedor pretenda su cumplimiento. Esto último dependerá de varios factores que van desde estrategia, solvencia, constitución de garantías o lugar donde posee bienes el perdedoso, legislación del país sede, entre otras relevantes.

Desde un punto de vista formal la vinculación que existe entre estas dos vías de control judicial del laudo viene dada en aquellos Estados que han ratificado la CNY58. Conforme al Art. V.1.e. de la convención se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral cuando el mismo haya sido anulado.

La solución a priori luce lógica en tanto mal puede pretenderse la ejecución de un laudo que ha sido dejado sin efecto mediante un recurso de anulación por ante el tribunal judicial competente de la sede. Esta es la postura por la que se inclinan aquellos que consideran que la resolución de anulación resulta vinculante con respecto a los restantes Estados en donde se pretenda ejecutar el laudo.

El fundamento de esta postura se asienta en que el arbitraje se entiende como una extensión del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje⁷. Como consecuencia, si la anulación resulta procedente el laudo quedará sin efecto y

7 CAIVANO, Roque, “La sede del arbitraje”, *Revista El Derecho*, N°. 272, 2017, p. 13.

ante una petición de reconocimiento y ejecución posterior debería ser rechazada, en tanto se pretende ejecutar un laudo inexistente.

Otra corriente sostiene que el reconocimiento y la ejecución del laudo opera independientemente de la anulación en la sede del arbitraje. Los casos más paradigmáticos son los de Francia, Bélgica, Países Bajos y Estados Unidos donde el arbitraje es visto como un mecanismo de resolución de conflictos deslocalizado.

De esta manera un problema que a primera vista encierra una cuestión formal (si es posible ejecutar un laudo en anulado en un estado que no contempla entre sus causales de denegación de reconocimiento a dicho supuesto) encierra un debate más amplio en torno al carácter localizado o deslocalizado del arbitraje.

Los motivos dados por el Art. V de la CNY58 en cuanto a denegación de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros implican un análisis más o menos exhaustivo por parte del tribunal de ejecución de las causales enumeradas. No obstante, se presenta una excepción recogida por el Art. V.1.e que sólo implica invocar la anulación del laudo realizada por otro tribunal judicial encargado de tramitar el recurso de anulación.

El tribunal que ha decidido la anulación no es otro que el tribunal de la sede del arbitraje lo que inevitablemente nos lleva a la discusión sobre el papel que reviste la sede de arbitraje.

Vale la aclaración que este trabajo no realizará un análisis de varias legislaciones que excedería ampliamente el espacio posible, sino que nos centraremos en el análisis de la CNY58, la Ley Modelo CNUDMI y en jurisprudencia que ha puesto en juego estos esquemas de regulación.

III. LA SEDE DEL ARBITRAJE

Como cuestión previa es necesario precisar el significado de sede o lugar del arbitraje. Caivano señala que “*no se trata de un concepto físico o geográfico, sino eminentemente jurídico*”⁸. La Ley Modelo establece que el tribunal podrá “reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones

⁸ CAIVANO, Roque, *La sede del arbitraje*, p. 1.

entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos”⁹. De esta manera, la sede del arbitraje se constituye en un nexo jurídico entre el proceso arbitral y un derecho nacional sobre la base del cual también se establece el rol de los tribunales locales en el arbitraje.

La relevancia que se le otorga a la sede ha derivado en dos corrientes antagónicas de las que resulta necesario hacer una breve reseña:

A. Concepción territorialista

Esta tesis sostiene que la validez del arbitraje deriva del vínculo que se establece entre este último con el ordenamiento jurídico interno del Estado de la sede. Para esta línea de pensamiento, la autonomía de la voluntad se erige como la piedra angular del arbitraje en tanto se enmarque en un ordenamiento jurídico que la dote de existencia, validez y eficacia; y consecuentemente permita obtener un laudo válido y exigible.

Para este enfoque, las partes están eligiendo implícitamente la legislación y los tribunales judiciales del país que escogen como sede para que rijan el arbitraje. Incluso se sostiene que la sede le atribuye nacionalidad al laudo¹⁰.

Los detractores de esta tesitura señalan que esto equivale a sostener que las partes al elegir la sede lo hacen con el fin de someterse a una legislación y jueces nacionales y no realmente a árbitros o al procedimiento arbitral por ellas pactado. Esto es contrario y atenta contra los valores y propósitos del arbitraje.

⁹ Art. 20 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006: “1) *Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.* 2) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.*”

¹⁰ CAIVANO, Roque, *La sede del arbitraje*, p. 10.

B. Concepción universalista

Esta concepción sostiene que la importancia de la sede debería reducirse a cuestiones logísticas y comodidades necesarias para llevar a cabo el proceso arbitral de la manera más eficiente posible¹¹.

Esta postura afirma que la elección obedece a la necesidad de contar con auxilio judicial durante la tramitación del proceso. Con la elección de la sede se busca seleccionar un lugar neutral, por el cual las partes optan con el mero objeto de contar con el auxilio de sus Tribunales nacionales durante la realización del procedimiento, y no para someterse a la voluntad de ellos.

La adhesión a esta postura pone en crisis el efecto *erga omnes* asignado a la anulación del laudo en la sede que mencionamos *supra*. Casos como Hilmarton y Putrabali - entre otros - concluyen que los laudos, a pesar de haber sido dictados en un Estado determinado, no le otorga esa nacionalidad, sino que se trata de un *laudo internacional*.

De esta manera el laudo no se encuentra ligado a ningún orden jurídico estatal, sino que resulta una decisión de justicia internacional. Su legalidad será objeto de análisis exclusivamente en el Estado donde se pretenda su ejecución.

Las sentencias dictadas en un procedimiento de anulación, al igual que un *exequatur* no producen efectos internacionales en tanto sólo representan una facultad soberana sobre el territorio que se ejerce¹².

IV. LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ANULADO EN UN PAÍS DISTINTO DE LA SEDE. LA TENSIÓN DEL EFECTO *ERGA OMNES*

Ya hemos analizado las diferentes posturas que rigen en torno a la elección de la sede del arbitraje y sus efectos en cuanto a la nacionalidad del laudo, el

¹¹ MONGRELL GONZÁLEZ, Diego, “La ejecución de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional”, *Lecciones y Ensayos*, N°. 93, 2014. pp. 154.

¹² Courd’Appel de París (Francia), “Direction Générale de l’aviation civile de l’Emirate de Dubai v. Société Internationale Bechtel”, 29/09/2005, *Revue de l’Arbitrage*, Año 2006, N° 3, p. 655.

tribunal judicial competente para entender en el recurso de anulación y la ley aplicable al proceso.

Nos abocaremos a analizar el supuesto de requerimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo ante tribunales de Estados signatarios de la CNY58, cuando dicho laudo haya sido anulado en el país de la sede

En primer lugar, corresponde destacar la naturaleza de la norma contenida en el Art. V.1. e CNY58 que establece que “*sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia*” si la parte afectada prueba “e) *Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia*”.

La literalidad de la norma contenida en la CNY58 ha dado pie a intensos debates que se han polarizado en torno a si existe una facultad discrecional o un deber del tribunal de ejecución de denegar el reconocimiento de un laudo que ha sido anulado en la sede.

Como hemos reseñado, la interpretación que se le otorga a dicha norma nace de un tema de amplio debate en la comunidad jurídica internacional que encubre un dilema más profundo sobre el alcance de los efectos de la elección de la sede del arbitraje y, en consecuencia, el reconocimiento que se le otorga a la anulación de un laudo realizado por el tribunal de la sede. Ello se ha puesto de manifiesto en fallos como *Hilmarton Ltd. V. Omnium de Traitement et de Valorisation*, *Putrabali Adyamulia v. Rena Holding Ltd.*, *Maximov v. Novolipetsky Steel Mill (Francia)*; *Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft (Holanda)* *Chromalloy Aeroservices v. Republica Arabe de Egipto*.

La copiosa jurisprudencia que ha desandado el camino en torno a la ejecución de laudos anulados ha puesto en jaque la afirmación que la nulidad de un laudo en el país de la sede propaga sus efectos universalmente y extingue el laudo arbitral.

Esta postura, que no resulta aislada y que ha consolidado su andar con el paso del tiempo, socava directamente la utilidad del recurso de anulación en la sede del arbitraje. Sin embargo, aún se advierten las dificultades jurídicas que existen para desvincular al arbitraje de la legislación y jurisdicción del estado sede.

No obstante, ello viene a unirse a otros reproches vinculados a la multiplicidad de control que se sucede en aspectos como la validez del acuerdo, la constitución irregular del tribunal arbitral, la violación del derecho de defensa, la arbitrabilidad subjetiva y objetiva o la adecuación del laudo al orden público, que pueden ser planteadas en primer momento mediante el recurso de anulación ante un tribunal de la sede y en caso de ser rechazado, volver a intentar su planteamiento ante el tribunal de ejecución de un país diferente.

V. SOLUCIONES PROPUESTAS

Algunos autores plantean la necesidad de un tribunal internacional de revisión de laudos que funcione en el marco de un tratado internacional como un foro de carácter obligatorio para cuestionar la validez del laudo arbitral.¹³

Otra de las soluciones propuestas ha sido la unificación de las causales de nulidad, estableciendo causales uniformes a nivel internacional de modo que tengan efectos *erga omnes*.

Autores como PAULSSON sostienen la viabilidad de aplicar causales de nulidad que prescindan de los criterios localistas de la sede arbitral, distinguiendo entre las que responden a un estándar internacional (*international standard annulments*) y las de estándar local (*local standard annulments*). Solo las primeras producirán efecto *erga omnes* mientras que las segundas limitarán sus efectos al estado sede.¹⁴

Otros autores propician la supresión de alguna de las instancias de doble control, ya sea la de anulación o la de reconocimiento y ejecución del laudo. La última es descartada de plano en tanto plantea soslayar que son los tribunales donde

¹³ Vgr. GONZALO QUIROGA, Marta, "Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿Utopía o realidad de un orden público transnacional?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. 2000/1, p. 85.

¹⁴ PAULSSON, Jan, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC Bulletin*, Vol. 9, N° 1, 1998, p. 14.

pretende ejecutarse quienes gozan del *imperium* para reconocer y hacer cumplir dicho laudo en su territorio¹⁵.

Las dificultades en torno a la supresión del *exequatur* fijan la mirada en torno al recurso de nulidad. Sobre este último vale hacer un distingo entre el arbitraje doméstico, en donde por lo general es la única instancia de control judicial previo a adquirir el valor de cosa juzgada, y lo que ocurre a nivel internacional donde existirá la necesidad del *exequatur* para su reconocimiento y posterior ejecución.

De este modo, al no suprimir esta instancia de control en la sede del arbitraje no se vulnera garantía alguna de las partes ya que la decisión de todos modos deberá ser analizada por el tribunal ante el que se pretenda la ejecución.

Más allá de los efectos colaterales que pueda producir la legislación que le resulte aplicable al arbitraje, y los intentos de las corrientes *deslocalizadoras* de establecer mecanismos para pasar por alto estas consecuencias accidentales, lo cierto es que al día de hoy no contamos con un arbitraje verdaderamente internacional.

Lo concluido se sustenta en que a la fecha los árbitros se encuentran sujetos a un derecho nacional que resulta aplicable; inclusive la aptitud vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes se valora con base al derecho aplicable que comúnmente es el derecho de la sede.

VI. CONCLUSIÓN

Fruto de lo analizado adherimos a la corriente que, partiendo de la base que la deslocalización del arbitraje sigue siendo una tendencia sin un asiento jurídico sólido, sostiene que se impone la necesidad de un régimen de anulación

¹⁵ El otorgar eficacia a las sentencias extranjeras implica la concreción del fin último del derecho internacional privado (junto con la determinación de la competencia y del derecho aplicable). El principio de efectividad de la solución, en un caso iusprivatista, se logra en la práctica a través de la eficacia extraterritorial de las sentencias. ARGERICH, Guillermo, “Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en los procesos de integración (Análisis comparativo de las regulaciones del Mercosur y de la Comunidad Europea)”, Jurisprudencia Argentina, N° 3, 1997.

universal con el fin de resolver la disparidad de criterios al momento de su análisis por parte de los tribunales judiciales.

La eficacia de dicha solución mantiene armonía con los principios y valores elementales de cooperación internacional que imponen el deber de respetar las decisiones judiciales extranjeras en tanto se ajusten a la internacionalidad del caso y no sean contrarias a los valores que inspiran la CNY58¹⁶.

Tal cual está dada la configuración, hoy en día luce injusto que partes a las que les resultan previsibles las consecuencias de la elección de la sede, puedan apartarse unilateralmente de los efectos que produce un recurso de anulación al ejecutar el laudo en un Estado diferente que prescinda del análisis de la anulación del laudo en el lugar de la sede.

De igual manera, mientras ello no sea posible, la solución que más se adecua a los valores esenciales del arbitraje y los principios sostenidos por la CNY58, es aquella que propicia la adopción por parte de los Estados -en sus leyes de arbitraje- la facultad de renunciar al recurso de anulación mediante una manifestación expresa de las partes. Ello por cuanto el control judicial se encuentra garantizado por la instancia de *exequátur*.

El hecho que las partes tengan la posibilidad de limitar el control del arbitraje mediante un acuerdo no hace más que fortalecer la autonomía de la voluntad de las partes. De esta manera, la no exclusión del recurso de anulación por las partes implica la certidumbre de haber querido mantener y dotar de efectividad al recurso de nulidad de la sede del tribunal.

Si bien esta solución no está exenta de problemas¹⁷, como las demás opciones planteadas, en el estado actual de situación es la que mejor concilia los valores del arbitraje con el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y el deber de cooperación entre Estados derivado del respeto a su soberanía dotando de coherencia y eficiencia al sistema.

¹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Los dilemas del Estado frente al arbitraje comercial internacional", *Revista Brasileira de Arbitragem*, Nº. 5, 2005, p. 101.

¹⁷ CAIVANO, Roque, *Control judicial en el arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 515.

Remedios ante la corrupción en el arbitraje comercial internacional a la luz de los Principios UNIDROIT

Salvador Smith Lagos* & María Francisca Fantoni Izquierdo†

Resumen- Las herramientas de transparencia y visibilidad que van surgiendo cada vez con más fuerza en el mundo, han puesto a la vista de la comunidad internacional una preocupante realidad: la corrupción ha invadido la contratación internacional. En efecto, han salido a la luz numerosos ejemplos en que contratos internacionales han sido obtenidos mediante corrupción o casos en que los mismos contratos tienen cláusulas corruptas. Lo anterior es particularmente preocupante, pues en muchos casos una de las partes involucradas o afectadas por estas prácticas son los mismos Estados contratantes.

En ese contexto, el objetivo de este artículo es entregar una aproximación de las posibles soluciones o herramientas con las que un tribunal arbitral enfrentado a actos de corrupción puede resolver la controversia. Lo anterior, a la luz de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y del Orden Público Internacional.

Para ello, primero se demostrará la evolución que la recepción de esta problemática ha tenido en el Arbitraje Internacional, para luego ilustrar las distintas maneras en que la corrupción ha logrado inmiscuirse en la contratación internacional. Finalmente se tomarán esos supuestos para realizar una propuesta de las posibles formas de resolverlos.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociado en Gutiérrez, Waugh, Jimeno & Asenjo Abogados (GWJA Abogados), ssmith@gutierrezabogados.cl.

† Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociada en Pellegrini & Rencoret, ffantoni@pycia.cl.

Abstract- The transparency and visibility tools that are increasingly emerging around the world have brought to the attention of the international community a troubling reality: corruption has burst into international contracting. Indeed, numerous examples have come to light where international contracts have been obtained through corruption or where the contracts themselves contain corrupt clauses. This is particularly worrisome, since in many cases one of the parties involved or affected by these practices are contracting States.

In this context, the purpose of this article is to provide an approximation of the possible solutions or tools with which an arbitral tribunal faced with acts of corruption can resolve the dispute. This, in the light of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and International Public Policy.

To this end, first the evolution of the reception of this problem in international arbitration will be shown, and then the different ways in which corruption has managed to intrude in international contracting will be illustrated. Finally, these assumptions will be taken to make a proposal of possible ways to solve them.

I. INTRODUCCIÓN	334
II. CIFRAS Y COMPROMISOS.....	335
III. PANORAMA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	339
IV. MECANISMOS DE INTROMISIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL	345
A. CONTRATOS CORRUPTOS	347
B. CONTRATOS OBTENIDOS MEDIANTE CORRUPCIÓN	350
V. EFECTOS CIVILES DE LOS CONTRATOS OBTENIDOS MEDIANTE CORRUPCIÓN	352
A. MECANISMOS CONTRACTUALES	352
B. PRINCIPIOS UNIDROIT	354
C. UNA PROPUESTA	358
VI. CONCLUSIÓN.....	361

I. INTRODUCCIÓN

La misión del árbitro es impartir justicia. Esto da alusión a que, su naturaleza jurisdiccional es que se encuentra obligado a cumplir el encargo entregado por las partes, y tiene el deber de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento haciendo imperar la justicia y equidad. Por lo tanto, enfrentado a un caso de ilicitud o corrupción, es su deber entregar una decisión que resuelva la controversia.

Lo anterior responde a un compromiso en la lucha contra la corrupción, evidenciado ya por múltiples instrumentos, tanto nacionales como internacionales, que plasman la preocupación generalizada de la comunidad internacional. Así entonces, el árbitro en su calidad de juez, debe necesariamente hacer prevalecer el respeto por el Orden Público Internacional.

La historia nos muestra que no siempre ha existido claridad al respecto, y que ante casos de corrupción los árbitros optaron en el pasado por el camino de abstenerse de emitir un pronunciamiento al respecto. Lo cierto es que el escenario actual obliga a avanzar por el camino contrario, entregando una respuesta y en ejercicio de su función jurisdiccional.

Sin embargo, el tema no tiene límites bien delineados, existiendo una multiplicidad de hipótesis en las distintas ramas del derecho en las que la corrupción se hace presente, con diferentes posturas respecto a cuál es la solución más adecuada. El árbitro se enfrenta a este problema desde la óptica civil, donde aún existe poca claridad sobre los efectos atribuibles a cuestiones contaminadas de corrupción.

Este artículo aborda el problema, entregando la respuesta contenida en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Principios UNIDROIT”), que entregan una visión amplia y flexible al problema, otorgando un gran abanico de herramientas al árbitro.

Para abordar el complejo asunto de la corrupción en el escenario del Arbitraje Comercial Internacional, primero nos referiremos breve y someramente al contexto actual de este fenómeno en la comunidad de comercio internacional; luego expondremos la manera en que la corrupción puede introducirse en los conflictos que sean conocidos por un foro arbitral; para finalmente desarrollar

una propuesta de la forma en que los árbitros pueden aproximarse a la resolución de estos casos.

II. CIFRAS Y COMPROMISOS

Tristemente célebres se han convertido los recientes casos de corrupción en el último decenio, y sin ser protagonista exclusiva ni predominante, Latinoamérica se ha visto en el centro del espectáculo ya demasiadas veces. Pero más allá del estímulo que estos casos han significado para el contenido de plataformas de streaming y la prensa, la realidad es que: la corrupción es un fenómeno que llegó para quedarse.

Chile es un caso ejemplar, la explosión de escandalosos casos de corrupción y fraudes ha sido cada vez más notoria, afectando a instituciones antes consideradas incorruptibles por la población. Desde financiamiento irregular de la política¹, a el descubrimiento de fraudes dentro de Instituciones tan relevantes

¹ Así, el Caso Corpesca (2013) comenzó a develar la forma en que se estaba financiando la política en Chile: fraude tributario y generaba fundadas sospechas sobre el soborno a autoridades (pagos de empresas a políticos contra boletas por servicios no prestados, junto a transacciones económicas probablemente vinculadas a favores políticos coherentes con los intereses de estas empresas, lo cual derivó en una serie de juicios penales, tributarios y civiles. El caso culminó con la condena al ex senador de la república Jaime Orpis, dictada por el 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, “Jaime Orpis Bouchon, Marta Isasi Barbieri, Raúl Lobos Torres Y Corpesca S.A.”, 16/04/2021, en base jurisprudencial del Poder Judicial de Chile, <https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia> (consultada el 29/07/2022).

como Carabineros² y el Ejército de Chile³. Sin embargo, el problema no tiene un alcance meramente nacional.

Según la medición realizada por el Índice de Percepción de la Corrupción 2021, más de dos tercios de todos los países del mundo son corruptos⁴. De un tiempo a la actualidad, la realidad nos ha demostrado que las formas de transgresión del Orden Público Internacional van en aumento o, al menos, se han hecho más visibles.

Como evidencia de lo anterior, la preocupación por la expansión de este fenómeno ha sido reconocida en múltiples instancias e instrumentos internacionales. Como primer antecedente, la corrupción fue recogida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Esta recoge una forma especial de corrupción, que afecta a la misma formación del consentimiento de un estado para ser parte de un tratado. En su artículo 50 dispone que:

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel

² El caso de fraude de Carabineros explotó el año 2016, mediante la identificación de irregularidades en cuentas de la institución de altos cargos. Hoy, 132 personas han sido sometidas a juicio criminal por este caso, incluyendo a civiles y funcionarios o ex funcionarios de la institución. Ver la siguiente noticia: “Nuevas condenas para acusados por malversación al interior de Carabineros”, *Sala de Prensa Fiscalía de Chile*, 15/07/2022, disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?id=21122 (consultada el 29/07/2022).

³ El caso de fraude en el Ejército de Chile salió a la luz pública el año 2015, cuando se descubrió la desviación de fondos públicos que derivó en el enjuiciamiento de altos mandos del ejército por fraude fiscal y enriquecimiento ilícito. Ver la siguiente noticia: “Fraude en el Ejército: Ministerio Público abre investigación por lavado de activos a dos fiscales por traspaso de bienes de general (r) Izurieta”, *El Mostrador*, 18/02/2022, disponible en: <https://www.elmostrador.cl/dia/2022/02/18/fraude-en-el-ejercito-ministerio-publico-abre-investigacion-por-lavado-de-activos-a-dos-fiscales-por-traspaso-de-bienes-de-general-r-izurieta/> (consultada el 15/07/2022).

⁴ Índice elaborado por Transparency International.

Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado⁵.

Bastante más adelante, y centradas en las prácticas ilícitas que fueron surgiendo en la contratación internacional, se celebró el convenio OCDE 1997 sobre Lucha contra Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. En su preámbulo señala que:

El cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales. [y luego indica que] todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales⁶.

En el instrumento, los Estados contratantes tomaron el compromiso de legislar en sus países medidas de criminalización y prevención de la corrupción, otorgándole así una herramienta de derecho interno para combatir en conjunto un problema de alcance internacional.

Un propósito similar tuvo la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (1996), la cual reconoce en su preámbulo el peligro que significa la corrupción para las instituciones democráticas y la necesidad de que exista una cooperación que trascienda fronteras para erradicarla⁷. Así, en su artículo II declara el propósito de la Convención:

Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. [y] Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de

⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 50.

⁶ Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, Preámbulo.

⁷ Convención Interamericana contra la Corrupción, Preámbulo.

corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio⁸.

En el plano europeo, el Consejo de Europa adoptó el Convenio N°173, en llamado Convenio Penal sobre la Corrupción, reconoce la misma necesidad al declarar que:

[L]a corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad⁹.

Además, el Consejo realiza el Convenio N°174, correspondiente al Convenio Civil sobre la Corrupción, el cual se hace cargo de los efectos civiles de estas conductas. El objeto declarado de dicho convenio corresponde al siguiente:

Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños¹⁰.

Como último ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) tomó un enérgico compromiso para la eliminación de esta “*plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad*”¹¹. Nuevamente, se cristaliza la preocupación por este mal y la necesidad de una cooperación internacional robusta para enfrentarlo.

Los instrumentos citados, junto con múltiples iniciativas que involucran tanto a entes estatales como agrupaciones privadas¹², son evidencia de que la erradicación de la corrupción es considerada en la actualidad como una de las

⁸ Convención Interamericana contra la Corrupción, Artículo II.

⁹ Convenio Penal sobre la Corrupción, Preámbulo.

¹⁰ Convenio Civil sobre la Corrupción, Art. 1.

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Prefacio.

¹² Como las Reglas para Combatir el Soborno que adoptó la ICC como mecanismo de autorregulación en 1997.

grandes luchas que la comunidad internacional debe dar. Una lucha que evidentemente trasciende al mundo del Arbitraje Internacional.

Ahora, este artículo busca plantear la problemática no desde el loable y necesario ángulo de persecución y castigo de la corrupción, encaminado a la eliminación de estas conductas ilícitas, sino que se centra en otra índole de consecuencias jurídicas que pueden emanar de estos actos. Esto es, el desafío al cual se ve enfrentado un tribunal arbitral al conocer de una controversia relativa a un contrato corrupto u obtenido por corrupción en el contexto del Arbitraje Comercial Internacional.

III. PANORAMA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como apunta el profesor Gaillard¹³ Sólo en los últimos veinte años la temática de la corrupción se ha cristalizado en laudos arbitrales. Esta reciente jurisprudencia ha demostrado la complejidad que los casos de corrupción pueden traer a los paneles arbitrales. Así, se han identificado una serie de puntos conflictivos que pueden surgir, habiendo ya un relativo consenso en algunos de ellos, mientras que en otros continúa la incertidumbre.

Quizás el primer gran obstáculo al que se vieron enfrentados los tribunales arbitrales fue el relativo a la supuesta falta de jurisdicción para resolver un caso en el cual existió corrupción, ya sea por parte de una o ambas partes. En el célebre caso CCI N°1.110 en 1963, el juez Lagergren resolvió señalando que el tribunal carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de la controversia¹⁴.

En su laudo el árbitro señaló que las partes “*have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunal) in settling their disputes*”¹⁵. Sin perjuicio de que suele valorarse el pronunciamiento por el reconocimiento que hace del repudio a la corrupción, su conclusión se encuentra ampliamente superada por la doctrina más autorizada,

¹³ GAILLARD, Emmanuel, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International”, *Revue de l'arbitrage*, Año 2017, N°3, p. 809.

¹⁴ Temática conocida como “arbitrabilidad” del conflicto.

¹⁵ Caso ICC N°1.110, Laudo, 1963, disponible en <http://www.trans-lex.org/201110>. Consultado el 27/07/2022.

que ha criticado arduamente la solución otorgada por el juez sueco, principalmente por desconocer el principio de separabilidad del convenio arbitral.

En consecuencia, hoy existe total unanimidad, tanto en la jurisprudencia internacional¹⁶ como en la doméstica, en cuanto a que el tribunal arbitral sí posee jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de una controversia en la cual hubo corrupción por parte de una o ambas partes. Cuestión distinta es que al resolver la disputa se declare la nulidad o ineficacia del contrato, básicamente por ser contrario al Orden Público Internacional¹⁷.

Debido a que el conflicto recién mencionado fue superado en la jurisprudencia, es que han surgido otros temas conflictivos a los que jueces árbitros se ven enfrentados en la resolución de casos de corrupción. Sin el ánimo de ser exhaustivos, nos referiremos a ellos someramente.

El problema que aparece de manera inmediata es sin duda uno probatorio: el cómo acreditar una conducta que está destinada a ser secreta, que las partes buscan deliberadamente esconder a toda costa. La prueba directa será casi imposible de obtener, piénsese por ejemplo en la dificultad de obtener un testigo del acto ilícito, cuando las partes de seguro tomaron todos los resguardos para no ser observados por terceros.

El laudo dictado a raíz del caso *World Duty Free v. The Republic of Kenya* refleja con elocuencia esta dificultad:

[Corruption] is more odious than theft; but it does not depend upon any financial loss and it requires no immediate victim. Corruption of a state officer by bribery is synonymous with the most heinous crimes because

¹⁶ A modo de ejemplo, en el caso CCI N°7.047 el tribunal arbitral reconoció la arbitrabilidad de las alegaciones de corrupción y la facultad del mismo para conocerlas, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, p.29.

¹⁷ GAILLARD, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International”, p. 818.

it can cause huge economic damage; and its long term victims can be legion¹⁸.

Sin embargo, esta dificultad no es razón para declarar la imposibilidad de probar estas conductas. El problema es similar al que se da en el ámbito de la libre competencia, en ilícitos como la colusión, o en materia criminal, en los llamados delitos de defraudación, como las estafas. En ambos escenarios se han encontrado mecanismos para hacer posible la prueba de estos hechos en juicio¹⁹.

Así, en respuesta a este desafío, la jurisprudencia arbitral ha avanzado en delinear ciertos criterios, indicios o pistas a raíz de los cuales puede desprenderse la existencia de un acto corrupto. La metodología utilizada se basa entonces en identificar las llamadas “*red flags*”²⁰ que serían aquellas cuestiones indicadoras de que un determinado contrato es corrupto.

Por lo tanto, existe un numeroso conjunto de casos en que árbitros han identificado elementos (como el precio de un contrato de agencia, la duración del contrato, la ausencia de respaldo de las transacciones realizadas, etc) que, de concurrir en el contexto de un proceso de contratación sospechoso, puede llevar a concluir que existió corrupción.

¹⁸ *World Duty Free v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI, N°ARB/00/7, Laudo, 2006, disponible en <https://www.italaw.com/cases/3280>. Consultado el 27/07/2022.

¹⁹ Klevorick y Kohler-Hausmann resumen el estándar norteamericano establecido por la Corte Suprema en el emblemático caso Matsushita: “[T]he evidence must be evaluated as a whole, and the court must consider all possible reasonable inferences that could be drawn from such evidence. The court must comparatively weigh the competing inferences proposed by the plaintiff indicating conspiracy and the reasonable inferences offered by defendants indicating lawful, independent conduct, and the court must determine which is the more likely account” KLEVORICK, Alvin K. y KOHLER-HAUSMANN, Isssa, “The plausibility of Twombly: proving horizontal agreements after Twombly”, en ELHAUGE, Einer R. (Ed.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, p. 219.

²⁰ Esta herramienta o doctrina tiene su origen en el *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (1977), que ha sido extrapolada al mundo del arbitraje. Consiste en identificar ciertos indicios sospechosos, que en su conjunto podrían dar por acreditada la existencia de un soborno o acto de corrupción.

Por ejemplo, en el caso CCI N°6.497, el tribunal arbitral tuvo que analizar un conjunto de acuerdos, uno de los cuales contenía una cláusula otorgando un pago exorbitante (33,3% del total de un contrato de construcción) al agente si lograba obtener el contrato. El tribunal arbitral evaluó esta convención en conjunto al resto de los antecedentes del caso y resolvió lo siguiente: “[*there is a high degree of probability the real object of [the agreement] was to channel bribes to officials in country X (...) such probability was high enough to hold that the agreement was null and void*”²¹.

Por otro lado, en el caso CCI N°12.990, el tribunal determinó que en ciertos casos puede ser muy difícil, sino imposible, probar la naturaleza ilícita del contrato. Por esa razón, se basó en un conjunto de circunstancias que corroboraron la existencia de actos fraudulentos. Una de las circunstancias consideradas por los árbitros dice relación con el nivel de corrupción que existe en el Estado²².

De la misma manera, en el caso *Hilmarton Ltd.v. Omnium de Traitement et de Valorisation SA.*, el tribunal admitió la posibilidad de basarse en pruebas indirectas cuando tales pruebas le permiten al tribunal basar su decisión en algo más probable que hechos que no han sido probados²³. Sin embargo, se exigió que la conducta estuviera probada más allá de toda duda cuando se trataba de denuncias de corrupción, cuestión recurrente en estos casos, como se explica más adelante²⁴.

²¹ Caso CCI N°6.497, Laudo, 1994, disponible en <https://www.trans-lex.org/206497>. Consultado el 27/07/2022.

²² Caso CCI N°12.990, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, pp. 52-62.

²³ *Hilmarton Ltd.v. Omnium de Traitement et de Valorisation SA.*, caso CCI N°5.622, Laudo, 1988, disponible en <https://www.trans-lex.org/205622>. Consultado el 28/07/2022.

²⁴ Otro ejemplo de lo anterior es el caso CCI N°8.891, Laudo, 2000, disponible en <https://www.trans-lex.org/208891>. Consultado el 28/07/2022. El tribunal consideró las siguientes circunstancias -indicios- para dar por acreditada la corrupción en el contrato: La incapacidad del consultor para probar sus actividades; la duración de la intervención del consultor; la forma y el método de la remuneración del consultor, la cantidad de dinero que se pagaría al consultor relativo a las ventajas que obtendría el exportador.

Además, una serie de instrumentos internacionales han recogido esta metodología, y entregado guías para la resolución de conflictos. Por ejemplo, los *Guidelines on Preventing Corruption in Public Procurement* (2016) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) entregan “señales de alerta” para el ámbito de licitaciones públicas internacionales²⁵. También la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) ha elaborado *Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties* (2010)²⁶, donde se incluye un listado de “red flags” en esta clase de contratos internacionales de tan común ocurrencia.

Estrechamente relacionado con lo anterior, se presenta el desafío de determinar el estándar probatorio que se le exigirá a la parte que intenta probar la corrupción en el arbitraje. La cuestión no es pacífica, por lo que significa dar por acreditado un acto tan grave como la corrupción.

En su artículo “*Analyse de sentences arbitrales*”, el profesor Derains reconoce esta dificultad y entrega su apreciación práctica al respecto:

I believe that the least dangerous, and perhaps the simplest way for arbitrators to approach the problem is not to approach the problem from the point of view of illicitness but rather from the point of view of the performance of contractual obligations. In practice, one finds that it is highly unusual that a company refuses to pay a commission if the agent has performed his mission. In fact, in the light of illicitness, an issue of non-performance is raised. Companies always pay the commissions when the agent fulfills his mission. When the company doesn't pay, it is because the mission has not been fulfilled. One finds, in practice, that if the mission has not been fulfilled, the party who refuses to pay the commission can easily obtain an award in which the arbitrator will reject the claim for payment. In fact, it is enough to ask the agent what he did, to ask him for proof of any sort of activity and, above all, to ask

²⁵ OCDE, *Preventing Corruption in Public Procurement*.

²⁶ CCI, *Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*.

him for proof of the contractual activity, which is never presented as an illicit activity²⁷.

Por otro lado, la práctica arbitral también reconoce la dificultad y nos entrega ciertas luces respecto al estándar de prueba exigible a la parte que alega corrupción. Así, se ha fallado que el estándar adecuado a aplicar es el de íntima convicción y no de ponderación de prueba, porque se pide a un único árbitro que resuelva una acusación particularmente grave, esto es, una acusación de fraude²⁸.

En otro caso, un tribunal arbitral consideró que el estándar que se aplica generalmente es más alto en los casos que involucran denuncias de corrupción o soborno, los cuales requieren evidencia clara y convincente, por existir una presunción a favor de la validez de un contrato y por el hecho de que un hallazgo de ilegalidad no puede hacerse a la ligera²⁹.

Otra cuestión procesal que surge en estos casos es la posibilidad de investigación de oficio de un juez árbitro que se ve enfrentado a un caso de corrupción. Hoy en día es indiscutido el hecho de que los árbitros están obligados a investigar sobre la corrupción de un caso cuando se vislumbran indicios de su existencia.

La gran razón detrás es que, en cierta forma, los tribunales arbitrales son garantes del Orden Público Internacional. Esta responsabilidad emana tanto de la propia naturaleza del cargo que ejercen los árbitros, como de los múltiples cuerpos normativos citados en la primera sección de este artículo. Lo anterior se desprende, por ejemplo, de la obligación que disponen los reglamentos de

²⁷ DERAINS, Yves “Analyse de sentences arbitrales”, en BELLET, Pierre *et al.*, *Les commissions illicites: définition, traitement juridique et fiscal*, CCI Publishing, Paris, 1992, 69, trad. de ROSSEL, José y PRAGER, Harvey, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, en *Arbitration International*, Vol.15, 1999, Nº4, p. 335.

²⁸ Caso no publicado, 2013, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, p. 32.

²⁹ Caso no publicado, 2008, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, p. 32.

Arbitraje Internacional, de que el árbitro busque por todos los medios dictar un laudo que sea susceptible de ejecución. Lo anterior se encuentra reconocido en el artículo 42 del Reglamento de la CCI de 2021.

Sin dejar de lado la relevancia de estas cuestiones, a nuestro juicio el gran tema de fondo que queda por zanjar es precisamente cómo resolver los casos de Arbitraje Comercial Internacional en los que se inmiscuye la corrupción y con qué instrumentos de Derecho afrontarlos. En las siguientes secciones delimitaremos en ámbito dentro del cual se presenta esta interrogante y las posibles soluciones con las que un juez puede decidir la controversia.

IV. MECANISMOS DE INTROMISIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Como se puede vislumbrar con la breve exposición realizada, la corrupción es una infame realidad en el Arbitraje Internacional, interfiriendo tanto en el Arbitraje de Inversiones como en el Arbitraje Comercial Internacional.

Para delimitar el análisis de este artículo, cabe hacer una primera gran distinción. La corrupción ha causado fuertes remezones en el campo del Arbitraje de Inversiones, siendo estos casos los que han causado quizás el mayor revuelo mediato.

Así, en este tipo de arbitrajes, las alegaciones relativas a la corrupción surgen en dos escenarios. El primer grupo de casos son aquellos en los que el inversor incurre en actos de corrupción para así poder realizar su inversión u obtener una concesión en un país determinado. El segundo grupo, -menos frecuente a juicio de Fernández-Armesto son aquellos en que el inversor alega haberse negado a realizar pagos corruptos, y el Estado, como represalia, le expropia su inversión o le dispensa un trato injusto e inequitativo³⁰.

Dentro del primer grupo, un caso paradigmático corresponde a *Metal-Tech c. Uzbekistán*³¹, en que el inversor israelí alegaba que su inversión había sido

³⁰ FERNÁNDEZ-ARRESTO Juan, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, CEU Ediciones, Madrid, 2018, p.13.

³¹ Caso CIADI N°ARB/10/3, Laudo, 2013, disponible en <https://www.italaw.com/cases/2272>. Consultado el 27/07/2022.

expropiada y reclamaba una compensación bajo el APPRI entre Israel y Uzbekistan. Sin embargo, el Estado se defendió señalando que las inversiones habían sido obtenidas mediante pagos corruptos a funcionarios, por lo que el tribunal carecía de competencia para conocer del asunto. El tribunal rechazó la demanda del inversor y acogió la tesis del estado de Uzbekistán, pues a su juicio se acreditó en el curso del juicio que el inversor había realizado pagos corruptos.

Como explicamos el segundo grupo corresponde a una suerte de “venganza” ejercida por un Estado en contra un inversor que se ha negado a caer en sus redes de corrupción, y, en consecuencia, recibe como castigo la expropiación de su inversión. Un ejemplo emblemático en el cual se presentó una de estas controversias es el caso *EDF c. Rumanía*³², en donde el tribunal arbitral concluyó que, cuando un estado exige a un inversor un soborno para operar en su país, se está violando el principio de trato justo equitativo.

Sin embargo, y como adelantamos, el objeto de este análisis no pretende abocarse al estudio de estos casos, sino que se centrará en la incidencia que tiene la corrupción en el Arbitraje Comercial Internacional, específicamente, en sus diversas manifestaciones y la forma en que un tribunal arbitral puede enfrentarlas.

Al encontrarnos en el ámbito estrictamente privado y comercial, podría pensarse que la corrupción no tiene la misma relevancia que la que involucra a Estados y sus inversionistas. Su importancia radica en que –como fue explicado en el capítulo anterior– el Orden Público Internacional repudia a la corrupción en todos los ámbitos en los que se manifiesta, por lo que debe existir un consenso en la respuesta que nuestros tribunales arbitrales tengan ante estas situaciones.

Lo anterior, con el fin de proteger otro gran principio de todo sistema de resolución de controversia debe resguardar: La seguridad jurídica. Nuestros árbitros no pueden quedar a la deriva sin herramientas que les permitan llegar a conclusiones previsibles para las partes.

En vista de lo anterior, pasaremos a explicar las modalidades en que la corrupción ha irrumpido en la jurisprudencia de tribunales arbitrales en

³² Caso CIADI NºARB/05/13, Laudo, 2009, disponible en <https://www.italaw.com/cases/375>. Consultado el 27/07/2022.

Arbitrajes Comerciales Internacionales, pues solo de esta manera se pueden analizar respuestas adecuadas, que respondan a la realidad de cómo se configura este fenómeno en la práctica.

A. Contratos corruptos

Los llamados contratos corruptos se relacionan con una necesidad práctica que surge de la contratación internacional: los intermediarios. El elemento esencial en estos acuerdos es que una parte se comprometa a pagar una remuneración a otra, por la obtención de ciertos contratos. El riesgo es patente, si un contratante inescrupuloso busca persuadir a la autoridad por medios ilícitos, la figura del tercero reduce notablemente la probabilidad de ser descubierto.

Puede imaginarse el caso, y de hecho así ha ocurrido en numerosas ocasiones, en que un contrato haya sido celebrado con un fin ilícito en sí mismo. Como señalamos, esto sucede cuando partes quieren realizar pagos corruptos – sobornos – y encubren dicho propósito mediante la celebración de otro contrato, aparentemente lícito.

La particularidad de esta casuística es que siempre la intención ilícita, el dolo de corrupción, será compartido por las partes, lo cual tiene incidencia en la resolución del asunto por un tribunal arbitral. Como señala Fernández-Armesto, la mayoría de los casos de corrupción en Arbitraje Comercial Internacional, se ha dado en estos contextos³³.

Es habitual que este tipo de contratos tomen la forma de un acuerdo de intermediación u otro contrato de prestación de servicios. Por regla general, serán relaciones jurídicas complejas, en las que aparezcan personas jurídicas interpuestas para canalizar los pagos corruptos hasta su destino final. Sin importar la forma que tomen, lo común en todos estos contratos, es que siempre contienen una obligación de pago sin que en los hechos exista ningún intercambio de bienes o prestación de servicios que justifique dicha contraprestación.

Como podrá notar el lector, existe una gran dificultad práctica: si lo que caracteriza estas convenciones es el sigilo y la clandestinidad, ¿cómo es que

³³ FERNÁNDEZ-ARMESTO Juan, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, p.14.

llegan a ser objeto de una controversia conocida por un foro arbitral? La razón es sencilla, el conflicto nace cuando el empresario se niega a pagar al intermediario la cantidad acordada, generando un reclamo por parte de éste.

De la mera enunciación de esta clase de hipótesis resulta evidente la utilidad de doctrinas jurisprudenciales como las “*Red Flags*” enunciadas más arriba. El sólo análisis del contrato ya podrá levantar fuertes sospechas que sirvan como indicios probatorios.

Sin perjuicio de las consideraciones que han sido analizadas precedentemente relativas a la arbitrabilidad de estos conflictos³⁴, creemos que este tipo de contratos no pueden producir efectos civiles. La ilicitud intrínseca del contrato obliga a declarar su ineficacia, y, por ende, a negar la acción de cumplimiento forzado o cualquier otro remedio contractual a los contratantes corruptos. Dicha conclusión encuentra sustento tanto en consideraciones de Derecho Internacional como en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Así, desde la óptica del Derecho Comercial Internacional, encontramos una serie de instrumentos que consagran explícitamente esta solución, sin necesidad de remitirse a ninguna legislación nacional en particular u obligando a las legislaciones domésticas a adoptar esta solución.

Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo Europeo, en su primer numeral dispone: “*Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción*”³⁵.

Por otro lado, el artículo 15:101 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos dispone lo siguiente: “*A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*”³⁶.

Ahora, desde la óptica del Derecho Civil interno de distintos países, se puede llegar a la misma conclusión. En la tradición del Derecho Continental, en países

³⁴ Ver capítulo III.

³⁵ Convenio Civil sobre la Corrupción, Art. 8.

³⁶ Principios de Derecho Europeo de los Contratos, Art. 15:101.

como Alemania y Austria, el contrato corrupto será inválido por ser considerado un contrato ilegal³⁷, mientras que en el derecho francés y en el italiano, la invalidez derivaría de la causa ilícita del contrato³⁸. En todos estos ordenamientos se consagra la regla “*in pari delicto potior est conditio defendentis*”.

Extrapolando el análisis al Derecho Chileno, un contrato que encubre pagos corruptos sería inválido en virtud de adolecer de objeto y causa ilícitos, en razón de lo dispuesto por el artículo 1445 y siguientes del Código Civil Chileno. Como efecto de ello, “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”³⁹⁻⁴⁰

Finalmente, también es posible de arribar a esa conclusión a raíz del derecho anglosajón, en virtud de la doctrina de las manos limpias o “*clean hands*”⁴¹. En síntesis, esta doctrina niega la acción a quien tiene las “manos manchadas”, por lo tanto, las partes que cometen el delito de corrupción se verán privadas de acción para exigir la restitución o el pago de lo que supuestamente se les debía. Como se puede notar, es básicamente la misma solución, pero desde una óptica procesal.

La justicia arbitral también ha llegado a la solución de negar el derecho a cualquier remedio o restitución a las partes del contrato corrupto. Ejemplo de lo anterior son el caso CCI N°3.913, en que el tribunal arbitral determinó que el demandante era un intermediario financiero que recibía dinero a título honorarios de consultoría, para en realidad redistribuir parte del monto entre los miembros de una red integrada por personas locales en puestos de toma de decisiones en un país africano con el fin de garantizar contratos públicos⁴². El

³⁷ Código Civil alemán (BGB), Parágrafos 134 y 138, y Código Civil austríaco (ABGB), Sección 879.

³⁸ Código Civil francés, Art. 1133 y Código Civil italiano Art. 1343.

³⁹ Código Civil chileno, Art. 1468.

⁴⁰ Exactamente la misma solución se encuentra en el Código Civil ecuatoriano, Art. 1484; y en el Código Civil colombiano, Art.1525.

⁴¹ Cuyo origen se atribuye al caso denominado «*The Highwayman Case*», English Court, *John Everet v Joseph Williams*, 1725, 9 L.Q. Rev. 197.

⁴² Caso CCI N°3.913, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, p. 30.

tribunal determinó que los sobornos eran ilícitos e inmorales, por lo que declaró la nulidad del contrato de consultoría.

De la misma manera, en el caso CCI 13.515, el tribunal arbitral concluyó que un acuerdo para el pago de la comisión que tenía como real objeto permitir que se efectuaran pagos ilícitos a un funcionario de un país africano con el fin de obtener contratos, era nulo e inválido, y que la parte que había participado conscientemente en el ilícito no recupera la comisión que había pagado⁴³⁻⁴⁴.

Como se verá a continuación, a nuestro juicio, esta solución no puede extenderse a los contratos obtenidos mediante corrupción. Al menos no de manera absoluta.

B. Contratos obtenidos mediante corrupción

El siguiente grupo de casos, corresponde a aquellos contratos obtenidos mediante corrupción. A diferencia de los contratos descritos en el apartado anterior, aquí nos encontramos frente a un contrato con un objeto y causa lícitos, sin embargo, se encuentra relacionado a un acto corrupto. En efecto, o bien la adjudicación del contrato o su ejecución ha estado acompañada de pagos ilícitos.

En estos casos la solución no resulta tan evidente, pues el contrato que contiene la cláusula de arbitraje no tiene problemas de ilicitud intrínsecos, sino que son circunstancias externas las que lo contaminan. ¿Qué sucede si una de las partes del contrato estaba de buena fe y no incurrió en actos de corrupción?

⁴³ Caso CCI Nº13.515, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, 66-76.

⁴⁴ Se resolvió de la misma manera el caso CCI Nº13.914, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, pp. 77-82. En él, tribunal arbitral declaró los contratos subyacentes nulos e inválidos y desestimó todas las reclamaciones. Como el demandado sabía que este era el propósito de la comisión, no recuperó los fondos pagados en virtud del acuerdo, ya que “*lo que se ha dado con intención ilegal no puede reclamarse bajo teorías de equidad o enriquecimiento injusto*”.

Así, en la hipótesis descrita, creemos que la responsabilidad debe recaer exclusivamente en el corruptor y el corrompido. Por el contrario, si una de las partes desconoció el actuar ilícito de su contraparte, en principio, no corresponde atribuirle responsabilidad. Por regla general esa parte se verá perjudicada, sufriendo el peso de cargar con un precio inflado o con peores condiciones a las que podría haber obtenido de no haber existido el acto de corrupción.

Lo que venimos comentando, obviamente merece ciertas prevenciones. Así, en circunstancias excepcionales en que el Estado o la empresa perjudicada supo (o debió haber sabido) la existencia de pagos corruptos, y no hizo nada por evitarlo, la responsabilidad deberá repartirse entre ambas partes. Lo anterior en virtud de la *culpa in vigilando*, pues los Estados y las empresas tienen un deber de supervisión y control respecto de sus políticos funcionarios y directivos.

Las disputas originadas en este tipo de contratos se dan generalmente por cuando una parte exige el cumplimiento, y la contraparte se opone, alegando como defensa que ha tenido conocimiento de que el contrato se obtuvo mediante pagos corruptos.

Un ejemplo de lo anterior es el caso *Westinghouse*⁴⁵ en que una empresa A, realizó pagos a un agente local (5% del contrato obtenido), relacionado con el ex presidente de Filipinas Ferdinand Marcos, para obtener contratos con la empresa B. A demandó a B en sede arbitral para obtener el reembolso de millones de dólares por concepto de numerosos ítems no pagados y una de las defensas del demandado fue alegar que el demandante había incurrido en corrupción en los pagos realizados al agente. Sin embargo, para el tribunal no hubo prueba concluyente para acreditar el ilícito.

De lo expuesto puede concluirse que la solución en cuanto a la determinación de los efectos civiles atribuibles a estos casos no se encuentra en una regla general fácilmente aplicable a cada situación. Las posibles respuestas a esta interrogante serán contestadas en el siguiente apartado.

⁴⁵*Westinghouse and Burns & Roe (USA) v National Power Company and the Republic of the Philippines*, Caso CCI N°6.401, Laudo final, 18 de octubre de 1991, [*Mealey's International arbitration Report*, Issue N°1. Section B, pp.17 - 18 (1992)].

V. EFECTOS CIVILES DE LOS CONTRATOS OBTENIDOS MEDIANTE CORRUPCIÓN

Nos aventuramos de inmediato con una respuesta a la interrogante recién planteada: los contratos obtenidos mediante corrupción no deben tener las mismas consecuencias civiles que los contratos que encubren pagos corruptos. La razón es simple, en unos no existe un verdadero objeto, o ciertamente carecen de un objeto o causa lícita, mientras que, en los otros, el contrato en sí tiene todos los elementos necesarios para surgir de manera sana a la vida del Derecho.

Los contratos obtenidos mediante corrupción se ven manchados por una situación exógena, conexas y muchas veces de dependencia, pero externa, al fin y al cabo. Por lo mismo, no es tan claro que en cada uno de los casos que se presenten, la nulidad o la total privación de efectos del contrato y la negación absoluta de restitución, sea la solución adecuada y justa.

A continuación, exponemos como cuestión previa, la tendencia proactiva que ha surgido de las propias partes de contratos comerciales internacionales de adelantarse a la complejidad de estas cuestiones, al regular en sus contratos la forma de resolver esta casuística. Luego, abordaremos la solución que creemos adecuada, a falta de una regulación privada.

A. *Mecanismos contractuales*

Como se ha venido tratando, la corrupción es un mal que trasciende intereses privados, y que, por tanto, repugna tanto al orden público nacional, internacional, como al llamado orden público transnacional⁴⁶. Sin perjuicio de ello, las mismas partes a veces son proactivas en incorporar normas privadas

⁴⁶ Respecto al concepto y utilidad del sistema legal transnacional, el profesor Gaillard ha explicado lo siguiente: “*if not a genuine legal order, transnational rules do perform, in actual practice, a function strikingly similar to that of a genuine legal system. Thus, one may be tempted to conclude that, where the relevant arbitration rules or arbitration statute mandates the arbitrators to select the 'law' applicable to the dispute, as opposed to mere 'rules of law', it is nonetheless open to them to select - this choice being particularly appropriate where the connecting factors are almost equally divided - transnational rules as 'the law' applicable to the dispute*” (GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, Vol. 17, 2001, N°1, p. 71).

dentro de los contratos que celebren para prever y en definitiva resolver, directamente casos como los contratos obtenidos mediante pagos corruptos. De esta forma, los contratantes le entregan una herramienta precisa al árbitro para resolver estos casos.

La cláusula a la que hacemos alusión ha sido llamada en doctrina “*no agent no commission*”, la cual dispone, en esencia, la declaración de que el contrato no se obtuvo mediante ningún intermediario ni dio lugar a ningún pago o comisión. Dada las dificultades probatorias de la corrupción y que la presencia de intermediarios puede favorecer la comisión de actos fraudulentos, las partes sortean dicho obstáculo con una regulación que exige únicamente la prueba de la existencia del agente para activar los remedios contractuales, evitando la carga de probar la ocurrencia de este ilícito.

En efecto, estas cláusulas anticorrupción excluyen la utilización de intermediarios y suelen regular directamente la consecuencia jurídica de que una de las partes incumpla su obligación de no hacer. Por ejemplo, en el célebre caso de las *Fragatas de Taiwán*, el contrato celebrado entre las partes establecía que el vendedor no podía servirse de un intermediario o pagar comisión alguna por la celebración del contrato. En caso de incumplirse lo anterior, el comprador podría deducir la comisión pagada del precio u optar por rescindir el contrato⁴⁷.

Así como la regulación expuesta a modo de ejemplo, las partes tienen libertad para otorgar los efectos que decidan ante el incumplimiento de dicha obligación. Ahora, si las partes no regulan los efectos y simplemente establecen la prohibición, entrará la dificultad para el juez de determinar los efectos del incumplimiento y los remedios jurídicos aplicables.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes no siempre cumplen con anteponerse a los hechos y agregar esta clase de cláusulas a sus contratos. Cuando esto sucede, todas las dificultades probatorias ya mencionadas se verán reflejadas en el proceso, pero, además, nace el gran desafío de determinar la manera en que se debe resolver el asunto.

⁴⁷ Cour d’appel (Paris), chamber N°1, 09/06/11, en GAILLARD, Emmanuel, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International”, p. 825.

B. Principios UNIDROIT

Pensemos en el siguiente caso: El Ministerio de Obras Públicas de Chile (“MOP”) realiza una licitación para la construcción de una nueva carretera. La empresa italiana [X] se adjudica la concesión y ejecuta la obra en el tiempo establecido en las bases de la licitación y en el contrato. Una vez concluidas las obras, ad-ports del evento de apertura y con gran parte del precio del proyecto pagado, salen a la luz pública imputaciones de soborno en contra del funcionario del MOP encargado de evaluar las propuestas del proceso de licitación de la carretera.

Probada la corrupción en el caso concreto, la declaración de nulidad del contrato debería necesariamente llevar al juez a condenar a la parte corruptora [X] a devolver la totalidad del precio pagado por el MOP. En atención a que las obras se encuentran completamente terminadas, es decir, [X] cumplió a cabalidad su obligación contractual, ¿resulta razonable aplicar los efectos de la nulidad?

Casos como el anterior llevan a pensar que la solución no debe ser siempre la misma. Para que el Derecho cumpla su función social, este debe brindar soluciones justas y no más problemas o resoluciones sin sentido. Por ello, creemos que la postura rígida de siempre privar de efectos a estos contratos debe ser rechazada, dejando abierto un abanico de posibles soluciones, tendientes a obtener el resultado más razonable para las circunstancias concretas del caso.

Esta flexibilidad es la que se encuentra plasmada en los Principios UNIDROIT. Estos principios se van actualizando con los años, y recogen las tendencias y soluciones entregadas por las legislaciones, jurisprudencia y la doctrina, respecto de las nuevas -y viejas- problemáticas que surgen en la contratación internacional. Así, en los trabajos preparatorios de la actualización de los principios, se estudiaron las soluciones legislativas entregadas por los derechos nacionales a esta problemática, y las recogidas en cuerpos normativos internacionales⁴⁸.

⁴⁸ UNCETA, Miguel, Principios de UNIDROIT e Ilícitud del Contrato Internacional en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, 2013, N°2, pp. 622 y ss.

Precisamente por lo anterior, es que el año 2010 los redactores de los principios incluyeron un capítulo que trata expresamente la ilicitud.

La sección 3° de los principios comienza con el artículo 3.3.1, el cual se refiere a los efectos de los contratos que violan normas de carácter imperativo de origen nacional, internacional o supranacional. La norma entrega dos reglas para dos supuestos. Primero, manda a aplicar la solución entregada por la misma norma imperativa violada, lo cual resulta de toda lógica. El problema es que no siempre existe una regulación específica para los efectos civiles detrás de un acto corrupto, pues muchas de estas normas imperativas son tipos penales o meras declaraciones de principios.

Segundo, para los casos en que no exista una regulación al respecto, “*las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendido a las circunstancias*”⁴⁹. Es decir, entre otros remedios, podrá considerarse el contrato como ineficaz, podrá adaptarse a las nuevas circunstancias o podrá optarse por su resolución. Es decir, se entrega al árbitro un alto grado de discrecionalidad para determinar el derecho que corresponde a las partes.

Podría pensarse que tanta flexibilidad atenta en contra de la seguridad jurídica, por la incertidumbre respecto a las posibles formas de resolver estos casos. Pero la verdad, es que una solución razonable y, por ende, más justa, sólo puede contribuir a la confianza en el Arbitraje Comercial Internacional. La rigidez jurídica puede degenerar en ceguera ante la realidad y el más elemental sentido común.

Sin perjuicio de ello, y precisamente con miras a orientar a los árbitros y entregar certeza jurídica al medio, es que el numeral 3° del artículo 3.3.1 otorga criterios, directrices, de lo que debe considerar el tribunal arbitral a la hora de decidir el remedio a aplicar⁵⁰.

⁴⁹ Principios UNIDROIT 2016, Art. 3.3.1, N°2.

⁵⁰ Los criterios que entrega el N°3 del Art. 3.3.1 de los Principios UNIDROIT dispone lo siguiente: “*Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas*

Por otro lado, los Principios de UNIDROIT contemplan además la posibilidad de la restitución.

En ese sentido, los Principios aplican nuevamente el concepto de la razonabilidad, en lugar de simplemente negar el derecho a restitución a la parte involucrada en el ilícito. El artículo 3.3.2 dispone:

(1) En el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, podrá proceder la restitución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias. (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1 (3), con las adaptaciones necesarias. (3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

En línea con esta mirada flexible, Fernández-Armesto señala que, en estos casos, la parte *in bonis* tiene el derecho a convalidar el contrato y exigir el cumplimiento, pero también presenta la posibilidad de que esta misma parte opte por una adaptación del contrato, en los términos en los cuales se hubiera convenido el mismo, de no haber existido el acto corrupto⁵¹.

Misma opinión que expresó el tribunal arbitral conociendo del caso CCI N°14.920, al señalar que el derecho no puede permitir resultados injustos y que, por lo tanto, debe existir una vía para que la parte *in bonis* pueda verse resarcida frente a un contratista que le indujo a participar en una operación corrupta⁵².

Lo anterior resulta lógico, pues existen numerosas circunstancias en las cuales la regla *in pari delicto* no otorga una solución satisfactoria. En efecto, pueden surgir cuestiones relacionadas con el nivel de culpa de las partes involucradas

que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes”.

⁵¹ FERNÁNDEZ-ARMESTO Juan, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, p.24.

⁵² Caso CCI 14.920, Laudo final, 2009, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, pp. 94-99.

en el contrato, con el enriquecimiento sin causa que podría verificarse, con la gravedad de la conducta y participación del sujeto, entre muchas otras.

Además, esta mirada a los efectos civiles derivados de los contratos obtenidos por corrupción, en ocasiones tiene sustento en consideraciones tan profundas como la responsabilidad estatal de un determinado país. Ciertamente dentro de esta se encuentra la responsabilidad contractual del estado contratante, por lo tanto, si un estado pudiera sustraerse de sus obligaciones contractuales por un acto de un funcionario del mismo, se estaría beneficiando de su propia violación al Derecho Comercial Internacional. En este punto cobra plena vigencia en el adagio jurídico que reza: nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Hilmar Rescheke y Dorothee Gottwald explican la lógica económica y jurídica detrás de este principio:

[I]f the state could easily avoid any obligation resulting from a contract tainted by corruption, it could profit from its own violation of international law. Various scenarios underline this argument. If corruption has the force to render a contract automatically invalid, states could withdraw from their obligations merely by presenting an incident of bribery, which, in a world of omnipresent corruption, would not be difficult to find (...) Finally, if investors don't trust in the state's responsibility towards its contractual obligations, this will have a negative effect on the investment climate and on the state's attractiveness to foreign investors⁵³.

Aplicando el mismo razonamiento al ejemplo entregado al inicio de este apartado, el Estado de Chile es responsable por los actos corruptos del funcionario del MOP -sin perjuicio de la sanción penal que reciba él por la comisión del hecho ilícito-. Por lo tanto, no puede sustraerse de su obligación de pagar el precio por las obras ya construidas, pues de lo contrario se configuraría una hipótesis de enriquecimiento ilícito.

Por otro lado, la empresa [X], a pesar de haber sobornado al funcionario del MOP -y sin perjuicio de las penas o multas que le correspondan por dicho acto

⁵³ Raeschke-KESSLER, Hilmar - GOTTWALD, Dorothee: *Corruption* en MUCHLINSKI, Peter, ORTINO, Federico y SCHREUER, Christoph (Eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford Academic, 2008, p.597.

corrupto- cumplió con su obligación contractual en tiempo y forma. La tarea del árbitro no es fácil, pero puede que la solución más razonable esté dada finalmente por la adaptación del contrato: el ajuste del precio en consideración a las verdaderas condiciones bajo las cuales se hubiera adjudicado la concesión de no haber existido el acto de corrupción. Evidentemente, el análisis deja de lado la eventual responsabilidad que podría existir respecto del resto de las empresas participantes de la licitación y que se vieron privadas de su derecho a adjudicarse el proyecto.

De manera similar fue resuelto el caso CCI N°10.518⁵⁴. El conflicto se ocasionó a raíz de un contrato de construcción para una planta industrial en un país asiático, en el que la constructora era una empresa extranjera. El tribunal arbitral determinó que la empresa constructora había realizado pagos corruptos a un agente del dueño de la obra, y entregó la solución de adaptar el contrato, reduciendo el precio a pagar hasta el valor equivalente al costo de ejecutarlas.

El tribunal arbitral resolvió que el remedio apropiado era permitir que el reclamante recuperara sus gastos de bolsillo, pero sin los beneficios. En su opinión, dada la magnitud de la suma involucrada, negar al constructor toda compensación por el trabajo realizado no correspondía, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

C. Una propuesta

La solución propuesta sería entonces una apertura a la multiplicidad de remedios que entrega el derecho civil y comercial. Sin embargo, todavía resta determinar el alcance que tiene la solución entregada por los Principios UNIDROIT. El tema no es pacífico, pues debe dilucidar bajo qué derecho o cuerpo normativo resolver la disputa. Como siempre en el arbitraje, el elemento rector es la voluntad de las partes.

⁵⁴ Caso CCI N°10.518, Laudo parcial, de mayo de 2001, y Laudo final, de noviembre de 2002, citado por ALBANESI, Christian - JOLIVET, Emmanuel “Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of CCI Experience”, *ICC Bulletin: Tackling Corruption in Arbitration*, Vol. 35, 2013, pp. 39-46.

Las opciones que identificamos son las siguientes: En primer lugar, como ya fue explicado, las partes pueden haber regulado en su contrato las consecuencias jurídicas de que el contrato haya sido obtenido mediante pagos corruptos o el uso indebido de intermediarios. En esta hipótesis se encuentran las cláusulas anticorrupción ya mencionadas y, por lo que existirá claridad en la forma de resolver el asunto: aplicar la ley del contrato. Al menos en principio, pues puede surgir discusión cuando la regulación privada otorgada por las partes en el contrato entra en contradicción con una norma de policía contenida en la ley aplicable.

La segunda opción es que las partes hayan designado un derecho aplicable determinado, el cual contenga normas de policía que den una solución a estos casos. Lo mismo sucederá cuando, a falta de elección de ley en el contrato, el tribunal arbitral decida aplicar un derecho nacional específico, y este contenga normas de policía que entreguen una solución indiscutida.

La tercera opción, es que las partes hayan guardado silencio respecto a la ley aplicable al contrato, o que el derecho nacional aplicable a este no contenga normas que regulen la forma de resolver este conflicto. Creemos que la solución debe buscarse en los criterios de Orden Público Internacional, los cuales están precisamente cristalizados en los Principios UNIDROIT.

Por último, las mismas partes pueden haber establecido que el asunto deba ser resuelto mediante los principios internacionales imperantes, la *lex mercatoria*, o alguna referencia similar, o directamente que el asunto deba resolverse con aplicación de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Internacionales.

Creemos que, en estos dos últimos escenarios, la solución del caso se puede extraer de los Principios UNIDROIT. Ello es así pues el ámbito de aplicación de estos principios se extiende a una multiplicidad de hipótesis, como puede desprenderse de su propio preámbulo:

Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rige por ellos.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rige por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

En virtud de lo anterior, estos resultan aplicable no solo cuando las partes los hayan mencionado directamente en su cláusula de elección de ley, sino que estos jugarán un importante papel en los casos en que las partes no lo hayan hecho.

El profesor Gaillard señaló que en los casos en que la ley aplicable al contrato sean los principios generales o en los que las partes hayan guardado silencio, el árbitro se va a encontrar ante una situación de conflicto, entre los Principios UNIDROIT y las regla *in pari causa turpitudines cessat repetitio*, que es seguida en la mayoría de los sistemas legales⁵⁵.

Efectivamente la solución en la mayoría de los ordenamientos nacionales es negar los remedios restitutorios a toda costa. De esta forma, se castiga a las partes que se vieron involucradas en la ejecución u obtención ilícita de un contrato. Lo anterior sucede, por ejemplo, en el Derecho Alemán, lo cual se ve plasmado en el parágrafo 817 en su Código Civil (BGB), lo mismo en el Derecho Inglés, lo cual se ha visto manifestado en su constante jurisprudencia⁵⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que la contradicción no es tal. Ambas soluciones son parte integrante del Orden Público Internacional y, por lo tanto, deben interpretarse de forma armónica. Pues bien, como los Principios UNIDROIT llaman a considerar todas las soluciones posibles en atención a su razonabilidad en el caso concreto, y a que la regla *in pari* no es más que una de

⁵⁵ GAILLARD, Emmanuel, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration”, *Arbitration INTERNATIONAL*, Vol. 35, Nº1, 2019, 1-19, p. 13.

⁵⁶ BONELL, Michael - Meyer, Olaf “The Impact of Corruption on International Commercial Contracts - General Report”, en BONELL, Michael J. - MEYER, Olaf (Eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Springer, Cham, 2015, pp. 1-ss.

esas posibles soluciones, esta se encuentra contenida en la sección 3º de los principios.

En consecuencia, a nuestro entender la manera de aproximarse a estos casos debe ser la siguiente: como primer paso identificar el involucramiento de las partes en el acto ilícito, el nivel de culpa de cada una y el beneficio ilícito obtenido en virtud de la corrupción. Solo después de tener claridad respecto a lo anterior, escoger el remedio idóneo para cada uno de los intervinientes.

De esta manera, si se identifica a una parte *in bonis* y exenta de culpa, lo más probable es que corresponda darle un derecho a opción entre los posibles remedios civiles, con el evidente límite de la proscripción del enriquecimiento sin causa. Por otro lado, la parte de mala fe o culpable debe ser condenada aplicando los criterios que entregan los Principios UNIDROIT y los que el árbitro considere razonables, sin privarla de todo derecho sin antes evaluar todos los factores relevantes del caso.

VI. CONCLUSIÓN

La corrupción es un fenómeno que afecta diversas esferas del mundo actual, cuya visibilidad es cada vez más patente para los países y organizaciones internacionales. Lo anterior ha motivado a la comunidad internacional a tomar fuertes compromisos con miras a su erradicación, reconociendo los nocivos efectos que conlleva.

La lucha contra la corrupción debe ser dada en todas las esferas, enfrentándose en sus distintas manifestaciones, y el Arbitraje Internacional no puede ser la excepción. Los tribunales arbitrales deben combatir este mal, pues la forma en que solucionan las controversias sometidas a su conocimiento incide en el reforzamiento y respeto del Orden Público Internacional⁵⁷.

Existe una serie de dificultades a las que se enfrentan los árbitros cuando conocen de estos casos. La mayoría de estas ha sido tratada por la doctrina

⁵⁷ CREMADES, Bernardo - CAIRNS, David “Transnational public policy in international arbitral decision making: The cases of bribery, money laundering and fraud” en BERKELEY, Andrew - KARSTEN, Kirstine (eds.) *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Institute Word, 2003.

internacional, y la práctica arbitral ha entregado directrices que sirven de insumo para la resolución de nuevos casos, contribuyendo a la tan necesaria seguridad jurídica.

En este artículo se abordó uno de ellos que se mantiene incierto: los efectos civiles que deben aplicarse a un contrato obtenido mediante corrupción. La respuesta encontrada en los Principios UNIDROIT, como fuente unificada del derecho de la contratación internacional, es la flexibilidad, guiada siempre por criterios de justicia y razonabilidad.

Creemos que esa es la solución adecuada, ya que, el propio estudio de los casos en que se da este fenómeno demuestra el absurdo al que puede llevar soluciones generales aplicadas con rigidez. Además, estos principios otorgan una salida que resulta compatible con la solución dada por otros instrumentos o derechos domésticos, si entendemos al derecho mercantil internacional como un sistema armónico y coherente en su conjunto.

La naturaleza jurídica de *Bitcoin* y sus incidencias en las negociaciones comerciales y resolución de conflictos en un proceso arbitral

Kenia Marisa Fuentes de León *, Gabriela López Alfaro † & José Eduardo Orozco Ramírez ‡

Resumen- En la era tecnológica que la humanidad está atravesando, las transacciones electrónicas son más comunes; Bitcoin ha tomado relevancia y es cada vez más frecuente realizar negocios con este tipo de bien; sin embargo, en varios países del orbe, especialmente en Guatemala, no existe una regulación legal que estipule transacciones con las criptomonedas, y tampoco ha contemplado si éstas son o no una moneda. En lo que atañe al arbitraje, al momento de surgir un conflicto que se desee resolver en esta vía, surge la

* Estudiante de Derecho, con pensum cerrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Participante en la séptima competencia de Arbitraje Comercial organizada por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala. Practicante preprofesional en el Ministerio Público y Defensoría de la mujer Indígena de Guatemala. Correo electrónico: keniamarisa.fd@gmail.com.

† Estudiante de Derecho, pensum cerrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Dos veces participante en la Competencia de Arbitraje Comercial organizada por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala. Practicante preprofesional en el Ministerio Público y Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala. Correo electrónico: gabylyu_95@hotmail.es.

‡ Estudiante de Derecho, pensum cerrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Dos veces participante en la Competencia de Arbitraje Comercial organizada por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala. Practicante preprofesional en la Procuraduría General de la Nación de Guatemala. Auxiliar Judicial del Organismo Judicial de Guatemala. Correo electrónico: josesini2410@gmail.com.

pregunta ¿Si realizamos un negocio utilizando Bitcoins como medio de contraprestación, estamos ante una compraventa o ante una permuta?

El objetivo de este artículo es analizar la naturaleza jurídica de Bitcoin, y determinar si se está ante una compraventa o permuta, que ha de resolver una controversia en un proceso arbitral.

Abstract- Electronic transactions are more common every day in the technological age that humanity is going through; Bitcoin has become more relevant and is now more often to make business with this kind of asset, but, in several countries around the world, especially in Guatemala, there is no legal regulates transactions with cryptocurrencies, and it has not considered whether these are currency or not. Regarding arbitration, when a conflict arises to be resolved legally, the following question becomes the most relevant: If we carry out a business using Bitcoins as payment, are we before a sale or a swap?

The objective of this article is to analyze the legal nature of Bitcoin, and determine if it is a sale or swap contract, which has to resolve a dispute in an arbitration process.

I. INTRODUCCIÓN	364
II. BITCOIN, ¿ES UNA MONEDA?	366
A. ¿BITCOIN ES UNA DIVISA?	368
B. ¿ESTAMOS FRENTE A UNA COMPRAVENTA?.....	369
C. LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE BITCOIN COMO MONEDA	370
III. BITCOIN COMO COSA MERCANTIL.....	371
IV. BITCOIN Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE	375
V. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.....	376

I. INTRODUCCIÓN

En Guatemala y, especialmente en el mundo, en el contexto actual del comercio internacional, se ha vuelto común que las transacciones se

realicen con Bitcoin como medio de pago. Al respecto, Mena Roa¹ estableció que en países como la India, Corea del Sur, Estados Unidos o Alemania se ha vuelto bastante popular invertir en criptomonedas. Continúa mencionando Mena Roa, que en España, a finales del 2021 el 14% de personas con acceso a internet poseía criptomonedas; los países latinoamericanos que resaltan en esta estadística son Brasil, con 16% y México con el 11%. Esta situación no es extraña para Guatemala, en la que más y más personas hacen uso de Bitcoins como medio de pago para cumplir con una deuda.

Debido al incremento del uso de las criptomonedas en los últimos años, a nivel nacional e internacional, los medios de comunicación y organizaciones tanto estatales como privadas han resaltado la importancia que tiene regular legalmente el uso de Bitcoin como medio de pago. A pesar de los esfuerzos, en Guatemala el problema continúa y no se debe exclusivamente a fenómenos relacionados con la volatilidad característica de las criptomonedas, sino a la falta de una legislación que establezca si Bitcoin es o no una moneda de curso legal en el país.

Caso contrario, lo que sucede en países como El Salvador, que considera a las criptomonedas como divisas y Estados Unidos, en donde la *Financial Crimes Enforcement Network*, a nivel federal, considera que las criptomonedas son dinero, y por tanto, los operadores de estas están sujetos a su vigilancia.

Por lo anterior, este trabajo se orienta a analizar cuál es la naturaleza jurídica de Bitcoin, y determinar si su uso para extinguir obligaciones se refiere a una compraventa o a una permuta, y cómo esta ha de resolverse en un proceso arbitral; y de esta manera aportar información legal para ayudar a las futuras transacciones que puedan realizarse, no solo en Guatemala, sino en el mundo, con este tipo de bien.

Los autores confían en que este trabajo ha de servir como medio de consulta y base de futuras investigaciones que permitan realizar negociaciones con Bitcoin, y con ello proteger los intereses de las partes.

¹ MENA ROA, Mónica, “La adopción de las criptomonedas en el mundo”, *Statista*, 15/02/2022, disponible en: <https://es.statista.com/grafico/18425/adopcion-de-las-criptomonedas-en-el-mundo/>.

II. BITCOIN, ¿ES UNA MONEDA?

Para Guillermo Cabanellas “*Moneda es cualquier signo representativo del valor de las cosas, que permite cumplir las obligaciones, efectuar los cambios, o indemnizar los daños y perjuicios*”². Con base en lo anterior, se entiende que por medio de cualquier moneda una persona puede darle cumplimiento a sus obligaciones contractuales.

De acuerdo con la *European Banking Authority (EBA)*:

Las criptomonedas o monedas virtuales son una representación digital del valor que no son emitidas por un banco central o una autoridad pública, ni necesariamente unidas a una moneda fiduciaria, pero son aceptadas por personas físicas o jurídicas como medios de pago y se pueden transferir, almacenar o negociar electrónicamente³.

Es decir, la EBA reconoce a las criptomonedas como monedas electrónicas, por ende, el Bitcoin es un medio de pago.

Pero, ¿Qué es Bitcoin?, para Antonopoulos es:

Una colección de conceptos y tecnologías que forman la base de un ecosistema de dinero digital. Las unidades de moneda llamadas bitcoins se utilizan para almacenar y transmitir valor entre los participantes en la red Bitcoin. Los usuarios de Bitcoin se comunican entre sí usando el protocolo Bitcoin principalmente a través de Internet, aunque otras redes de transporte también se pueden utilizar.⁴

Tomando como base la anterior definición, se establece que las unidades de Bitcoin constituyen el valor de las cosas que se adquieren y al transferir este

² CABANELLAS DE TORRENS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, disponible en: <https://fc-abogados.com/es/diccionario-juridico-elemental-guillermo-cabanelas-de-torres-edicion-2006/>

³ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *EBA Opinion on ‘virtual currencies’*, trad. de Kenia Marisa Fuentes de León, Gabriela López Alfaro y José Eduardo Orozco Ramírez, European Union, 2014, p. 5.

⁴ ANTOPOLOUS, Andreas, *Mastering Bitcoin, Unlocking digital Crypto – Currencies*, trad. de Kenia Marisa Fuentes de León, Gabriela López Alfaro y José Eduardo Orozco Ramírez, Ed. O’reilly, United States of America USA, 2014, p. 1.

valor encriptado en una moneda digital, se cumple con la obligación de pagar el precio que vale.

El Bitcoin como tal tiene las siguientes características: i) Es una moneda global: ya que genera una apertura inmediata a la economía global y esta puede ser utilizada en todo el mundo, independientemente de las barreras geográficas; ii) Es una moneda divisible: actualmente se pueden utilizar varios decimales de la misma, teniendo como referencia su equivalencia en dólares; iii) Transacciones en tiempo real: las transacciones realizadas mediante diferentes aplicaciones con las que opera Bitcoin suceden de inmediato, dando seguridad tanto al vendedor como al comprador del bien o del servicio adquirido.

Aunado a lo anterior, esta moneda virtual no está regulada por ningún tipo de organización gubernamental como el Estado, bancos, instituciones financieras o empresas; tales aspectos permiten utilizarlas en cualquier parte del mundo sin necesidad de encontrarse en el ordenamiento jurídico de un país en específico, porque dichos ordenamientos son territoriales y aplicables para zona determinadas; y, en cuanto a la utilización del Bitcoin, al ser internacional y que obedece a los criterios de libre mercado y contratación, constituye un medio de pago en contratos realizados entre personas individuales o jurídicas.

En Guatemala, los mecanismos de pago que establece el ordenamiento jurídico son bastante amplios y, en efecto, la Ley Monetaria Decreto N° 17-2002, Art. 6 establece que el Quetzal es la moneda de cuenta y medio de pago en todo acto o contrato dinerario ... Sin embargo, si las partes convienen en forma expresa, negociar con otra unidad de cuenta, los órganos jurisdiccionales y administrativos deberán respetar lo convenido por las partes.

Dentro de los procesos arbitrales, al tenor del Art. mencionado, y con base en la libertad de contratación, las partes pueden utilizar como medio de pago la moneda digital Bitcoin. De esta forma, el Bitcoin se vuelve una moneda, no del curso legal ni exteriorizada de manera física, pero sí utilizada como un medio de pago digital que puede ser utilizado en negociaciones de carácter nacional e internacional debido a que su fluidez, adaptabilidad e internacionalidad permite su uso en la obtención de bienes y servicios.

A. *¿Bitcoin es una divisa?*

Se podría argumentar que Bitcoin es una divisa, porque en Guatemala y a nivel internacional es libre la negociación y contratación con divisas; sin embargo, al establecer la naturaleza jurídica de la divisa, las monedas de carácter digital o virtuales no encuadran ni pueden ser tomadas en cuenta dentro de este concepto.

Al respecto, la Real Academia Española define a divisa como: “*moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trata... Moneda extranjera manejada en el comercio internacional*”.⁵ Con las anteriores definiciones se menciona que ninguna moneda de carácter virtual puede considerarse como divisa ya que no tiene respaldo de un Banco Central y por tal razón es imposible utilizarla como medio de pago en una operación bancaria.

En relación a Bitcoin, este no existe físicamente, ni es controlado por ningún país, es decir no está sujeto a vigilancia e inspección de una autoridad bancaria central que regule su funcionamiento y operación, teniendo este una distinción especial de variación de precio constantemente.

Esta variación de precio también ocurre con el euro o el dólar; sin embargo, la gran diferencia de estas monedas de carácter fiduciario con Bitcoin es que en esta última el precio que sostiene, al no ser moneda de curso legal de algún país que sirva de referencia para aspectos cambiarios, es mucho más volátil.

Por carecer de vigilancia y control de algún organismo, estas suben y bajan de precio constantemente y más rápido en relación a cómo se mueve el mercado, en sí no están respaldadas completamente, por lo que su uso se hace por simple confianza, no porque genere seguridad; y, al no estar establecida como moneda de curso legal en otro país no se considera una divisa como tal.

Al respecto, la Superintendencia de Bancos de Guatemala estableció en el comunicado emitido el 19 de febrero de 2021: “*las monedas virtuales no son monedas de curso legal en el país. Asimismo, las monedas virtuales no son respaldadas por el Estado de Guatemala, no se consideran divisas, no están garantizadas, ni se puede obligar a ser aceptadas como medio de pago en*

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Definición de divisa”, *Real Academia Española*, 15/05/2022, disponible en: <https://dle.rae.es/divisa>.

transacciones de bienes y servicios.”⁶ Con lo anterior se demuestra que la moneda de curso legal en Guatemala únicamente es el Quetzal y claramente no acepta al Bitcoin como Divisa.

Pero, ¿qué sucede con países como El Salvador? el 8 de junio de 2021 se emitió el Decreto Legislativo N° 57, dicho decreto regula que Bitcoin es moneda de curso legal en el territorio de El Salvador, además establece, en su Art. 14 que esta moneda tiene el poder ilimitado e irrestricto para liberar cualquier transacción y a cualquier título que las personas naturales o jurídicas públicas o privadas requieran realizar.

Dicho decreto legislativo marcó un hito dentro de la economía a nivel mundial, puesto que El Salvador se convirtió en el primer país del mundo en aceptar y regular a las criptomonedas como divisas del curso legal.

Lo que deja al comunicado de la Superintendencia de Bancos de Guatemala (anteriormente citado), en un estatus parcialmente no vigente, puesto que la legislación salvadoreña vuelve a Bitcoin una divisa.

B. *¿Estamos frente a una compraventa?*

Con respecto al contrato de compraventa el autor René Arturo Villegas Lara define la compraventa mercantil como “*un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio*”.⁷

Una definición similar se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), de la que Guatemala forma parte. Dichas definiciones establecen una característica

⁶ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE GUATEMALA, “Comunicado de Prensa”, *Superintendencia de Bancos de Guatemala*, 16/05/2022, disponible en: https://www.sib.gob.gt/web/sib/comunicacion_institucional/comunicado-prensa?p_p_id=110_INSTANCE_vfLp&p_p_action=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=&p_p_col_pos=0&p_p_col_count=0&110_INSTANCE_vfLp_struts_action=%2Fdocument_library_display%2Fview&110_INSTANCE_vfLp_folderId=7808011.

⁷ VILLEGAS LARA, René A., *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Editorial Universitaria, Guatemala, 2002, p. 25.

especial en cuanto a la obligación de pagar el precio que tiene el comprador que adquiere ciertas cosas o mercaderías del vendedor.

Hay que destacar que las contrataciones de carácter mercantil se basan en principios de verdad sabida y buena fe guardada, por lo que, debe establecerse que la adquisición de cosas utilizando como medio de pago monedas criptográficas, aparenta tener en específico una naturaleza eminentemente mercantil, ya que este tipo de contratación se caracteriza por dos aspectos fundamentales propios de la contratación comercial: la celeridad y el reducido formalismo.

Sin olvidar otras características propias del derecho mercantil que se integran de manera perfecta al uso de Bitcoin como la adaptabilidad o flexibilidad y la internacionalidad, así como la rapidez y libertad como medio para contratar. Por lo que se puede decir que la naturaleza contractual proveniente de la adquisición de los bienes vía Bitcoin es mercantil.

C. La legalidad o ilegalidad de bitcoin como moneda

En Guatemala, Bitcoin sí se puede utilizar para hacer transacciones comerciales, pues claramente el Art. 5 de la Constitución Política de la República se refiere a la libertad de contratación que toda persona individual o jurídica tiene al obligarse en diferentes actos y contratos.

Con base en este principio constitucional, se establece que Bitcoin se puede utilizar como un medio de pago o intercambio porque no está prohibido, pero, como tampoco está regulado como un medio de cancelación o método de pago legal, su uso en el territorio nacional no está respaldado jurídicamente por ninguna norma.

La moneda es un medio de pago emitido por un estado; en el caso de Guatemala, la moneda oficial es el Quetzal, su facultad de emisión se encuentra establecida en la Constitución, art. 132 y 171 respectivamente, dicha facultad está conferida al Banco de Guatemala, que ejerce de forma exclusiva la potestad y función de emitir monedas y billetes.

Por tanto, la moneda nacional es de uso legal y forzoso y tiene carácter cancelatorio establecido por el sistema jurídico nacional, esto hace que ninguna

persona pueda negarse a aceptar un pago con entrega de moneda nacional como modo de extinción de la obligación.

En ese sentido, Bitcoin al no estar regulado como una moneda de carácter legal y no estar emitido por una autoridad central tiende a considerarse un bien o una cosa que cumple la función de contraprestación, pero en calidad de intercambio de bienes.

III. BITCOIN COMO COSA MERCANTIL

Si se toma a las criptomonedas como una cosa mercantil, su naturaleza jurídica sería distinta y las transacciones que se realicen con esta ya no serían una compraventa, sino, una permuta.

Si se define el contrato de permuta es el trueque o cambio que se hace de una cosa por otra. Desde el punto de vista doctrinario es “[...] cuando uno de los contratantes se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal de que el otro le de la propiedad de otra cosa”⁸.

Dentro del ordenamiento legal guatemalteco, este contrato se encuentra regulado en el Código Civil, decreto N° 106, Art. 1852: *“La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes transmite la propiedad de una cosa a cambio de la propiedad de otra.”*

Al hablar de Bitcoin y su naturaleza, el mismo no es considerado una moneda de curso legal sino al contrario, es un bien mueble digital, como un producto electrónico similar a un *software* o imagen que son almacenados de forma digital y, al realizar negociaciones con este tipo de bien, no se está frente a un contrato de compraventa ya que el mismo no sería moneda de curso legal que pueda ser utilizada como contraprestación para extinguir toda clase de obligaciones.

Burgueño, define a Bitcoin como:

Bien patrimonial inmaterial, objeto de derecho real, documento electrónico, en forma de unidad de cuenta, definida mediante

⁸ CABELLAS DE TORRENS, *Diccionario...*, p. 215.

tecnología informática y criptográfica que permite ser utilizada como contraprestación de transacciones de todo tipo⁹.

Si bien es cierto que el Bitcoin ha sido denominado una moneda virtual o de carácter electrónico, desde el punto de vista jurídico no puede ser considerado como una moneda, ya que no forma parte de ningún sistema monetario internacional que respalde su función y operación, se trata de un sistema de bienes patrimoniales que son tomados como medida común de valor en sistemas de intercambio económico, cooperativos y descentralizados que son ajenos al dinero fiduciario estatal y basados simplemente en la confianza de los usuarios del sistema.

Bitcoin como información incorporada a la lista global, que es la cadena de bloques, podría considerarse un documento electrónico como también puede serlo un documento físico como un cheque, u otro título de crédito o un título valor; pero, cuando nos referimos al término dinero o anotación contable, en dichos títulos no nos referimos a su soporte material o documental que tienen como tal ya que no interesa si es físico o electrónico.

Lo que interesa es el carácter de ser objeto de derechos y cómo puede ser objeto de esos derechos y así poder clasificarlo como bien mueble; en efecto, se puede considerar un bien porque puede ser objeto de apropiación, las negociaciones que se realizan con estos documentos o bienes digitales constituyen un contrato de permuta debido a que se da un intercambio de bienes.

La titularidad de Bitcoin es un derecho de propiedad sobre un bien inmaterial y su empleo como contravalor en la adquisición de bienes convierte al negocio jurídico en una permuta.

Los Bitcoins no se obtienen como moneda de curso legal sino como simples bienes, convirtiendo el contrato celebrado en una permuta, tal como su naturaleza jurídica lo establece al ser un intercambio de bienes y no en una compraventa como tal.

⁹ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo, “12 cosas que deberías saber antes de usar Bitcoins”, *Abanlex*, 23/11/2013, disponible en: <https://abanlex.com/2013/11/12-cosas-que-deberias-saber-antes-de-usar-bitcoins>.

Bitcoin a nivel mundial ha sido catalogado o denominado como una “moneda virtual” o “moneda digital” es decir, no existe de manera física en el mundo real ya que utiliza la tecnología nueva llamada Blockchain, sin embargo, para que una moneda sea catalogada como tal debe cumplir tres requisitos: Primero, debe servir como medio de pago o de intercambio; segundo, debe tener la capacidad de guardar valor; y por último, debe ser usada como una unidad de medida.

Estos mismos requisitos los vemos inmersos en la definición que la Real Academia Española establece sobre el concepto de moneda, estableciendo que moneda es el *“Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago”*¹⁰.

Bitcoin únicamente cumple con el primer requisito, es un medio de pago, pero no cumple con las otras dos condiciones que se necesitan para que se convierta en una moneda digital ni mucho menos de curso legal, es decir no tiene la capacidad de guardar un valor y de ser utilizado como una unidad de medida.

No guarda un valor, porque no tiene una base o respaldo económico, una moneda “virtual” que se utilice como medio de pago no es lo que se necesita para catalogarla como tal, ya que debe guardar un valor, y en consecuencia, cabe mencionar a las monedas fiduciarias que si bien es cierto no están respaldadas por oro o algún metal precioso pero si tienen una base o respaldo económico que no consiste en reservas u otras medidas.

Las monedas mencionadas están respaldadas en la actividad económica de un país y sus prospectos de crecimiento, por tal razón argumentar que Bitcoin es una moneda fiduciaria por tener el respaldo de la confianza de sus usuarios es erróneo debido a que no existe un respaldo económico del mismo.

Bitcoin tampoco puede ser catalogado como unidad de medida porque una unidad de medida sirve como parámetro para darle valor a las cosas; por lo tanto, cuando se realizan negociaciones en moneda de curso legal, el valor que se le da a las cosas es lo que establece la moneda del lugar y ese mismo valor perdura por mucho tiempo.

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Definición de moneda”, *Real Academia Española*, 27/06/2022, disponible en: <https://www.rae.es/drae2001/moneda>.

Cosa distinta qué pasa con Bitcoin, pues este siempre será ajustable a las monedas de curso legal mas no sirve como parámetro de medida debido a que las criptomonedas no están respaldadas por un sector económico y este siempre se estará equiparando al precio de la moneda del lugar en donde se realiza la transacción comercial.

Aunado a ello, la volatilidad de su precio lo hace aún más inseguro, por ejemplo, desde el primer día del 2022 a la mitad del año, su precio se redujo en un 52%, pasando de tener un valor de 38 mil 485 dólares a 20 mil 146 dólares¹¹.

En materia jurisprudencial al establecer si Bitcoin es o no una moneda, el Tribunal Supremo Sala de lo Penal de *Madrid, España* expresó:

Bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada Bitcoin. Aun cuando el precio de cada Bitcoin se fija al costo del intercambio realizado, y no existe por tanto un precio mundial o único del Bitcoin, el importe de cada unidad en las diferentes operaciones de compra, tiende a equipararse en cada momento. Este coste semejante de las unidades de cuenta en cada momento permite utilizar al Bitcoin como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno no es dinero, o puede tener tal consideración legal¹².

¹¹ Información disponible en:

https://www.google.com/search?q=bitcoin+al+d%C3%ADa+de+hoy&rlz=1C1CHBF_esGT810GT810&sxsrf=ALiCzsaZw8RF9A_ylDe11psQ-tt82kYDl%3A1658948267124&ei=q4rhYvecB_3UkPIPsai_2AU&oq=bitcoin+al+di&gs_lcp=Cgdnnd3Mtd2l6EAMYATIFCAAQxAlvBQgAEIAEMgUIABCABDIFCAAQgAQyBQgAEIAEMgUIABCABDIGCAAQHhAWMggIABAEeBYQCjIGCAAQHhAWMgYIABAEeBY6BwgjEOoCECC6BAgjECc6CwguEIAEELEDEIMBOgsIABCABBCxAxCDAToRCC4QgAQQsQMqgwEQxwEQ0QM6CAgAELEDEIMBOgQIABADOgQIABBDOgcIABCxAxBDOgQILhBDOhAILhCxAxCDARDHARDRAxBD OgoIABCxAxCDARBDogUILhCABDoKCAAQgAQQRhCCAjoHCAAQgAQOQk oECEEYAEoECEYYAFD8BliHF2DyI2gBcAB4AIABsAOIAd4YkgEJMC41LjYuM C4ymAEAoAEBsAEKwAEB&scient=gws-wiz

¹² Tribunal Supremo de Madrid, España, Sala de lo Penal, sentencia N° 326/2019, de 20 de junio de 2019.

Tal resolución establece que, para España, Bitcoin es un bien, y por tanto, las negociaciones que se realicen con esta, son una permuta.

Por todo lo anterior, es de manifiesto que Bitcoin como tal no puede definirse como moneda o divisa, ya que jurídicamente no está prohibido pero, su uso legalmente tampoco está regulado; por lo que al utilizarse en una negociación su carácter de liberador de obligaciones es constitutivo de cosa, objeto intangible o digital, por lo que el contrato celebrado entre dos partes debe de tener la naturaleza de permuta y no de compraventa.

IV. BITCOIN Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE

Por ser Bitcoin un fenómeno relativamente nuevo, surgido en el 2008, en Japón todavía no existen muchos precedentes jurídicos ni mucho menos juzgados especializados en el tema.

Fue en 2020 que, en Tenerife, España surgió el primer Tribunal Arbitral especializado en tecnología *Blockchain*, derivado de la *Blockchain Arbitration Society*. Este tribunal emitió su primer laudo arbitral el 21 de noviembre de 2021, donde el árbitro único Oswaldo Francisco Torres resolvió a favor de la demandada *Bamboo DeFi*, y condenó al actor (de nombre reservado) al pago de costas. El conflicto giró en torno a las recompensas que debía pagar Bamboo Defi a cambio a quienes dejan depositadas y bloqueadas sus criptomonedas para aportar liquidez a este sistema descentralizado.

Este laudo muestra un precedente importante para el futuro de las negociaciones con Bitcoin, pero, ¿por qué elegir un proceso arbitral y no la vía común ante una autoridad judicial?

Como regla, en un proceso arbitral únicamente se pueden llegar a conocer objetos que sean de derecho privado, o de libre disposición. Al respecto, Ferrer-Bonsoms¹³ establece que la naturaleza jurídica de Bitcoin es de derecho privado; por tanto, es arbitrable.

¹³ FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ, Ignacio, “¿Por qué nace la BAS? Carta de nuestro Presidente”, *Blockchain Arbitration Society*, 2022, disponible en: <https://theblockchainarbitration.com/identidad-bas/>.

La inexistencia de una regulación legal específica vuelve al arbitraje de equidad la vía necesaria para poder resolver las controversias suscitadas entre negocios donde las criptomonedas sean utilizadas como medio de pago. Acá, es necesario que una persona resuelva en pro de la justicia conforme a su leal saber y entender, y no una autoridad judicial, quien no tendría una ley en la que pueda justificar su resolución.

Además, la rapidez característica del arbitraje es importante para solucionar estos conflictos, puesto que, por la volatilidad de las criptomonedas, un proceso en la vía común podría traer pérdidas para las partes por su tardanza, además de que no existen autoridades judiciales especializadas en este tipo de conflictos ni de tecnología.

V. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.

Está claro que Bitcoin permite realizar pagos y transacciones de forma anónima, es digital, ya que carece de soporte físico, no tiene un dueño, por lo que se considera descentralizada pues no la regula ninguna institución y por eso se considera que las transacciones están expuestas a un mayor riesgo de fraudes; pero, a pesar de ello, ha ido creciendo exponencialmente y ha sido cada día más aceptada y utilizada alrededor del mundo, pues se considera un sistema de pago altamente democrático, sin embargo, puede hacerse uso de ella en todo tipo de negocios.

Su fluctuación en comparación con otras monedas es abismal haciéndola muy inestable; sin embargo, si se trata de encuadrarla dentro del marco legal guatemalteco y con ello determinar si es una moneda o no, tal como quedó claro no existe una regulación que la abarque, pero tampoco una que específicamente regule que no es una moneda como tal; por lo que podría dejarse a determinación de quien vaya a hacer uso del concepto pudiendo moldearlo a fin de obtener el mayor provecho.

Al día de hoy está incompleto lo referente a Bitcoin, puesto que es un tema que está en constante cambio, pero ello no implica que su uso no esté justificado para establecer las incidencias que tiene en los negocios y en el arbitraje. La finalidad de exponer las diversas posiciones doctrinarias sobre las criptomonedas, tienen como fin enriquecer el debate y establecer un enfoque más preciso de este fenómeno.

En el caso concreto de un contrato, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, han de determinar dentro del contenido del mismo, la naturaleza que han de darle a Bitcoin, ya sea como moneda o como un bien, debiendo establecer expresamente si se está frente a una compraventa o una permuta.

Arbitraje y metaverso

Giuseppe Luigi Mazzocca* & María Eugenia Ferreyra†

Resumen- Este artículo tiene la pretensión de abordar de manera anticipada la posibilidad de llevar a cabo un arbitraje en el metaverso. Para ello, es necesario retomar nociones básicas y previas del procedimiento arbitral, para verificar si se mantendrían tal como se realizan en la realidad material o qué aspectos se deberían modificar para que sean posibles en el nuevo escenario del metaverso.

Con esa finalidad, se esbozan las nociones básicas del metaverso, se verificará la posibilidad de adaptar un arbitraje en el metaverso así como el llevar a cabo un arbitraje que tenga por materia el metaverso o parte de sus elementos.

Abstract- This article is intended to address in advance the possibility of arbitration in the metaverse. For this, it is necessary to return to basic and previous notions of the arbitration procedure to verify if they would be maintained as they are in material reality or what aspects we should modify to make them possible in the new scenario of the metaverse.

To this end, the basic notions of the metaverse will be outlined and the possibility of adapting an arbitration to the metaverse and processing an arbitration that has the metaverse as a part of its elements as its subject matter will be verified.

* Giuseppe Mazzocca, abogado de la Universidad Rafael Urdaneta (Venezuela), asociado del área de Dispute Resolution: Litigación y Arbitraje de ECIJA Integrum (Guatemala), coordinador de la Red de Jóvenes de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

† María Eugenia Ferreyra, Abogada, Especialista en Derecho Procesal, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Árbitra y Catedrática de Resolución Alternativa de Conflictos y Derecho Internacional Privado de la Universidad Rafael Landívar del Campus Central de Guatemala, Directora del área de arbitraje en Diaz Durán y Asociados.

I. INTRODUCCIÓN	379
II. NOCIONES SOBRE EL METAVERSO	380
A. METAVERSO.....	380
B. DEFINICIÓN	380
III. DIMENSIONES INICIALES DONDE EL METAVERSO SE PUEDE INVOLUCRAR CON EL DERECHO	381
A. USO ACADÉMICO DEL METAVERSO.....	381
B. USO PROFESIONAL DEL METAVERSO.....	382
IV. EL ARBITRAJE, EL METAVERSO Y LAS AUDIENCIAS	384
A. LAS AUDIENCIAS Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA	384
B. LOS AVATARES Y SU REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES EN LAS AUDIENCIAS	385
C. LA JURISDICCIÓN EN EL METAVERSO.....	388
D. LA SEGURIDAD EN EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE.....	389
V. CONCLUSIÓN.....	391

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje con el transcurso del tiempo, se ha convertido en un “*safe place*” para aquellos que buscan resolver sus disputas con las características particulares de su clase, que son –entre otras- la confidencialidad, la celeridad, la eficacia y la autonomía entre las partes. Este desarrollo ha aparejado que el arbitraje, incorpore elementos innovadores en su haber como lo es el uso avanzado de la tecnología de una manera cada vez más relevante.

Es allí donde el metaverso toma un rol protagónico, ya que su incorporación comprende para el arbitraje tanto aspectos muy favorables –relacionados a la eficacia y la celeridad- así como otros un tanto complejos aún de asimilar – como los costos, la seguridad de la data suministrada y el traslado de la realidad a la virtualidad-, ello dentro de la dinámica misma que comprende el desarrollo de las etapas pre, durante y post arbitraje. De manera que, es necesario observar con una lupa muy preliminar, las dimensiones que explicarían el visualizar un arbitraje que cuente –en alguna medida- con la implementación del metaverso.

II. NOCIONES SOBRE EL METAVERSO

A. *Metaverso*

Durante la última década ha tomado especial relevancia el uso de la realidad virtual como interviniente en las interacciones sociales. De allí que, el metaverso toma una importancia en lo que respecta a inicialmente delimitar y teorizar respecto de sus orígenes y conceptualización. Algunas guías preliminares han mencionado que dichos orígenes se encuentran relacionados con la novela de ciencia ficción “*Snow Crash*” de Neal Stephenson, así como en otras referencias tales como en la película “*Ready Player One*”. Independientemente del caso, lo interesante de estas introducciones es que presentan una particularidad del metaverso y es que, la representación digital de los usuarios se manifiesta bajo el formato de “avatares” y que comprende tanto la creación de nuevos espacios como la recreación de otros que se encuentran en nuestra realidad¹.

B. *Definición*

Para tratar de dar una definición, el metaverso en una primera aproximación es: “(...) un entorno virtual, en línea, en el que las personas pueden comunicarse, relacionarse, jugar y trabajar. Es el siguiente nivel de internet, pero más intensivo, integrado e inmersivo”².

De igual manera y para complementar la definición anteriormente esbozada, se ha definido al metaverso como:

[...] una realidad digital a la que accedemos a través de dispositivos especiales como gafas de realidad virtual o aumentada a través de las cuales podremos interactuar con otros usuarios. Cada uno de estos usuarios tendrá un avatar (su personaje en el mundo virtual) e interactuaron a través de objetos en mundos inmersivos. Es como una segunda realidad digital en la que podremos interactuar con nuestros

¹ ECIJA. 2022. Metaverso: Una primera aproximación jurídica y algunas cuestiones por resolver. p1. Disponible en: [ECIJA. Plantilla guía metaverso_04](#).

² Ídem.

amigos, trabajar con nuestros compañeros, disfrutar de nuestras parejas e incluso tener un trabajo en el espacio digital.³

A partir de estas ideas, se hace relevante cualificar al metaverso como un espacio cuya característica predominante es lo “inmersivo” de la experiencia que ofrece a sus usuarios, mediante la que se subroga el mundo físico como lo conocemos, por un mundo que busca calcar exactamente dicha realidad pero a través de la virtualidad. A partir de ese proceso de digitalización, toma importancia la implementación de dicho metaverso, respecto del alcance que podría tener este desde el ámbito de lo legal y primigeniamente, en el arbitraje.

III. DIMENSIONES INICIALES DONDE EL METAVERSO SE PUEDE INVOLUCRAR CON EL DERECHO

A. *Uso académico del metaverso*

Por una parte, el metaverso puede ser utilizado en el mundo del derecho como una herramienta formativa. Esto ha tenido orígenes investigativos desde la década de los 90´ en lo que refiere a la formación en general⁴. Algunos de esos enfoques particulares han partido su uso de forma educativa con el: analizar modelos de negocios, aprender de la formación organizacional del diseño de espacios físicos que van a ser trasladados la virtualidad, el manejo de recursos humanos, entre otras variables.

Si se dimensiona al metaverso como una mezcla de la visión académica frente al ámbito legal, es importante que dicho proceso cumpla con las características de generar un espacio de aprendizaje protagonizado por el alumno, con una participación activa y que por ende, exista una conexión con redes profesionales, a los fines de poner en práctica lo aprendido⁵. Esto tiene especial relevancia si se aproxima con las competencias de arbitraje o también conocidas como *moots courts*, fungiendo estas como espacios primigenios para la

³ Escuela de Negocios de la Innovación y los Emprendedores, “Qué es el metaverso, ejemplos, tipos y como se accede”, 2022, disponible en: [Qué es el metaverso, ejemplos, tipos y cómo se accede \(iebschool.com\)](https://iebschool.com)

⁴ CHECA, Fernando, “El uso de metaverso en el mundo educativo gestionando conocimiento en Second Life”, 2010, p. 149, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4015634.pdf>

⁵ Ídem,

simulación de audiencias, que permita conocer los pros y contras que tendrían frente a la práctica profesional.

Estos espacios de ensayo, para la prueba y el error, permiten medir – inicialmente- la aceptación que tendría la implementación del metaverso como herramienta para la formación de futuros y jóvenes abogados/as, así como una iniciativa de empezar a construir los elementos más esenciales en los que realmente se puede utilizar este tipo de tecnología, sin que ello afecte la experiencia fidedigna de resolver una controversia entre las partes.

B. Uso profesional del metaverso

En la medida en la que se comienza a teorizar en el uso del metaverso como herramienta académica, ha empezado a tomar también una importancia considerable de parte de las firmas legales el entender las modalidades en las que el metaverso puede ser implementado y favorecido respecto de la prestación de servicios profesionales. Para tomar algunas referencias de estas ideas, se ha vislumbrado como algunas firmas han utilizado el espacio del metaverso para reuniones de trabajo⁶ así como importantes asociaciones de arbitraje han implementado esta tecnología para la realización de conferencias globales⁷.

Sin duda alguna, se observa que el metaverso pueda adentrarse en la posibilidad de crear – por ejemplo- oficinas virtuales, que permitan atender a clientes de todo el mundo, por medio de esta herramienta. Esto, quizás, no distará mucho de lo que puede ofrecer las videoconferencias que hoy día tienen un especial protagonismo, pero podría al menos y de manera tentativa, impactar de una manera más beneficiosa en la satisfacción del cliente.

⁶ ECIJA. *ECIJAVerse*. 2022. Disponible en: https://www.linkedin.com/posts/ecija_ecijateam-ecijaverse-innovation-activity-6942813065784524801-LeMM?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web

⁷ METAVERSELEGAL. *First arbitration conference in the Metaverse during Paris Arbitration Week*. 2022. Disponible en: [https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=paris%20arbitration%20week%20metaverse%20first&sid=VDp&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A6909784554291511296%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)](https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=paris%20arbitration%20week%20metaverse%20first&sid=VDp&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A6909784554291511296%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse))

En este sentido, los primeros pasajes que se denotan del uso del metaverso están relacionados a funciones más logísticas y protocolares que aquellas que desarrollan la función sustancial de la práctica legal, en aspectos tales como la elaboración de documentos legales, el desenvolvimiento de un procedimiento arbitral, la presentación de medios probatorios, entre otros. Quizás, también porque estos pueden estar más vinculados al uso de la inteligencia artificial que propiamente al metaverso.

Para cerrar con esas ideas y de manera muy básica, es necesario mencionar que en el ámbito legal, existen algunas importantes discusiones que se mantiene sobre el uso del metaverso como herramienta que permita la creación de objetos/espacios, que podrán ser susceptibles de derechos y deberes según el uso y fin que les sea dado. Sobre esta premisa, han existido discusiones respecto del uso del metaverso con especial relación con los *Non fungible tokens (NFTs)*.

Esta idea de la relación de los *NFTs* y el metaverso toma principal auge con respecto a la industria de la moda que se ve abarcada por el denominado “*fashion law*”, para la regulación de activos tales como prendas de ropa y cualquier otro ítem que pueda comprender algún derecho de marca⁸. De allí, es importante tomar en consideración que al tratarse de la comercialización de este tipo de activos, es donde –eventualmente- pudiese tomar algún alcance al arbitraje, como mecanismo de resolución de controversias pero que, no vería una directa aplicación en el uso de la tecnología del metaverso, sino que, correspondería a una consecuencia lateral a la comercialización primigenia.

Por otro lado, el uso del metaverso de manera profesional también puede verse alcanzado por la regulación en la creación de las denominadas “tierras digitales” y otras formas de activos. Es muy probable que, a partir de las formalidades y formas de gestión que se adecuen con estos primeros asuntos jurídicos, es que se vean inspiradas las regulaciones relacionadas con el desarrollo del arbitraje y la implementación del metaverso.

⁸ LETSLAW., “Metaverso, Fashion Law y cesión de derechos de imagen”, 2022, disponible en: <https://letslaw.es/cesion-de-derechos-de-imagen/>

IV. EL ARBITRAJE, EL METAVERSO Y LAS AUDIENCIAS

A. Las audiencias y el uso de la tecnología

Las audiencias, comportan el instrumento mediante el cual las partes hacen valer sus derechos de una forma más dinámica, la intermediación de todos los involucrados en el proceso hace de las audiencias un escenario clave para la determinación de un caso. De manera sencilla, las audiencias son definidas como el: “conjunto de personas que oyen o atienden una reunión o acto público”⁹. Particularmente, lo valioso del arbitraje es precisamente la flexibilidad con la que las partes cuentan para acordar los aspectos que consideren más relevantes durante su disputa, entre ellos, las modalidades en las que serán desarrolladas las audiencias.

A partir de la pandemia, los centros de arbitraje han tomado especial relevancia en el uso de la virtualidad para el desarrollo de las disputas que gestionan. Para tomar una referencia, a partir de las Reglas de la International Bar Association (2020), artículo 8.1, se eliminó un párrafo que permitía el implementar las videoconferencias sólo como una excepción¹⁰. En ese sentido se ha dejado en claro que:

Esta eliminación es muy pertinente. De esta manera, las audiencias físicas no son más la regla general para todo tipo de arbitraje; por el contrario, de ahora en adelante, el carácter físico o virtual de una audiencia resulta equivalente y la decisión entre una u otra opción dependerá de las circunstancias por las que atraviesen las partes, los testigos/expertos y el tribunal arbitral.¹¹

⁹ Diccionario Panhispánico del español jurídico. *Audiencia*, n°9. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/audiencia>

¹⁰ Ex párrafo del artículo 8.1 de las Reglas de la IBA (2022) indicaba que: “Cada testigo deberá comparecer en persona salvo que en casos excepcionales el Tribunal Arbitral permita el uso de videoconferencia o de una tecnología similar”.

¹¹ DE LA FLOR, Nicolás & ZAGACETA, Esther. “Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19”, 2021, p.113. Disponible en: [1638-Texto del artículo-3800-1-10-20210801.pdf](https://www.iaa.org/~/media/Files/2021/10/10-20210801.pdf)

Ahora bien, surge la duda de si esta eliminación del texto ya se puede entender como la puerta a que el metaverso haga protagonismo en la celebración de las audiencias dentro de dicho espacio y en cierto sentido, esto es lo que precisamente resulta motivo de debate, debido a que, a pesar de que pueda ser un puente interpretativo a aplicar el uso de esta tecnología, todavía es desconocido la interpretación y/o alcance que tendrá en el metaverso. Y precisamente el cuestionamiento radica en que se desconoce si, puede entenderse realmente el metaverso como un espacio virtual –por el uso de la tecnología- o, se puede entender como un espacio físico válidamente constituido –por su subrogación de la realidad física-.

A partir de esta carta abierta e interpretativa, se torna interesante la discusión de algunos aspectos básicos que podrían influir -o no- en la psicología del arbitraje, puesto que, tienen una especial incidencia de cara a cómo cada una de las partes y el resto de los involucrados, participan del arbitraje y perciben las cualidades con las que se desarrollará, así como la colisión que existirán entre diversos principios generales del derecho.

B. Los avatares y su representación de las partes en las audiencias

Uno de los amplios enfoques que permiten hacer un acercamiento de cómo podría ser interpretado el hecho de que unas audiencias puedan ser celebradas a través del metaverso, radica en que éstas serán basadas en una experiencia que convocará a los usuarios intervinientes por medio de la figura de los avatares. Para adentrarse a esta circunstancia -y de manera previa- se aproxima la idea de que dichos avatares son definidos como una: “*representación gráfica de la identidad virtual de un usuario en entornos digitales.*”¹²

A partir de lo anterior, existe la duda respecto de si esos avatares cumplirán la función de fungir como nosotros mismos –entendiendo que están subrogando nuestra presencia física- o si, por el contrario, ellos cumplirán la función de ser una mera representación, que no podrá sustituir a la presencia física. En ese orden de ideas, se ha complementado que:

¹² Diccionario Panhispánico del español jurídico. *Avatar*, n°4. Disponible en: <https://dle.rae.es/avatar>

Esta representación, sin embargo, no significa que obligatoriamente se comparta la identidad y precisamente en esta capacidad de ‘disociación’ o actuación, según quien lo analice, reside algunos de las posibles aplicaciones de los avatares tanto en el ámbito educativo como clínico. En lo que no existe discrepancia es a la hora de concebir los avatares como representaciones humanas con identidades que se reflejan tanto en los aspectos físicos como psicológicos y cuya definición es una tarea que incumbe a priori al participante en exclusiva.¹³

Es decir que la interpretación de entender la presencia de un avatar es la dirigida a razonar que se está frente a una persona humana en sí mismo, que está haciéndose “presente” por medio de la virtualidad. A partir de ello surge una barrera importante, debido a que, el uso de los avatares para la celebración de las audiencias -dentro del metaverso- presenta un riesgo de disociación entre: i) la representación gráfica que muestra dicho avatar; y ii) su real imagen como persona humana. Esto en razón de que aún no se han establecido las formas de la regulación que podría tener su eventual implementación. Siendo así complejo comprender los límites donde se podría decir que se está -o no- frente a una disociación de la persona misma.

La consideración del uso de avatares, como una alternativa legítima para las personas, puede encontrar problemáticas respecto de por ejemplo, la apariencia infantil que pueda representar un avatar y las limitaciones a que a ellos se deban hacer lugar. No obstante a ello, algunos autores refieren –como salvaguarda de impulsar el uso de los avatares- que esta identidad no solo se manifiesta con la mera representación gráfica de la persona, sino que, también se relaciona con los objetos y las formas en como interactuamos con el entorno¹⁴. Esto puede

¹³ PALACIOS, Santiago & RUÍZ, Sonia, “Los Avatares: funciones para un alter ego virtual”, 2003, p. 4, disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Santiago-Navarro-4/publication/316427831_Los_Avatars_funciones_para_un_alter_ego_virtual/links/58fd3d034585152eded48e77/Los-Avatars-funciones-para-un-alter-ego-virtual.pdf

¹⁴ PALACIOS, Santiago & RUÍZ, Sonia, “Los Avatares: funciones para un alter ego virtual”, 2003, p. 4, disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Santiago-Navarro-4/publication/316427831_Los_Avatars_funciones_para_un_alter_ego_virtual/links/58fd3d034585152eded48e77/Los-Avatars-funciones-para-un-alter-ego-virtual.pdf

quizás, trazar una de las líneas que debería ser considerada al momento de regular el uso de los avatares.

Desde otra perspectiva, el uso de avatares también encuentra limitaciones con respecto a las audiencias de prueba y lo que corresponde al interrogatorio de partes, expertos, testigos y cualesquiera otras. Esto es debido a que, el uso de avatares, frente a la disociación de la imagen de las personas humanas que representan, puede ocasionar un reto respecto de controlar plenamente el medio probatorio y la capacidad de “medir” todos aquellos aspectos que estén relacionados con las conductas que pueda tener tanto el interrogado como el interrogador.

Si bien es cierto que la pérdida de esta dimensión del control probatorio representa un riesgo, también puede verse como una medida que obstaculice las prácticas de los abogados en implementar cualquier tipo de recursos para alterar el discurso del interrogado a través de –por ejemplo- sembrar la duda o el nerviosismo sobre dicha persona. En consecuencia de ello –y en gran medida- el interrogatorio quedaría centralizado a una discusión principalmente de expresiones orales.

Vislumbrando esta dificultad, alguno de los remedios que podrán ser evaluados para esta problemática podría ser:

Recently leading practitioners have suggested earlier focused exchanges of views by the arbitrators. Neil Kaplan has proposed the Kaplan Opening calling for an oral presentation of the case by counsel after the first round of written submissions and witness statements but well before the hearing, and including perhaps even some expert testimony. Lucy Reed has proposed the Reed Retreat for complex disputes. This contemplates a time to be scheduled in the procedural timetable for the tribunal to meet in person to study the file well in advance of the hearing, with the goal of arriving together at targeted directions to the parties for the hearing.¹⁵

¹⁵ SUSSMAN, Edna, “Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them”, en Tony Cole, *The Roles of Psychology in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 40, 2017, p. 37.

A partir de lo anterior, la celebración de una audiencia previa a la presentación de los medios probatorios -de acordarse así las partes- podría ser una solución que mejoraría el control que podría tener cada una de las partes respecto de los interrogatorios. La posibilidad de que cada una de las partes pueda integrar inicialmente la historia del caso permitiría reducir los efectos drásticos de la barrera preexistente en el uso de avatares. A pesar de ello, podría llegar a seguir siendo insuficiente esta medida para efectivamente generar satisfacción y confianza entre las partes, que realmente deseen aceptar el incursionar en el desarrollo de un arbitraje mediante el metaverso.

C. La jurisdicción en el metaverso

Otra de las consideraciones sobre el arbitraje y el metaverso se relaciona con respecto a si está borrando la demarcación territorial que pudiese tener la resolución de una disputa, por cualquiera de las partes o por parte del tribunal arbitral y su relevancia en la celebración de las audiencias. Existen dudas de si se estaría sometido a la jurisdicción acordada por las partes –comúnmente la del domicilio de alguna de ellas-; o si sería esto resuelto por las normas de conflictos o; inclusive, si podría ser resuelto en una jurisdicción especialísima, -esta última que se ha estado debatiendo y que ha sido denominada como *meta-jurisdiction*, ya mencionada por algunas firmas¹⁶. Sobre dicha *meta-jurisdiction*, la relevancia que tendría su creación estaría relacionada con asuntos de una amplia gama, que van desde la necesidad de que los abogados deban de colegiarse “en el metaverso”, hasta las formas de valoración de los medios probatorios¹⁷.

La inmersividad del metaverso permite enfrentar “cara a cara” a los involucrados de la disputa, por medio de este espacio, de ello también surgen los cuestionamientos de si realmente sería posible hablar de una sede en el metaverso o de la posibilidad de tener una legislación aplicable propiamente para el metaverso. A pesar de estas ambivalencias, es importante mencionar que el uso de esta herramienta virtual no dista mucho de la función que ya cumple la celebración de las audiencias virtuales, por medio de videoconferencias y

¹⁶ GARRIGUES, “Las empresas se lanzan al metaverso: ¿Qué cuestiones legales deben tener en cuenta?”, 2022, disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/empresas-lanzan-metaverso-cuestiones-legales-deben-tener-cuenta

¹⁷ Ídem.

cuya mayor diferenciación podría radicaren la integración de la “experiencia” en sí misma y con la “subrogación” de múltiples elementos de la realidad física.

De igual manera, el hablar de una *meta-jurisdiction* presenta otras consideraciones relevantes, por ejemplo, el cuestionarse el cómo resultaría el acceso a la justicia ordinaria y las implicaciones que podrían encontrarse con respecto a la judicialidad del arbitraje. Es decir, los nombramientos árbitros por medio de auxilios judiciales, la ejecución de las medidas cautelares o del laudo en sí mismo o su anulación, serían algunos de los aspectos discutibles.

Adicionalmente, aún no queda claro si dicha función jurisdiccional se desprende del propio metaverso –es decir, la creación propiamente de órganos para la administración de justicia del metaverso–, se podrían entender como una “extensión” de la jurisdicción de algún Estado o si se estaría sujeto propiamente a la jurisdicción de los Estados, respecto de las nacionalidades/domicilios de las partes. Estas mismas interrogantes son también, una duda aplicable respecto de las legislaciones que podrían ser escogidas por las partes tanto del fondo como de la sede del arbitraje.

D. La seguridad en el desarrollo del arbitraje

Como último aspecto, existen dudas sobre la seguridad que implicaría el uso de esta tecnología en el arbitraje. La confianza es una de las piedras angulares por las que el arbitraje ha tenido el crecimiento y auge que le ha sostenido en las últimas décadas. Particularmente, el uso de los avatares podría implicar una carga de anonimato -por ejemplo- respecto de los árbitros y tener que redescubrir la frontera con la cual podrá balancearse la revelación de identidad frente a la confianza que deben sentir las partes, con respecto a su tribunal. Algunas firmas han referido que frente a ese anonimato:

Current practice generally requires parties to disclose the “real” names and physical addresses of themselves and their counsel, at the outset of the proceedings. Several arbitral institutes – such as ICC¹⁸, LCIA¹⁹,

¹⁸ Artículo 4(a) y (b) y Artículo 5(a) y (b), Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021.

¹⁹ Artículo 1(i) y Artículo 2(i) y Artículo 4.7, Reglas de Arbitraje de LCIA 2020.

HKIAC²⁰, ICDR²¹ – go so far as to obligate this within their rules of arbitration.²²

De allí que, dependiendo del tipo de arbitraje –institucional o ad hoc- y las reglas por las cuales querrán regirse, las partes podrán tener más o menos prerrogativas a su favor respecto de la balanza entre el anonimato y el uso de los avatares del metaverso. Precisamente esta colisión de conceptos radicaría en parte de la discusión sobre su implementación en el arbitraje.

Además del anonimato, el *hacking* es otro de los severos riesgos a los que se encuentra expuesto el hecho de usar el metaverso como el espacio para un arbitraje, concretamente se ha referido que:

En definitiva y sin lugar a duda, la creación e implantación del metaverso podría suponer para los usuarios, con respecto a su seguridad y privacidad, un riesgo agravado en comparación con aquéllos a los que se enfrentan en Internet hoy día. Según doctrina sobre la criminalidad en los espacios virtuales 11, la particularidad de desarrollarse en un mundo virtual no puede excluir una conducta del ámbito del Derecho, ya que no estamos frente a una ficción, sino frente a una nueva forma de realidad. Situación diferente será que el hecho de desarrollarse en un mundo virtual dificulte la prueba o persecución de los delitos [...] ²³

La realidad es que, con el avance de la tecnología, se aumentan los riesgos de exposición para el cuidado de la data que será subida dentro de los sistemas de redes, ya que, estas mismas circunstancias ocurren en el caso del uso de la inteligencia artificial frente al arbitraje, donde la manipulación de sistemas inteligentes y automatizados puede implicar severos riesgos de exposición de la información o generar errores respecto de alguna dimensión de una disputa:

²⁰ Artículo 4.3 y Artículo 5.1, Reglas de Arbitraje HKIAC 2018.

²¹ Artículo 2(3)(b) y Artículo 3(3), Procedimientos de Resolución de Disputas Internacionales del ICDR: Reglas de Arbitraje Internacional 2021

²² WASEL AND WASEL, “Avatar vs Avatar. A look at International Arbitration within the Metaverse”, 2022, disponible en: https://waselandwasel.ca/canada/avatar-v-avatar-a-look-at-international-arbitration-within-the-metaverse/#_ftn3

²³ ECIJA, “Metaverso: Una primera aproximación jurídica y algunas cuestiones por resolver”, 2022, p 21, disponible en: [ECIJA Plantilla guía metaverso 04](#).

AI brings new challenges in information security. For example, there are new techniques called “tricking” as a variant of the traditional hacking. Tricking means manipulating the intelligent learning modules of systems/platforms. This is done by, e.g. secretly manipulating the training data-sets or by creating circumstances which, due to insufficient capabilities of the intelligent machines, lead the machines to make unexpected actions (e.g., wrong turns of the autonomous car). [...] ²⁴

De manera que, es posible tomar en consideración que la dimensión de la seguridad es un factor que podría encontrar riesgos latentes y que atentaría contra una de las máximas del arbitraje como lo es la confidencialidad. Tan es así, que el enfoque de la seguridad que debe de ser implementada debe incluir una visión holística de los fenómenos que componen al arbitraje mismo, es decir, las distintas etapas del arbitraje, la información que dentro de ellas se suministra y la participación de sistemas virtuales a través del metaverso y/o la inteligencia artificial.

V. CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, hablar sobre el metaverso y el arbitraje es hablar sobre dos universos que están aún en total descubrimiento sobre su armonización. La particularidad que esto representa es que se tiene la oportunidad de tomar el camino de calcar nuestra realidad tal como la conocemos, pero a través de la virtualidad, o la de crear nuevas reglas –quizás “universales”- que permitan diferenciar el tratar una controversia en la vida física frente a la vida virtual.

Es así que toma especial relevancia el continuar en la observación y seguimiento de los avances que se presenten, ya sea en una dimensión o en la otra. En ese sentido, con la relevancia que le han venido dando las firmas legales del mundo, no existe cuestionamiento alguno de que –en alguna medida- el metaverso será implementado y que, ya han empezado a cobrar más interés en los practicantes del arbitraje. De allí que, la implementación presenta las diversas inquietudes planteadas, que aún quedan por contestar y que se encontrarán supeditadas en

²⁴ LOEBL, Zbyněk. *Designing Online Courts: Ethical Issues'. Designing Online Courts: The Future of Justice is Open to All*, Kluwer Law International, 2019, p.73.

razón de cual modelo se decidirá incorporar en el desarrollo del arbitraje, tal y como lo conocemos hoy día, en contraposición al uso del metaverso.

¿El arbitraje por defecto?: Un análisis de su viabilidad dentro del ordenamiento jurídico peruano

Andrea Chagua Zuñiga *

Resumen- En el Perú, el arbitraje ha proliferado significativamente en los últimos años desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje en el año 1996 hasta el Decreto Legislativo N° 1071. Hoy en día, el arbitraje es considerado como un mecanismo alternativo de resolución de controversias en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en muchos países de América Latina y el mundo. No obstante, como consecuencia de la eficacia de esta figura, se está produciendo una notable consolidación a escala internacional. Esto genera que algunas voces cuestionen la necesidad de consagrar al arbitraje como la jurisdicción por defecto, dejando de lado al tradicional Poder Judicial. En ese sentido, el presente artículo tiene como finalidad analizar la viabilidad de esta teoría en el ordenamiento jurídico peruano, a partir de la posición de sus autores, haciendo énfasis en las ventajas y desventajas que esta propuesta traería. Así como los cambios normativos que se realizarían para su aplicación.

Abstract- In Peru, arbitration has increased significantly in the last few years since the enactment of the General Arbitration Law in 1996 until the Legislative Decree No. 1071. Nowadays, arbitration is an alternative dispute resolution mechanism in our legal system, as well as in many countries in Latin America and the world. Nevertheless, owing to the efficacy of this figure, an outstanding consolidation is taking place on an international scale. As a result, there are voices questioning the need to consecrate arbitration as the default mode, leaving aside traditional judicial power. In that regard, this article aims to analyze the viability of this theory in the Peruvian legal system based on the

* Estudiante de tercer año de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Miembro principal del Taller de Análisis de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (andreachagua.z@gmail.com).

positions of its authors, emphasizing the advantages and drawbacks that this proposal would bring. As well as the regulatory changes that would be made due to its application.

I. INTRODUCCIÓN	394
II. EL ARBITRAJE EN EL PERÚ	395
A. NATURALEZA JURÍDICA	395
B. ¿FUNCIÓN JURISDICCIONAL?	399
C. CLASIFICACIÓN	400
III. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO POR DEFAULT	404
A. POSICIÓN DE GILLES CUNIBERTI	404
B. POSICIÓN DE FABIO NÚÑEZ DEL PRADO	408
IV. VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR ARBITRAJE POR DEFAULT EN EL PERÚ	410
V. CONCLUSIÓN.....	415

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años, debido a una mayor difusión y fomento del arbitraje, se ha evidenciado un notable progreso de la institución en diversos países del mundo. A tal punto que, pese a ser conocido como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, es considerado como un medio predilecto para la solución de controversias. Este viraje originado, principalmente, por las ventajas que ofrece a los justiciables como, por ejemplo, la celeridad, flexibilidad, confidencialidad, entre otros. Así como por el descontento que han generado los sistemas judiciales tradicionales.

Si bien la administración de justicia ha sido asumida, en primer lugar, por el Estado a través del Poder Judicial y, en segundo lugar, por los mecanismos alternativos que se fundan en la autonomía de voluntades de las partes; en la mayoría de los casos, especialmente en los conflictos patrimoniales, el arbitraje es el medio más utilizado. En esa misma línea, el arbitraje en el Perú es visto

como un mecanismo idóneo para enfrentar las barreras de acceso a la justicia, principalmente por los problemas, particularmente graves, que presenta el Poder Judicial.

En ese sentido, el presente trabajo tiene como objeto analizar la posibilidad de considerar al arbitraje como la jurisdicción por defecto. Primero, se analizará el panorama actual del arbitraje en el Perú. Para luego exponer los argumentos de autores como Cuniberti y Núñez del Prado con respecto a la consagración de esta institución jurídica como mecanismo por *default*. Finalmente, a partir de lo expuesto anteriormente se analizará su viabilidad en el Perú, partiendo de las ventajas y desventajas que las dos propuestas traerían en el contexto peruano.

II. EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

El arbitraje es una institución jurídica que pertenece a los mecanismos alternativos de resolución de controversias. En el que, en virtud del acuerdo de voluntades de las partes, se recurre a un tercero imparcial, el árbitro, para que resuelva el conflicto. Así la decisión adoptada por el tribunal arbitral se deberá materializar mediante el laudo, el cual es inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes. En el presente capítulo, se abordará la naturaleza jurídica del arbitraje en el Perú y las clases de arbitraje que se presentan.

A. Naturaleza jurídica

El debate doctrinario acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje surge a finales del siglo XIX, debido al caso *Del Drago*, en el cual la Corte francesa determinó que el laudo es, por una parte, contrato y, por otro, fallo de la Corte¹. La discusión continúa hasta la fecha, por lo que todavía no hay una teoría adoptada por consenso. La importancia de determinar la naturaleza jurídica del arbitraje incide tanto en la actividad arbitral como en la intervención del poder estatal.

Al respecto, CANTUARIAS y REPETTO manifiestan lo siguiente:

¹ BĚLOHLÁVEK, Alexander J., “*The legal nature of international commercial arbitration and the effects of conflicts between legal cultures*”, *Law of Ukraine*, N° 2, 2011, 18-31, p. 18.

Muchas de las discusiones acerca de la actividad arbitral y, sobre todo, aquellas vinculadas con la participación del Poder Judicial, dependen de cómo se entienda el arbitraje. Las soluciones prácticas están relacionadas a la concepción acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje².

Para efectos del presente trabajo, se mencionarán las cuatro principales: teoría contractual, teoría jurisdiccional, teoría mixta y teoría autónoma. Siendo las dos primeras teorías las más controvertidas en la doctrina, a diferencia de la última que surge como desarticulación de sus antecesoras. Empero, en la actualidad, la teoría con mayor aceptación a nivel nacional e internacional es la teoría mixta o híbrida.

Ahora, la teoría mixta o ecléctica, como bien su nombre lo anticipa, reúne las características de dos teorías: la teoría contractual y jurisdiccional. En primer lugar, de la teoría contractual adopta que la génesis del arbitraje es el acuerdo de voluntad de las partes. Y, en segundo lugar, de la teoría jurisdiccional acoge que el arbitraje necesita del reconocimiento del Estado para su existencia. En sentido general, se puede entender que el arbitraje para la teoría mixta es “*una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos*”³.

Como advierte Vera, la teoría mixta fundamenta su validez a partir de la complementación entre la teoría contractual y jurisdiccional:

Esta teoría concede relevancia al hecho de que al arbitraje se llega a partir de un contrato o convenio arbitral —que es un requisito *sine qua non*—, pero no menos cierto es que una vez incursos en el proceso arbitral, ni qué decir que con el laudo emitido se está ante una inminente manifestación de carácter jurisdiccional, por lo que ambas teorías no son válidas *per se*, sino en tanto se complementan y forman una nueva que contiene, por una parte, el punto de partida del arbitraje:

² CANTUARIAS, Fernando – REPETTO, José L., “*La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino*”, *Forseti*, N° 1, 2014, 97-110, p. 99.

³ LEDESMA, Marianella, *Jurisdicción y Arbitraje*, 3ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 44.

el convenio arbitral, y, por otra, el objetivo final del laudo: el cumplimiento de lo ordenado, con carácter irrefutable y obligatorio⁴.

Sin embargo, si bien puede existir una teoría predominante, a nivel doctrinal, respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, esto no significa que necesariamente sea la teoría adoptada por la jurisdicción de un Estado. De ahí que, en nuestro país, existe una inclinación hacia los postulados de la teoría jurisdiccional, pues el Tribunal Constitucional (“TC”) mediante precedentes vinculantes que ha emitido hasta la fecha, se ha orientado a confirmar el carácter jurisdiccional de la institución. Entre estos, y el más importante, la sentencia emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC-LIMA, más conocido como el caso *Cantuarias Salaverry*.

En el fundamento 11 de dicha sentencia, se expone que la facultad que tienen los árbitros para resolver las controversias no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite en el artículo 139° de la Constitución⁵. Así, a partir de ese fundamento, se evidencia que existe un acercamiento hacia el carácter jurisdiccional del arbitraje y un rechazo hacia los postulados de la teoría contractual, en vista de que niega que la facultad del árbitro nazca del convenio arbitral y, en su reemplazo, le atribuye no solo su origen, sino también su límite a la Constitución.

Para algunos autores nacionales, la posición adoptada por el TC es perjudicial para el desarrollo del arbitraje en el país. Así, para Cantuarias y Repetto, quienes respaldan la teoría mixta, creen que el problema de adoptar la teoría jurisdiccional es debido a las siguientes razones: la falta de autonomía de la voluntad de las partes, el riesgo que representa que el arbitraje dependa del legislador, la equiparación de la figura del juez con el árbitro; así como la forma en que se regulan las actuaciones arbitrales y la intervención judicial⁶.

⁴ VERA, Giusseppe, “*Consideraciones generales acerca del arbitraje*”, *Ius et Praxis*, N° 44, 2013, 15-38, p. 21.

⁵ Tribunal Constitucional (Perú), Pleno Jurisdiccional, “Fernando Cantuarias Salaverry”, 28/02/2006, disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

⁶ CANTUARIAS Y REPETTO, “La naturaleza...”, pp. 103-104.

Asimismo, Bullard, quien se adhiere a la teoría contractual, sustenta que al Estado no le compete interferir en la naturaleza del arbitraje, puesto que este último es de origen privado al igual que la justicia:

Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias⁷.

Por otro lado, otros apoyan la intervención de este organismo, por ejemplo, Álvarez y Canales sostienen que la adopción de la teoría jurisdiccional le otorga mayor relevancia a la institución:

La importancia de esta consagración a nivel constitucional se deriva en el objetivo de resolver los conflictos patrimoniales con eficiencia y oportunidad, con el respaldo del sistema constitucional para que sus decisiones sean ejecutadas. Es por ello que el constituyente la considera independiente, como una forma de consolidar su importancia a la par de su propia entidad del resto de variantes jurisdiccionales⁸.

Igualmente, LEDESMA, pese a que considera que existe una malinterpretación del TC sobre el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, afirma que no basta con consagrar el carácter contractual del arbitraje, en vista de que necesita también del reconocimiento jurisdiccional:

Reconocemos que el arbitraje tiene un origen contractual, pero la eficacia de la actividad arbitral es jurisdiccional. No consideramos que la redacción de la fórmula que consagra el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución sostenga el carácter jurisdiccional del arbitraje. Una interpretación no adecuada sobre el particular viene impulsando una

⁷ BULLARD, Alfredo, “El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación”, *Derecho y Sociedad*, N° 38, 2012, 17-31, p. 20.

⁸ ÁLVAREZ, Ernesto – CANALES, Carolina, “Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 4, 2011, 111-126, p. 115.

afirmación en ese sentido, tal como explicamos en este trabajo; sin embargo, reconocemos que el arbitraje por sí solo no es eficaz⁹.

B. *¿Función jurisdiccional?*

Como se mencionó en el subcapítulo anterior, el arbitraje en el Perú está reconocido por la Constitución vigente. El texto constitucional indica que, excepcionalmente a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el arbitraje se constituye como una jurisdicción independiente. A partir de esta calificación textual como “jurisdicción independiente” es que se cuestiona si el arbitraje puede ser catalogado como jurisdicción y, en consecuencia, ejercer una función jurisdiccional.

Cabe precisar que la función jurisdiccional y la jurisdicción son ideas diferentes para la Constitución:

La función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos entre particulares, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos¹⁰.

En líneas generales, la jurisdicción es entendida como el poder-deber que tiene el Estado para garantizar la convivencia pacífica entre sus individuos. Para tal efecto, el poder estatal dota de competencia a instituciones para desempeñar la administración de la justicia. La función jurisdiccional, por otro lado, está centrada en “*conocer y decidir el conflicto y la ejecución de lo decidido recurriendo a la vis compulsiva de la jurisdicción*”¹¹. Es necesario mencionar que, si bien la doctrina tradicional considera que la unidad y exclusividad caracterizan a la jurisdicción, estas características son atribuidas a la función jurisdiccional en la Constitución.

⁹ LEDESMA, *Jurisdicción...*, p. 46.

¹⁰ ÁLVAREZ – CANALES, “Tribunal Constitucional...”, p. 113.

¹¹ LEDESMA, *Jurisdicción ...*, p. 57.

En el caso *Cantuarias Salaverry*, se establecen los cuatro requisitos que definen a la jurisdicción: “i) conflicto entre las partes; ii) interés social en la composición del conflicto; iii) intervención del Estado mediante el órgano judicial como tercero imparcial y iv) la aplicación de la ley o integración del derecho”¹². Sin embargo, estos no se cumplen del todo en el arbitraje, debido a que el Estado no es el tercero imparcial en el arbitraje, sino el árbitro o tribunal arbitral. Asimismo, la aplicación de la ley no es imprescindible, dado que las partes pueden acordar que la disputa se resuelva por arbitraje de conciencia o equidad, en el cual no es necesario que el árbitro se rija por el derecho.

De ello concluimos que considerar al arbitraje como jurisdicción, como lo hace el Tribunal Constitucional, le otorga ciertas características que están asociadas al carácter público y que, por ende, contravienen a la naturaleza de la institución. De igual manera que se les atribuya la función jurisdiccional a los árbitros, a pesar de que es incompatible con la naturaleza e investidura de los jueces. Ahora, este fenómeno ha sido producto de la necesidad de dar seguridad jurídica al arbitraje frente al Poder Judicial, por esta razón, consideramos que es irrelevante debatir en torno a esta materia. Así, en el diario de debates de la Constitución de 1993, se estipula lo siguiente:

Si bien hay una Ley General Arbitral, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución, pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano¹³.

C. Clasificación

Para un mejor análisis del tema a tratar, es relevante realizar una breve clasificación del arbitraje, por su funcionamiento, características y quién lo

¹² Tribunal Constitucional (Perú), Pleno Jurisdiccional, “Fernando Cantuarias Salaverry”, 28/02/2006, disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

¹³ LEDESMA, Marianella, “Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje”, *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, Vol. 1, N°1, 2020, 29-46, p. 36.

administra. Para GUZMÁN-BARRÓN, la legislación peruana establece distintas clases de arbitraje en conformidad con los siguientes factores:

Según quién administra y organiza el arbitraje: arbitraje ad hoc o arbitraje institucional; según el fondo aplicable a la controversia: arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia; y según el domicilio de las partes, lugar del arbitraje o lugar de ejecución del contrato: arbitraje nacional o arbitraje internacional¹⁴.

En base al primer factor, el arbitraje es *ad hoc* cuando las partes prescinden de la institución arbitral, por tanto, los árbitros o las propias partes son las encargadas de la administración y organización del arbitraje. En cambio, el arbitraje es institucional cuando un centro de arbitraje es el que cumpla con tal labor, existe por tanto “*intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, por voluntad expresa o defecto de acuerdo de aquellas*”¹⁵.

Sobre el particular, el Decreto Legislativo N° 1071 señala lo siguiente:

El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.

Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral

¹⁴ GUZMÁN-BARRÓN, César, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 35.

¹⁵ DEL ÁGUILA, Paolo, “Arbitraje ad hoc e institucional”, en SOTO COAGUILA, Carlos A. – BULLARD GONZÁLES, Alfredo (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, t. 1, 1ª ed., Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 76.

inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes¹⁶.

En relación con el segundo factor, el arbitraje es de derecho cuando los árbitros resuelven la controversia en base a las normas legales vigentes¹⁷. Mientras que, es de conciencia o de equidad, cuando la solución del conflicto se resuelve bajo el criterio de lo que el árbitro considere como justo; es decir, se prescinde de marcos legales. En añadidura, para Díaz, el arbitraje de conciencia:

Puede resultar ventajoso sobre todo para resolver controversias domésticas como préstamos de dinero, pago de deudas o arriendos, desalojos, indemnizaciones, entre otros, donde no exista mayor complejidad del conflicto o las cuantías sean montos menores¹⁸.

En el Perú, la norma considera que es necesario que las partes especifiquen si optan por un arbitraje de conciencia. Debido a que, con base al Decreto Legislativo N° 1071, independientemente de que el arbitraje sea nacional o internacional, es de derecho siempre que las partes no expresen lo contrario:

En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1071 de Ley Peruana de Arbitraje, Art. 7.

¹⁷ GUZMÁN-BARRÓN, *Arbitraje...*, p. 37.

¹⁸ DÍAZ, Jenny, “Una alternativa para resolver conflictos: arbitraje en equidad”, *Agnitio*, 08/07/2019, disponible en <https://agnitio.pe/2019/07/08/una-alternativa-para-resolver-conflictos-arbitraje-en-equidad/>

En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello¹⁹.

En cuanto al último factor en la clasificación del arbitraje, este tendrá carácter internacional, si las partes celebran el convenio arbitral en Estados distintos, si el lugar del arbitraje está situado fuera del Estado peruano, o si las obligaciones de la relación jurídica o el lugar de cumplimiento del objeto están fuera del territorio nacional²⁰. Por tanto, será arbitraje nacional cuando no se cumplan las circunstancias mencionadas anteriormente.

Adicionalmente a lo mencionado, se presenta la clasificación según la fuente, el cual abarca al arbitraje voluntario y obligatorio. El arbitraje es voluntario cuando las partes deciden someter su disputa a un tercero neutral. Por otro lado, es obligatorio cuando es impuesto por el legislador que decide qué conflictos van a arbitraje. Por ejemplo, es el caso del arbitraje dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones para controversias surgidas entre el contratista y el Estado en el marco de un contrato con este último²¹.

En último término, es necesario mencionar el arbitraje popular, el cual fue implementado en el Decreto Legislativo N° 1071 en la primera parte de las disposiciones finales. Este programa manejado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjushd) tiene como objeto difundir e incentivar el desarrollo del arbitraje a fin de convertirlo en una alternativa más accesible para las pequeñas empresas, los consumidores y la ciudadanía en general.

CASTILLO, VÁSQUEZ y SABROSO consideran lo siguiente con relación al Programa de Arbitraje Popular:

El arbitraje no es solo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos. De este modo, con

¹⁹ Decreto Legislativo N.º 1071 de Ley Peruana de Arbitraje, Art. 57.

²⁰ Decreto Legislativo N.º 1071 de Ley Peruana de Arbitraje, Art. 5.

²¹ PAREDES, Gustavo – GRAY, Jaime. “Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, 2008, 189-214, p. 205.

la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, se ha pensado también en vías que puedan extender el arbitraje a todos los niveles sociales²².

III. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO POR DEFAULT

El arbitraje es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos (MARC). En palabras de FRANCISKOVIC, las MARC's surgen “*en los setenta en Estados Unidos, como una respuesta a la crisis del Poder Judicial, así como porque las partes inmersas en un proceso judicial no llegan a satisfacer sus verdaderas necesidades o intereses, sino solo sus posiciones, pretensiones y pedidos*”²³. Con el transcurrir del tiempo, estos mecanismos extrajudiciales empezaron a consolidarse a gran escala alrededor del mundo tras ser presentados como vías de solución frente a las problemáticas que afrontaban los sistemas judiciales ordinarios.

En el caso del arbitraje internacional, como consecuencia de la globalización del comercio y la inversión mundial²⁴, la preferencia ante esta vía continúa ascendiendo cada vez más al punto de ser calificado como el método principal para resolver disputas internacionales. El éxito de este es lo que, en cierto sentido, ha motivado que autores como Gilles Cuniberti, pionero de la idea de *default arbitration*, proponga cambiar el *statu quo*. Así como Fabio Núñez del Prado quien, en el ámbito nacional, apuesta por consagrar al arbitraje como *default jurisdiction* para la resolución de controversias patrimoniales.

A. Posición de Gilles Cuniberti

En 2008, Gilles Cuniberti propone que el arbitraje sea el mecanismo *default* para la resolución de disputas comerciales internacionales. En el modelo de *default arbitration* que plantea, el arbitraje pierde su carácter contractual, lo que

²² CASTILLO, Mario – VÁSQUEZ, Ricardo – SABROSO, Rita, “La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú”. *Derecho PUCP*, N° 62, 2009, 87-99, p. 96.

²³ FRANCISKOVIC, Beatriz, “Qué son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC's)”, *LP – Pasión por el Derecho*, 08/08/19, disponible en <https://lpderecho.pe/mecanismos-alternativos-resolucion-conflictos-marcs/>

²⁴ BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on international arbitration*, trad. Nathalie López Novoa, 6ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2015, p. 23.

significa que el acuerdo de voluntades de las partes sería irrelevante como paso previo a la actividad arbitral.

No es motivo de sorpresa que, hoy en día, las empresas consideren que el arbitraje es el mecanismo principal para la resolución de conflictos internacionales²⁵. Pues, entre las razones que buscan explicar esta tendencia de recurrir al arbitraje, CUNIBERTI considera que están relacionadas con las ventajas de la institución. Así el arbitraje es apreciado como un procedimiento más justo y flexible, en la medida que existe una mayor neutralidad y libertad para llevar a cabo un proceso arbitral internacional. Es más, destaca el carácter privado, en tanto es financiado por las partes involucradas y no costado mediante los recursos públicos del Estado²⁶.

Con relación a la neutralidad en el proceso arbitral, se reconoce que esta se ha convertido en un atractivo poderoso para las partes involucradas en una controversia comercial internacional. Esto sustancialmente por la desconfianza hacia las cortes nacionales, pues no hay garantía de que un sistema judicial ajeno actúe siempre de buena fe y que, además, resuelva sin beneficiar a la parte local. Es por ello que esta ventaja es percibida como un incentivo para las partes, en cuanto *“les otorga una oportunidad para elegir el lugar neutral para la resolución de su disputa y para designar un tribunal neutral”*²⁷.

La flexibilidad en los procesos arbitrales internacionales es lo que, de igual forma, suscita que las partes quieran someter sus conflictos al arbitraje, en vez que al litigio judicial. Las partes gozan de libertad para poder estructurar su proceso arbitral tomando en consideración sus expectativas y necesidades. Sobre el particular, ANDRADE ha expresado lo siguiente con respecto a lo que es permitido para las partes:

Las partes son libres de escoger el lugar del arbitraje, la jurisdicción del tribunal, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables y el idioma del

²⁵ DE LA JARA, José M. – OLÓRTEGUI, Julio, “No pain, no gain: nueve propuestas para mejorar el futuro del arbitraje internacional”, *Themis*, N° 71, 2017, 91-107, p. 92.

²⁶ CUNIBERTI, Gilles, “Beyond Contract – The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, N° 2, 2008, 415-488, pp. 423-432.

²⁷ BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern...*, p. 66.

proceso, según mejor les convenga; eliminando de esta manera las ventajas que una parte podría tener sobre la otra²⁸.

De igual forma, como consecuencia de que el arbitraje es un mecanismo privado de resolución de controversias, se reconoce que las partes involucradas son las encargadas de financiar los costos propiciados durante el proceso arbitral. A diferencia de los litigantes tradicionales que disponen de los recursos públicos para costear cada proceso judicial. Para CUNIBERTI, es necesario que se analice este tema desde una perspectiva económica:

El análisis de costo-beneficio que he realizado concluye que los beneficios del modelo superan claramente a sus costos. La consagración del arbitraje como mecanismo por defecto aumentaría la equidad en la resolución de disputas comerciales internacionales. Se ahorrarían recursos públicos, además que, mejoraría el proceso arbitral. Si bien hay académicos que han argumentado que estos beneficios serían neutralizados por el costo social que generaría cambiar las funciones públicas de los tribunales, según recientes estudios en campos especializados del arbitraje internacional, se demuestra que estos costos no son necesarios²⁹.

Adicionalmente a lo mencionado, se le atribuye como otra de las razones al hecho que, en la actualidad, existen más países que adoptan políticas *pro-arbitration*³⁰. Para constatar esta información en nuestro entorno cercano, De Jesús revela que la figura del arbitraje ha experimentado un desarrollo notable en los países de Latinoamérica, esto debido a la apertura de los Estados para modificar sus legislaciones relativas a la materia:

El derecho del arbitraje comercial internacional en América Latina ha evolucionado de manera espectacular en los últimos treinta años. En el ámbito interno, la mayoría de los países latinoamericanos han hecho sus mejores esfuerzos para procurarse un derecho moderno del arbitraje comercial internacional, inspirándose de manera más o menos fiel de la

²⁸ ANDRADE, Xavier, “Las ventajas del arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana”, *Revista de Derecho Comparado*, N° 11, 2005, 131-156, p. 139.

²⁹ CUNIBERTI, *Beyond...*, p. 469. (Traducción libre).

³⁰ CUNIBERTI, *Beyond...*, p. 418.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³¹.

Con respecto a la crítica hacia el *default arbitration*, esta se centra en la falta de legitimidad que tendrían los tribunales arbitrales. Según el autor, esta idea parte desde la errónea creencia que el arbitraje es “una criatura del consentimiento”, por lo que solo cuando las partes acuerden recurrir al arbitraje, esta tendrá legitimidad:

La primera crítica en contra del arbitraje como un modo predeterminado para la resolución de disputas comerciales internacionales es la falta de legitimidad de los tribunales arbitrales privados. Intuitivamente, parece que la legitimidad de los tribunales nacionales es tan fuerte que, acudir a un modo de resolución de disputas considerado como "alternativo", en ausencia de un acuerdo entre las partes para tal efecto, está destinado a fracasar³².

CUNIBERTI argumenta que, en un contexto internacional, los tribunales nacionales son los que disminuyen su legitimidad, mientras que los tribunales arbitrales, en muchas ocasiones, afianzan su legitimidad. Esto demostrado por medio de teorías, a partir de las cuales las cortes norteamericanas se fundamentan.

La primera de ellas es *democratic legitimacy*, la cual es irrelevante en el arbitraje internacional, ya que las partes pertenecen a Estados distintos; por ende, no gozan de las mismas exenciones políticas. Segundo, respecto al *technocratic legitimacy*, este se afianza en el arbitraje porque los árbitros al estar más especializados en la materia que concierne a la controversia, las decisiones que estos tomen estarán ligadas a lo que la ley exprese. Tercero, en torno al *procedural legitimacy*, los árbitros superan a los jueces debido a que, como se mencionó, el procedimiento arbitral posee mayor neutralidad en un contexto internacional. Por último, el *participative legitimacy* en el arbitraje es superior

³¹ DE JESÚS, Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, N° 1, 2009, 29-80, p. 30.

³² CUNIBERTI, *Beyond...*, p. 439. (Traducción libre).

que, en la justicia estatal, puesto que las partes pueden escoger a los árbitros que diriman sus conflictos³³.

B. Posición de Fabio Núñez del Prado

Como se mencionó al inicio de este capítulo, Fabio Núñez del Prado es otro de los autores que apuesta por el *default arbitration*. Así plantea que, en el Perú, el arbitraje sea *default jurisdiction* para las controversias patrimoniales, siempre y cuando las partes involucradas puedan asumir los costos que el proceso arbitral genere. De modo que, solo acudirían al Poder Judicial quienes lo pacten o no puedan solventar los gastos del proceso arbitral. Asimismo, al igual que Cuniberti, en su modelo, el arbitraje perdería su naturaleza contractual.

Inicialmente, se menciona que el arbitraje no tiene naturaleza contractual ni jurisdiccional sino praxeológica, en otras palabras, es resultado de la acción humana y no de un diseño humano³⁴. Bajo esa premisa, esta figura no posee carácter contractual, toda vez que el arbitraje no deja de existir sin el consentimiento de las partes, por ejemplo, como ocurre en el arbitraje obligatorio con el Estado peruano³⁵. Tampoco se fundamenta en la teoría jurisdiccional, ya que, si bien la Constitución enviste a los árbitros de una función jurisdiccional distinta a la de los jueces, el arbitraje no existe debido a esta³⁶.

Para NÚÑEZ DEL PRADO, el contractualismo del arbitraje es visto como una desventaja para la institución. Esto debido a los problemas que ha creado su consideración, entre ellos, por ejemplo, la existencia de laudos contradictorios, inejecutables o arbitrarios, el sacrificio del consensualismo en la práctica, la posibilidad que tienen las partes para objetar la competencia del tribunal arbitral, la creación de figuras alambicadas para pelear la deficiencia del sistema (principio de separabilidad, *kompetenz-kompetenz* y teorías de partes no signatarias) y la omisión de controversias arbitrales como litigios de

³³ CUNIBERTI, *Beyond...*, pp. 440-451.

³⁴ NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio, *La tragedia del consentimiento: Hacia una reforma del sistema de justicia en que el arbitraje sea la jurisdicción por defecto*, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2019, p. 79.

³⁵ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 77.

³⁶ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 69.

responsabilidad civil extracontractual y reales sobre bienes muebles o inmuebles³⁷.

Otro de los argumentos, a partir de los cuales se pretende defender la consagración del arbitraje como jurisdicción por defecto, radica en la idea de libertad que está ligada con esta institución. Primero, se reconoce que la libertad es el fundamento de un Estado de Derecho y, por consecuencia, de un sistema jurídico³⁸. Asimismo, NÚÑEZ DEL PRADO sostiene que el contractualismo del arbitraje es responsable, a su vez, de la negación de la libertad, puesto que este es un fenómeno constructivista y socialista. Es constructivista, en vista de que el legislador no puede crear un diseño que satisfaga todas las necesidades y expectativas de las partes³⁹. También, es socialista, toda vez que el contractualismo ha hecho que el Estado se atribuya prerrogativas que, en realidad, conciernen a los privados. Lo que ha ocasionado que haya una falsa creencia que presupone que el Estado está por encima de la justicia privada⁴⁰.

Desde otra perspectiva, en una visión económica, existen tres razones por las cuales la justicia debe privatizarse, lo que a su vez implica la consagración del arbitraje como *default jurisdiction*.

La primera razón gira en torno al *default rule*, el cual ha sido argumentado en la teoría económica del sistema del *common law* como aquella que tiene como fundamento a lo que la mayoría quiere; así al ser el arbitraje el mecanismo preferido para la resolución de disputas en materia patrimonial se cumple con que este deba ser el *default rule*⁴¹.

La segunda razón se basa en la primera formulación del teorema de Coase, el cual establece que, si los costos de transacción son bajos, la regulación del Estado es innecesaria⁴². Esta situación ocurre en materia contractual en la cual los costos no son significantes, habida cuenta que las partes pueden libremente

³⁷ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, pp. 84-104.

³⁸ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, pp. 167-168.

³⁹ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 178.

⁴⁰ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 177.

⁴¹ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 108.

⁴² NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 114.

acordar sus necesidades y expectativas⁴³. Por esta razón, las controversias patrimoniales deben estar en manos de los privados, en tanto son los individuos los que gozan de autonomía para decidir la solución más eficiente⁴⁴.

Por último, la tercera razón es acerca de la consideración de la justicia patrimonial como bien privado frente a las controversias contractuales. Primero, la justicia es un bien porque se va a encargar de satisfacer la necesidad de administrar justicia. Segundo, es privada, ya que las controversias contractuales se caracterizan por poseer rivalidad en el consumo y bajos costos de exclusión⁴⁵. A partir de ello, para su confirmación como bien privado, se notifica que en la resolución de disputas contractuales solo se benefician los particulares y no es necesario invertir recursos para excluir a un tercero⁴⁶.

Finalmente, como resultado de no catalogar a la justicia patrimonial como un bien privado, las consecuencias han sido las siguientes: litigantes que no internalizan los costos sociales y de servicios; se ha incentivado el *free-riding* (las personas tienden a litigar más); las cortes han sobreexplotado como resultado de la “tragedia de comunes”; la carga procesal se ha acentuado y ha retrasado los procesos; y, los jueces carecen de incentivos para ser eficientes⁴⁷. En el *default jurisdiction*, al ser un modelo que consideraría a la justicia patrimonial como un bien privado, los litigantes serían los que internalizarían los costos.

IV. VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR ARBITRAJE POR DEFAULT EN EL PERÚ

Después de haber presentado el escenario actual del arbitraje en el Perú en el capítulo II; así como las propuestas de autores como Cuniberti y Núñez del Prado para consagrar al arbitraje como mecanismo para la resolución de controversias por *default* en el capítulo III. En el presente capítulo, se realizará el análisis de tales modelos formulados, tomando en consideración a su viabilidad en el contexto peruano actual.

⁴³ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 115.

⁴⁴ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 116.

⁴⁵ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 126.

⁴⁶ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 127.

⁴⁷ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 139.

Uno de los puntos fundamentales a tratar es acerca del quebrantamiento del consentimiento para acceder a la justicia arbitral. Esta propuesta es argumentada tanto por Cuniberti como Núñez del Prado. En primera instancia, en un plano internacional, es un hecho indiscutible que el arbitraje comercial sea la vía más utilizada para la resolución de disputas de estos últimos años. Además, que la mayoría de los contratos en materia societaria contenga un convenio arbitral, lo que ha influenciado en el éxito de esta figura al estar enfrentado ante vías judiciales que presentan marcadas deficiencias: lentitud, insuficiente especialización o corrupción. Por ejemplo, a partir de este último, el hecho de que las partes acudan al arbitraje por la desconfianza que genera la justicia estatal debido al riesgo de ser tratados con poca neutralidad.

Ahora, en el supuesto que este modelo se pretenda adecuar en el país, la pregunta radicaría si es que el ordenamiento jurídico peruano estaría preparado para efectuar tales cambios normativos. Uno de ellos que la Convención de Nueva York pierda sus efectos en Perú, puesto que el consentimiento está regulado en la norma. Vale discutir si es que esta determinación implicaría un decrecimiento o no en la elección del país como un lugar atractivo para arbitrar, dado que hasta la fecha ningún país en la región ha consagrado el *default arbitration*. Es indudable la relevancia que tiene la Convención en el mundo arbitral internacional, por ello el contenido del resto de los artículos que regulan la justicia arbitral internacional, a modo de ejemplo, el reconocimiento de laudos extranjeros estaría en riesgo de disiparse. En el mismo sentido que, en el plano nacional, el modelo propuesto por Núñez del Prado traería como consecuencia la modificación de ciertos artículos del Decreto Legislativo N° 1071.

Otra de las razones por las que rechazamos la pérdida del consentimiento es debido a que suscribimos que la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual. Y es que, por medio del convenio arbitral celebrado por las partes, se inicia y autoriza el proceso arbitral. Por ello es que el arbitraje sin el acuerdo de voluntades de los litigantes y el consentimiento de estos pierde su esencia, y no porque el Estado no le brinde su reconocimiento. En el caso del arbitraje obligatorio con el Estado peruano, no creemos que se sugiera la pérdida del consentimiento. Pues, el Estado tiene el deber de colocar el convenio arbitral en

el contrato, así los proveedores al expresar su voluntad de celebrarlo lo hacen conociendo que el arbitraje será la vía para la resolución de posibles conflictos⁴⁸.

Consideramos que la importancia del pacto no solo se basa en que sea el origen del arbitraje, sino también porque parte de su éxito se debe a ella. Esto último, dado que permite que las partes delimiten la clase de arbitraje, la sede, el idioma o los plazos. Y es que estos no se desvinculan o son efectos extrínsecos al convenio arbitral, en realidad, han sido el primer peldaño para exponer las ventajas de la institución. Es más, no contemplamos que la naturaleza del arbitraje sea praxeológica, pues no creemos que el orden de espontaneidad y la libertad del individuo sean suficientes motivos para explicar el origen de la institución. Es cierto que sea expresión de la autonomía privada, pero es por intermedio del acuerdo de voluntades que esta condición se consolida.

Estimamos que el diseño que propone Núñez del Prado para modificar el arbitraje en el Perú, sin tomar en consideración la supresión de la naturaleza contractual del arbitraje, traería grandes ventajas. Entre las modificaciones que juzgamos que serían viables, se encuentra la pérdida de la confidencialidad del arbitraje (con la intención de promover de transparencia en la institución) y la publicación de laudos para suscitar la creación del derecho comercial⁴⁹. Tal y como advertía Cuniberti, la falta de jurisprudencia en el arbitraje comercial limita a que se perfeccione el derecho, por lo que, con o sin modelo esta medida debería evaluarse a fin de que los procesos arbitrales sean más provechosos.

No obstante, no concordamos con dos de las externalidades de la propuesta: la existencia de un centro de arbitraje concesionado, y la creación de más centros de arbitraje para la promoción de su competencia. Del primer supuesto⁵⁰, se cuestiona que este centro cuente con oficinas en todas las provincias, dado que, si bien se espera que estos sirvan como medios descentralizadores de justicia, la realidad es muy distinta. Pues, en materia comercial, el arbitraje en provincias no está en boga como se creería, en palabras del ex secretario del Centro de

⁴⁸ CUEVAS, Carlos, “El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, *Cathedra*, N° 8, p. 203, cit. por CASTILLO, Mario – SABROSO, Rita, “El arbitraje del Estado peruano”, *Ius et Veritas*, Vol. 21, N° 43, 2011, 140-149, p. 147.

⁴⁹ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 248.

⁵⁰ NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 258.

Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima se formula que:

El arbitraje es una realidad en todo el Perú, al menos en el campo de los contratos públicos; el reto es que lo sea también en el campo comercial, con una buena práctica arbitral y una respuesta positiva de las cortes de esas ciudades⁵¹.

Del mismo modo, en el segundo supuesto⁵² que está dirigido a la creación de más centros de arbitraje para todos los estratos socioeconómicos con la finalidad de difundir este mecanismo. Esta propuesta ya ha sido atendida y, como se mencionó en el capítulo II, está regulada en la Ley Peruana de Arbitraje. Así, en el arbitraje popular, se resuelven conflictos derivados del derecho de propiedad, posesión, de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición, a costos asequibles⁵³. Por tal motivo, es necesario evaluar si es que la creación de más centros arbitrales resultaría fructífera, tomando en cuenta que el Centro de Arbitraje Popular “Arbitra Perú” del Minjurdh está dirigido para las pequeñas empresas, los consumidores y la ciudadanía en general. Es decir, para aquellos que no pueden pagar los exorbitantes costos de un arbitraje. Es pertinente cuestionar si es que resultaría más útil invertir en este tipo de programas o cambiar por completo el *statu quo*; teniendo presente que, en el *default arbitration*, se confiaría ciegamente a la libre competencia los precios y la calidad del servicio.

Sobre el último punto es que surge otro de los cuestionamientos a la propuesta, si el arbitraje se convierte en la vía *default*, se necesitará que haya más árbitros capacitados. Según Cantuarias, con respecto al funcionamiento del arbitraje en el país estima lo siguiente: “*El gran problema del Perú es que no sabemos arbitrar. No tenemos la menor idea y lo que hacemos es duplicar el absurdo*”.

⁵¹ IUS ET PRAXIS, “Los desafíos del arbitraje en el Perú: entrevistas a Roger Rubio Guerrero, Augusto Ferrero Costa y Oswaldo Hundskopf Exebio”. *Ius et Praxis*, N° 44, 2013, 253-276, p. 257

⁵² NÚÑEZ DEL PRADO, *La tragedia...*, p. 269.

⁵³ Estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia de 11 de febrero de 2009 (Perú), Art. 1.

*sistema judicial peruano con todas sus taras, con todos sus puntos muertos, con todas sus tonterías. Eso no es arbitraje*⁵⁴.

En ese mismo orden de ideas, resulta primordial aterrizar la idea de que el arbitraje en el Perú no es la panacea. Tiene sus problemas y como tales necesitan ser resueltos, para ilustrar, actualmente poco se conoce de la calidad de laudos que ejecutan los árbitros peruanos. Por ello es que anteriormente mencionamos que la pérdida de la confidencialidad sería un gran avance para el arbitraje. A partir de ello es que concebimos que consagrar al arbitraje como mecanismo *default* antes que ocuparse en sus taras, sería contraproducente para el sistema de justicia en el Perú. Esencialmente porque peligraría el acceso a la justicia eficiente, ya que el riesgo de que el arbitraje se transforme en un modelo que presente igual o en menor cuantía problemas como el Poder Judicial no sería ilusorio.

Finalmente, otro punto que tanto Cuniberti y Núñez del Prado tratan es acerca de la internalización de los costos por parte de los litigantes. Esto debido a que la justicia sería privatizada, por ende, el modelo se limitaría solo para aquellos que puedan solventar los costos de un arbitraje que generalmente resultan ser cifras muy altas y que están destinadas a ser pagadas por individuos que gozan de un nivel socioeconómico favorable. No puede pasar desapercibido que la justicia peruana se dividiría en dos grupos: aquellos que pueden acceder a una justicia eficiente y otros que no. Se puede contrargumentar que esto ya ocurre, pero la diferencia radicaría en que el arbitraje se convertiría en la regla y, como consecuencia, la justicia privada también. En otras palabras, se trasladaría las exigencias y los principios que son ahora atribuidos a la función jurisdiccional del Estado al arbitraje. Así, el Estado de Derecho que, en un primer punto, se quiso defender encontraría su rémora en el trato discriminatorio hacia los grupos más vulnerables⁵⁵.

⁵⁴ LIMAS, Sherin, “Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?”, *Derecho & Sociedad*, N° 46, 2007, 485-497, p. 486.

⁵⁵ LA ONU Y EL ESTADO DE DERECHO, “Acceso a la justicia y las instituciones de los Estados de Derecho”, 19/02/19, disponible en <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/>

Valoramos que la intención sea que se encamine mejor los impuestos de los contribuyentes que, hoy en día, se destinan, por ejemplo, a procesos judiciales a cargo de grandes empresas o bancos. Pero, el punto es que en la otra cara de la moneda se enfrenta hacia un modelo que agudiza un trato excluyente para ciertos sectores de la población. Estimamos que programas como “Arbitra Perú” deben ser incentivados, en la medida que permite a las grandes mayorías acceder a la justicia en un periodo corto de tiempo y a través de costos accesibles. De tal forma que no sería prioridad establecer el *default arbitration*.

V. CONCLUSIÓN

Concluimos que el arbitraje en el Perú, según el Tribunal Constitucional mediante precedentes vinculantes, establece que esta institución jurídica goza de naturaleza jurisdiccional. Asimismo, pese a los debates generados por esta controvertible decisión, es necesario reconocer que esta atribución del legislador surge como respuesta a la necesidad de brindarle mayor seguridad jurídica al arbitraje. Adicionalmente, se mencionó la clasificación del arbitraje, así como la implementación del arbitraje popular en el Decreto Legislativo N° 1071.

De igual modo, identificamos que como resultado del auge del arbitraje en materia comercial internacional y patrimonial respectivamente es que autores como Gilles Cuniberti y Fabio Núñez del Prado han planteado modificar el *statu quo* del sistema de justicia. Después de conocer sus argumentos y coincidir, así como contrastar algunas ideas es que podemos dilucidar que la alteración del modelo actual del arbitraje en el Perú no sería viable. Nuestra postura se ciñe a que no creemos que el consentimiento tenga que alejarse del arbitraje para que el modelo sea posible. También que los cambios normativos que se tengan que efectuar sean convenientes, contemplando que el arbitraje presenta taras en su funcionamiento en la actualidad. Y, esencialmente, porque este no es prioritario, pues más que dar un paso hacia al *default arbitration*, se deberían solucionar ciertos problemas que se han suscitado en la institución a lo largo de los años.

Reflexiones sobre la aplicabilidad de las cauciones por costos arbitrales (*security costs*) en el derecho arbitral peruano

Omar Andrés Mestanza García*

Resumen- Las medidas provisionales o cautelares de cauciones por costos arbitrales buscan que el reclamante otorgue una garantía en caso de que el eventual laudo lo condene al pago de costas y costos de arbitraje. Estas medidas suelen ser adjudicadas cuando resulta probable que el reclamante no dispondrá de los fondos para soportar una condena en costas arbitrales.

El presente artículo busca analizar la aplicabilidad de las cauciones arbitrales en el derecho arbitral peruano, desde la perspectiva de la función disuasiva de la asignación de costos arbitrales. En ese sentido, en este artículo se analizarán cuáles son los elementos que la casuística arbitral presenta cuando se analizan cauciones por costos arbitrales y se estudiará cuál es la habilitación legal que tienen los árbitros para dictar este tipo de medidas.

Abstract- Interim or precautionary measures of security of costs have like objective to commit the claimant to provide a guarantee in the event that an award is rendered against him for the payment of arbitration costs and expenses. These measures are usually dictated when it is probably that the claimant won't have the funds to support an award of arbitration costs.

This article seeks to analyze the applicability of security for costs in Peruvian arbitration law, since the perspective of the deterrent function of the allocation of arbitration costs. In this sense, this article will analyze the elements that the arbitral case law presents when security for cost are analyzed and we will study

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: omestanzagarcia@gmail.com

what is the legal authorization that arbitrators have to issue this type of measures.

I. INTRODUCCIÓN	417
II. LA FUNCIÓN DISUASIVA DE LA CONDENA EN COSTOS ARBITRALES.....	419
III. LAS CAUCIONES POR COSTOS ARBITRALES	428
IV. LA HABILITACIÓN LEGAL BAJO DERECHO PERUANO PARA CONCEDER CAUCIONES POR COSTOS ARBITRALES	440
V. CONCLUSIÓN.....	446

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas idóneo generalmente para las controversias de índole comercial de considerable complejidad en la disputa. En él, las partes no solamente buscan solucionar sus controversias, sino que éstas sean dirimidas por expertos en la materia de fondo, bajo una administración flexible y eficiente de los tiempos y etapas, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto, así como las características de las partes en controversia.

Durante el arbitraje pueden presentarse circunstancias especiales que pongan en peligro la eficacia del procedimiento o laudo arbitral, sea porque no se encuentren garantizadas las condiciones para que el arbitraje transcurra sin inconvenientes o sea porque la decisión final de los árbitros no pueda ejecutarse. Los árbitros tienen que actuar rápidamente para que el arbitraje no se convierta en un trámite infructuoso. Los mecanismos pertinentes para ello son las medidas provisionales o cautelares.

Normalmente, las medidas provisionales o cautelares son solicitadas por la parte demandante, quien es la principal interesada en que el laudo arbitral sea ejecutable, buscando proteger que el patrimonio de su deudor sea suficiente para

enfrentar la futura condena. Sin embargo, en algunos casos, la parte demandada puede tener interés en proteger el patrimonio de la demandante.

Esto podría ocurrir cuando el laudo arbitral vaya a pronunciarse sobre la condena de costos y costas arbitrales, ante lo cual, la parte demandada, tras considerar que la demandante debe asumirlos íntegramente, busque obtener las medidas provisionales o cautelares necesarias para que la demandante cumpla eventualmente con dicho pago, garantizándose que tenga un patrimonio suficiente para que pueda soportar la futura condena en costos arbitrales, la que en algunos arbitrajes puede llegar a sumas significativas.

En este sentido, en la práctica arbitral internacional este tipo de medidas provisionales o cautelares son denominadas *security for costs* o “*cauciones por costos arbitrales*”. Estas medidas provisionales o cautelares constituyen una *garantía* en favor del demandado de que la condena en costos arbitrales contenida en el laudo arbitral será soportada por el demandante. A través de ellas, los árbitros exigen al demandante una garantía dineraria o real para cubrir la eventual condena de los costos arbitrales, permitiendo así que el demandado encuentre una vía segura para cobrarlos en la vía de ejecución del laudo arbitral.

En esta breve investigación, estudiaremos la funcionalidad de las cauciones por costos arbitrales desde la perspectiva de la función disuasiva de la asignación de costos arbitrales, cuáles son los elementos que la casuística arbitral considera para otorgar este tipo de medidas provisionales o cautelares y, finalmente, si los árbitros cuya *lex arbitri* sea la peruana cuentan con una habilitación legal – expresa o implícita – para concederlas.

En este sentido, es importante realizar dos advertencias de carácter metodológico. La primera, es que resulta pacífico reconocer que nuestra legislación arbitral se inspiró en la *Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje*, de modo que ésta será considerada como una referencia necesaria en nuestras conclusiones. La segunda, es que nuestras premisas y conclusiones solamente serán aplicables a un arbitraje comercial, mas no a los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, o los arbitrajes de inversión, pues estos pueden tener una filosofía distinta a la de los arbitrajes comerciales.

En esa línea, en primer lugar, estudiaremos la función disuasiva de los costos arbitrales en nuestro régimen arbitral peruano. Seguidamente, estudiaremos la

funcionalidad de las cauciones de costos arbitrales. Finalmente, estudiaremos si los árbitros sometidos al derecho peruano cuentan con una habilitación expresa o implícita para otorgar este tipo de medidas.

II. LA FUNCIÓN DISUASIVA DE LA CONDENA EN COSTOS ARBITRALES

Litigar, a veces, puede costar muy caro. Cuando una empresa evalúa demandar a otra, no solamente debe tener en cuenta sus probabilidades de éxito en el caso, sino qué tan caro le resultará el arbitraje, evaluando los honorarios de los árbitros, los gastos del centro de arbitraje, así como alguna actuación especial que las circunstancias del caso concreto puedan requerir.

En el derecho arbitral estos gastos son denominados costos y costas del arbitraje¹. Los costos y costas en el arbitraje suelen incluir los honorarios del tribunal arbitral, los gastos administrativos del centro de arbitraje y, dependiendo de la legislación, los honorarios de defensa en los que las partes razonablemente incurrieron. También incluyen los gastos de las pruebas que el tribunal arbitral haya ordenado actuar en el arbitraje a fin de esclarecer los hechos y el derecho, entre otras cuestiones².

¹ DE TRAZEGNIES, Carolina, “Comentarios al artículo 70 de la Ley peruana de arbitraje”, en SOTO COAGUILA, Carlos – BULLARD, Alfredo (Coord.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. I, Instituto Peruano del Arbitraje, Lima, 2010, p.788. (“*Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje propiamente dichos. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral.*”).

² Sin embargo, es discutible en la práctica cuál es el alcance de las costas y costos del arbitraje, ya que, la Ley de Arbitraje en su artículo 70 dispone que, además de los conceptos establecidos en éste, estarán comprendidos también “*los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales*”, lo que finalmente será establecido por los árbitros. Por ejemplo, no es claro si, los sueldos de los supervisores de obra que tengan que reconstruir la correspondencia en una disputa de construcción y

Existen varias reglas para decidir cuál de las partes asumirá los costos en un arbitraje³. A falta de acuerdo entre las partes, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, ‘Ley de arbitraje peruana’), ha optado por la regla denominada *follow the event* (siguen el evento), que consiste en que los costos serán asumidos por la parte vencedora, la cual puede ser morigerada por el tribunal arbitral, en razón de las circunstancias del caso⁴, cuya regla está inspirada en la Ley modelo UNCITRAL⁵. Los reglamentos de arbitraje también suelen incluir reglas específicas sobre el particular⁶.

La distribución de los costos y costas tiene un objetivo valioso en el procedimiento arbitral. A través de ella, los árbitros pueden influir positivamente el comportamiento procesal de las partes, creando incentivos eficientes para que estas colaboren adecuadamente con el procedimiento

por ello inviertan más horas que su jornada habitual, forman parte de los costos recuperables. Tampoco es claro si los gastos incurridos por las partes para contratar a peritos o expertos son recuperables.

³ HANOTIAU, Bernard, “The parties costs of arbitration”, en DERAIS, Yves & KREINDLER, Richard (Ed.), *Evaluation of damages in international arbitration*, Vol. 4, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2006, p. 220. (“*One is to order that all the costs be borne by one of the parties, normally the losing party. This is often the case in England where it is said that “costs follow the event”. Another approach, which seems to prevail in Germany, Switzerland and Austria in particular, is the allocation of costs in proportion to the outcome of the case, taking into consideration the relative success of the claims and defences. A further possibility is to require that the costs be shared equally by the parties or that they each bear their own costs. The arbitrators may also consider that administrative costs and arbitration fees and expenses, on the one hand, and legal and other possible expenses, on the other hand, should be treated differently.*”).

⁴ Ley de arbitraje, Artículo 73 (1) (2) (3)

⁵ El Reglamento de arbitraje de UNCITRAL establece lo siguiente en su artículo 42: “1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. 2. El tribunal fijará en el laudo final, o si lo estima oportuno, en otro laudo, la suma que una parte pueda tener que pagar a otra a raíz de la decisión sobre la asignación de costas.”

⁶ Véase las reglas específicas que contienen los reglamentos de los centros de arbitraje de la CCL, CARPUCP y AMCHAM.

arbitral, procurando que no realicen tácticas obstruccionistas, y respetando en todo momento la buena fe procedimental en el arbitraje.

Sobre el particular, Francisco Gonzalez de Cossío ha señalado: *“El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Las costas en arbitraje generan incentivos”*⁷. De este modo, los costos no solo sirven para sancionar la conducta de mala fe, sino también para premiar a la parte que supo comportarse durante todo el arbitraje.

Así pues, consideramos que una adecuada distribución de costos en el arbitraje puede marcar el derrotero del comportamiento de las partes durante el procedimiento arbitral, ya que la condena en dinero haría que las partes reflexionen concienzudamente sobre los reclamos y conductas que tendrán durante el arbitraje, evitando que éstas sean consideradas por los árbitros como obstruccionistas o irrazonables y sancionadas a través de los costos arbitrales.

Si tenemos presente que la Ley de arbitraje establece como un deber de las partes actuar de buena fe durante todas las actuaciones de arbitraje⁸, podrá

⁷ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 613-614.

⁸ Ley de arbitraje, Artículo 38: *“Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.”* Al respecto, Jiménez Vargas-Machuca reflexiona sobre la línea que define cuándo una conducta contraviene la buena fe: *“Es importante marcar esta línea, por cuanto en un proceso las partes se enfrentan en una batalla en la que es válido el empleo de estrategias destinadas al logro de los resultados perseguidos, y será el árbitro quien deba determinar si ha habido trasgresión del principio de buena fe procesal en el ejercicio de ese derecho adversarial, esto es, si se ha respetado el fair play procesal. Y los límites del ejercicio antisocial de los derechos a actuaciones al interior de un proceso arbitral son ciertos derechos fundamentales de contenido procesal. Se desnaturaliza el legítimo derecho de defensa procesal frente al antagonista cuando se vulnera un derecho fundamental de este último, cuando el derecho a la tutela efectiva, la igualdad, a la defensa, a un proceso sin dilaciones indebidas, a probar, etc., mediante actos que configuran abuso procesal, fraude a las normas del proceso arbitral, o ir contra los propios actos. [...] Como se aprecia, la norma establece de modo expreso, claro y conciso que las partes*

decirse que la condena en costos arbitrales funciona como una sanción contra aquella parte que incumpla el contenido específico del referido deber frente al tribunal arbitral y la otra parte, de modo que la posibilidad de ser condenado a los costos incentive a las partes a comportarse de forma adecuada en el arbitraje.

Esta acotación aplicaría tanto para los demandados como para los demandantes, pues es usual encontrar en la práctica arbitral reclamos o conductas procedimentales *frívolas* por parte de aquellos, que tienen como finalidad asfixiar financieramente a la contraparte, sorprender a los abogados de los demandados con tácticas obstruccionistas, o dilatar el procedimiento arbitral, haciendo que estos inviertan una considerable suma de dinero y tiempo en contestar tales reclamos, tratando de distraer a los árbitros de los asuntos de fondo. Estas prácticas de mala fe son denominadas en el arbitraje como *tácticas de guerrilla*⁹.

Sobre la función disuasiva de los costos arbitrales, la doctrina arbitral ha señalado que no solo beneficia a que las partes se comporten en buena fe, sino que ayuda a mejorar la reputación de los árbitros y, en consecuencia, del sistema arbitral:

del proceso arbitral tienen la obligación de colaborar en el desarrollo del arbitraje, entendiéndose que con desarrollo del arbitraje se refiere al desarrollo óptimo del mismo, a fin de que logre sus fines. Siendo una obligación, ésta es plenamente exigible por el tribunal arbitral. La falta de colaboración en el proceso constituye una inconducta, la misma que, al igual que toda conducta de mala fe procesal, configura el señalado abuso procesal.” En: VARGAS JIMÉNEZ-MACHUCA, Roxana, “Comentarios al artículo 38 de la Ley de arbitraje”, en SOTO COAGUILA, Carlos – BULLARD, Alfredo (Coord.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. I, Instituto Peruano del Arbitraje, Lima, 2010, pp. 1060-1070. En el proceso civil, el Código Procesal Civil también regula el deber de las partes de actuar en buena fe. Código Procesal Civil, Artículo 109: “*Son deberes de las partes, Abogados y apoderados: 1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso. 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales [...]”*.”

⁹ ROWLEY, William J., “Guerrilla tactics and developing issues”, en GUNTHER, J. Horvat & WILSKE, Stephan (eds.), *Guerrilla tactics in international arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 28, 2013, pp. 20-30.

Por lo tanto, las cuestiones de si los tribunales arbitrajes tienen autoridad para imponer sanciones en materia de costes en casos de conducta dilatoria de las partes, y en qué medida, son de gran importancia práctica en el arbitraje internacional. Las sanciones de costes, que el tribunal impone a una parte en caso de comportamiento procesal irrazonable, son una técnica vital y ampliamente discutida para garantizar una gestión eficiente de los casos. [...] Abordar las posibles sanciones por tácticas de guerrilla desde el principio y aplicarlas mediante sanciones de costes durante el procedimiento no sólo puede incentivar a las partes a resolver sus disputas de forma más eficiente, sino que también puede beneficiar al árbitro a largo plazo: la reputación de un árbitro se basa, entre otras cosas, en su capacidad de dirigir el arbitraje de forma eficiente. Por lo tanto, los árbitros también tienen un incentivo personal para asegurarse de que el procedimiento de arbitraje que están llevando a cabo no sea “torpedeado” por tácticas de guerrilla. A largo plazo, ese incentivo personal puede tener un impacto positivo en el sistema global de arbitraje en su conjunto, ya que sirve para eliminar las críticas que enfrenta actualmente el arbitraje.¹⁰

Si bien la Ley de arbitraje establece una regla de morigeración de la condena en costos arbitrales, lo que podría permitir a los árbitros hacer uso de la función disuasiva de los costos arbitrales, consideramos que sería una práctica saludable establecer desde las reglas de arbitraje que los árbitros tendrán en cuenta la conducta de las partes en la condena de costos arbitrales¹¹, lo que permitiría que

¹⁰ Traducción libre. ROWLEY, William J., “Guerrilla tactics and developing issues”, en GUNTHER, J. Horvat & WILSKE, Stephan (eds.), *Guerrilla tactics in international arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 28, 2013, pp. 20-30.

¹¹ BERGER, Klaus, “Costs sanctions for delaying tactics in international arbitration”, en: TUNG, Sherlin & FORTESE, Fabricio (eds.), *Finances in international arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*, Kluwer Law International, 2019, p. 18. (“*While the starting point for any decision on the allocation of costs should be the ‘costs follow the event’-formula or other cost allocation rules, Arbitral Tribunals are well-advised to indicate from the outset of the proceedings that they will also take the parties’ respective conduct into consideration in making decisions on costs. [...] In fact, the in terrorem effect of allocating costs against the exploitative party works best when the possibility of the use of such sanctions is made clear early in the proceedings. Sanctioning abusive behaviour only after the fact, i.e., without addressing the issue early on in the proceedings might come ‘a day late and a dollar short’ and could potentially be an indication of an arbitrator’s lack of control over the proceedings. Thus, informing the*

aquellas interioricen desde el inicio que sus actuaciones tendrán una recompensa o sanción en el laudo.

De hecho, el reporte de la Cámara de Comercio Internacional denominado “*ICC Comission report: Controlling time and costs in arbitration*”¹², recomienda que se informe a las partes que su conducta tendrá un impacto en la condena de costos y costas:

La asignación de costes puede ser una herramienta útil para fomentar un comportamiento eficiente y desalentar comportamiento irracional. De acuerdo con el artículo del del Reglamento, el tribunal arbitral tiene la facultad de adjudicar de las costas de la manera que considere oportuna. Se indica expresamente que, al tomar sus decisiones sobre las costas, el tribunal puede tomar en consideración la medida en que cada parte ha conducido el arbitraje de manera rápida y eficaz en función de los costos. y rentable. El tribunal debe considerar la posibilidad de informar a las partes a las partes desde el inicio del arbitraje (por ejemplo, en la conferencia de gestión del caso) que tiene la intención de tener en cuenta la forma en que cada parte de cada una de las partes en el procedimiento y sancionar cualquier comportamiento irrazonable de una de las partes a la hora de decidir sobre las costas. El comportamiento irrazonable puede incluir exceso de solicitudes de documentos, exceso de argumentos jurídicos excesiva argumentación jurídica, repreguntas excesivas, tácticas dilatorias tácticas dilatorias, reclamaciones exageradas, incumplimiento de las órdenes procesales, solicitudes injustificadas de medidas cautelares y el incumplimiento injustificado del calendario procesal. calendario procesal.¹³

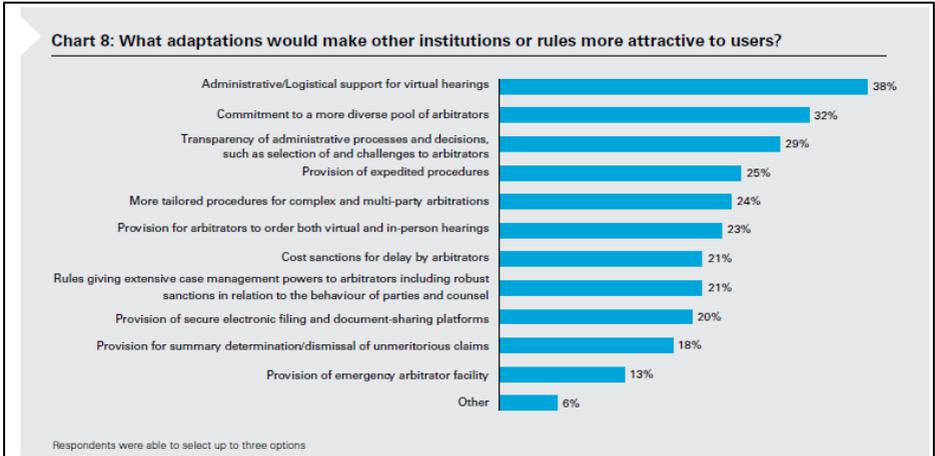
En ese sentido, el derecho arbitral debe velar porque la condena en costos arbitrales pueda ejecutarse, de lo contrario, no cumpliría con su función de desincentivar conductas *frívolas*. El reporte elaborado por la universidad Queen Mary, University of London, denominado “*2021 International Arbitration*

parties at the outset of the proceedings that the tribunal reserves the right to take adverse cost decisions in order to sanction unreasonable procedural behaviour can serve as an effective deterrent of dilatory tactics”)

¹² Disponible en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>.

¹³ Traducción libre.

*Survey: Adapting arbitration to a changing World*¹⁴, muestra que sigue siendo una exigencia constante de los usuarios del arbitraje que se impongan sanciones en costos efectivas para desincentivar la comisión de prácticas dilatorias de mala fe:



Por ello, nos interesa desarrollar si la Ley de arbitraje cuenta con mecanismos adecuados para que la asignación de las costas y costos arbitrales cumpla con su función *disuasiva* del comportamiento de las partes. Esto, con la finalidad de analizar luego si las medidas de cauciones por costos arbitrales permitirían coadyuvar la correcta asignación de costas y costos en el derecho arbitral peruano.

La Ley de arbitraje peruana contiene reglas específicas para que los costos arbitrales sean provisionados ante el centro arbitral. El artículo 72 de la Ley de arbitraje peruana establece que cada parte deberá efectuar el anticipo de los costos arbitrales, referidos únicamente a los gastos del centro y honorarios del tribunal arbitral, en el momento posterior a la constitución del tribunal arbitral, pudiendo ser posteriormente ampliados, de ser necesario.

¹⁴ Disponible en el siguiente enlace: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>.

El artículo 72 señala que “*el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70*”. Sin embargo, la finalidad de los anticipos de los costos arbitrales no es concretizar la función disuasiva de estos, sino adelantar el pago de los servicios realizados por los árbitros, de manera que, si las partes se negasen a cumplir con tales anticipos, aquellos puedan ejercer los remedios correspondientes, en atención de la naturaleza jurídica de la relación entre los árbitros y las partes. Con relación a este aspecto, la doctrina nacional ha reflexionado lo siguiente:

Al tratarse, pues, de un contrato oneroso de prestación de servicios, en la medida en que las partes no sufraguen los honorarios del tribunal arbitral, el tribunal tendrá todas las facultades para suspender su ejecución. Esto no es otra cosa que la debida aplicación de lo dispuesto por el artículo 1426 del Código Civil, relativo a la excepción de incumplimiento. Dicho numeral señala que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento; y, de igual modo, en este caso estamos en presencia de un contrato con prestaciones recíprocas.¹⁵

Estos anticipos son requeridos en una etapa inicial del arbitraje, no comprendiendo todos los conceptos mencionados en el artículo 70, ya que, en esa oportunidad, las partes no podrán liquidar los honorarios incurridos por su defensa, por ejemplo. Asimismo, es posible que, durante el transcurso del arbitraje, los árbitros, previo pedido de las partes, decidan que un determinado aspecto de la controversia sea decidido a través de un laudo parcial.

Inclusive, también es probable que se requiera alguna decisión previa de los árbitros en el procedimiento arbitral, como la procedencia de una actuación probatoria o una medida cautelar o provisional, lo que también deberá tenerse en cuenta para la asignación de costos y costas.

¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel, *Comentarios a la ley de arbitraje, segunda parte*, Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 1074.

Los costos que no puedan ser anticipados, inevitablemente, tendrán que ser asignados definitivamente en el laudo arbitral final. Es una buena práctica en el arbitraje¹⁶ que los árbitros, antes de declarar el cierre de la instrucción, concedan a las partes un plazo razonable para que estas puedan declarar sus costos por escrito, oportunidad en la cual aquellas deberán desarrollar los conceptos que comprenderán sus costos, los que, dependiendo del acuerdo de las partes o de la decisión del árbitro, podrán o no ser sustentados.

Ahora bien, ¿la anticipación de la provisión de los costos arbitrales permite viabilizar la función *disuasiva* de la asignación de éstos en el arbitraje? Consideramos que no. La función disuasiva de la asignación de los costos arbitrales se cumpliría si la parte que considere comportarse de mala fe *interiorice* que su conducta será efectivamente castigada a través de una asignación de los costos arbitrales. Para que esta interiorización se perfeccione, será necesario que existan las garantías adecuadas para que la condena en pago de los costos arbitrales se materialice.

En nuestra opinión, no sirve de nada que, en abstracto, las partes sepan que su conducta arbitral será castigada o premiada en la condena de costos y costas arbitrales, si no existe una *enforcement* adecuado. Así pues, una parte que actúa en mala fe, aun sabiendo que su conducta puede repercutir negativamente en la condena de costos y costas arbitrales, seguirá comportándose de este modo si no existe una garantía previa de que esa condena será efectiva.

Podría ocurrir que una parte que actuó de mala fe en el arbitraje sea condenada a los costos y costas íntegramente o en una buena proporción. No obstante, es posible que realice actos destinados a desprenderse de su patrimonio para evitar que la condena en costos arbitrales se materialice, evitando así que la condena

¹⁶ Así, por ejemplo, recomienda la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el Informe denominado “*Decisiones sobre costos en el arbitraje internacional*”: “43. *Cualquier laudo final deberá contener las razones de la decisión sobre la distribución de los costos. Para que pueda dictarse una decisión motivada sobre costos, es necesario que los árbitros otorguen a las partes plena oportunidad para que puedan formular alegaciones sobre esta cuestión. Deberán emitirse instrucciones apropiadas sobre el plazo y naturaleza de los escritos sobre costos durante el curso del procedimiento.*” Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-arbitration-adr-commission-report-on-decisions-on-costs-in-international-arbitration-spanish-version.pdf>.

en costos y costas cumpla su función disuasiva y, además, perjudicando a la parte que sí actuó de buena fe durante el arbitraje.

La Ley de arbitraje no cuenta, en abstracto, con este tipo de mecanismos, de modo que sería necesario analizar, caso por caso, cuáles serían los instrumentos de los que los árbitros podrían servirse para que la condena en costos y costas arbitrales cumplan su función disuasiva en el arbitraje.

III. LAS CAUCIONES POR COSTOS ARBITRALES

Desde el derecho romano se puede apreciar la práctica forense de exigir una garantía específica a ciertos sujetos para correr con los gastos que signifique el litigio cuando éste finalice. Las *cautio pro expensis* solía ser exigida a todo demandante extranjero con la finalidad de garantizar los gastos ocasionados por su acción¹⁷. En algunos otros casos, el pretor, autoridad premunida de competencia para resolver los conflictos, exigía al demandado que prometiera el cumplimiento de la sentencia, como la condena en costos y costas, lo que era denominado *cautio judicatum solvi*¹⁸.

En la actualidad, la *cautio judicatum solvi* es una práctica ampliamente utilizada en el sistema jurídico anglosajón, en el que se utiliza la denominación de *security for costs*, aunque tendencialmente se viene incorporando en el arbitraje comercial internacional, y específicamente en jurisdicciones sometidas al sistema de *civil law*¹⁹, lo que no debería ser una sorpresa, en la medida en que tiene sus orígenes en el derecho romano.

¹⁷ ÁLVAREZ, Francisco, “La fianza judicatum solvi”, en MOSCOSO, Alejandro, *30 años de coloquios jurídicos*, 2011, pp. 29-31.

¹⁸ DOMINGO, Rafael, *Elementos de derecho romano*, en Global Law Collection, Pamplona, 2010, p. 12

¹⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, “La financiación de terceros en el arbitraje internacional”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, Nº 2, 2016, p. 216. (“La *cautio judicatum solvi* – *security for cost* en inglés – es una figura ampliamente utilizada en el mundo jurídico anglosajón que, poco a poco, ha venido incorporándose al arbitraje internacional. Esta fianza procesal es una medida cautelar que consiste en que la parte demandada exige al tribunal arbitral que ordene que la parte demandante pague una cantidad de dinero en concepto de fianza con el fin de garantizar que el

Las cauciones por costos arbitrales implican una orden dictada a una parte, usualmente el demandante, para garantizar el pago de una potencial condena en costos que aquél podría ser obligado a efectuar como consecuencia de la emisión del laudo arbitral²⁰. Así, entre nosotros, se ha dicho lo siguiente:

[cauciones por costos arbitrales] consiste en solicitar al Tribunal Arbitral el otorgamiento de una fianza u otro tipo de medida con el fin

solicitante pueda recuperar las costas del arbitral si al finalizar el procedimiento arbitral las pretensiones de la parte demandante son finalmente rechazadas siendo además esta parte condenada a pagar las costas de la otra.”). BORN, Gary, “International Commercial Arbitration”, Third Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 2495. (“Security for costs is a common form of interim relief in arbitrations with their seat in England or Commonwealth jurisdictions, where this type of relief is a routine aspect of domestic litigation. Security for costs is also expressly provided for by the English Arbitration Act, 1996, and some other common law arbitration legislation, as well as in the LCIA Rules, and a few other common law-oriented institutional rules. Express provisions for security for costs are much less common in jurisdictions and arbitral institutions with civil law orientations. Historically, tribunals without English or Commonwealth orientations were skeptical of both their authority to order security for costs and of the wisdom of doing so (sometimes on the basis that security for costs may deprive a party with limited financial means of the opportunity to pursue its claim).”). CILENTO, Chiara & GUTHRIE, Benjamin, “Is Investor-State Arbitration warming up to security for costs?, in Kluwer Blog Arbitration, 18/06/2019, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/18/is-investor-state-arbitration-warming-up-to-security-for-costs/>. (“Security for costs is a type of interim measure which enables a party to post security to cover the legal costs associated with the arbitration (these may include, but are not limited to, attorney’s fees, tribunal fees, as well as administrative costs). Security for costs should not be confused with security for claims, which refers to the security posted for the substantive claims in the arbitration. Security for costs is a form of interim measure typical in England and Wales and other Commonwealth jurisdictions, and is a commonly sought relief in arbitrations seated in such jurisdictions. While security for costs has historically been less common in arbitrations in civil law settings, it appears to have become more common in the recent years. In investor-state arbitration, security for costs was not historically granted until RSM.”)

²⁰ NIEMOJ, Asaf, “Here comes the revolution? Here comes the revolution! Provisional measures under the new proposed ICSID arbitration rules: Where are we heading now?”, en Kluwer Law Arbitration Blog, 2019. (“namely the arbitral tribunal’s ability to order a party, usually the claimant, to guarantee payment of potential future costs he might be ordered to pay to the other side to the dispute.”).

de garantizar la recuperación de las costas del arbitraje si las pretensiones de la contraparte son rechazadas, siendo además esta parte condenada a pagar las costas de la otra.²¹

Consideramos que lo que se busca evitar con las cauciones por costos arbitrales es que el demandado sufra un perjuicio grave en su patrimonio en los casos en que se demuestre que las pretensiones del demandante no tenían mérito alguno, sea porque el tribunal arbitral encuentre que el fondo de la cuestión no era amparable en la forma como en el fondo. De esta forma, el patrimonio del demandado estará en la misma situación que antes de iniciarse el arbitraje, pues se le restituirá todos los gastos en los que incurrió en el arbitraje.

La parte que tiene un reclamo y espera que el mismo sea resuelto en un arbitraje, debe interiorizar el costo que tendrá que asumir en caso de que un tribunal arbitral así lo determine. Si bien el arbitraje es más eficiente en términos de tiempo que un proceso ordinario, es mucho más costoso, de modo que las partes deben tener los medios suficientes no solo para activar este mecanismo de resolución de disputas, sino para asumir todos los costos que el tribunal arbitral le imponga en atención de las circunstancias del caso.

En el caso del demandante la reflexión anterior es mucho más aplicable, pues es este quien suele tener mucho más tiempo que su contraparte para analizar los costos que significará iniciar un arbitraje. De modo que también deberá asumir como un escenario posible que sea condenado íntegramente en costos arbitrales. En esa línea, la doctrina arbitral internacional se ha referido a las cauciones por costos arbitrales en el siguiente sentido:

Ya se ha señalado que los costes de presentar o defender una demanda en un arbitraje internacional pueden ascender a millones de dólares. Cuando un demandante se plantea iniciar un procedimiento arbitral, éste es -o debería ser- uno de los factores a tener en cuenta. Pero, ¿qué ocurre con el demandado, que no tiene ese lujo de elección? Si existe un acuerdo de arbitraje válido en el que el demandado es parte, éste está obligado a participar en el arbitraje, le guste o no, o se arriesga a un laudo en rebeldía. En tales circunstancias, el demandado puede preguntar si hay alguna forma de asegurarse de que si gana y se le

²¹ RÍOS PIZARRO, Carlos, “Los security for costs ante el financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión”, en *Enfoque Derecho*, 2018.

adjudican las costas, habrá al menos un fondo del que se pagará la condena en costas. La respuesta es que, en determinadas circunstancias, es posible solicitar al tribunal arbitral que dicte una orden para que el demandante (o el contrademandante) constituya una garantía para las costas.²²

Por tanto, las cauciones por costos arbitrales constituyen una *garantía específica* en favor de la parte que transitó por un procedimiento que nunca debió iniciarse, al demostrarse que la demanda arbitral no tenía mérito alguno.

En la práctica arbitral, no existe uniformidad sobre todos los criterios que deben analizarse para que se tome la decisión de otorgar una caución por costos arbitrales, aunque sí se pueden extraer algunos elementos mínimos que son considerados en la evaluación del mérito. Precisamente, entre las cuestiones que suscitan controversia respecto de las cauciones por costos arbitrales, los elementos necesarios para que sean concedidos son los que nos interesa explorar.

Con la finalidad de resumir los elementos que un tribunal arbitral debería analizar al enfrentarse a un pedido de caución por costos arbitrales, el destacado profesor *Gary Born* señala sobre el particular:

Cuando se puede ordenar una garantía para los costos, los tribunales suelen considerar el estado financiero de la parte a la que se le solicita la garantía [...] las probables dificultades para ejecutar un laudo final sobre los costos. [...] Es dudoso que la probabilidad de que una parte tenga éxito en el fondo desempeñe un papel importante a la hora de determinar si es apropiado una garantía para las costas.²³

²² Traducción libre. BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, “Redfern and Hunter on International Arbitration”, 6th edition, Kluwer Law International, 2015, pp. 316-317.

²³ Traducción libre, BORN, Gary, “International Commercial Arbitration”, Third Edition, Kluwer Law International, 2014, p.2496. WAINCYMER, Jeffrey, “Procedure and evidence in international arbitration”, en Kluwer Law International, 2012, p. 643. (“From an efficiency perspective, there are arguments either way that may depend on the particular circumstances. Perhaps an extreme example underlying the demand for security for costs entitlements would be the case of a claimant with no funds, using a

Por otro lado, Júdice ha reflexionado lo siguiente sobre el mismo tema:

La cuestión de la garantía de las costas que se adjudica tiene que ser - como como todas las cuestiones importantes relacionadas con el TPF, una cuestión de hechos y casos específicos. de los hechos y del caso. Y también es muy importante que las decisiones del tribunal no prejuzguen el fondo del asunto (o den esa impresión a las partes) las partes), al decidir sobre la seguridad de las costas. En el proceso de decisión, el tribunal debe tener en cuenta una serie de una serie de cuestiones, que admito que a menudo son contradictorias. Entre ellas, el hecho de que una garantía adecuada es más fácil de decidir que de obtener en el mercado si la parte está bajo coacción o, al menos, con dificultades financieras o el mercado financiero/bancario está en una fase conservadora en relación con los riesgos. También es relevante la inevitable primera impresión sobre los puntos fuertes y débiles del caso, el valor de la reparación en juego y los costes que se derivarán de ello, el comportamiento de las partes antes y durante el arbitraje, y las dificultades que la falta de seguridad puede crear injustamente para la otra parte.²⁴

La jurisprudencia arbitral ha brindado algunos elementos particulares en este tipo de medidas, las cuales, si bien pueden formar un subconjunto de las medidas provisionales o cautelares, tienen criterios marcadamente

law firm working on a contingency basis to bring arbitral claims. If the claimant succeeds, it will gain relief and be able to pay its costs as well. If it loses, it pays nothing to its own lawyer and has no funds to compensate a deserving respondent. Even where contingency fees are not available, a claimant might only have the funds to cover its own legal fees, hence the same policy concerns may arise. In such a scenario, it might be argued that only the claimant is truly afforded a meaningful arbitration right. At the other extreme, one would not wish to see security for costs powers being a mechanism to provide an insurmountable impediment to a deserving claimant who cannot afford the security. That would be doubly so if the claimant's impecunious position was caused by the respondent's actions that are the very subject matter of the dispute. If a party was excluded from the arbitration because of an adverse security for costs decision, there is also a possibility that it would seek to file court proceedings.”)

²⁴ Traducción libre. JÚDICE, José Miguel, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, Arbitraje, Vol.. XI, 2018, p. 65.

diferenciados. Sobre este aspecto, Wancymmer enumera los elementos que se pueden desprender de la casuística arbitral:

Una segunda diferencia clave es que los criterios estándar para considerar las solicitudes de medidas cautelares no se aplican normalmente a la garantía de las costas. Una solicitud típica de medidas cautelares, como la preservación de pruebas o bienes, o la prohibición de que una parte adopte un curso de acción propuesto, busca la urgencia, el daño grave o irreparable y un caso sostenible en cuanto al fondo. En lo que respecta a las solicitudes de garantía de costes, la urgencia y las medidas cautelares no son relevantes. El perjuicio irreparable es simplemente la alegación de que un demandante perdedor no podrá pagar una condena en costas. En cuanto a la consideración del fondo del asunto, puede seguir siendo relevante y se examina efectivamente a la inversa. Cuanto menos probable sea el mérito de las reclamaciones, mayor será la preocupación por proteger una posible condena en costas a favor de la parte demandada.²⁵

En esa línea, en el caso *CCI No. 12542/EC*, 19 de diciembre del 2013, la parte demandada solicitó una caución por costos arbitrales porque consideraba que el reclamo era abusivo y sostenía que había razones para creer que su contraparte no sería capaz de cubrir la condena en costos arbitrales en caso de que el laudo arbitral le fuera desfavorable.

La parte demandada sustentó su reclamo en que la demandante había cambiado su razón social y que no resultaba posible conocer su situación financiera. Por su parte, la demandante negó que su reclamo fuera abusivo, sosteniendo que ello tendría que verse en el laudo arbitral final. Sobre la alegación de su presunta insolvencia, la demandante alegó, entre otras cosas, que sí era posible sostener que el cambio de razón social no perjudicaría la condena en costas y que el hecho de que haya pagado los anticipos por costas arbitrales sería una muestra clara de su solvencia financiera.

El tribunal arbitral abordó el análisis de procedencia de la caución por costos arbitrales solicitada por el demandado considerando dos elementos: (i) si, *prima facie*, la reclamación sería abusiva y (ii) si existían indicios de insolvencia

²⁵ Traducción libre. WAINCYMER, Jeffrey, "Procedure and evidence in international arbitration", en Kluwer Law International, 2012, p. 646.

financiera. En virtud de ambos elementos, el tribunal arbitral decidió lo siguiente:

Al margen de esta consideración, y suponiendo que el Tribunal Arbitral estuviera dispuesto a ordenar una fianza sobre esta base, el Tribunal Arbitral opina que la Demandada no ha demostrado que la demanda formulada por X sea "obviamente abusiva". **En la medida en que la Demanda de Garantía de la Demandada se fundamenta en dicho motivo, el Tribunal Arbitral la desestimaré.** El 23 de enero de 2003, la CCI invitó a la demandante a pagar una cantidad de 127.500 USD como anticipo provisional de las costas, de conformidad con el artículo 30(1) del Reglamento de la CCI y el artículo 1(2) del Apéndice III. El 17 de febrero de 2003 se había recibido el pago solicitado, como reconoció la CCI. Este hecho permite inferir claramente que la Demandada no es insolvente. **El cambio de denominación social de la Demandada es un factor neutral en estas circunstancias.** El lugar de constitución de la Demandada, Chipre, y el hecho de que la Demandada sea una sociedad off-shore, son irrelevantes en opinión del Tribunal Arbitral. La parte contratante de la Demandada ha sido una sociedad chipriota desde el inicio de la relación contractual en 1999. Por lo tanto, la Demandada no puede alegar que la situación cambió repentinamente en su detrimento después de la celebración del acuerdo en cuestión. En la medida en que la Demanda de Garantía de la Demandada se fundamenta en dicho motivo, el Tribunal Arbitral la desestimaré.²⁶

Resulta interesante notar que la carga de la prueba de los indicios de insolvencia financiera y abuso del reclamo recae exclusivamente en quien pide la caución por costos arbitrales. En este caso, el tribunal arbitral, si bien encontró discutible basarse en los indicios de abuso del reclamo como factor determinante, consideró que esta situación no se configuraba en el presente caso. Asimismo, con relación a la insolvencia financiera, encontró que el hecho de que haya pagado los anticipos sería una buena razón de demostrar dicha insolvencia.

Con relación a este último punto, consideramos que el pago de los anticipos no debería influir en el análisis de procedencia de la caución por costos arbitrales, en la medida en que dicho pago suele ser una fracción de los costos totales que pueda significar el procedimiento arbitral. Lo que estimamos que debe

²⁶ Énfasis agregado. Traducción libre. ASA Bulletin, ICC Case No. 12542/EC, Kluwer Law International, 2005, pp. 685-700.

evaluarse en estos pedidos es si, bajo un análisis aproximado de los costos totales del arbitraje, la parte resultará insolvente.

De lo contrario, es poco probable que una parte sea insolvente alguna vez, pues los principales reglamentos de arbitraje establecen la necesidad de proceder con el pago de los anticipos de arbitraje para continuar con el procedimiento arbitral, de manera que la demandante es la que tiene todos los incentivos para efectuar ese pago.

En otro arbitraje CCI, la empresa XY demandó a la empresa Z por el pago de comisiones y honorarios. Sin embargo, durante el arbitraje, la empresa Z se enteró que la empresa XY había sido absorbida por una empresa de su grupo de otra jurisdicción, de manera que las empresas se habrían organizado de tal forma que, si el reclamo en algún momento resultara desfavorable, entonces podrían eludir el pago de la condena en costos arbitrales. En esa línea, el tribunal arbitral decidió lo siguiente:

Las reglas de la buena fe exigen que se ejerzan los derechos de acuerdo con los fines que se les asignan explícita o implícitamente. El uso de una institución jurídica para un fin que le es ajeno constituye un abuso de derecho [...] Lo que la Sociedad Z acusa a los administradores del Distrito XY es haber realizado una operación de fusión por absorción con el único fin de eludir las consecuencias de un laudo arbitral que les pudiera resultar desfavorable. En efecto, tal abuso de derecho podría constituir una circunstancia excepcional que justificaría que se ordenara a la demandante que prestara una fianza para garantizar el pago de las costas que podrían ser imputadas a la empresa Z. Sin embargo, no se ha demostrado el abuso que alega la empresa Z. Aun admitiendo, con la demandada, que la actividad de la actora se limita en lo sucesivo al cobro de determinadas deudas, en particular de aquellas que son controvertidas y que se establece, además, que las actividades lucrativas anteriormente desplegadas por esta fueron absorbidas por una nueva empresa denominada NN International, Inc., no puede inferirse necesariamente que esta reorganización haya sido motivada por el procedimiento de arbitraje. [...] En definitiva, no se ha aportado la prueba de la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen una resolución por la que se ordena la constitución de una fianza. Esta evidencia debería haber sido proporcionada por la empresa Z; ella fracasó en este intento. En consecuencia, la presentación de ciertos documentos por parte del Distrito XY -aunque tardíamente- no influyó

en la decisión que debía tomar el Tribunal Arbitral: al no haberse aportado la prueba principal, era inútil examinar estos documentos para saber si podían haber sido contenía pruebas en contrario.²⁷

En el caso de referencia, la empresa alegaba que su contraparte había realizado una estrategia fuera del arbitraje para eludir el pago de las costas arbitrales, lo que reforzaba su pedido de que sería insolvente; sin embargo, el tribunal arbitral consideró que no había cumplido con su carga probatoria, de modo que rechazó el pedido de caución.

Con relación a la incidencia de la existencia de un *TPF* en un arbitraje, la doctrina²⁸ y jurisprudencia arbitral²⁹ parecen inclinarse, aunque el asunto es altamente discutible, en que no es determinante para una condena de caución de costos arbitrales, *aunque sí es un claro indicio que persuade al tribunal arbitral de analizar a detalle si las circunstancias del caso exigen que se obligue al reclamante a otorgar una garantía de caución por costos arbitrales.*

En el caso *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, el tribunal arbitral analizó la pertinencia de una solicitud de caución por costos arbitrales ante la presencia de un *TPF*. En este caso, el demandado alegó que el historial de la contraparte respecto del pago de costos era negativo, pues existía evidencia de que era reacia a cumplir con lo ordenado por el tribunal arbitral en este extremo.

²⁷ Énfasis agregado. Traducción libre. *Décision de procédure dans l'arbitrage CCI entre XY International, Inc. (District de B.) partie demanderesse et Société Z partie défenderesse concernant la requête présentée par la partie défenderesse tendant à la constitution d'une caution relative aux frais d'arbitrage*, *ASA Bulletin*, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 1997, Volume 15 Issue 2) pp. 363 – 380.

²⁸ STOYANOV, Marie & OWCZAREK, Olga, “Third-Party Funding in International Arbitration: Is it time for some soft rules?”, *BCDR International Arbitration Review*, Vol 2., 2015, pp. 171-200.

²⁹ FUCHS, Arne & RICMAN, Lisa, “Chapter II: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-party Funding”, *International Arbitration: A Comparative Analysis*, Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2020, pp. 73 – 100.

Asimismo, el demandado alegó que habían varios arbitrajes iniciados por el reclamante que estaban siendo financiados por un TPF.

La conclusión del tribunal arbitral fue otorgar la medida de cauciones arbitrajes, bajo el siguiente razonamiento:

Por lo tanto, a diferencia de lo ocurrido en casos anteriores del CIADI en los que los tribunales han denegado la solicitud de garantía para costas (entre otras cosas) porque no había pruebas relativas a la situación financiera de la parte contraria, se ha establecido a satisfacción del Tribunal que la demandante no tiene suficientes recursos financieros. Mientras que anteriormente se ha sostenido que dicha limitación financiera como tal no proporciona una base suficiente para ordenar la garantía de los costes, las circunstancias del presente caso son diferentes. **En particular, el historial procesal consistente de la Demandante en otros procedimientos CIADI y no CIADI proporciona motivos convincentes para conceder la solicitud de la Demandada.** Además, la financiación admitida de un tercero refuerza aún más la preocupación del Tribunal de que la Demandante no cumpla con un laudo de costas dictado en su contra, ya que, al no ofrecerse seguridad o garantías, es dudoso que el tercero asuma la responsabilidad de cumplir con dicho laudo. En este contexto, el Tribunal considera injustificado cargar a la Demandada con el riesgo derivado de la incertidumbre sobre si el tercero desconocido estará o no dispuesto a cumplir con una potencial condena en costas a favor de la Demandada. El argumento de la Demandante de que también la Demandada recurrió a la financiación de terceros, se basa meramente en la sospecha y no está fundamentado.³⁰

La presencia de un *third-party funding* en un arbitraje no debería ser determinante para conceder un pedido de caución por costas arbitrales, en la medida en que los incentivos de la demandante para acudir a dicho financiamiento no necesariamente sería evitar los costos del arbitraje, sino reducir los costos de resolver sus controversias en un arbitraje, bajo la premisa

³⁰ Énfasis agregado. Traducción libre.

de que su caso será victorioso, y con lo que obtenga podrá solventar el financiamiento³¹.

Con base en la doctrina y jurisprudencia examinada, se puede apreciar que los siguientes elementos deben ser necesariamente examinados y ponderados cuando se evalúe conceder una caución por costos arbitrales: (i) *indicios razonables sobre la frivolidad del reclamo de la demandante o demandado, en caso de que éste fuese reconviniendo, e* (ii) *indicios razonables sobre la insolvencia financiera o incapacidad de soportar la condena en costos arbitrales*. La carga de la prueba siempre recaería en la parte solicitante.

En vista de la casuística arbitral, consideramos que las cauciones por costos arbitrales permiten viabilizar y concretizar la función disuasiva de los costos arbitrales en aquellos casos excepcionales en que existen reclamantes que postulan su demanda arbitral a sabiendas de que no podrán cumplir con la condena en costos arbitrales en el caso de que se desestimen sus pretensiones arbitrales.

Esta forma de proceder sería contraria a la buena fe procedimental y podría considerarse abusiva en ciertos casos. No es admisible que una parte decida iniciar un arbitraje si no tiene los costos necesarios para cubrir los gastos de su contraparte en caso de que el laudo arbitral le sea desfavorable, y el tribunal arbitral la condene a soportar íntegramente los costos arbitrales. Es importante reiterar que es la demandante la que tiene más tiempo para analizar las ventajas y desventajas de acudir a un mecanismo tan costoso como el arbitraje, de modo que debe interiorizar si podría soportar una eventual condena en costos arbitrales.

Como hemos visto, los indicios de un ejercicio irregular del derecho de acción es un aspecto complementario en el análisis de procedencia de las cauciones por costos arbitrales. De esta forma, las cauciones por costos arbitrales cumplen la

³¹ JÚDICE, José Miguel, “Some notes about third-party funding: a work in progress”, *Arbitrate*, Vol. XI, No. 1, 2018, p. 56. (“*Me second introductory remark is that this special and organize system has been arranged, as others, to allow companies to allocate resources more efficiently or to pick funding for dispute resolution. [...] Third-Party funders are a tool that arose out of the huge increase in costs and complexity of arbitration, and of the need to help and allow access to justice*”)

función de evitar reclamos frívolos en un arbitraje³² y garantizar el derecho de la contraparte de recuperar los costos del arbitraje de una forma segura.

Sin embargo, las cauciones por costos arbitrales deberán ser concedidas en situaciones excepcionales, a fin de no condicionar el derecho del reclamante a presentar sus reclamos en la vía arbitral. En ese sentido, los árbitros deben considerar que en la discusión sobre si debe conceder una caución por costos arbitrales colisionan dos derechos en conflicto: *el primero corresponde al derecho que tiene el demandado de que se le restituyan todos los gastos incurridos por transitar por un arbitraje cuyo reclamo no tenía mérito; el segundo, corresponde al derecho que tiene el demandante de acceder a la tutela arbitral*³³, *originada en virtud del convenio arbitral suscrito.*

Como los autores han señalado en numerosas ocasiones, en el centro del proceso de toma de decisiones sobre la garantía de las costas entran en conflicto dos principios fundamentales: uno es el derecho del demandado (que suele ser la parte que solicita la garantía) sobre el pago garantizado de un posible laudo adverso sobre las costas y el segundo es el derecho del demandante a acceder a la justicia arbitral, que suele denegarse cuando el demandante (sin recursos) no deposita la garantía. Cualquier intento de equilibrar estos dos aspectos es casi una fantasía utópica, tanto como tener cualquier discusión fundamentada sobre los otros requisitos necesarios para ordenar la garantía de las costas. El argumento "lo sabré cuando lo vea" parece estar en el fondo de casi todos los demás requisitos que se desarrollaron en la práctica del arbitraje internacional: la urgencia, la amenaza de daño, la proporcionalidad, el establecimiento prima facie del caso, etc.³⁴

³² WAINCYMER, Jeffrey, "Procedure and evidence in international arbitration", en Kluwer Law International, 2012, p. 642. (*"The suggested need to provide security for costs arises out of a policy goal to prevent frivolous or nuisance litigation. It is designed to 'make the prevailing party' in a dispute truly whole by compelling his opponent to pay legal fees, court costs, and other reasonable expenses the winner incurred in pursuing its claim or defense."*)

³³ WAINCYMER, Jeffrey, "Procedure and evidence in international arbitration", en Kluwer Law International, 2012, p. 641.

³⁴ Traducción libre. ŽIVKOVIĆ, Patricia, Security for costs in international arbitration: what's missing from the discussion?, en Kluwer Arbitration Blog, 09/11/2016,

En esa línea, consideramos que los árbitros deben ser muy cuidadosos en analizar minuciosamente los elementos necesarios para conceder una caución por costos arbitrales, a fin de que se pondere correctamente los derechos de las dos partes en conflicto, mitigando así cualquier riesgo de anulación del laudo arbitral o denegación de ejecución del laudo que contiene la condena en costos arbitrales.

IV. LA HABILITACIÓN LEGAL BAJO DERECHO PERUANO PARA CONCEDER CAUCIONES POR COSTOS ARBITRALES

La habilitación legal de los árbitros para otorgar las cauciones por costos arbitrales no es un tema baladí ni que debe pasar por alto, pues, como refleja la jurisprudencia y la doctrina legal, existe discusión sobre cuál sería la base legal que habilita a los árbitros a dictar este tipo de medidas, y si se requiere un acuerdo específico de las partes que autoricen a los árbitros. Sobre esta problemática, la doctrina arbitral se ha pronunciado del siguiente modo:

En el contexto del arbitraje internacional, la complejidad se genera por la preocupación fundamental con la intención contractual de las partes. Dado que los poderes de los árbitros para adjudicar se originan en el acuerdo de las partes, deben esforzarse por hacer coincidir el procedimiento y la sustancia con las expectativas ex ante de los participantes, en la mayor medida posible. Cuando las partes hayan acordado acatar las reglas institucionales, tanto los árbitros como los jueces generalmente buscarán primero determinar si esas reglas contemplan medidas provisionales para asegurar los costos. Desafortunadamente, en realidad, las partes contratantes rara vez mencionan explícitamente cuestiones procesales tan arcanas como la garantía de costas, ni tampoco contemplan con anticipación la situación en la que podría surgir la necesidad de tal medida. Alternativamente, si las partes han elegido el procedimiento rector, pero las reglas de arbitraje no dicen nada sobre este punto, los jueces y árbitros pueden llenar el vacío en esas reglas utilizando la *lex arbitri* elegida por las partes determinada por el procedimiento apropiado³⁵.

disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/09/security-for-costs-in-international-arbitration-whats-missing-from-the-discussion/>.

³⁵ Traducción libre. GU, Weixia, "Security for costs in international commercial arbitration", *Revista de arbitraje internacional*, Vol. 22, No. 3, 2005, pp. 167-205.

En esa línea, la doctrina arbitral ha enfrentado la discusión bajo la premisa de que la primera palabra sobre la posibilidad de que los árbitros adjudiquen cauciones por costas arbitrales la tiene el acuerdo de las partes. En caso de que estas prohíban expresamente en el acuerdo arbitral algún aspecto relacionado con los costos arbitrales, los árbitros difícilmente se inclinarían por otorgar este tipo de medidas. Tanto la Ley Modelo UNCITRAL³⁶ como nuestra Ley de Arbitraje³⁷ siguen esa línea.

Es importante señalar que, el acuerdo de las partes no solamente está reflejado en el convenio arbitral, sino que también puede estarlo en el reglamento arbitral elegido por las partes³⁸. Existen reglamentos arbitrales internacionales que expresamente confieren a los árbitros la posibilidad de otorgar cauciones arbitrales³⁹. De manera que, si el reglamento arbitral aplicable contempla esa posibilidad, también formará parte del acuerdo de las partes.

³⁶ Ley Modelo UNCITRAL, Artículo 19: “1) *Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.* 2) *A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.*”

³⁷ Ley de arbitraje, Artículo 34: “1. *Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. [...]*”

³⁸ BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, “Redfern and Hunter on International Arbitration”, 6th edition, Kluwer Law International, 2015, p. 307. (“*An ‘indirect’ conferment of powers takes place when the parties have agreed that the arbitration is to be conducted according to pre-established rules of arbitration that set out the powers of the tribunal.*”)

³⁹ El Reglamento del centro de arbitraje de la cámara de comercio de Estocolmo del 2017 establece: “1) *El Tribunal Arbitral podrá, en circunstancias excepcionales y a solicitud de parte, ordenar a cualquier demandante o codemandante que preste garantía por los costos en la forma que el Tribunal Arbitral considere apropiada. [...]*” El Reglamento del centro de arbitraje internacional de Singapore de 1994 establece: “12. *Poderes del tribunal arbitral: 1) Sin perjuicio de las facultades establecidas en cualquier otra disposición de esta Ley y en la Ley Modelo, el tribunal arbitral estará facultado para dictar órdenes o dar instrucciones a cualquier parte para: (a) la*

La controversia se originaría cuando el acuerdo de las partes guarda silencio sobre el particular, y los árbitros deban decidir sobre cuál es la base legal que les habilitaría a otorgar este tipo de cauciones arbitrales en un arbitraje en el que las circunstancias del caso lo exigen. Específicamente, si, ante el silencio de las partes, las cauciones por costas arbitrales pueden ser dictadas con base en el *poder o facultad de los árbitros de dictar medidas provisionales o cautelares*.

Siguiendo la referencia establecida en la Ley Modelo Uncitral⁴⁰, nuestra Ley de Arbitraje permite que los árbitros otorguen medidas cautelares en el artículo 47:

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, **podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo**, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
 - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

garantía de las costas [...]” El Reglamento del centro de arbitraje de la Corte Internacional de Londres establece: “25.2 *El Tribunal Arbitral estará facultado, a instancia de parte, para ordenar a cualquier parte demandante o reconvenida que constituya una garantía para el pago de las costas judiciales o de otro tipo de cualquier parte, mediante depósito o aval bancario o de cualquier otra forma y en los términos que el Tribunal Arbitral considere oportunos.*” Los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y AMCHAM no contemplan expresamente la facultad o poder de los árbitros para otorgar cauciones por costos arbitrales.

⁴⁰ Ley Modelo UNCITRAL. Artículo 17.

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.⁴¹

Con relación a los requisitos para conceder estas medidas, la doctrina arbitral señala que deben analizarse los requisitos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida, con lo cual coincidimos, aunque ciertamente la Ley Modelo Uncitral establece elementos específicos que pueden analizarse⁴², como también lo establecen algunos reglamentos arbitrales de nuestro país.

Con relación a la posibilidad de que las cauciones por costas arbitrales se dicten en virtud de la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares o provisionales, estimamos que dicha medida puede subsumirse en los tipos de medidas que regula nuestra Ley de Arbitraje. Específicamente, si tenemos en cuenta que la caución por costos arbitrales tiene como característica modificar una situación de hecho (imponer una obligación al reclamante de emitir una garantía dineraria) para garantizar el pago de las costas del arbitraje en favor del demandado, esta medida se subsumiría en el inciso c) del artículo 47 de la Ley de arbitraje.

⁴¹ Énfasis agregado.

⁴² Ley Modelo UNCITRAL, Artículo 17-A: “1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. [...]”

En efecto, el inciso c) del artículo 47 de la Ley de arbitraje señala que el tribunal arbitral puede ordenar a cualquiera de las partes: “*que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente*”. En la medida en que la condena de costas y costos formará parte del laudo arbitral, el cual eventualmente podrá ser ejecutado, la caución por costos arbitrales se subsume en la tipología de medidas cautelares o provisionales que los árbitros pueden dictar dentro del arbitraje, en el caso de que las circunstancias lo justifiquen⁴³. Sobre el particular, la doctrina arbitral señala:

La facultad de conceder una garantía para las costas puede derivarse del reglamento de arbitraje o de la ley aplicable. En general, se acepta que los árbitros deben estar facultados para conceder una garantía sobre las costas. Diecinueve de los reglamentos consultados prevén la garantía de las costas de la medida concedida. **En el resto de los reglamentos de arbitraje que no contienen disposiciones expresas sobre la garantía de las costas, la facultad general de conceder una medida cautelar debería ser suficiente, en primer lugar, para que el tribunal acceda a la solicitud de garantía de las costas.**⁴⁴

Más aún, cuando las cauciones por costos arbitrales se encuentran relacionada íntimamente con un aspecto que es crucial para el desarrollo eficaz del arbitraje, como es la asignación de costos en el eventual laudo arbitral, en cuya oportunidad los árbitros podrán premiar o sancionar la conducta procesal de las partes a lo largo de todo el arbitraje.

⁴³ BORN, Gary, “International Commercial Arbitration”, Third Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 252. (“In practice, a wide variety of provisional measures are encountered in international arbitration. These include: (a) maintaining the status quo; (b) taking action, or not taking action, that would cause harm; (c) preserving assets; (d) preserving evidence or providing for inspection of property; (e) preventing aggravation of the dispute; (f) performing contractual obligations; (g) providing security for underlying claims; (h) providing security for costs; (i) providing payment of advance on costs or deposit; (j) complying with confidentiality obligations; (k) providing interim payment; and (l) antisuit orders.”)

⁴⁴ Énfasis agregado. Traducción libre. YESILIRMARK, Ali, Provisional measures in international commercial arbitration, Kluwer Law International, 2005, p. 215.

Cuando los reglamentos arbitrales regulan las cauciones por costas arbitrales, suelen incluir esta facultad en la lista de medidas provisionales o cautelares que los árbitros pueden dictar. Este es el caso del reglamento del centro de arbitraje internacional de Londres, en cuyo artículo 25, relativo a “*interim and conservatory measures*”, establece:

Artículo 25 - Medidas cautelares y provisionales

25.1 El Tribunal Arbitral estará facultado, salvo acuerdo escrito en contrario de las partes, para, a instancia de cualquiera de ellas

(a) ordenar a cualquier parte demandada en una reclamación o reconvencción que constituya una garantía por la totalidad o parte de la cuantía en litigio, mediante depósito o aval bancario o de cualquier otra forma y en los términos que el Tribunal Arbitral considere apropiados. Dichas condiciones podrán incluir la provisión por parte de la parte demandante o reconviniente de una indemnización cruzada, garantizada a su vez en la forma que el Tribunal Arbitral considere apropiada, por los costes o pérdidas en que incurra dicha parte al prestar la garantía. El Tribunal Arbitral podrá determinar, en uno o varios laudos, la cuantía de los gastos y pérdidas a pagar en virtud de dicha indemnización cruzada:

(b) ordenar la conservación, el almacenamiento, la venta o cualquier otra disposición de cualquier bien o cosa que esté bajo el control de cualquiera de las partes y que esté relacionado con el objeto del arbitraje; y

(c) ordenar con carácter provisional, a reserva de su determinación definitiva en un laudo, cualquier medida que el Tribunal Arbitral esté facultado para conceder en un laudo, incluyendo una orden provisional de pago de dinero o de disposición de bienes entre cualquiera de las partes.

25.2 El Tribunal Arbitral estará facultado, a instancia de parte, para ordenar a cualquier parte demandante o reconvenida que constituya una garantía para cubrir las costas judiciales o de otro tipo de cualquier parte mediante depósito o aval bancario o de cualquier otra forma y en los términos que el Tribunal Arbitral considere oportunos. Dichas condiciones podrán incluir la provisión por parte de la otra parte de una indemnización cruzada, a su vez

garantizada en la forma que el Tribunal Arbitral considere apropiada, por los costes y pérdidas en que incurra dicha demandante o reconviniendo al prestar la garantía. El importe de los gastos y pérdidas a pagar en virtud de dicha indemnización cruzada podrá ser determinado por el Tribunal Arbitral en uno o varios laudos. En el caso de que una parte demandante o reconviniendo no cumpla con la orden de prestar garantía, el Tribunal Arbitral podrá suspender las demandas o reconveniciones de dicha parte o desestimarlas en un laudo. [...] ⁴⁵

De este modo, consideramos que las cauciones por costos arbitrales pueden ser dictadas por los árbitros sometidos a la Ley de arbitraje peruana en virtud de sus poderes o facultades para dictar medidas cautelares o provisionales, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos, y los lineamientos que hemos identificado en la sección III de la presente investigación.

V. CONCLUSIÓN

En esta breve investigación, hemos encontrado conveniente estudiar la aplicabilidad de las cauciones por costos arbitrales desde la perspectiva de los incentivos de la asignación de costas en el arbitraje. En este marco, encontramos que, en el caso de que las circunstancias lo justifiquen, las cauciones pueden coadyuvar a cumplir la función disuasiva de los costos arbitrales, evitando con ello los reclamos frívolos o carentes de sustento jurídico.

Asimismo, hemos analizado la doctrina y jurisprudencia arbitral con la finalidad de encontrar los elementos que se consideran al evaluar el otorgamiento de cauciones por costos arbitrales. Finalmente, hemos concluido que, en virtud de las facultades o poderes de los árbitros para dictar medidas cautelares o provisionales, éstos se encontrarían habilitados para dictar cauciones por costos arbitrales, salvo que las partes expresamente hayan excluido esta posibilidad a través del convenio arbitral.

⁴⁵ Énfasis agregado. Traducción libre.

Comentarios sobre la integración del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje Peruana

Frank Italo Junior Vargas Cancino¹

Resumen- El tratamiento y regulación de la integración del laudo arbitral es un tema de suma importancia debido a que tiene influencia directa en el cumplimiento del laudo arbitral. Siendo ello así, dada la relevancia del tema, consideramos oportuno efectuar unos comentarios sobre los aspectos principales que la ley de arbitraje peruana regula respecto a la solicitud de integración del laudo arbitral. Esta reflexión se realizará principalmente en torno a los siguientes aspectos: (i) Los requisitos de procedencia de la solicitud de integración de laudo arbitral; (ii) El interés de las partes y del tribunal arbitral cuando resuelven las solicitudes de integración del laudo arbitral; y, (iii) Algunos aspectos problemáticos sobre la solicitud de integración del laudo arbitral. Finalmente, considerando los comentarios efectuados se realizarán unas reflexiones que podrían ser consideradas al momento de abordar el tratamiento de la solicitud de integración del laudo arbitral.

Abstract- The treatment and regulation of the integration of arbitral awards is an especially critical issue because it has a direct influence on compliance with arbitral awards. This being so, given the relevance of the topic, we consider it appropriate to make some comments on the main aspects that the Peruvian arbitration law regulates regarding the request for integration of the arbitration award. This reflection will be conducted around the following aspects: (i) The requirements of origin of the request for integration of the arbitration award; (ii) The interest of the parties and the arbitral tribunal when resolving the requests for integration of the arbitral award; and (iii) Some problematic aspects regarding the request for integration of arbitration awards. Finally, considering the comments made, some reflections will be made that could be considered

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal de la Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cursos de especialización en arbitraje, derecho administrativo y contratación pública.

when addressing the treatment of the request for integration of the arbitration award.

I. INTRODUCCIÓN	448
II. EL LAUDO ARBITRAL Y SU CUMPLIMIENTO	451
III. SOBRE LAS SOLICITUDES DEL LAUDO ARBITRAL	453
IV. SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	456
A. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LOS REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	456
B. SOBRE LA MALA UTILIZACIÓN DE LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	458
C. SOBRE LA CONCURRENCIA DE INTERESES EN LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	460
V. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y DE REFLEXIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	461
A. SOBRE LA OMISIÓN DE RESOLVER UN EXTREMO DE LA CONTROVERSIA COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	461
B. SOBRE EL SUPUESTO EN QUE PODRÍA DARSE SI EL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL EXTREMO DE LA CONTROVERSIA QUE OMITIÓ RESOLVER PUDO HABER INFLUIDO SOBRE EL SENTIDO EN QUE LOS OTROS EXTREMOS DE LA CONTROVERSIA RESUELTOS EN EL LAUDO ARBITRAL	463
VI. CONCLUSIÓN.....	464

I. INTRODUCCIÓN

La convivencia en sociedad genera que muchas veces los intereses de los sujetos de derecho entren en conflicto. Siendo ello así, la misma estructura social busca, a través de un marco legal, establecer o reconocer los mecanismos para solucionar los conflictos.

En el caso peruano, el artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993 (“Constitución Política”) señala: *“la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”*. Por su parte, el numeral 1) del artículo 139° de la Constitución Política establece: *“No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”*

Como se podrá apreciar, la Constitución Política establece que la función de administrar justicia¹ solo pueda ser efectuada a través de la vía judicial, militar y arbitral, siendo únicamente estos tres tipos de jurisdicción reconocidas en el Perú.

Así, César Landa Arroyo ha señalado que: *“En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción”*². Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria³

Teniendo en consideración lo anterior, podríamos señalar que el arbitraje es la vía jurisdiccional a la cual dos o más partes, en virtud de un convenio arbitral,

¹ En relación con el concepto de jurisdicción, cabe señalar que la doctrina es pacífica en concebir a esta como aquel poder-deber de resolver controversias con relevancia jurídica; o, como aquella función de administrar justicia.

² LANDA ARROYO, C. (2007). “El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *THEMIS Revista De Derecho*, (53), 29-42. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846>.

³ Tribunal Constitucional (Perú), “Caso: Fernando Cantuarias Salaverry”, 09/03/2006, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>.

recurren para que un tribunal arbitral, a través de un laudo arbitral, resuelva las controversias puestas a su conocimiento.

El arbitraje básicamente se estructura sobre los conceptos de jurisdicción, convenio y laudo arbitral. Sobre el concepto de jurisdicción, se entiende al arbitraje como un mecanismo mediante el cual el tribunal arbitral, en virtud de un convenio arbitral, ejerce la función de administrar justicia respecto a controversias suscitadas entre dos o más partes.

En relación con el convenio arbitral, se entiende como aquel acuerdo entre las partes mediante el cual renuncian a que el juez natural (vía judicial) resuelva las controversias que se generen entre ellas y que las mismas sean resueltas por un tribunal arbitral. Así, en palabras de Roque Caivano: “*el acuerdo arbitral produce el efecto de sustraer cierta categoría de litigios de la jurisdicción de los jueces ordinarios ya que, por imperio de la voluntad de ambas partes, se sustituye la jurisdicción estatal por una privada*”⁴. Finalmente, lo referido al laudo arbitral será abordado en el siguiente acápite.

⁴ CAIVANO, Roque, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, Edición Especial. 3-53, 2012, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derpriv&n=23> .

II. EL LAUDO ARBITRAL Y SU CUMPLIMIENTO

En relación con el laudo arbitral, cabe indicar que el Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, (“Ley de Arbitraje”) no define expresamente lo que se debe entender por laudo arbitral; no obstante, la Ley de Arbitraje, en distintos artículos⁵, alude a algunos aspectos característicos del laudo arbitral.

Ahora bien, para efectos del presente artículo, resulta necesario referirnos a la diferenciación entre los laudos parciales y laudos finales. El artículo 54° de la Ley de Arbitraje señala que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios*”. Nótese que el criterio de distinción entre laudo y laudo parcial que recoge la norma radica en que si se está resolviendo una parte o todos los extremos de la controversia.

Por su parte, Francisco Gonzales de Cossío señala que “*el laudo parcial es aquel que versa sobre una parte del objeto de litigio; es decir, sobre menos de la totalidad de los puntos de la demanda o la contestación*”⁶; mientras que, respecto al laudo final, el referido profesor señala:

Este calificativo de “final” implica dos sentidos que es importante distinguir. Por un lado, designan el laudo que decide sobre todas las pretensiones sometidas por las partes y que, por consiguiente, pone fin al procedimiento arbitral. Por otro lado, por su efecto jurídico: un laudo parcial es final en la medida en que su contenido tiene fuerza de cosa juzgada y vincula, en consecuencia, a los árbitros y a las partes. Ello distingue el laudo de la orden procesal, que es revocable.⁷

⁵ La Ley de Arbitraje en sus artículos 52° al 62° regula los aspectos más relevantes que todo laudo arbitral debe tener. Así, por ejemplo, el artículo 54° señala que pueden existir laudos parciales o laudos finales; e; el artículo 56° regula el contenido del laudo arbitral; y, el artículo 59° regula los efectos del laudo arbitral.

⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2011, p. 707.

⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, p. 707.

Considerando lo anterior, podríamos señalar que la acepción de “final” del laudo arbitral esta referido a que mediante dicha decisión se resuelve de forma definitiva la controversia, el cual tiene calidad de cosa juzgada. La controversia, objeto de pronunciamiento del tribunal arbitral, conforme a lo señalado en el artículo 54° de la Ley de Arbitraje, se puede resolver de forma total o de forma segmentada, es decir, de forma parcial.

Ahora bien, cabe indicar que normalmente, las controversias del proceso arbitral se resuelven mediante un pronunciamiento del tribunal arbitral; sin embargo, en ciertas ocasiones⁸ resulta conveniente y necesario emitir pronunciamiento sobre la controversia de forma parcial; de tal manera que mediante cada pronunciamiento se resolverá un extremo de la controversia y que sumados todos los pronunciamientos parciales se habrá resuelto todos los extremos de la controversia. En dichos supuestos, cada pronunciamiento sobre algún extremo de la controversia se le conocerá como “laudo parcial”, siendo que cada laudo parcial representará un pronunciamiento final respecto al extremo de la controversia que se ha resuelto.

En síntesis, podemos señalar que la distinción que se realiza en el artículo 54° de la Ley de Arbitraje⁹ únicamente obedece al criterio referido a la forma en resolver la controversia, siendo que, cuando la controversia se resuelva de forma fraccionada, cada pronunciamiento sobre cada extremo de la controversia se le denominará “laudo parcial”. Ello se debe a que toda decisión del tribunal arbitral que resuelva el fondo de la controversia (ya sea parcial o total) tiene la calidad de laudo arbitral¹⁰ y, por ende, constituye un pronunciamiento final.

⁸ Estas ocasiones pueden darse en los casos en que la controversia tenga mucha complejidad, cuando en el proceso arbitral intervengan varias partes o cuando las partes efectúan una transacción respecto de algún extremo de la controversia y solicitan al Tribunal Arbitral que a dicha transacción le dé forma de laudo.

⁹ Cabe indicar que, en la doctrina y la práctica, además de los laudos y laudos parciales, atendiendo a diversos criterios, se reconocen otros tipos de laudos: laudo interlocutorio, laudo consentido, laudo en rebeldía, etc.

¹⁰ Para los fines del presente artículo, cuando se use el término “laudo” nos referiremos al laudo que resuelve la controversia de forma total o parcial.

Por otro lado, en relación con el concepto de laudo arbitral, cabe indicar que existen dos aspectos que resaltan sobre los demás. El primer aspecto está referido a que es un pronunciamiento final emitido por un órgano decisor privado (tribunal arbitral); y, el segundo aspecto, esta referido a que dicha decisión es de obligatorio cumplimiento. Este segundo aspecto resulta de suma importancia pues las partes justamente acuden al arbitraje para que se pongan fin a sus controversias a través de una decisión de obligatorio cumplimiento.

Siendo ello así, la característica de obligatorio cumplimiento del laudo arbitral cumple dos funciones importantes, por un lado, satisface el interés de las partes de recurrir al arbitraje para solucionar sus controversias; y, por otro lado, otorga legitimidad al sistema arbitral pues dicha característica permite dotar de eficacia a las decisiones emitidas por el tribunal arbitral. En síntesis, podemos señalar que las partes recurren al arbitraje con el interés de que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral, bajo las reglas de un proceso arbitral, y que esta decisión sea de obligatorio cumplimiento.

III. SOBRE LAS SOLICITUDES DEL LAUDO ARBITRAL

En primer lugar, cabe indicar que el laudo arbitral al tener la calidad de cosa juzgada constituye el pronunciamiento emitido por el tribunal arbitral con el cual, en principio, culmina el proceso arbitral¹¹. Ello significa que, posteriormente a la emisión del laudo arbitral, no puede existir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sobre el contenido de la decisión o que califique los criterios, motivaciones o interpretaciones

¹¹ Normalmente el proceso arbitral culmina con la emisión del laudo arbitral; sin embargo, eventualmente, cuando la situación lo amerite el tribunal arbitral realizará la rectificación, interpretación, integración o exclusión de algún extremo del laudo arbitral. Sin embargo, en ciertas ocasiones, el proceso arbitral puede culminar sin la emisión de un laudo arbitral, lo cual podría ocurrir cuando se formule el desistimiento de las pretensiones, cuando las partes acuerden la culminación del proceso arbitral o cuando el tribunal arbitral advierta que la continuación de las actuaciones arbitrales resulta innecesaria o imposible.

contenidas en el laudo en virtud del cual se pretenda cambiar¹² el sentido de lo resuelto por el tribunal arbitral.

Siendo ello así, la Ley de Arbitraje establece mecanismos en virtud de los cuales, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de las partes, el tribunal arbitral emite pronunciamientos que precisan y/o complementan lo decidido en el laudo arbitral. Estos mecanismos se encuentran regulados en el artículo 58° de la Ley de Arbitraje y son denominados solicitud de rectificación, solicitud de interpretación, solicitud de integración y solicitud de exclusión del laudo¹³.

Como bien, se podrá advertir las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión se efectúan respecto de algún extremo del laudo arbitral, siendo que, conforme lo hemos señalado en los párrafos precedentes, por laudo arbitral debemos entender tanto al laudo que resuelve toda la controversia en un solo pronunciamiento como aquellos laudos parciales mediante los cuales se resuelve algún extremo de la controversia. Siendo ello así, estas solicitudes se pueden efectuar sobre los laudos y los laudos parciales.

Por otro lado, cabe precisar que el pronunciamiento del tribunal arbitral respecto a estas solicitudes no busca modificar lo decidido en el laudo arbitral; sino por lo contrario, busca precisar y/o complementar lo decidido a efectos de que el mismo se ejecute conforme a los parámetros y el sentido señalado en el laudo arbitral.

Así, la solicitud de rectificación procede cuando en el laudo arbitral se advierta cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico, informático o de naturaleza similar. Por su parte, la solicitud de interpretación procede respecto de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. Como se podrá apreciar, estas dos primeras solicitudes buscan efectuar

¹² Al respecto, cabe indicar que el artículo 62° de la Ley de Arbitraje señala que el recurso de anulación constituye la única vía de impugnación del laudo. Mediante el recurso de anulación se declara la validez o la nulidad del laudo; en ningún caso, la revisión que se realice mediante el recurso de anulación podrá alterar el sentido de lo resuelto por el tribunal arbitral en el laudo.

¹³ Para los fines del presente artículo no abordaremos el tratamiento sobre la naturaleza jurídica de dichas solicitudes.

precisiones respecto de algún extremo del laudo arbitral para que su ejecución se efectúe conforme al sentido de la decisión contenida en el laudo arbitral.

Por otro lado, la solicitud de integración procede cuando en el laudo arbitral se haya omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral. Finalmente, la solicitud de exclusión procede respecto de algún extremo del laudo arbitral que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje. Como se podrá apreciar, estas solicitudes buscan complementar el laudo arbitral para que no exista inconvenientes al momento de su ejecución.

El pronunciamiento respecto a las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral formará parte de este. Si el tribunal arbitral, dentro del plazo respectivo, no emite pronunciamiento respecto a estas solicitudes, se entenderá que dichas solicitudes han sido denegadas (denegación ficta).

Conforme a lo señalado en la Ley de Arbitraje, contra el pronunciamiento respecto a las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo arbitral no procede ningún tipo de recurso, solicitud y/o pedido.

Siendo ello así, con el pronunciamiento respecto a dichas solicitudes, ya sea por denegación ficta o decisión escrita, ya no se podrán realizar precisiones y/o pronunciamientos complementarios respecto al laudo arbitral y en consecuencia concluye la vía arbitral.

Otro aspecto importante de resaltar es que, conforme a lo señalado en el numeral 7 del Artículo 63° de la Ley de Arbitraje, la interposición de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión constituyen requisitos de procedencia del recurso de anulación, cuando la causal invocada en el recurso de anulación ha podido ser subsanada mediante estas solicitudes y la parte interesada no cumplió con solicitarlas.

IV. SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

A. Sobre el ámbito de aplicación y los requisitos de la solicitud de integración del laudo arbitral

La solicitud de integración del laudo arbitral procede cuando de la revisión de este se advierte que el tribunal arbitral ha omitido resolver un extremo de la controversia sometida a su conocimiento y decisión..

Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, podemos identificar ciertos requisitos o presupuestos para que proceda la solicitud de integración del laudo arbitral. Estos requisitos serían los siguientes (i) Que opere respecto de un laudo arbitral; (ii) Que se formule cuando se haya omitido resolver algún extremo de la controversia; y, (iii) Que el extremo de la controversia que se ha omitido resolver haya sido sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

El primer requisito está referido a que la solicitud de integración opera sobre un laudo arbitral; es decir, dicha solicitud únicamente procede contra las decisiones mediante las cuales el tribunal arbitral resuelve las controversias; esto es, opera respecto a los laudos arbitrales, siendo que contra otros tipos de pronunciamientos o decisiones arbitrales, según lo señalado en la Ley de Arbitraje, procede el recurso de reconsideración.

El segundo requisito señala que la solicitud de integración procede cuando el tribunal arbitral ha omitido resolver algún extremo de la controversia; siendo ello así, lo que se busca es que el tribunal arbitral resuelva todos los extremos de la controversia pues ello es justamente lo que las partes esperan al recurrir a la vía arbitral.

Finalmente, el tercer requisito está referido a que la controversia sea de conocimiento y decisión del tribunal arbitral. En relación con este requisito, teniendo en consideración la tramitación de un proceso arbitral, podemos identificar tres acercamientos en los cuales el tribunal arbitral va tomando conocimiento de las controversias surgidas entre las partes.

Un primer acercamiento a las controversias surgidas entre las partes ocurriría cuando se produce el nombramiento de los árbitros. Normalmente quien nombra a los árbitros remite un resumen de las controversias que han sido señaladas en

la petición de arbitraje o que serán formuladas como pretensiones en la demanda o reconvencción, según corresponda.

Un segundo acercamiento se produciría cuando los árbitros toman conocimiento del contenido de la demanda arbitral, contestación de la demanda y, de ser el caso, reconvencción arbitral y de la contestación a la misma.

Un tercer acercamiento se produciría cuando las partes solicitan o formulan la modificación o ampliación de las pretensiones de la demanda o reconvencción, salvo que, el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir dicha modificación debido a la demora con que se hubiere efectuado el pedido de modificación o ampliación, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualquier otra circunstancia que amerite tal decisión.

A los tres momentos antes señalados los hemos denominado acercamientos pues a lo largo del proceso arbitral las partes pueden aceptar los hechos y las pretensiones de su contraparte, desistirse de sus pretensiones, efectuar transacciones o realizar otras acciones que impidan un pronunciamiento sobre el fondo o que, por lo menos desde un punto de vista formal, supongan que las controversias sometidas al proceso arbitral ya no existan.

Asimismo, cabe indicar que, si bien existe ciertos momentos en que el tribunal arbitral toma conocimiento de la existencia de controversias entre las partes, a lo largo del proceso arbitral también podría darse momentos en los cuales el tribunal arbitral podría tomar conocimiento que la controversia o algún extremo de la controversia ya no existe.

En tal sentido, el tribunal arbitral podría tener certeza respecto a la existencia de las controversias sometidas al proceso arbitral momentos antes de emitir el laudo arbitral; pues a lo largo del proceso arbitral las controversias surgidas entre las partes pueden desaparecer y, en ese sentido, el tribunal arbitral no podría emitir pronunciamiento sobre ello.

Por otro lado, no basta que las controversias sean de conocimiento del tribunal arbitral; sino que, además las partes deben solicitar que dichas controversias sean resueltas por el tribunal arbitral, lo cual se produce con la demanda, la reconvencción o con la modificación o ampliación de estas.

Sobre este aspecto, cabe precisar que, si bien existe ciertos momentos en los que las partes solicitan al tribunal arbitral que resuelvan sus controversias, también existen momentos en los que las partes puedan solicitar al tribunal arbitral que no emita pronunciamiento respecto a una controversia por haber desaparecido. Incluso el propio tribunal arbitral podría darse cuenta de que algún extremo o toda la controversia ya no existe por haberse producido un allanamiento de las pretensiones, un desistimiento, una transacción u otra figura que impida que el tribunal arbitral se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

En resumen, podríamos señalar que este tercer requisito está referido a que el tribunal arbitral conocía el extremo de la controversia que omitió resolver en el laudo arbitral; y, que las partes hayan solicitado al tribunal arbitral que a través de un laudo arbitral resuelva dicho extremo de la controversia.

B. Sobre la mala utilización de la solicitud de integración del laudo arbitral

Habiendo identificado la forma y los requisitos de la solicitud de interpretación del laudo arbitral, debemos señalar que es frecuente encontrar dos malas prácticas en la utilización de dicha solicitud. La primera mala práctica consiste en utilizar la solicitud de integración del laudo arbitral para que a través de ella se solicite que el tribunal arbitral se pronuncie sobre algún aspecto que no ha sido abordado y no era objeto del proceso arbitral. Este tipo de solicitud no sería atendible toda vez que no cumple con el requisito que el extremo de la controversia que se ha omitido resolver haya sido sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

La segunda mala práctica consiste en que a través de la solicitud de integración del laudo arbitral se requiera que el tribunal arbitral se pronuncie sobre algún aspecto tratado en el proceso arbitral pero que no era objeto de pronunciamiento y que su discusión no era sustancial para resolver las controversias. Este tipo de solicitud no sería atendible toda vez que dicho aspecto no era objeto de pronunciamiento del tribunal arbitral.

Al respecto, cabe señalar que muchas veces, generalmente por la complejidad de los casos, en el proceso arbitral se abordan y discuten muchos temas vinculados a las controversias sometidas a las decisión del tribunal arbitral; sin embargo, el tribunal arbitral no tiene la obligación de emitir un pronunciamiento individualizado sobre cada uno de dichos temas; sino que debe valorar todos los

aspectos relevantes que guardan relación con las controversias sometidas a su decisión y pronunciarse únicamente sobre las controversias que han sido de su conocimiento y sometidas a su decisión.

Estas malas prácticas atentan contra las características y fortalezas del arbitraje, pues hacen un mal uso de la solicitud de integración del laudo arbitral generando que la tramitación del proceso arbitral se extienda por un tiempo innecesario, lo cual atenta contra la celeridad del proceso arbitral. Asimismo, estas prácticas atentan contra el deber de las partes de desarrollar sus actuaciones respetando el principio de buena fe.

Ahora bien, en la práctica arbitral peruana existe un mecanismo de uso generalizado que le permitiría al tribunal arbitral no dejar de resolver ningún extremo de la controversia sometido a su conocimiento y decisión; y, en consecuencia, evitar que se formulen solicitudes de integración del laudo arbitral. Este mecanismo es conocido como la “fijación de puntos controvertidos”¹⁴.

En el caso peruano, es de uso generalizado que en los procesos arbitrales se fijan los puntos controvertidos del proceso arbitral mediante audiencia o decisión arbitral. Esta fijación de puntos controvertidos en la práctica arbitral generalmente consiste en extraer las pretensiones formuladas en el proceso mediante la demanda, reconvencción o acumulación de pretensiones y juntarlas de forma ordenada en una acta o decisión arbitral¹⁵.

¹⁴ La fijación de puntos controvertidos es una figura regulada en el artículo 468° del Código Procesal Civil. Dicha figura supone que el juez determine las cuestiones que deben ser materia de probanza por existir posiciones contrarias entre las partes. Estas cuestiones deben estar relacionadas con el objeto del proceso.

¹⁵ Sobre el particular, cabe indicar que en realidad más que una fijación de puntos controvertidos lo que en realidad se estaría realizando es una consolidación o agrupación ordenada de las pretensiones formuladas hasta dicho momento en el proceso; pues, la fijación de puntos controvertidos supondría determinar las cuestiones que deben ser materia de probanza por existir posiciones contrarias entre las partes que guardan relación con el objeto del proceso, lo cual, evidentemente, sobrepasa el mera

La utilización de la fijación de los puntos controvertidos permite al tribunal arbitral hacer una identificación de los aspectos sobre los cuales son de su conocimiento y sometidos a su decisión que debe ser objeto de pronunciamiento.

Finalmente, cabe precisar que la utilización de dicha figura procesal judicial no supone en modo alguno judicializar el proceso arbitral; pues la utilización de dicha figura no supone contradecir los principios sobre los cuales se fundamenta el arbitraje; por lo contrario, la utilización de la fijación de los puntos controvertidos coadyuva a que el tribunal arbitral emita un laudo arbitral de manera más eficiente.

C. Sobre la concurrencia de intereses en la solicitud de integración del laudo arbitral

En el caso de la solicitud de integración del laudo arbitral, las partes tienen el interés en que todos los extremos de la controversia sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral sean resueltos. Este interés se sustenta en tres aspectos relevantes: (i) El propósito de recurrir a la vía arbitral es justamente que en dicha vía se resuelvan las controversias, por lo que dejar de resolver un extremo de las controversias atentaría contra dicho propósito; (ii) Dejar de resolver un extremo de las controversias podría generar problemas referidos a dejar en indefensión a una de las partes; y, (iii) Evitar tener inconvenientes al momento de cumplir lo resuelto en el laudo arbitral, pues al haberse omitido un pronunciamiento sobre un extremo de la controversia la decisión del laudo arbitral podría necesitar que se precise cierto aspecto del mismo para poder cumplir con lo dispuesto en el laudo arbitral.

Por su parte, respecto a la integración del laudo arbitral, el tribunal arbitral tiene el interés que las solicitudes de integración sean resueltas con el fin de evitar posibles cuestionamientos a sus capacidades e idoneidad para ejercer la función

tarea de consolidación o agrupación de las pretensiones formuladas en un solo documento..

arbitral. Cabe indicar que uno de los pilares del arbitraje es la especialización que tienen los que resuelven las controversias.

Estos dos intereses resultan compatibles con la finalidad del proceso arbitral; pues por un lado se busca que todas las controversias sean resueltas y; por otro lado, se busca asegurar que el tribunal arbitral ejerza sus funciones de forma idónea.

V. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y DE REFLEXIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

En relación con este punto, comentaremos dos aspectos problemáticos respecto a la solicitud de integración del laudo arbitral sobre los cuales realizaremos algunos comentarios con el fin de realizar un aporte para una posible solución o reflexión.

Un primer problema está referido a que la Ley de Arbitraje no contempla como causal de anulación del laudo arbitral que se haya omitido resolver un extremo de la controversia que haya sido de conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

Un segundo problema está referido al supuesto que podría darse si el pronunciamiento respecto al extremo de la controversia que se omitió resolver pudo haber influido sobre el sentido en que los otros extremos de la controversia fueron resueltos en el laudo arbitral.

A. Sobre la omisión de resolver un extremo de la controversia como causal de anulación del laudo arbitral

El numeral 1) del artículo 62° de la Ley de Arbitraje, refiriéndose al recurso de anulación del laudo arbitral señala que: “(...) *Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63*”. Este artículo consagra el principio de taxatividad del recurso de anulación del laudo arbitral, el cual señala que únicamente se podrá anular el laudo arbitral siempre que se verifique algunas de las causales expresamente señaladas en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

Siendo ello así, resulta claro que un laudo arbitral no podría ser objeto de anulación si no se alega y acredite una causal de anulación taxativamente señalada en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, de la revisión de las causales de anulación del laudo arbitral previstas en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje se advierte que no se regula una causal que posibilite la anulación del laudo arbitral por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

Lo anterior guarda relación con la forma en que se resuelve un recurso de anulación, pues conforme a lo señalado en numeral 2) del artículo 62° de la Ley de Arbitraje: *“El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo”*. Así pues, resultaría imposible declarar la validez o nulidad respecto de algo que no existe decisión alguna, pues justamente ello ha sido objeto de omisión.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que el numeral 7) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje señala que: *“No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”*. Como se podrá advertir, la Ley de Arbitraje establece la posibilidad que mediante la solicitud de integración se pueda subsanar alguna de las causales de anulación reguladas en su artículo 63°; sin embargo, conforme a lo señalado precedentemente, ninguna de las causales guarda vinculación respecto a que se haya omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

Siendo ello así, realizando una interpretación sistemática de los artículos de la Ley de Arbitraje tendría que entenderse que el numeral 7) del artículo 63° únicamente esta referida a la posibilidad de que la causal de anulación ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación o exclusión del laudo arbitral, más no se refiere a la integración.

Bajo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje podría darse un supuesto interesante. Supongamos que en un proceso arbitral una de las partes, dentro del plazo correspondiente, presenta una solicitud de integración del laudo arbitral; sin embargo, el tribunal arbitral no procedió a emitir pronunciamiento respecto a la

solicitud de integración dentro del plazo correspondiente, por lo que, conforme a lo señalado en la Ley de Arbitraje, se entiende que dicha solicitud de integración ha sido denegada. En tal caso, conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, la parte interesada no podría remediar dicha situación mediante el recurso de anulación, pues no existe una causal de anulación que proceda cuando el tribunal arbitral haya omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a su conocimiento y decisión.

Siendo ello así, la parte interesada en que se resuelva el extremo de la controversia que se ha omitido resolver quedaría en una situación complicada pues se habría agotado la vía arbitral y no podría invocar la anulación del laudo arbitral.

B. Sobre el supuesto en que podría darse si el pronunciamiento respecto al extremo de la controversia que omitió resolver pudo haber influido sobre el sentido en que los otros extremos de la controversia resueltos en el laudo arbitral.

Generalmente las pretensiones formuladas por las partes en el proceso arbitral guardan cierta relación o vinculación. De tal manera que puede darse un escenario en el que aun cuando las pretensiones no alcanzan la suficiencia vinculación para ser consideradas accesorias, mantienen cierta relación o vinculación que genera que el pronunciamiento respecto a una pretensión incida en sentido en que se resolverá otra pretensión.

Bajo este escenario, si el tribunal arbitral omite resolver el extremo de la controversia (una de las pretensiones) cuyo pronunciamiento hubiera incidido en el sentido en que se resolverían los otros extremos de la controversia (las otras pretensiones) el sentido en cómo se resolvería normalmente el laudo arbitral se vería alterado.

Este escenario tendría una mayor complejidad si sumado a lo anterior ninguna de las partes formula una solicitud de integración dentro del plazo respectivo; por lo que, conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, no habiendo causal de anulación que se sustente en la omisión del tribunal arbitral en resolver un extremo de la controversia dicha situación no podría ser remediada pues la vía arbitral ya se habría agotado y no existe causal de anulación para dicho supuesto.

Como se podrá apreciar, omitir resolver un extremo de la controversia resulta perjudicial pero dicho perjuicio se torna más grave cuando el pronunciamiento sobre el extremo que se omitió resolver hubiera incidido en el sentido de los otros extremos de la controversia que se resolvieron. En este escenario, se verificaría que la solicitud de integración tiene una importancia destacable pues además de evitar pronunciamientos incompletos también podría evitar que el laudo arbitral tenga un sentido diferente al que normalmente tendría si todos los extremos de la controversia se hubieran resuelto.

VI. CONCLUSIÓN

Ley de Arbitraje a través de la solicitud de rectificación, solicitud de interpretación, solicitud de integración y solicitud de exclusión del laudo arbitral ha establecido mecanismos a través de los cuales el tribunal arbitral emite pronunciamientos que precisan y/o complementan lo decidido en el laudo arbitral. Así, cuando el tribunal arbitral resuelve una solicitud de de integración del laudo arbitral busca complementar el laudo arbitral para que no exista inconvenientes al momento de su ejecución.

La Ley de Arbitraje si bien delimita claramente los requisitos de procedencia de la solicitud de integración del laudo arbitral, la práctica arbitral nos puede brindar supuestos en los cuales se podrían generar espacios en los que la regulación de la solicitud de integración del laudo arbitral podría resultar insuficiente. En ese sentido, los comentarios y reflexiones efectuados en el presente ensayo buscan contribuir con algunas ideas que permitan coadyuvar a dar soluciones a los problemas que podrían generarse en la aplicación de la solicitud de integración del laudo arbitral.

La administración judicial y la tutela judicial efectiva de los laudos arbitrales ad-hoc e institucional en la República Dominicana

Katherine Michel Polanco Peña*

Resumen- El presente artículo hace un profundo análisis crítico del sistema de administración de arbitrajes en la República Dominicana, resaltando las peculiaridades y riesgos que suscitan frente a la tutela judicial efectiva para la ejecución de los mismos.

Con la promulgación de la Ley No. 489- 08, Ley de Arbitraje Comercial (“LAC”), se prevé que los laudos *ad-hoc* e institucionales [a excepción de los laudos dictados por los tribunales de los Centros de Resolución Alternativa de Conflictos (“C.R.C.”) de las Cámaras de Comercio y Producción (“C.C.P.”)] sean homologados mediante el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

Por lo tanto, estos laudos tienen habilitados dos vías o controles judiciales, corriendo el riesgo de verse afectados de ciertas consecuencias como son: la contradicción de fallos, incidentes (litispendencia o conexidad), medios de inadmisión (por cosa juzgada), etc. Se examina el poder del juez de la Corte de Apelación competente, ante una demanda principal de acción de nulidad contra un laudo o contra el auto que otorga o rechaza el reconocimiento, esto último como recursos para impugnar la decisión. Por otro lado, se estudia las Leyes Nos. 50-87, del 04 de junio de 1987, sobre Cámaras Oficiales de Comercio y Producción de la República y la No. 181-09, de 06 de julio del 2009, que crean los C.R.C, adscritos a las C.C.P., que otorgan un privilegio legal injustificado a los laudos institucionales dictados por los C.R.C. de las C.C.P. del país,

* Afiliación: Lextech Consultoría Legal Estratégica, S.R.L.

posicionando éstos últimos en una posición privilegiada y dominante. Se demuestra que esto crea una competencia imperfecta en este tipo de mercados, barreras de entradas en virtud de la Ley No. 42-08, del 16 de enero de 2008, sobre Defensa de la Competencia, y se exponen las consecuencias que se desprende de toda esta situación.

Abstract- A deep critical analysis of the arbitration administration system in the Dominican Republic is made, highlighting the peculiarities and risks that arise in the face of effective judicial protection for the execution of the same.

With the enactment of Law No. 489-08 on Commercial Arbitration, it is expected that ad-hoc and institutional awards (with the exception of awards issued by the courts of the Alternative Conflict Resolution Centers of the Chambers of Commerce and Production) are approved through the recognition and enforcement procedure.

Therefore, these awards have two judicial controls enabled, running the risk of being affected by certain consequences such as: the contradiction of rulings, incidents (lispendens or relatedness), means of inadmissibility (res judicata), etc. The power of the judge of the competent Court of Appeal is examined, before a main demand for annulment action against an award or against the order that grants or rejects the recognition, the latter as resources to challenge the decision. On the other hand, Laws Nos. 50-87, of June 4, 1987, on Official Chambers of Commerce and Production of the Republic and Law No. 181-09, of July 6, 2009, which create the Centers, are studied. for Dispute Resolution, attached to the C.C.P., which grant an unjustified legal privilege to institutional awards issued by the C.R.C. of the C.C.P. of the country, positioning the latter in a privileged and dominant position. It is shown that this creates imperfect competition in this type of market, barriers to entry by virtue of Law No. 42-08, of January 16, 2008, on Defense of Competition, and the consequences that follow from this whole situation.

I. INTRODUCCIÓN.....	467
II. EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.	469

A. MARCO LEGAL: NACIONAL E INTERNACIONAL.....	469
a. <i>Clasificación de arbitraje según la Ley No. 489-08, sobre Arbitraje Comercial en la República Dominicana</i>	470
b. <i>Arbitraje ad-hoc</i>	471
c. <i>Arbitraje institucional</i>	472
d. <i>Laudo arbitral</i>	472
B. SUPERVISIÓN JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE.....	473
a. <i>Concepto y tipos de control judicial</i>	473
b. <i>Reconocimiento y Ejecución de un laudo</i>	475
c. <i>Acción en nulidad en contra de un laudo arbitral</i>	476
d. <i>Poderes del juez de la Corte de Apelaciones ante la ejecución del laudo arbitral</i>	479
III. LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES Y EL SISTEMA JUDICIAL DOMINICANO FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES.	484
A. DOBLE SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL EX POST DE LOS LAUDOS ARBITRALES AD-HOC.	484
B. PRIVILEGIO LEGAL INJUSTIFICADO A LOS LAUDOS DE LOS CENTROS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVAS DE CONFLICTOS DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN.....	487
IV. CONCLUSIÓN.....	489

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, en la República Dominicana el arbitraje ha evolucionado en ciertos aspectos y en otros ha dado un paso hacia atrás. Se percibe que, con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial No. 489-08 de fecha 19 de diciembre de 2008 de la República Dominicana se actualiza y nace el esquema imperante sobre la materia y el sistema de administración de arbitrajes. Adaptándose nuestro sistema jurídico a los tiempos, en favor del país como sede arbitral.

Con la Ley mencionada, se habilitan dos controles o dos procedimientos especiales, luego de haber sido dictado el laudo, que son: (i) La acción en

nulidad contra el laudo arbitral, en sus Arts. 39 y 40; y (ii) El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, en sus Arts. 41 y 42.

El procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo y la acción en nulidad pueden coincidir en el sistema judicial. Así como, también, la acción en nulidad contra un laudo y la acción en nulidad contra el auto que reconoce o rechaza la homologación mediante el procedimiento de reconocimiento y ejecución -en primera instancia-, pueden coincidir ante la Corte de Apelación¹, como recursos para impugnar esta decisión judicial.

Persiste una inseguridad jurídica y legal que genera la peligrosa oportunidad de que existan dos vías para una misma decisión en lugares diferentes, pudiendo haber contradicción de fallos, incidentes, litispendencia, conexidad, e incluso un medio de inadmisión por cosa juzgada.

Ante la deficiencia tanto a nivel legislativo como a nivel sistemático y práctico, respecto a la administración del arbitraje y a la tutela judicial del laudo al momento de su ejecución en la República Dominicana. En ese mismo tenor de señalamientos de irregularidades, los laudos emanados de los C.R.C. de las C.C.P. son amparados por la Ley No. 50-87 del 04 de junio de 1987 y la Ley No. 181-09 de 06 de julio del 2009, y les otorgan un privilegio legal que no está justificado.

Estos laudos son dotados de fuerza ejecutoria desde el momento que son dictados y son solamente susceptibles de la acción en nulidad contra el mismo²; en la cual se otorga una posición dominante y de privilegio ante el mercado de aquellos centros que se dedican a los métodos alternos de solución de conflictos. Esto crea una barrera de entrada, limitando a sociedades comerciales que se dedican a esto, en virtud de la Ley No. 42-08 de fecha 25 de enero de 2008, ya que, se ven afectados a la entrada al mercado como nuevos competidores y si

¹ El Art. 44 de la LAC, permite examen del laudo emanado que establece que si hay contestación sobre el laudo cuando es homologado graciosamente mediante el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, la mismo será conocida y fallada ante Corte de Apelación competente, conforme a la LAC para el caso de anulación, en única y última instancia y en virtud de la convención internacional correspondiente.

² Párrafo II y III del artículo 17 de la Ley No. 181-09.

ya están dentro, dificulta ser considerados como opción ante los usuarios del arbitraje y de estos centros especializados.

II. EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

En este capítulo veremos el sistema de arbitraje en la República Dominicana y el marco legal nacional e internacional que lo compone, entre otros temas importante para el desarrollo de esta investigación.

A. Marco legal: nacional e internacional.

El arbitraje moderno inició con la fundación en 1892 de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional; seguida en 1923 con la celebración en Ginebra de la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales para promocionar el arbitraje y otorgarle el mismo valor que las sentencias locales mediante un doble *execuatur*, el cual no fue eficiente; no obstante, fue un precedente muy importante en el objeto de estudio de este trabajo.

En 1945 con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), se comienzan a organizar importantes mecanismos para la protección de derechos económicos, sociales y fundamentales. Así fue como se creó la Corte Permanente de Arbitraje y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI O UNICTRAL”), las cuales mantienen un rol esencial para la promoción del arbitraje en el ámbito internacional.

Luego se crea la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, que dota a los laudos internacionales de confiabilidad y autoridad, siendo esta la más exitoso en la materia, de la cual República Dominicana es parte. A fines de armonizar la legislación internacional en materia de arbitraje comercial, con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se crea la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (“LMU”) en 1985, con las enmiendas del 7 de julio de 2006. Esta LMU sobre arbitraje comercial fue difundida para que los países crearan sus propias leyes sobre arbitraje.

Las raíces legislativas sobre el arbitraje en República Dominicana datan desde la promulgación de la Constitución de 1884 y su artículo 139. Con la adopción

de la legislación francesa, se acoge el arbitraje contenido en los artículos del 1003 al 1028 del Código de Procedimiento Civil (“C.P.C.”). En 1980, el país concibe las ventajas del arbitraje como mecanismo alternativo de la resolución de conflictos, con ello promulga la Ley No. 50-87 del 4 de junio de 1987, que otorgaban a los laudos provenientes de arbitrajes celebrados por las C.C.P. del exequátur. Con la firma y ratificación del DR-CAFTA³ entre 2006 y 2007, el país modificó y adecuó a dicho Tratado la legislación interna, naciendo la Ley No 489-08 sobre Arbitraje Comercial, de fecha 19 de diciembre del año 2002 y publicada en la Gaceta Oficial No. 10502, del 30 de diciembre de 2008, con la cual se deroga las disposiciones del C.P.C.

a. Clasificación de arbitraje según la Ley No. 489-08, sobre Arbitraje Comercial en la República Dominicana.

Por arbitraje nacional, es aquel donde solo vincula un único Estado y no presenta puntos de conexión con otros Estados. Hay diferentes tipos de arbitrajes, en virtud del art. 4 de la LAC y estos dependen: de las reglas del procedimiento a ser aplicables o atendiendo a la naturaleza del arbitraje⁴.

Conforme con las reglas del procedimiento a ser aplicables, la Ley distingue entre el arbitraje ad-hoc y el institucional⁵. Mientras que respecto a su naturaleza, la LAC señala que el arbitraje puede ser: en derecho (los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente); y en equidad (los árbitros deciden según el sentido común y la equidad)⁶.

³ El DR-CAFTA (“Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement”, en inglés), o TLC (“Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América”, en español), es un tratado realizado a los fines de que exista la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes.

⁴ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, del 30 de diciembre del 2008, *G.O.* 10502.

⁵ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, del 30 de diciembre del 2008, *G.O.* 10502.

⁶ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, del 30 de diciembre del 2008, *G.O.* 10502.

Los tipos de arbitrajes, atendiendo a las reglas del procedimiento a ser aplicables, son los de interés para el desarrollo de esta investigación.

b. Arbitraje ad-hoc.

En ocasión a esta investigación, se debe concentrar la atención en la clasificación de arbitrajes en cuanto a las reglas del procedimiento, la cual la LAC distingue entre: arbitraje ad-hoc o institucional.

En materia civil y comercial, el arbitraje ad-hoc estaba regulado desde el año 1884 en el Art. 139 de la Constitución de ese año y por el Código de Procedimiento Civil Dominicano de los Arts. 1003 al 1028. Luego, la Secretaría de Estado de Industria y Comercio [hoy Ministerio de Industria, Comercio y MIPYMES (micro, pequeña y mediana empresa)], en específico, la Dirección de Comercio Exterior⁷, había enviado el Anteproyecto al Consejo de Conciliación y Arbitraje de la C.C.P. de Santo Domingo, el cual es el organismo que rige el sistema de arbitraje institucional, creada por la Ley No. 50-87, a los fines de observaciones. Después del Anteproyecto de la LAC ser enviado al Poder Ejecutivo para ser remitido al Congreso Nacional, el mismo es devuelto dotado de las recomendaciones, con las tendencias de una legislación más actualizada, sólida, uniforme y contentiva de los principios generales que en ese momento eran reconocidos a nivel internacional en materia arbitral, frente a la disputa y solución de conflictos de comercio internacional.

En el Anteproyecto se modificó el Título VI de la Ley No. 50-87, que regula C.C.P. En fecha 13 de agosto del 2004, con el objetivo de impulsar estos proyectos y que existiera una garantía de uniformidad, modernidad y, sobre todo, seguridad respecto al marco legal uniforme, para estimular las operaciones de comercio exterior, siendo así favorecido el país en materia de las inversiones extranjeras y foráneas. En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico solo se conoce el arbitraje institucional de la Ley No. 50-87, en sus artículos 15 al 17, Título VI, que fue modificado recientemente por la Ley No. 181-08 y su reglamento de aplicación. Para el año 2007, el Proyecto de Ley es nuevamente sometido al Congreso Nacional, vía el Senado de la República, donde sectores importantes como son las Zonas Francas, estuvieron presentes a los fines de

⁷ Que se encarga de ejecutar los compromisos del Estado, contraídos mediante convenios internacionales.

debatir, analizar y aclarar puntos importantes sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial. Con la firma del DR-CAFTA, se impulsa la promulgación de la LAC en República Dominicana.

c. Arbitraje institucional.

El arbitraje más utilizado es el institucional, porque “*ofrece más garantías de seguridad, eficacia y profesionalismo*”⁸. Las normas por el cual se regirá este arbitraje y las actuaciones de los árbitros están preestablecidas; además, tienen mecanismos efectivos respecto a la selección de los árbitros. Este tipo de arbitraje es controlado, por la institución que las partes han seleccionado para la celebración de este. Ellas deberán acogerse a las decisiones que el centro u órgano elegido, determine como favorables para su realización. No obstante, en el ámbito doméstico dominicano, solo cuentan con Centros de Resolución de Controversias funcionales las Cámaras de Comercio y Producción de las provincias Santiago y de Santo Domingo. El arbitraje Ad-hoc se puede llevar a cabo en el mismo centro y las partes establecer sus reglas, pues la Ley No. 181-09 no eliminó este tipo de arbitraje.

d. Laudo arbitral.

La solución que ofrece el arbitraje se hace mediante una decisión que se denomina laudo arbitral o laudo final, que luego tendrá los efectos legales y la misma consideración que tiene una sentencia judicial firme. No es sencillo denominar como laudo, cuando se trata de laudos parciales, porque juzgan ciertos aspectos y posponen para luego el fallo de los otros. Se aconseja a los árbitros que especifiquen claramente la categoría de sus decisiones, ya que la nomenclatura utilizada no tiene más influencia que la sugestiva, así fue juzgado por la Corte de Apelación de París, en el caso *Société National Company for*

⁸ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L., julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0, p. 83.

Fishing and Marketing (NAFIMCO) v. Société Foster Wheeler Trading Company AG, 1er Ch. C., el 4 de abril de 2002⁹.

El proceso de arbitraje, puede concluir de diferentes formas, no es solo por un laudo o sentencia arbitral, si no también, por un acuerdo, ya sea paralelo o transaccional, que pone fin a las partes que se han sometido a la institución. El laudo pone fin a la controversia que envuelve a las partes, después que pasan los plazos para que el mismo sea fijo. Los   rganos judiciales que aplicaran la tutela judicial para la ejecución o el control de estas decisiones, examinarán si cuentan con los requisitos y si el mismo pone fin a la controversia, así sea de temas procesales o accesorios, atendiendo su carácter definitivo, obligatorio y en virtud de la jurisprudencia comparada. Respecto a la Ley aplicable al fondo, los sistemas inspirados en la LMU, aplican que cualquier alusión al ordenamiento de un Estado apunta hacia el derecho sustantivo y no al régimen de conflicto de Leyes, a menos que se establezca lo contrario¹⁰. En caso de silencio de las partes, los árbitros determinarán la Ley aplicable al fondo.

No obstante, a continuación, hablaremos sobre la supervisión jurisdiccional del arbitraje y el laudo, luego de emitido, ante la jurisdicción, mediante los recursos y tutela judicial.

B. Supervisión jurisdiccional del arbitraje.

a. Concepto y tipos de control judicial.

La supervisión judicial conforme a la LAC, debe ser ejercida *ex post* a través de las acciones o los recursos establecidos en cada legislación, incluyendo el control constitucional en caso de que se vulnere el derecho al debido proceso y a la tutela arbitral efectiva o se advierta un incumplimiento por parte de los

⁹ HERNÁNDEZ MEDINA, Guillermo. *Arbitraje: Perspectiva Comparada*. 2015. En: República Dominicana, Librería Jurídica Internacional, S.R.LEY ISBN: 978-9945-08-326-2. P. 186.

¹⁰ HERNÁNDEZ MEDINA, Guillermo. *Arbitraje: Perspectiva Comparada*. 2015. En: República Dominicana, Librería Jurídica Internacional, S.R.LEY ISBN: 978-9945-08-326-2. P. 189.

árbitros, de los mandatos constitucionales¹¹. Como ya mencionamos, el árbitro no posee un orden jurídico estatal para administrar justicia¹² por carecer de potestad de *imperium*, constituyendo esto un sistema de control por parte de los tribunales jurisdiccionales para la sede arbitral. Los controles judiciales por parte del Estado buscan colaborar con la eficacia del laudo o ejercer control de los mismos. Estos son asuntos para preservar el orden público de cada país.

Los jueces deben evitar y no pueden tocar el fondo del laudo o su forma, sino más bien fiscalizar el mismo, en la idea de verificar si el mismo no vulnera o afecta el orden público del país y su ordenamiento jurídico, donde se pretende reconocer y/o ejecutar. Tampoco pueden tomar el orden público como excusa o pretexto para tocar el laudo. La validez del laudo librado por el árbitro se condiciona de una lista de motivos o límites que debe cumplir un laudo. Estos se encuentran en una lista cerrada y taxativa en la Ley y son requisitos inexcusables, cuya violación se sanciona con su nulidad o la denegación del reconocimiento y ejecución de este. Para verificar que los árbitros ejercen su jurisdicción de manera correcta y respetando los límites de su competencia que la Ley o las partes han impuesto, se establecen diferentes medios de control judicial y cada uno tiene una función y efecto que deben cumplirse. El laudo es definitivo y firme desde el momento en que se emite y, tiene el carácter de cosa juzgada. Es un título ejecutorio en virtud del art. 545 del C.P.C. sobre las sentencias y los actos. No obstante, en el curso del arbitraje pueden intervenir varios laudos.

Con la notificación del laudo empieza el cómputo del plazo para la interposición de los controles judiciales mencionados. Esto da lugar a uno o dos procedimientos nuevos, pero en la jurisdicción judicial. El reconocimiento y ejecución del laudo compete a la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del departamento judicial correspondiente, según sea nacional o internacional. Es la Corte de Apelación correspondiente, según sea nacional o

¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y CONCEPCIÓN, Nathanel. *Sistema de Arbitraje de la República Dominicana*. Primera Edición, en: Editorial Funglode, Fundación Global Democracia y Desarrollo, 2013. ISBN: 978-9945-412-85-7. P. 336.

¹² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y CONCEPCIÓN, Nathanel. *Sistema de Arbitraje de la República Dominicana*. Primera Edición, en: Editorial Funglode, Fundación Global Democracia y Desarrollo, 2013. ISBN: 978-9945-412-85-7. P. 374.

internacional el laudo, la competente para conocer de la acción principal en nulidad contra el mismo.

b. Reconocimiento y Ejecución de un laudo.

El reconocimiento y ejecución de un laudo, se encuentra regulado de los artículos 41 al 45 de la LAC. Este procedimiento es de carácter bifásico porque consta de dos etapas: la primera graciosa y la segunda contradictoria – acción en nulidad contra el auto que otorga el reconocimiento-, en el caso de apelar el auto que acoge o rechaza el reconocimiento y ejecución. No todos los laudos son para ejecutar, algunos son solo para reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico, todo depende de su finalidad. No es lo mismo reconocimiento que ejecución, el reconocimiento es homologar o validar que no se transgrede el orden público. Mientras que, ejecución es hacer cumplir lo fallado en el laudo. Lo primero siempre será obligado para lo segundo, no obstante, no todos los laudos son para ejecutar, pero si para reconocer. Mediante el otorgamiento del *fiat* o *exequátur*, se gestiona la homologación y la materialización de la ejecución del laudo.

El Art. 546 del Código Civil Dominicano (“C.C.”), se refiere al reconocimiento de sentencias dadas por los tribunales extranjeros y el art. 2123 del C.C. se refiere “a fallos que se hayan dados en el extranjero”. Los arts. 2123 y 2128 pueden ser derogados por tratados internacionales. Esto no quiere decir que los últimos tengan rango legal y por ende, se aplica el principio de una Ley nueva deroga una Ley vieja¹³. Al tenor del art. 2123 del C.C., los laudos arbitrales se convierten en hipoteca judicial, luego de ser declarados ejecutorios por un tribunal del país, en especial los laudos extranjeros, todo esto sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan contenerse en Leyes y en los tratados de los cuales somos partes. Es decir, para un laudo arbitral convertirse en una hipoteca judicial, debe estar provisto del mandato judicial de ejecución que exige el C.C.

A los fines de que un laudo sea efectivo hay que saber distinguir de su reconocimiento y ejecución, si han sido dictados por un tribunal arbitral

¹³ GIL DOMÍNGUEZ, Francisca. En: *Consideraciones sobre el arbitraje comercial*. MOSCOSO SEGARRA, Alejandro A. *30 años de Coloquios Jurídicos*. En: Santo Domingo, 2011. Editora Búho. ISBN: 978-9945-423-23-5.

nacional o extranjero. Cabe destacar que no es lo mismo un arbitraje internacional que un arbitraje extranjero. El laudo extranjero es el dictado en otro país y estos son los que deben ser homologados mediante su exequátur en virtud del art. 42 de la LAC. Cuando es internacional, es porque las partes envueltas son de otra nacionalidad o sus domicilios están en otro país¹⁴. Para la ejecución forzosa del laudo es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se reputa dictado, en virtud del art. 9.4 de la LAC. En caso de un laudo a ser ejecutado en el extranjero, las normas procesales y los tratados internacionales determinarán dicha competencia. El Art. 9.6 de la LAC impone para otorgar el *fiat* o exequátur el conocimiento a la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional. Si ninguno tiene domicilio en la República Dominicana, se elige el tribunal del domicilio del demandante, y si este tampoco lo tuviese en el país, el de su elección. El art. 45, establece las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Los laudos dictados en ocasión de arbitraje ad-hoc y los laudos extranjeros para hacerse eficaz en República Dominicana, deben primero pasar por este procedimiento y deben ser homologados mediante el sistema de exequátur, como fue organizado por la C.N.Y. de 1958 – en especial, para laudos extranjeros para hacerse eficaz en un país distinto-. Se hace un escrutinio de papeles, para ver que se cumple con las condiciones y los motivos formales que exige la LAC en su art. 41, para ser reconocido y/o ejecutado un laudo. Además, se debe verificar que se han depositado los documentos en la forma de solicitud que se exigen en el art. 43 de la misma Ley para cada caso. Si es extranjero el laudo, que esté apostillado según el XII Convenio de La Haya, del 5 de octubre de 1961¹⁵

c. Acción en nulidad en contra de un laudo arbitral.

¹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Francisca. En: *Consideraciones sobre el arbitraje comercial*. MOSCOSO SEGARRA, Alejandro A. *30 años de Coloquios Jurídicos*. En: Santo Domingo, 2011. Editora Búho. ISBN: 978-9945-423-23-5. P. 42.

¹⁵ Para suprimir la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que deban ser presentados en otros de los países firmantes del mismo, de la cual República Dominicana es país signatario.

En lo adelante, desarrollaremos las particularidades de la acción en nulidad contra un laudo. Se persigue con esta acción la impugnación de la validez del laudo por motivos que se encuentran estrictamente tasados en la Ley y que responden a vicios graves de orden público en el arbitraje o en sus presupuestos¹⁶. En el país, la acción directa en nulidad sirve para la impugnación de un laudo y se encuentra regulada en los Arts. 39 y 40 de la LAC. González de Cossío expone que: “*La ratio es que no se dé efecto a fallos que ofendan las nociones más importantes de justicia y moralidad del sistema jurídico (...)*”¹⁷”.

El ordenamiento francés denomina recurso de anulación a lo que se interpone en contra del laudo arbitral¹⁸, mientras que en la República Dominicana se le llama acción en nulidad, en virtud de la LAC. Es decir, que aquí su naturaleza es la de una acción directa en justicia para impugnar y no un recurso. El artículo 39, expone en su numeral 1 que, para la impugnación contra un laudo arbitral sólo podrá ser recurriendo ante un tribunal mediante una solicitud de nulidad, conforme a los numerales 2 y 3 de la LAC. El numeral 2, versa los motivos que debe demostrar la parte que solicita la anulación de un laudo. La jurisprudencia dominicana, a través de la Suprema Corte de Justicia, ha señalado nuevamente las causas o motivos para dar lugar a la acción en nulidad:

Considerando, que la doctrina ha establecido que una cláusula patológica es aquella de la cual no se puede deducir una voluntad clara y firme de los suscribientes de someterse al arbitraje y que, por consecuencia, no se puede aplicar sin un nuevo acuerdo de las partes sobre la redacción de la

¹⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Francisca. En: *Consideraciones sobre el arbitraje comercial*. MOSCOSO SEGARRA, Alejandro A. *30 años de Coloquios Jurídicos*. En: Santo Domingo, 2011. Editora Búho. ISBN: 978-9945-423-23-5.

¹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Lo lúdico del orden público*. En: México. [en línea]. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/LO%20LUDICO%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO.pdf>. P. 32.

¹⁸ *Francia*, Corte de Casación Civil, Primera Cámara Civil. Sentencia No. 1220, FS-P+B+I, n° 16-18.349, del 19 de diciembre del 2018. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1220_19_40991.htm.

cláusula arbitral¹⁹; en la categoría de arbitraje *ad-hoc* donde las partes no se refieren a ningún reglamento o Ley de arbitraje preexistente, este tipo de arbitraje es la fuente más frecuente de cláusulas compromisorias patológicas²⁰; que la existencia de una cláusula arbitral patológica, no constituye un obstáculo a la facultad de la corte *a qua*, en sus atribuciones de tribunal de petición de nulidad, conforme al artículo 39, de la Ley 489-08, citada, de conocer la validez de la misma²¹.

Esos últimos pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción directa en nulidad contra la decisión arbitral. El Art. 39.4, expone que en los casos previstos en los párrafos c y e del numeral 1, la anulación solo afectará a aquellos pronunciamientos del laudo que son relativos a las cuestiones que no fueron sometidas a la decisión de los árbitros o que son de naturaleza que no pueden ser sometidas a arbitrajes, siempre que estas puedan ser separadas de las demás. Este artículo es una corriente internacional organizada por la C.N.Y. de 1958, bajo los auspicios de la ONU²².

El numeral 5 del artículo 39 de la LAC, señala que la acción de nulidad del laudo debe de ser ejercida dentro del mes sigte. a su notificación y en el caso de que se haya solicitado la corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, es decir, desde la notificación del laudo definitivo. Por otro lado, sobre el procedimiento mediante el cual se instrumentará la misma, se encuentra en el Art. 40 de la LAC. Se establece que se interpone ante la Corte de Apelación del Departamento Judicial donde se dictó el mismo si es un laudo nacional y, si es un laudo extranjero

¹⁹ Ph. F.. *Comentarios sobre el fallo de la Corte de Apelación de París de 29 de marzo de 2001*. R.A. 2002, p. 449, En: E.S.R., El contrato de arbitraje, legis Editores, 2008, Colombia, p.192. República Dominicana, Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 28 del 31 de enero de 2018. [consulta: 12 de junio 2020]. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-no-primera-sala-727546145>.

²⁰ Y.D., *Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. (2005) En: E.S.R., El contrato de arbitraje, ver legis Editores, 2008, Colombia, p. 193.

²¹ I Y.D., *Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. (2005) En: E.S.R., El contrato de arbitraje, ver legis Editores, 2008, Colombia, p. 193.

²² ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L, julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0. P. 281.

solamente es competente la Corte de Apelación del Distrito Nacional. La acción en nulidad es un mecanismo de control en sede judicial, porque alguien tiene que controlar a los árbitros. Es una demanda inicial, surgiendo un proceso *ex novo* y se encauza mediante las reglas del derecho común.

Esta es la única vía para dejar sin efecto el laudo. La demanda debe notificarse mediante emplazamiento vía alguacil, ya sea a su domicilio real o a persona, exponiéndose los motivos y conclusiones, por el derecho al debido proceso y porque esto es puramente de orden público. Se debe notificar a la contraparte o en contra de quien se quiere impugnar, tutelando y protegiendo el derecho de defensa de la contraparte. Si es un laudo extranjero, debe estar apostillado y traducido para su notificación. Se hace en la octava franca y se espera que la parte emplazada proceda a constituirse mediante acto de abogado a abogado.

Incumbe al solicitante demostrar las causas de nulidad. No obstante, a pesar de todo esto, existe la posibilidad de renunciar a esta acción y cualquier recurso, si las partes así lo han decidido en virtud del Art. 7 y 40.1 de la LAC. Además, la jurisprudencia local ha sido constante sustentando este criterio de la renunciabilidad de recursos contra el laudo²³. Si la demanda en nulidad resulta desestimatoria, el laudo goza de carácter firme y definitivo, que de pleno derecho se consolida, al menos que la parte perdedora desee recurrir en casación. En lo adelante, analizaremos los poderes del juez presidente de la Corte de Apelación y sus atribuciones dadas por la Ley, en lo que se refiere al arbitraje y tutela judicial.

d. Poderes del juez de la Corte de Apelaciones ante la ejecución del laudo arbitral.

²³ Podemos citar las Sentencias de la Primera Cámara Civil y Comercial de la S.C.J., fallada el 1 de agosto del 2012; la Sentencia No. 725-2009, dictada en fecha 23 de diciembre de 2009 por la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Expediente No. 026-02-2009-00136, p. 12 y la Sentencia dictada por la Primera Cámara Civil y Comercial d/f 13 de noviembre de 2013, Exp. 2011-3485, p. 27.

En cada corte de apelación, coexisten dos jurisdicciones distintas con diferentes atribuciones: la del pleno y la de la presidencia²⁴. Este es un tribunal colegiado compuesto hasta por cinco jueces²⁵, que tienen el deber de revisar en hechos y en derecho lo que se ha decidido por otros jueces, para perpetuar o coartar la vigencia jurídica, con los fines de reforzar la estructura de los recursos humanos que componen estos tribunales. El juez presidente de la corte de apelación, preside y conforma el pleno, también trata el tema de la gerencia y administración de la misma. También, tiene una función jurisdiccional adicional y autónoma, diferente a la del pleno. Autónoma, porque es distinta a las funciones del pleno y por tanto no está atado ni vinculado al criterio del pleno sobre lo principal, y viceversa²⁶.

Con la modificación del C.P.C. mediante la Ley No. 834-78²⁷, promulgada en fecha 15 de julio de 1978 y publicada en la Gaceta Oficial No. 9478, del 12 de agosto de 1978, actualiza y lo adapta a las nuevas disposiciones del C.P.C. francés de 1972. Regulando en sus arts. 137 al 141, parámetros de carácter normativo general o *sui generis* de la jurisdicción del presidente de la Corte, incluyendo sus poderes excepcionales como juez de referimiento. No obstante, la Ley No. 821-27 sobre Organización Judicial y sus modificaciones, del 21 de noviembre de 1927, G.O. No. 3921, regula lo relativo a sus atribuciones administrativas y gerenciales se encuentran en el Art. 40 de la mencionada Ley y constituyen las atribuciones originales y naturales del juez presidente de la

²⁴ GUZMAN LÓPEZ, Lucas A. "*Poderes del juez presidente de la corte de apelación en materia de arbitraje comercial*". En: vLex.com. [en línea]. [consulta: 19 agosto 2020; 11:48]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/poderes+del+juez+de+corte+de+apelacion+en+arbitraje/WW/vid/516280306>.

²⁵ En virtud del art. 32 de la Ley No. 821-27, de Organización Judicial.

²⁶ GUZMAN LÓPEZ, Lucas A. "*Poderes del juez presidente de la corte de apelación en materia de arbitraje comercial*". En: vLex.com. [en línea]. [consulta: 19 agosto 2020; 11:48]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/poderes+del+juez+de+corte+de+apelacion+en+arbitraje/WW/vid/516280306>.

²⁷ Que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés.

Corte, que aún conserva a pesar de las modificaciones realizadas²⁸. A pesar de todo esto, el juez de primera instancia es el juez natural de la institución sumaria del referimiento y por la Ley No. 834-78 atribuir funciones jurisdiccionales en referimiento al juez presidente de la corte, convierte a este último en el segundo juez de los referimientos²⁹.

Solo de manera excepcional el juez presidente de la corte interviene en estas atribuciones. La LAC se refiere al juez de los referimientos mayormente respecto a las atribuciones del juez de primera instancia. Pero, así mismo atribuye en referimiento, dotando de poder y competencia al juez presidente la corte para conocer de la acción en nulidad contra los laudos en su Art. 40, numeral 2, 3 y 4. Este artículo establece el procedimiento y el papel del juez presidente de la corte de apelación en materia de arbitraje. Este es aplicado para las demandas de la acción en nulidad (Art. 39) y para la demanda para impugnar el auto que otorga y homologa el exequátur a los laudos locales o extranjeros (Art. 44). Así mismo, el art. 40 es supletorio y se adapta en estas dos acciones ante el pleno de la Corte de Apelación, para el arbitraje institucional y administrado que es regido por las Leyes 50-87 y 181-09, ya que esta última Ley en su Art. 17 no establece si la acción en nulidad es suspensiva y por lo tanto nos remitimos al mismo.

Ni la notificación de la demanda directa en nulidad, ni la etapa de su instrucción, deliberación y fallo producen la suspensión de la ejecución del laudo³⁰. En

²⁸ GUZMAN LÓPEZ, Lucas A. "Poderes del juez presidente de la corte de apelación en materia de arbitraje comercial". En: vLex.com. [en línea]. [consulta: 19 agosto 2020; 11:48]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/poderes+del+juez+de+corte+de+apelacion+en+arbitraje/WW/vid/516280306>.

²⁹ Palabras de Juan Manuel Pellerano Gómez. GUZMAN LÓPEZ, Lucas A. "Poderes del juez presidente de la corte de apelación en materia de arbitraje comercial". En: vLex.com. [en línea]. [consulta: 19 agosto 2020; 11:48]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/poderes+del+juez+de+corte+de+apelacion+en+arbitraje/WW/vid/516280306>.

³⁰ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L., julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0. P. 295.

virtud del Art. 40 de la LAC, solo el presidente de la corte en la forma de juez de los referimientos, puede ordenar la suspensión provisional en el curso de la instancia principal en nulidad. Esto, según el Art. 40.2 de la mencionada Ley, que versa: “[...] *entre la notificación de la demanda en suspensión y la celebración de la primera audiencia por ante el juez Presidente de la Corte, el laudo se considerará como suspendido provisionalmente de pleno derecho*”.

Un comportamiento muy curioso e interesante sobre el momento en que realmente se suspende el laudo, *sur le champ* por el presidente de la corte o en la primera audiencia cuando la parte interesada procede a esta. No obstante, si es acogida la suspensión, la parte beneficiaria está obligada a pagar una fianza, en virtud del Art. 40.3 de la LAC, para su efectividad. La sentencia que ordena la nulidad del laudo puede ser recurrida mediante casación. Pero, si el presidente de la corte de apelación mediante sus poderes de juez de los referimientos ordena la suspensión, esta ordenanza no puede ser recurrida mediante casación según el Art. 40.4 de la LAC.

En otros ordenamientos jurídicos como el de España, la suspensión no está condicionada a la valorización judicial, sino que es manifestada como una facilidad exclusiva que tiene el ejecutado. Este ordenamiento no reconoce a ningún tribunal la facultad de negar la suspensión, todo si la parte interesada haya ejercido a tiempo la acción en nulidad y ofertara una fianza suficiente para cubrir el *quantum* de las condenaciones y para cubrir los gastos de daños y perjuicios que se originen del retardo de la ejecución del laudo. El juez solo debe de comprobar que la parte interesada en interponer la acción en nulidad haya ofrecido y/o pagado la fianza³¹. Si es rechazada la acción en nulidad, queda levantada la suspensión dada en referimiento *ipso facto*, y si es acogida es como si nunca hubiese existido el laudo.

Ante un reconocimiento y ejecución de un laudo, al ser un procedimiento gracioso, la parte perdedora no tiene oportunidad de objetar la solicitud de reconocimiento *in limine litis*³², no obstante, podrá recurrir el auto que dicta el

³¹ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L, julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0. P. 296.

³² Antes del fondo, al umbral del proceso.

Juzgado de Primera Instancia que conozca la misma. La LAC establece que, por la existencia de una de las causales de nulidad reconocidas, el expediente se enviará ante la Corte de Apelación competente para conocer la acción directa de nulidad del laudo. En virtud del Art. 40, numeral 2, de la LAC, se puede interponer una demanda de suspensión provisional del laudo si existe una acción en nulidad en curso, o si el plazo para interponerla está abierto. Elevando una solicitud al presidente de la corte de apelación apoderada o que es competente para conocer la acción directa en nulidad, actuando este dentro de sus atribuciones de referimiento³³.

La LAC expone en su Art. 40.4 que, entre la notificación de la demanda en suspensión y la celebración de la primera audiencia por ante el juez presidente de la corte el laudo quedará suspendido.

Según el numeral 4 del Art. 40, las sentencias que estipulan sobre la anulación del laudo, pueden ser recurridas en casación, no obstante, las ordenanzas dictadas por el Presidente de la Corte sobre la suspensión no. Es decir, el juez presidente de la corte en aras de juez de referimiento, puede dictar una ordenanza, pero no será susceptible del recurso de casación. El pleno, en la acción en nulidad no va a conocer de nuevo el arbitraje, tampoco el fondo del proceso, sino que solo revisara el laudo por las causas que establece la Ley para anularlo. Solo hay dos posibles soluciones: la nulidad o no del laudo, que conste que no es la revocación del laudo. En fin, la sentencia que dicta la corte con motivo de la acción en nulidad, puede ser recurrida en casación. En lo adelante, pasaremos a desarrollar como es la administración de arbitrajes y del sistema judicial, frente a una tutela judicial efectiva, a los fines de ejecutar o no un laudo en República Dominicana.

³³ HERNÁNDEZ MEDINA, Guillermo. *Arbitraje: Perspectiva Comparada*. 2015. En: República Dominicana, Librería Jurídica Internacional, S.R.LEY ISBN: 978-9945-08-326-2. P. 201.

III. LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES Y EL SISTEMA JUDICIAL DOMINICANO FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES.

A. Doble sistema de control judicial ex post de los laudos arbitrales ad-hoc.

Uno de los problemas principales que nos atañen en este tema, es la habilitación de un doble sistema de control judicial para los laudos emitidos en el marco de los arbitrajes ad-hoc. Según las disposiciones del régimen normativo vigente sobre arbitraje comercial, en el caso del arbitraje ad-hoc e institucional celebrados en el país – a excepción de los librados por las C.C.P., para que el laudo se convierta en un título ejecutorio, se debe primero realizar un procedimiento de homologación mediante el reconocimiento y ejecución del laudo ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se ha sido dictado. Esto para que la decisión arbitral tome aliento de vida y deje de ser un simple acto auténtico o bajo firma privada. Cabe destacar, que la LAC no prohíbe que estos controles judiciales operen al mismo tiempo, por lo tanto, se puede convertir en peligroso.

El arbitraje ad-hoc ostenta varias consecuencias, ya que se ha advertido que, al prescindir de supervisión externa, es probable que se produzcan laudos anulables e inejecutables. En nuestro ordenamiento jurídico, estos laudos tienen habilitado un doble sistema de control judicial ex post, es decir, luego de dictados. Siendo un problema que tenemos en nuestra legislación interna, ya que estos laudos para ser ejecutados deben ser homologados mediante el procedimiento especial y gracioso de reconocimiento y ejecución de un laudo ante el Juzgado de Primera Instancia competente. El auto que acoge o rechaza la homologación del laudo ad-hoc puede ser impugnado ante la corte de apelación, según el art. 44 de la LAC, mediante una acción en nulidad contra ese auto. Así mismo, puede operar al mismo tiempo una acción en nulidad contra el mismo laudo arbitral ante la corte de apelación competente.

Lo explicado anteriormente, por una parte, puede dar lugar a decisiones contradictorias sobre una misma decisión arbitral. Estas contradicciones serían respecto a su nulidad o reconocimiento y ejecución. Así, como también, pueden

darse vicios del procedimiento, incidentes y/o medios de inadmisión, violentándose el debido proceso y la seguridad jurídica, etc.

La parte ganadora en un arbitraje, para poder ejecutar el laudo debe cumplir con la etapa administrativa, quizás tormentosa, para obtener una decisión judicial en forma de auto concediendo o negando el exequatur, art. 41 de la LAC. Sin embargo, la parte gananciosa dispone de la acción directa en nulidad para impugnar lo resuelto por los árbitros, prevista en el art. 39 de la LAC. Ambos procedimientos pueden operar paralelamente, así como se pueden encontrar en diferentes tribunales, de diferentes instancias y/o en el mismo tribunal. Las causas o motivos para conceder o negarse el reconocimiento o nulidad son las mismas, dando origen a un sistema de control dual destinado a hacer crisis en el corto o mediano plazo, precisamente por operar en dos tiempos y ser, por tanto, redundante³⁴.

Es por esto que, si se renuncia al derecho de acción en nulidad, no se puede interponer esta acción directa, en virtud de la LAC (art. 40.1) y la jurisprudencia en sus múltiples sentencias. La Primera Sala de la S.C.J.³⁵, en su sentencia de fecha 21 de abril de 2009, señala las consecuencias de que existan dos acciones que coincidan sobre el mismo laudo, exponiendo o sigte.:

[...] que, de todas maneras resulta útil consignar aquí que, conforme al sistema jurídico sobre la materia establecido en el país originario de nuestra legislación, las decisiones arbitrales pueden ser impugnadas por apelación o por una acción en nulidad, lo que es reconocido por la recurrente, siendo posible esta última sólo cuando las partes en el compromiso arbitral hayan renunciado a la apelación o cuando se trate de casos en que intervenga un amigable componedor, pero una vez

³⁴ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *El doble sistema de control judicial de los laudos en el arbitraje ad-hoc: una peligrosa insensatez*. En: vLex.com, Gaceta Judicial, 2013, vol. 17, no. 321, p.p. 70-71 [base de datos en línea]. [consulta: 09 marzo 2020; 8:46 EST]. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/El+doble+sistema+de+control+judicial+de+los+laudos+en+el+arbitraje+Adhoc%3A+una+peligrosa+insensatez/WW/vid/516279906>.

³⁵ República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, Primera Sala Civil. Sentencia No. 21 de fecha 11 de abril de 2009. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-camara-suprema-corte-justicia-b-360684070>.

ejercido el recurso de apelación en los asuntos que proceda, la vía de la nulidad queda descartada; que, “mutatis mutandi” como en el presente caso la hoy recurrente introdujo un recurso de apelación contra el laudo arbitral y una acción principal en nulidad del mismo, cuyos objetivos y sustentación obviamente coinciden es preciso admitir que dichas acciones procesales no pueden coexistir, por estar a riesgo y peligro de fallos contradictorios³⁶.

Es decir, que dos vías para juzgar la misma decisión arbitral que resuelve una situación puede incurrir en el riesgo y peligro de fallos contradictorios. Por lo tanto, no existe recurso de apelación para impugnar, sino las acciones mencionadas.

En el contexto territorial, países como España y Argentina, además de la mayoría de los países, cuando la parte interesada intente hacer valer el laudo en el mismo Estado donde se dictó, las Leyes suelen exigir que sean sometidos solamente a la revisión más que un recurso o acción de nulidad en su caso. Adquiriendo el laudo en este panorama la calidad de la cosa juzgada, siendo su ejecución obligatoria. Ahora bien, en el contexto internacional, a contrario del nacional, se pretende hacer valer el cumplimiento extraterritorial de un laudo, mediante el reconocimiento y ejecución de laudos. Para que sean eficaces en otro Estado, las autoridades con facultades de ejecución en ese Estado o jueces deben de reconocer a esa decisión extranjera el mismo valor, fuerza y efectos que se le reconocen en ese Estado a las decisiones nacionales, cumpliendo con las normas internas e internacionales en vigor³⁷.

³⁶ República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, Primera Sala Civil. Sentencia No. 21 de fecha 11 de abril de 2009. Disponible en: <https://do.vlex.com/vid/sentencia-camara-suprema-corte-justicia-b-360684070>.

³⁷ SANDLER OBREGÓN, Verónica. *El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos*. En: Organización de los Estados Americanos. *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* [en línea]. Washington, D.C.: Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídico. [consulta: 11 de junio 2020]. ISBN: 978-0-8270-6235-1. P. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf, p. 272.

Al encontrarse habilitado un sistema de doble control judicial para los laudos ad-hoc e institucionales, estos últimos a extramuros de las C.C.P., en nuestra Ley No. 489-08, sobre Arbitraje Comercial en la República Dominicana. En lo adelante, hablaremos del privilegio que ostentan los Centros de Resolución Alternativa de Conflictos de las Cámaras de Comercio y Producción, otorgada por la Ley No. 181-0.

B. Privilegio legal injustificado a los laudos de los Centros de Resolución Alternativas de Confluctos de las Cámaras de Comercio y Producción.

En la República Dominicana, el arbitraje institucional es llevado y administrado por los C.R.C. de las C.C.P. del país, el cual tienen un privilegio o tratamiento especial ante los arbitrajes ad-hoc y el arbitraje institucional celebrado por otros centros de resolución alternativa de conflictos, a extramuros de las C.C.P. Este privilegio consiste en que sus laudos solo pueden ser impugnado por la acción en nulidad, al contrario de los otros arbitrajes que deben pasar por el procedimiento gracioso de reconocimiento y ejecución de un laudo, un procedimiento incómodo y agotador para la parte gananciosa. El arbitraje institucional está monopolizado por las Cámaras de Comercio y Producción del país, y en virtud del art. 17 de Ley No. 181- 09, estos están exonerados de exequátur, es decir, del procedimiento gracioso de reconocimiento y ejecución de un laudo y solo son susceptibles de la acción en nulidad.

El Tribunal Constitucional³⁸ determinó que las C.C.P. son entidades privadas de naturaleza mixta, que ejercen funciones tanto públicas como privadas, en su sentencia número TC/0002/15, 28 de enero 2015. Así mismo, lo establece sobre su naturaleza la Ley No. 50-87 sobre las C.C.P., en su art. 1, en su art. 2, párr. II y en su art. 3, párrafo capital y I que es una entidad mixta. En el país los arbitrajes institucionales celebrados por los C.R.C. de las C.C.P. presentan un valor agregado y es que sus laudos son ejecutorios sin la necesidad de pasar por el control judicial del reconocimiento y ejecución del laudo, solo son susceptible de la acción en nulidad. Según la tendencia, es por la vigilancia institucional

³⁸ República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia No. TC/0002/15, 28 de enero 2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.leygob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/TC000215>, p. 17.

del Bufete Directivo de la C.C.P., que, al momento de la emisión del laudo, evita errores formales, inexactitudes u omisiones involuntarias que pueden permitir su invalidez³⁹.

El artículo 17 de la Ley No. 181-09, sobre la ejecutoriedad de los laudos dictados por las cámaras de comercio y producción y del centro o de los Centros de Resolución Alternativa de Conflictos, en su párrafo II y siguientes, expone: que estos laudos emitidos por los Centros de Resolución Alternativa de Controversias de las Cámaras de Comercio, para su ejecutoriedad, no están sujetos al proceso de reconocimiento previsto en los artículos 41 y siguientes de la LAC. Dotando esta Ley a estos laudos la misma fuerza ejecutoria que las sentencias dictadas en segundo grado de jurisdicción. La Ley No. 181-09, da privilegios a los laudos dictados en las cámaras de comercio de producción en el país, traducándose esto en una violación a varios derechos constitucionales.

Nuevamente, el párrafo III del art. 17, señala que estos laudos son de carácter definitivos y que no son susceptibles de recursos, ya sean judicial o extrajudicial, a excepción de la acción principal en nulidad del laudo por ante la Corte de Apelación que corresponda al domicilio de la C.C.P. a la que pertenezca el centro donde se dictó el laudo. Todo esto, siempre que las partes no renunciaran previamente a dicha acción en el convenio arbitral. También, señala los motivos para que este tipo de laudos sean atacados mediante la acción principal en nulidad.

No se discute que el modelo de arbitraje que más prevalece en la actualidad es el arbitraje institucional⁴⁰. Esta ventaja otorgada mediante la Ley, es muy llamativa para los usuarios del arbitraje, ya que ofrece una ventaja clara, deduciéndose en menos inversión de tiempo, de dinero, de gastos procesales y de honorarios profesionales. Es seguro que esto no suceda con un laudo emanado por un C.R.C. de una C.C.P., ya que como señalamos, su

³⁹ República Dominicana. Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo Vigente a partir del 21 de julio de 2011, art. 21, párr. II.

⁴⁰ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L, julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0. P. 83.

procedimiento interno obliga a ser revisado por el Bufete Directivo. Por lo tanto, estamos frente a una competencia imperfecta, creada por la legislación vigente en materia arbitral y que es única en el mundo⁴¹. No obstante, realmente así debería ser todo el sistema de administración de arbitraje, ya que así es, como mencionamos, en España y Argentina y otros países, no obstante, se debería eliminar el art. 2123 del C.C., ya que quedaría en el aire, pero sería obvio por obsoleto. En lo siguiente, pasaremos a la conclusión.

IV. CONCLUSIÓN

El ordenamiento jurídico dominicano, consta de varias irregularidades frente al sistema de administración de arbitrajes y ante la tutela judicial efectiva para la ejecutoriedad de los laudos arbitrales. A partir de esta expertís, podemos señalar los siguientes resultados, en virtud de los objetivos que nos hemos propuesto a cumplir, de análisis de gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Respecto al objetivo general, podemos determinar las sigtes. irregularidades:

1. Existe un sistema de doble partida para el control judicial ex post de los laudos ad-hoc, que pueden operar simultáneamente, representando una amenaza para nuestro ordenamiento jurídico.
2. Se otorga un privilegio legal injustificado a los Centros de Resolución Alternativa de Conflictos de las Cámaras de Comercio y Producción, mediante el art. 17, párrafo III de la Ley No. 181-09, estipulando que estos laudos son firmes y definitivos, y solo susceptible de la acción en nulidad, creando barreras de entrada y estableciendo las C.C.P. en una posición dominante, traducido como monopolio.

En tenor, de esto y partiendo de lo expuesto, podemos concluir que:

1. Los laudos nacionales que no emanen de tribunales arbitrales del C.R.C., al ser objeto de un doble control, podrían dar lugar a decisiones contradictorias en cuanto a su nulidad o su reconocimiento y ejecución.

⁴¹ ALARCÓN POLANCO, Édynson F. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana (Ley 489-08, G.O. 10502 del 19 de diciembre del 2008)*. Primera Edición. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, S.R.L, julio 2012. ISBN: 978-99934-78-69-0. P. 322.

Esto se torna peligroso, ya que puede resultar de esto decisiones contradictorias y debates innecesarios en cuanto a su nulidad o su reconocimiento y ejecución, medios de inadmisión y vicios del procedimiento, como es la conexidad y litispendencia.

2. No podemos encontrar un principio razonable para justificar el privilegio legal justificado a los laudos emanados de los C.R.C. de las C.C.P., ya que la celebración de arbitrajes es uno de los servicios que ofrece las Cámaras de Comercio y Producción. Aunque el Bufete Directivo hace un papel fundamental para evitar irregularidades y nulidades, realmente nuestra Constitución consagra la igualdad de tratamientos entre instituciones públicas y privadas, en su art. 221. Además, los árbitros carecen de poder de *imperium*, del que solo gozan los jueces judiciales, pero mediante este privilegio mencionado en el párrafo anterior, aparentemente se hace una excepción para los árbitros de los C.R.C. de las C.C.P.
3. Las consecuencias que conllevan todas estas irregularidades son muchas. En virtud del art. 8 de la Constitución, el Estado debe promover condiciones jurídicas y administrativas a los fines que la igualdad sea real y efectiva, por lo tanto debe adoptar medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión⁴².

Por lo tanto, las Leyes que rigen la materia y en especial la Constitución, los convenios y tratados internacionales, se ha demostrado que como resultado vulneran varios derechos constitucionales:

1. El artículo 50 de la Constitución dominicana, sobre el derecho a la libertad de empresa, impactando en los principios de libertad de competencia y posición dominante y,
2. El artículo 69 de la Constitución, sobre la tutela judicial efectiva y debido proceso, etc. Además, la inseguridad jurídica que puede derivarse de todo esto, es para alarmarse.
3. Violación los artículos 220, 221 y 222 de la Constitución sobre los Principios rectores del Régimen Económico, la igualdad entre las empresas

⁴² República Dominicana, Constitución Dominicana de 13 de junio de 2015.

públicas y privadas, igualdad de oportunidades y la promoción de iniciativas económicas populares para fomentar

Realmente, las convenciones internacionales reconocen tanto el arbitraje ocasional o ad-hoc como el institucional, así lo hace la C.N.Y. de 1958 en su art. 2, párrafo I. Al beneficiarse a los arbitrajes institucionales celebrados en los C.R.C. de las C.C.P., se interponen barreras de entradas y procedimientos molestos, peligrosos y pocos claros para los laudos ad-hoc e institucionales, a extramuros de las C.C.P. Además, son evidentes las consecuencias que resultan de este verdadero problema jurídico. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, experto en la materia, ha calificado nuestro país como una sede arbitral de referencia o “sitio de referencia” para los actores del mercado internacional, en la conferencia “Arbitrajes complejos: Mejores prácticas internacionales”. No obstante, expresó que, en la región del Caribe, República Dominicana es una sede que ha ganado muchos casos, logrando grandes avances, pero se debe trabajar el tema del cumplimiento de sentencias arbitrales en el Poder Judicial⁴³.

Se recomiendo que, el doble control para los laudos ad-hoc debe ser erradicado, por lo tanto, se debe organizar de mejor forma, modificándose la LAC, porque ambos procedimientos pueden operar al mismo tiempo y pueden incurrir en una contradicción de fallos, así mismo en litispendencia y conexidad. Igual, se puede optar por eliminar el requisito de homologación y que exclusivamente sea fuera de control la acción en nulidad. No obstante, esto sería un poco alarmante, ya que el art. 2123 del Código Civil establece que las decisiones arbitrales solo producen hipotecas cuando están previstas de mandato judicial y no se podría trabar embargos con un laudo, descartándose esta opción. Lo que si se debe modificar es el plazo en que operan estos controles judiciales, de manera que si la parte agraviada en un arbitraje no ejerce su derecho de acción con apego a los plazos y modismos que la propia ley establece para la acción 7en nulidad, el laudo entonces se considere inobjetable y se ejecute sin ningún tropiezo.

⁴³ NOVA, Alcides. “*Experto califica a RD como una “referencia” en arbitraje*”. En: Eldinero.com, julio 2019. [en línea]. [consulta: 02 octubre 2020]. Disponible en: <https://www.eldinero.com.do/87501/experto-califica-a-rd-como-una-referencia-en-arbitraje/>.

Además, se debe de ampliar los poderes del juez de la corte como juez de los referimientos, en virtud de la LAC, para que se puedan tomar medidas provisionales ante las demandas de acción en nulidad contra el auto que otorga homologación o exequátur y ante la acción directa en nulidad contra el laudo. También, los legisladores debieron tomar en cuenta detallar taxativamente las causas para acoger la demanda en referimiento para la suspensión provisional de la ejecución del laudo, ya que se debe acudir al derecho común y se busca un derecho claro y uniforme.

En caso de mantener el doble control que opera simultáneamente, el legislador debe de arreglar y modificar nuestra LAC, prohibiéndose que mientras esté abierto el plazo para accionar la nulidad del laudo, la parte gananciosa no puede ejercer su derecho a interponer el reconocimiento y ejecución del laudo. Así como también, que la Ley establezca que si la demanda de la nulidad del laudo es rechazada mediante sentencia desestimatoria y firme, se elimine el incómodo trámite gracioso de la homologación a los laudos ad-hoc, para incluso preservar el principio rector de la economía procesal. Esto porque ya la fiscalización, las verificaciones y exámenes al laudo, se hace a través de la acción en nulidad, aunque este tenga un carácter sancionador.

Por otro lado, mediante la Ley No. 181-09, que crea el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos y que modifica la Ley No. 50-87 que crea y organiza las Cámaras de Comercio y Producción, otorga un privilegio legal injustificado a los laudos dictados por estos. Les exonera del procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo, los señala como firme y definitivos desde que son dictados y solo son susceptibles de la acción directa en nulidad. También, se ve afectada la Ley No. 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, principalmente en su artículo 15 prohíbe las barreras de entradas, también se vulnera el art. 50 de la Constitución, sobre la libertad de empresa y la libre competencia, ya que posiciona a los C.R.C. de las C.C.P. en una posición dominante, ante el mercado de mecanismos alternos para la solución de conflictos. Igualmente, el art. 221 sobre igualdad de tratamiento entre las instituciones públicas y privadas y el art. 222 de nuestra Carta Magna sobre la promoción de iniciativas económicas populares.

II

REPOSITORIO DE
JURISPRUDENCIA

VOCES: FIDUCIA MERCANTIL – CARÁCTER PÚBLICO DE LA FIDUCIA – ANULACIÓN DE LAUDO – REQUISITOS DE PROSPERIDAD.

COLOMBIA

*Cosmitet Ltda. Y otros v.
Fidruprevisora S.A. – FOMAG*

Expediente (66091) A

Juan David Arciniegas Parra*

Fecha: 16 de septiembre de 2021

Tribunal: Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera.

Hechos: Un particular denominado Magisalud 2 celebró un contrato de prestación de servicios médicos con una entidad llamada Fiduprevisora S.A., que era la administradora de una fiducia mercantil constituida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) una entidad pública del orden nacional.

Con ocasión del negocio, el particular evidenció que había ocurrido el incumplimiento de algunas de las estipulaciones pactadas, y demandó en sede arbitral la suma económica de \$226.650.901,499 pesos colombianos, aproximadamente unos \$50.000 dólares estadounidenses.

El Tribunal arbitral constituido para tales efectos indicó que en efecto Fiduprevisora había incumplido el contrato y adicionalmente declaró la nulidad

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en curso sobre Arbitraje Internacional, Nacional y de Inversión de la Universidad del Rosario. Líder Jurídico de Pear Solutions S.A.S.

de los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato celebrado entre las partes.

Pretensión: La entidad estatal interpuso un recurso de anulación, en miras de buscar la cesación de efectos del laudo proferido. Indica que el pacto arbitral era ilegal, en razón a que previo a arbitraje las partes debían acudir a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como lo es la conciliación. Además, señaló que el tribunal arbitral había realizado una indebida valoración de las pruebas allegadas en el proceso, como también un inadecuado examen de las sumas monetarias estimadas conforme el artículo 206 del Código General del Proceso colombiano.

Contestación: Sostuvo la entidad privada que la cláusula arbitral surtía plenos efectos jurídicos al ser un pacto legal. Adicionalmente, indicó que los árbitros valoraron de manera debida y amplia todo el material probatorio allegado al expediente, como también señalaron correctamente la forma como se aplicó lo consagrado en el artículo 206 referido, sobre sumas estimadas en el proceso y posibles sanciones por carente demostración probatoria.

Decisión:

El Consejo de Estado indica que no hay lugar a declarar la prosperidad del recurso de anulación, en razón a que la parte que lo interpuso omitió diversos requisitos que exige la ley 1563 de 2012, como lo es la interposición previa de un recurso en la sede arbitral conocido como el recurso de reposición.

En ese sentido, los requisitos de trámite o procedibilidad, al ser desconocidos, no permiten que el Consejo de Estado llegue a conocer de dicha decisión.

La Corporación indica que el recurso de anulación consiste en un recurso que abarca errores *in procedendo*, es decir, yerros que hayan ocurrido en el marco del procedimiento arbitral pero que en ninguna medida comprometan volver a estudiar la sustancia del proceso, o las razones jurídicas que conllevaron a la decisión tomada por parte de determinado tribunal de arbitraje.

Por su parte, el Consejo analiza también un argumento aducido por el recurrente, en virtud del cual, a su juicio, existió un fallo en conciencia o en equidad, toda vez que el tribunal omitió la valoración particular de determinadas

pruebas allegadas en el expediente. A juicio del quejante, este material probatorio tenía la posibilidad de haber generado una decisión completamente distinta a la efectivamente tomada por parte del tribunal arbitral, razón por la que debe darse lugar a la anulación. Sin embargo, la Corporación sostiene que, independiente de la mención por parte del tribunal de alguna prueba específica, solo se configura la anulación si la entidad arbitral omite la valoración integral del acervo probatorio necesario para resolver la controversia, circunstancia que en el presente caso no ocurrió.

Disidencia: El Consejero Guillermo Sánchez Luque aclaró su voto, indicó que la Corporación no debió haber conocido del estudio del presente caso, toda vez que, independiente de que el FOMAG sea una fiducia, es decir, una entidad de carácter privada, según la ley 91 de 1989 y 149.7 de la ley 1437 de 2011, los recursos de anulación en los que sea parte una entidad pública o la misma los esté administrando será la jurisdicción contencioso administrativa, no la ordinaria, la competente para conocer del trámite de anulación.

Los consejeros Martín Bermúdez Muñoz, Alberto Montaña Plata, Nicolás Yepes Corrales y Jaime Enrique Rodríguez Navas también aclararon su voto, en el entendido de que en el presente caso el Consejo de Estado tiene competencia para conocer del recurso de anulación porque el vocero de la fiducia es una entidad pública, mas no porque la fiducia esté constituida por dineros del erario público.

Finalmente, el consejero José Roberto SÁCHICA Méndez salvó su voto y se apartó de la decisión mayoritaria de la Sala. A juicio del letrado, independientemente de que la fiducia sea constituida por dineros públicos, o que sea vocera una entidad de carácter público, en razón a que la fiducia consiste en un contrato mercantil utilizado para fines privados, lo más lógico consistiría en asignarle una naturaleza particular a dicho instrumento negocial. No encuentra el consejero cómo una figura, que se trata de un instrumento propio de privados, que hacen parte de la órbita y giro ordinario de los mismos, tiene siquiera el carácter público. La interpretación del Consejo de Estado, por el contrario, pareciera desconocer las normas propias del sistema financiero colombiano, en particular, las referidas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiera, donde, por regla general, quienes administran las fiducias, son sociedades de servicios financieros de carácter privado y no público.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/247/11001-03-26-000-2020-00076-00.pdf> Consultado el 22/06/2022.

VOCES: TRATO JUSTO EQUITATIVO.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos

Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana¹ & Cristhian Gabriel Angles Salazar²

Fecha: 30 abril de 2004.

Tribunal: Tribunal de Arbitraje con constitución en base al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, e integrado por; James Crawford (Presidente), Benjamin R. Civiletti y Eduardo Magallón Gómez (árbitros).

Hechos: La presente controversia surge de una concesión para la prestación de servicios de recolección de basura en la ciudad de Acapulco, Estado de

¹ Abogada por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Árbitro Extranjero en la Peruvian Chamber of Business. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomada en Formación de Árbitros especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Peruvian Chamber of Business. Diplomada en Derecho Bancario por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente, trabaja como Abogada Practicante en PPO Abogados, en el equipo de litigios civiles y comerciales.

² Abogado por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomado en Formación de Árbitros Especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional por Peruvian Chamber of Business. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente trabaja como Abogado Asociado en Lazo de la Vega Abogados, con experiencia en Arbitrajes Nacionales e Internacionales y forma parte del equipo de litigios civiles y comerciales.

Guerrero, México. Los términos y condiciones acordados para esta operación se plasmaron en el documento denominado “Título de Concesión”, cuyas partes eran el Municipio a través de su Ayuntamiento y Acaverde, que era una compañía mexicana creada en 1994 que luego sería adquirida por la demandante, Waste Management Inc., una corporación de Delaware con importantes intereses en los servicios municipales de recolección de basura en los Estados Unidos y otros lugares.

La empresa estadounidense actuando por su propia cuenta y por cuenta de Acáverde demandó al Estado de México como resultado de una supuesta violación de los arts. 1105 y 1110 del TLCAN. La empresa demandó al gobierno de México por la cancelación de la concesión de servicios públicos otorgada para el manejo de la basura.

Pretensión: Entre los elementos más importantes señalados por la demandante tenemos los siguientes:

- Tres (3) organismos gubernamentales que actuaron en representación de México habían incumplido con la disposición de otorgar a la parte demandante el nivel mínimo de trato conforme a las disposiciones del Artículo 1105 del TLCAN.
- Banobras incumplió su obligación de brindarle un nivel mínimo de trato a la parte demandante.

Contestación: La contestación del Estado Demandado se basó en los siguientes argumentos:

- La demandante señaló que el consentimiento de la renuncia contemplado en el art. 1121 del TLC, es condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje.
- Una vez otorgado el reclamo de daños al foro municipal y al foro establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, el TLCEN) en relación con las mismas medidas que se la demandante alega que son violatorias del tratado, ello resulta fundamentalmente incompatible con los artículos 1110 y 1105 del TLC, por lo que la demandante debía haberse abstenido de promover aquellos derechos.

Decisión: El Tribunal resolvió que no hubo violación alguna al TLCAN y desechó la reclamación en su totalidad. Ésta fue la segunda vez que un Tribunal del TLCAN resuelve a favor de México. La empresa presentó la reclamación por primera vez en 1998. Sin embargo, en junio de 2000 el Tribunal la desechó porque, contrario a las disposiciones del TLCAN, Acaverde simultáneamente demandó ante tribunales nacionales y a través de un arbitraje comercial privado el pago de daños a Banobras y al Ayuntamiento, respectivamente.

El Tribunal determinó que ninguno de los tres organismos gubernamentales que actuaron en representación de México había incumplido con la disposición de otorgar a la parte demandante el nivel mínimo de trato conforme a las disposiciones del art. 1105 del TLCAN.

Además, determinó que Banobras no incumplió su obligación de brindarle un nivel mínimo de trato a la parte demandante, en virtud de que Banobras no era parte integrante del contrato de concesión y por lo tanto no estaba obligado a prestarle dinero a la parte demandante. En consecuencia, la negativa a dar crédito o la negativa a un aumento del crédito no podía interpretarse como trato injusto. En forma similar, el Estado de Guerrero no infringió las disposiciones del Capítulo 11 porque no era parte del contrato ni garante del mismo.

El Tribunal se centró en la conducta de la municipalidad de Acapulco y reconoció que dicho organismo incumplió varios aspectos de sus obligaciones contractuales. Pero el panel también estableció que la municipalidad hizo esfuerzos serios por cumplir con el contrato y se vio perjudicada por factores tales como la falta de voluntad de los habitantes del Municipio para pagar un cargo extra por los servicios de eliminación de residuos, la crisis del peso mexicano, y la fragilidad del plan comercial de Acaverde y la “mano dura” con que trataba a sus clientes.

El panel concluyó que, según su perspectiva, no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el art. 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero, o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios que, dadas las circunstancias, se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y que dependía para su éxito de hipótesis insostenibles sobre captación de clientes y cumplimiento contractual. Una empresa a punto de quebrar no es expropiada sólo porque no se pagan las deudas

o porque no se cumplen otras obligaciones contractuales. La posición podría ser diferente si los caminos jurídicos disponibles para procurar una reparación estuvieran obstaculizados o si seguirlos fuera evidentemente inútil frente a la intransigencia gubernamental.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1543/laudo_espanol_Waste-II.pdf. Consultado el 25/07/2022.

VOCES: JURISDICCIÓN – ADMISIBILIDAD – RATIONE PERSONAE Y MATERIAE – INVERSIÓN – RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Quiborax S.A., Non Metallic Minerals
S.A. y Allan Fosc Kaplún v. Estado
Plurinacional de Bolivia*

Caso CIADI N.º ARB/06/2

Decisión sobre Jurisdicción

Alejandra Patiño* & Gabriel Ortega†

Fecha: 27 de septiembre de 2012

Tribunal: Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Hechos: Quiborax S.A. (“**Quiborax**”) fue constituida en Chile en la década de 1980 y su actividad principal se centró en proveer ulexita (un tipo de borato) en Suramérica. Junto a su gerente de administración y finanzas, Allan Fosc (“**Fosc**”), son co-demandantes en el presente proceso. En razón de que los yacimientos de boro son muy poco frecuentes y su mercado es oligopólico, Quiborax y Fosc (“**Demandantes**”) decidieron adquirir dicho mineral del Salar de Uyuni. Por eso se contactaron con Río Grande Sur S.A. (“**Río Grande**”) para principalmente asegurarse el suministro de ulexita.

* Egresada de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, y pasante en el Centro de Conciliación y Arbitraje – CNC (Bolivia).

† Estudiante de derecho (UCB) y pasante legal en Dentons Guevara & Gutierrez.

La tercera co-demandante es una empresa constituida el 25.07.01 en Bolivia: Non Metallic Minerals (“NMM”) y la demandada es el Estado Plurinacional de Bolivia (“Demandada”). La controversia recae principalmente en conocer si Quiborax y Fosk se convirtieron en accionistas de NMM y si obtuvieron las concesiones mineras durante 2004. En base a dicha disputa los demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje el 04.10.05 ante el CIADI. En el desarrollo del proceso la Demandada informó que presentaría objeciones a la jurisdicción del Tribunal, lo cual lo hizo el 30.07.10.

Pretensión: La Demandada al momento de presentar sus objeciones solicito al Tribunal: (a) declare que no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los Demandantes; (b) declare que no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre reclamaciones planteadas por los Demandantes; (c) declare que estás últimas son inadmisibles; y (d) ordene a los Demandantes a rembolsar costos incurridos en el proceso.

Contestación: En fecha 29.10.10 los Demandantes respondieron dicho memorial y solicitaron al Tribunal: (1) desestimar objeciones de jurisdicción planteadas; (2) declarar que posee jurisdicción sobre reclamaciones de los Demandantes; (3) proceda a la etapa de méritos; y (4) ordene a la Demandada el pago de costos, honorarios y gastos incurridos en el proceso.

Decisión: El Tribunal decidió acerca de las objeciones de jurisdicción y admisibilidad de la siguiente forma: para determinar su jurisdicción *ratione personae*, el Tribunal analizó si: (i) los Demandantes son *inversionistas* en razón de los términos del Tratado Bilateral de Inversión entre Chile y Bolivia (en adelante, el Tratado), para lo cual debía comprobar si Quiborax y Fosk eran accionistas para 2004; y (ii) determinar si NMM era nacional chilena en ese momento. En razón de esta objeción es que los Demandantes y Demandada argumentaron acerca de la veracidad de la prueba presentada. Finalmente, el Tribunal determinó que, a pesar de ciertas discrepancias, la abundante evidencia favorecía a los Demandantes, razón por la que concluyeron que Quiborax y Fosk adquirieron acciones de NMM en agosto y septiembre de 2001, y que no existió ningún fraude ni fabricación de las mismas.

Y sobre el segundo punto el Tribunal analizó con detenimiento el art. 25 del CIADI y el art. X del Tratado, concluyendo que por contar con accionistas mayoritarios chilenos al momento en que surgió la controversia (51% de

acciones que pertenecían a Quiborax y Fosk), NMM era de nacionalidad chilena. Por tales motivos es que el Tribunal Arbitral mencionó que tenía jurisdicción *ratione personae* sobre los tres Demandantes. Además, el Tribunal Arbitral consideró que tiene que existir un equilibrio en la interpretación sobre el alcance del requisito de legalidad, ya que la consecuencia de este tipo de interpretación protegería las inversiones extranjeras y exigiría el cumplimiento de las responsabilidades del Estado. Bajo el análisis del Tribunal el alcance que tiene el requisito de legalidad se limita en razón de materia y por temporalidad.

En este sentido, la parte Demandada no demostró que los Demandantes hayan vulnerado el mencionado requisito, por lo que el Tribunal cuenta con jurisdicción *ratione materiae*. Los reclamos de la parte Demandante son admisibles porque no violaron el principio de buena fe. El Tribunal concluye que el inversionista no tiene la obligación positiva de notificar al Estado receptor de su nacionalidad, sin embargo, el inversor no debe ocultar, omitir y/o mentir sobre su verdadera nacionalidad.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://jsumundi.com/en/document/pdf/decision/es-quiborax-s-a-non-metallic-minerals-s-a-v-plurinational-state-of-bolivia-decision-on-jurisdiction-thursday-27th-september-2012>. Consultado el 28.06.2022

VOCES: PODER DE POLICÍA.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Philip Morris Brands Sàrl, Philip
Morris Products S.A. y Abal
Hermanos S.A. v. La República
Oriental Del Uruguay*

Caso CIADI No. ARB/10/7

**Scarlett Jaqueline Loayza Orellana¹ & Cristhian Gabriel Angles
Salazar²**

Fecha: 2 de julio de 2013.

Tribunal: CIADI. Piero Bernarini (presidente), Gary Born y James Crawford (árbitros).

¹ Abogada por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Árbitro Extranjero en la Peruvian Chamber of Business. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomada en Formación de Árbitros especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Peruvian Chamber of Business. Diplomada en Derecho Bancario por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente, trabaja como Abogada Practicante en PPO Abogados, en el equipo de litigios civiles y comerciales.

² Abogado por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia. Diplomado en Formación de Árbitros Especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional por Peruvian Chamber of Business. Cursante de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente trabaja como Abogado Asociado en Lazo de la Vega Abogados, con experiencia en Arbitrajes Nacionales e Internacionales y forma parte del equipo de litigios civiles y comerciales.

Hechos: Philip Morris es una empresa tabaquera constituida en virtud a las leyes suizas, la cual es titular de varias marcas de cigarrillos, entre ellas *Malboro*. Dicha empresa comercializa sus productos en Uruguay.

El Estado Uruguayo, a fin de impulsar normas legislativas antitabaco y en coordinación con su Ministerio de Salud, promulgó la Ordenanza 514 sobre la Regulación de la Presentación Única (RPU) y el Decreto 287/009 sobre la Regulación del 80/80. Estas medidas disponían que:

- Se impriman gráficos y textos de advertencia contra el tabaquismo en la mitad inferior de todas las cajillas de cigarrillos. También se prohibía el uso de presentaciones diferentes de una misma marca; y,
- Que las advertencias sanitarias incrementaran de tamaño del 50% al 80%.

En razón de ello, la multinacional Philip Morris, presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Pretensión: Philip Morris además de impugnar las dos medidas normativas, afirmó que existe una violación a las disposiciones del Acuerdo de Protección de Inversiones entre Uruguay y Suiza vinculadas a los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante, el Acuerdo). Enfatizó que la exigencia de etiquetas contra el tabaco de un tamaño que no permita mostrar las marcas, constituye una expropiación indirecta (sin compensación) de una inversión de origen suizo por parte de Uruguay, pese a que existe una protección por el Acuerdo.

Por otra parte, señaló que la disposición de una sola presentación por marca es un trato injusto que ocasiona una privación a los derechos de propiedad intelectual y una reducción sustancial del valor de la empresa, puesto que dejó de comercializar varios de sus productos.

Contestación: El Estado Uruguayo alegó que las medidas que adoptó fueron en base a su rol legítimo regulador a fin de velar por la salud de la población uruguaya, acciones que asumió en cumplimiento del Convenio Marco del Control del Tabaco (CMCT), las cuales fueron efectivas para disminuir el porcentaje de consumidores de tabaco en el país.

Por consiguiente, solicitó que se desestimen las pretensiones de la empresa Philip Morris y se compense a Uruguay.

Decisión: En su laudo arbitral, el Tribunal Arbitral rechazó las alegaciones presentadas por la empresa tabaquera Philip Morris y falla a favor del Estado Uruguayo, condenando a la compañía a pagar el monto de 7 millones de dólares.

Entre las cuestiones más relevantes que fueron abordadas por el Tribunal Arbitral, tenemos las siguientes:

A. La importancia legal del CMCT de la OMS

El Tribunal permitió que la OMS y la OPS envíen escritos *amicus curiae*, y concluyó que las medidas impugnadas fueron adoptadas de acuerdo a las obligaciones que tenía Uruguay en virtud del CMCT.

B. Regulación de la salud pública por parte del Estado Uruguayo

Uruguay en base a su poder soberano abordó una preocupación real sobre la salud pública, por lo que las medidas no fueron desproporcionadas y fueron adoptadas de buena fe y en forma no discriminatoria.

C. Expropiación indirecta

Los árbitros señalaron que las marcas y la plusvalía mercantil asociada al uso de las marcas, conformaban inversiones protegidas en virtud del Acuerdo, y asumió que las marcas de Philip Morris continuaban estando protegidas por la ley de marcas de Uruguay incluso después de los cambios motivados por las medidas impugnadas.

Por otra parte, sobre el uso del poder de policía o del derecho del Estado para regular en el interés público, en la opinión del Tribunal la protección de la salud pública se ha reconocido como una manifestación esencial del poder de policía del Estado por mucho tiempo.

De manera que, se debe destacar que la RPU y la Regulación del 80/80 se han adoptado en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública.

D. La marca no confiere derecho absoluto

El Tribunal concluyó que, según todas estas fuentes de derecho aplicables, el titular de una marca no goza de un derecho absoluto de uso, libre de toda regulación, sino de un derecho exclusivo de excluir a terceros del mercado de modo que sólo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio, sujeto a la potestad regulatoria del Estado

Disidencia:

Voto en disidencia del árbitro Gary Born, sobre dos puntos:

- El reclamo sobre la denegación de justicia en relación a los procesos de las cortes uruguayas.
- La Regulación de la Presentación Única (RPU) no fue requerida por la CMCT, por lo que de los hechos se evidencia que la RPU fue arbitraria y desproporcionada, por lo que no acordaba con el trato justo y equitativo.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf>.
Consultado el 22/06/2022.

VOCES: JURISDICCIÓN – TRIBUNAL – DISCOVERY – COOPERACIÓN INTERNACIONAL

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD

-

AlixPartners, LLP et al v. The fund for protection of investors rights in foreign states.

Nos. 21-401 y 21-518. 595 U.S. (2022)

Guillermo Ferrer Turiella*

Fecha: 13 de junio de 2022

Tribunal: *Supreme Court of the United States*

Hechos:

1.- ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD

ZF Automotive, una empresa de autopartes con sede en Michigan y subsidiaria de una corporación alemana, vendió dos de sus unidades de negocios a la hongkonesa Luxshare Ltd por una cifra cercana al billón de dólares.

*Abogado (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Diploma en “Contratos y litigios judiciales internacionales” (Universidad Austral, Argentina). Miembro de AVYAP y CEA -40. Correo electrónico: guillermo.j.ferrer@gmail.com

Una vez que se produjo la venta, Luxshare LTD afirmó que ZF Automotive había ocultado información relevante que motivó un sobrepago de cientos de millones dólares.

El contrato que las partes habían suscripto contenía una cláusula arbitral que consagraba que todas las disputas serían resueltas con carácter exclusivo y definitivo por tres árbitros de acuerdo con las reglas del Instituto Alemán de Arbitraje (*Deutschen Institut für Schiedsgerichtswesen -DIS-*) estableciendo a Múnich como la sede del proceso.

2.- *AlixPartners, LLP et al v. The fund for protection of investors rights in foreign states*

Un ciudadano ruso invirtió en AB Bankas Snoras (de aquí en más, “Snoras”), una entidad financiera lituana la cual, luego de atravesar un proceso de insolvencia, fue nacionalizada por el Gobierno de Lituania. Como consecuencia de ello, se designó como administrador temporal a Simon Freakley, el CEO de AlixPartners LLP, una consultora establecida en la ciudad de Nueva York.

El inversor ruso, bajo el amparo de “*The fund for protection of investors rights in foreign states*” (de ahora en adelante, “*The fund*”) -una corporación rusa-, interpretó que al expropiar Snoras Lituania había incumplido el Tratado de Protección Recíproco de Inversiones suscripto entre ambos Estados.

Dicho instrumento preveía múltiples alternativas de mecanismos de resolución de controversias. Una de ellas era la posibilidad de recurrir a un arbitraje *ad-hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, la cual fue la vía escogida por las partes.

Pretensión:

1.- *ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD*

Antes de comenzar el arbitraje, Luxshare LTD presentó una solicitud ante la *U.S. District Court for the Eastern District of Michigan* bajo el amparo de la Sección 1782 del Título 28 del *United States Code* (en adelante, §1782). El objetivo de este pedido era obtener información sobre ZF Automotive y de dos

de sus empleados. El tribunal hizo lugar al pedido de Luxshare LTD y libró las pertinentes órdenes.

2.- *AlixPartners, LLP et al v. The fund for protection of investors rights in foreign states*

Luego de comenzado el arbitraje, *The fund* presentó una solicitud ante la *U.S. District Court for the Southern District of New York*, en los términos de la §1782, con el objetivo de recabar información sobre Freakley y AlixPartners LLP en su rol como administrador de Snoras. El tribunal hizo lugar al pedido y libró las pertinentes órdenes para proceder con el *discovery*.

Contestación:

1.- *ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD*
ZF Automotive solicitó la anulación de las órdenes bajo el argumento que el panel arbitral que debía constituirse bajo las reglas *DIS* aplicables no constituía un “tribunal extranjero o internacional” bajo la § 1782.

Posteriormente, *la Court of Appeals of the Sixth Circuit* denegó una solicitud de *stay* planteada por ZF Automotive. Sin embargo, *la Supreme Court of the United States* otorgó el *certiorari* incoado a los fines de resolver las diferencias existentes entre diversos tribunales de apelaciones de los Estados Unidos en relación con si los paneles arbitrales constituyen o no tribunales extranjeros o internacionales conforme la §1782.

2.- *AlixPartners, LLP et al v. The fund for protection of investors rights in foreign states*

AlixPartners LLP resistió la solicitud de información argumentando que conforme la §1782 el panel arbitral es simplemente un “cuerpo adjudicativo privado” y por tanto no un “tribunal extranjero o internacional”.

Como ya fuese adelantado anteriormente, *la U.S. District Court for the Southern District of New York* desestimó este argumento. Tal decisión fue luego confirmada por *la Court of Appeals of the Second Circuit*.

La *Supreme Court of the United States* hizo lugar al pedido de *certiorari* hecho por AlixPartners LLP y decidió consolidar este caso con ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD a los fines de unificar los criterios de aplicación de la §1782 en arbitrajes internacionales.

Decisión:

La reciente resolución de la *Supreme Court of the United States* parte de preguntarse si la expresión “tribunal extranjero o internacional” presente en la §1782 es solo aplicable a cuerpos adjudicativos gubernamentales o intergubernamentales o si es extensible -y por tanto comprende- a aquellos que son privados.

Tal norma consagra:

"El tribunal del distrito en el que una persona reside o se encuentra puede ordenar que preste su testimonio o declaración o que presente un documento u otra cosa para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluidas las investigaciones penales realizadas antes de la acusación formal".¹

A la hora de dar respuesta a ese interrogante el *Justice Barret* comienza a analizar el concepto “tribunal”. En este orden de ideas, se menciona que el mismo puede ser usado como sinónimo de Corte (término que cuenta con cierta idea de poder soberano) pero también de cualquier órgano que resuelva una controversia entre partes.

Se menciona que la historia legislativa de los Estados Unidos le daría al término de *marras* un significado amplio, sin embargo, el magistrado concluye categóricamente que se trata de una palabra con intrínseca connotación estatal y por tanto que da cuenta del ejercicio de una actividad gubernamental. Es decir, que tribunal debe ser entendido como un órgano perteneciente al Estado. Asimismo, este concepto no debe intentar ser definido aisladamente ni en

¹ United States Code, Título 28 Sección 1782. Traducción libre.

abstracto. De esta manera, es necesario entender definir “tribunal extranjero” y “tribunal internacional”.

Así, la *Supreme Court of the United States* establece que la noción de “tribunal extranjero” refiere a la idea de un tribunal que pertenece a otro Estado y no simplemente que se encuentra localizado en el extranjero. Esta idea de pertenencia viene asociada con la de la concesión de un poder que deviene del ejercicio de la soberanía, la jurisdicción.

Por otro lado, un tribunal será internacional cuando involucre a dos o más Estados quienes le hayan dado al mismo sus poderes jurisdiccionales. Es decir, la potestad de entender y resolver controversias encuentre origen intergubernamental.

Además, se menciona que la idea central de la §1782 es la cooperación interjurisdiccional judicial. Es decir, permitirle a las Cortes Federales estadounidenses ayudar a sus pares de otros países a los fines de lograr asistencia recíproca. La interpretación de esta norma, entonces, debe ser estricta y solo puede darse curso a la cooperación toda vez que sea una entidad judicial estatal -tribunal en sentido estricto- quien la solicite.

Por otro lado, si se permitiese la aplicabilidad de la §1782 en casos en los que intervienen cuerpos adjudicativos privados -tribunal en sentido amplio, como uno arbitral- se crearían tensiones con la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act -FAA-*) de Estados Unidos. Esto pues se tendrían lugar desbalances entre los arbitrajes domésticos -regidos por la *FAA-* y los internacionales toda vez que se permitirían en estos últimos un *discovery* mucho más amplio y que incluso podría desarrollarse en una instancia pre arbitral (como lo solicitado en *ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD*).

El *quid* de la cuestión bajo tratamiento es determinar si los paneles arbitrales constituyen o no tribunales. Al ser cuerpos adjudicativos privados -sin potestad jurisdiccional otorgada por los Estados sino que surgen del ejercicio de la autonomía de la libertad contractual privada- quedan por fuera tal categoría y por tanto excluidos de la aplicabilidad de la §1782.

En relación con los casos consolidados, se menciona que el panel arbitral del caso *ZF Automotive US, Inc. et al v. Luxshare, LTD* es constituido bajo las

reglas DIS, una entidad de estricta naturaleza privada, por lo que si bien se trata de un tribunal en sentido amplio no lo es en sentido estricto y por tanto no cumple con la condición de tribunal extranjero en los términos de la §1782.

La cuestión del caso *AlixPartners, LLP et al v. The fund for protection of investors rights in foreign states* pareciera ser un poco más compleja, pues la opción de someter a arbitraje la disputa se encontraba en un Tratado Internacional.

Sin embargo, se indica que aquello que debe tomarse en cuenta es la intención de las partes de darle al panel arbitral una facultad soberana o gubernamental. Del caso bajo análisis no se desprende esa voluntad por parte de Lituania y de Rusia, razón por la cual el panel *ad-hoc* no cuenta con las condiciones necesarias para ser un tribunal internacional y por tanto también queda excluida la aplicabilidad de la §1782.

Se concluye que la normativa de marras solo es aplicable para tribunales extranjeros o internacionales, es decir cuerpos adjudicativos gubernamentales o intergubernamentales, excluyendo así a aquellos paneles compuestos por árbitros ya sean casos de arbitrajes comerciales internacionales como arbitrajes de inversión. De esta manera, son revocadas las resoluciones de los tribunales inferiores que habían otorgado órdenes para obtener información.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-401_2cp3.pdf

Consultado el 30/07/2022.

VOCES: EJECUCION DE LAUDO ANULADO – CONVENCION DE NUEVA YORK – LAUDO NO INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURIDICO DE UN ESTADO – LAUDO INTERNACIONAL - ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL.

FRANCIA

Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation S.A.

Milagros Velasco*

Fecha: 23 de marzo de 1994.

Tribunal: Corte de Casación Francesa.

Hechos: La empresa francesa Omnium de Treatment et de Valorisation (OTV) celebró un contrato con la empresa inglesa Hilmarton Ltd (Hilmarton) para que esta última coordinara esfuerzos con aquella a fin de que obtuviera y ejecutara un contrato de obra en el Estado de Argelia. El contrato en cuestión contenía una cláusula de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), fijando como sede Ginebra – Suiza.

Hilmarton inició un arbitraje en reclamo del pago de honorarios pendientes, del cual resultó un laudo desestimatorio el 19 de agosto de 1988. Ante ello, la demandante solicitó y obtuvo la nulidad del laudo ante los tribunales del país de la sede (Suiza).

Pese a la nulidad del laudo, OTV obtuvo el exequatur del mismo en París. Ante esta circunstancia, Hilmarton impugnó la resolución.

* Abogada y Maestranda en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora en formación SECYTUNC. Especialización en Arbitraje Internacional. Adscripta a la Catedra A de Derecho Internacional Privado de Facultad de Derecho – UNC

Pretensión: Hilmarton recurre la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París (19 de diciembre de 1991) que confirmó el exequátur requerido por OTV. Los argumentos de la recurrente se basaron en los arts. 15 y 16 de la Convención Franco – Suiza de 1869, y en el art. V.1e) de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY58), conforme a los cuales -entendió- se debe denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando éste haya sido anulado en el país en el que fue dictado. Asimismo, expresó que los arts. 1498 y 1502 inc. 5to de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa denegaban efecto a un laudo que no tenía existencia legal, por haber sido anulado.

Decisión: La Corte de Casación Francesa rechazó el recurso interpuesto por Hilmarton, confirmando la sentencia recurrida. El tribunal entendió que, bajo el amparo del art. 7 de la CNY58, OTV tenía derecho a invocar las normas francesas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero en arbitraje internacional y en particular el art. 1502 del nuevo Código de Enjuiciamiento Civil que no incluye, entre los casos de denegación de reconocimiento y ejecución, el previsto en el art. 5 de la CNY58.

En lo que refiera a la restante normativa invocada por la recurrente, el Tribunal determinó la inaplicabilidad de la Convención Franco-Suiza de 1869, ya que la misma había cesado de efectos a partir del 1 de enero de 1992.

Por último, la Cámara de Casación resolvió que los laudos internacionales dictados en el extranjero no se encuentran integrados al ordenamiento jurídico del Estado en el que fueron dictados. En consecuencia, ante el supuesto de nulidad de un laudo en un determinado Estado, el mismo no pierde su existencia. Con ello los laudos anulados en un ordenamiento jurídico podrán ser reconocidos y ejecutados en otro Estado, sin que ello sea contrario al orden público internacional.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007032023/> consultado el 30 de junio de 2022.

VOCES: ÁRBITROS – CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL – RECURSO DE ANULACIÓN – ANULACIÓN PARCIAL DE LAUDO – DEBIDO PROCESO.

PERÚ

Sistema Metropolitano de la Solidaridad v. Reprogenetics S.A.C.

Expediente 68-2017

Luis Alonso Cáceres López*

Fecha: 22 de febrero de 2018

Tribunal: Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Hechos: El Sistema Metropolitano de la Solidaridad (“SISOL”) interpuso recurso de anulación parcial contra el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral conformado por el abogado César Augusto Benavente Leigh, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el abogado Marcos Ricardo Espinoza Rimachi y el abogado Aníbal Torres Vásquez, en el arbitraje seguido con Reprogenetics S.A.C. (“Reprogenetics”) donde se discutieron controversias vinculadas al Contrato de Asociación en Participación N° 177-2010-SISOL/MML.

El recurso de anulación presentado se sustentó en las causales reguladas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje Peruana, Art. 63(1)(b) y (e).

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, Lima, Perú. Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Miembro del grupo de investigación de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC y de Arbitraje Alumni. Correo Electrónico: luisalonsocacereslopez@gmail.com

Si bien SISOL señaló diversos argumentos en su demanda de anulación de Laudo, para efectos de la presente reseña y lo resuelto en la sentencia, resultan relevantes solo los que continuación se indican y que se vinculan con la causal de anulación establecida en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje Peruana, Art. 63(1)(b).

SISOL señaló que el Presidente del Tribunal Arbitral no estuvo en el Perú en la fecha de emisión del Laudo, esto es el 24 de noviembre de 2016, pues el 16 de noviembre de 2016 viajó a Chile, retornando al Perú desde Francia el 25 de noviembre de 2016, conforme al certificado de movimiento migratorio emitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones.

En opinión de SISOL, la presencia del Presidente del Tribunal Arbitral es imprescindible en todas las decisiones del Tribunal Arbitral, pues su función es controlar el proceso arbitral. Todo acuerdo que se adopte sin que concurra el Presidente del Tribunal Arbitral está viciado de nulidad, al no cumplirse con los requisitos del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje Peruana, Art. 52.

Pretensión: SISOL solicita la nulidad parcial del Laudo en mayoría antes referido, respecto de los puntos resolutivos segundo, quinto, sexto y séptimo resueltos por el Presidente del Tribunal Arbitral, César Augusto Benavente Leigh y el árbitro Marcos Ricardo Espinoza Rimachi.

Contestación: Reprogenetics no contestó la demanda de anulación de Laudo interpuesta por SISOL, por lo que la Sala declaró rebelde a esta parte.

Decisión:

La Sala señaló que, de acuerdo al certificado de movimiento migratorio expedido por la Superintendencia Nacional de Migraciones, se concluye que el Presidente del Tribunal Arbitral, César Augusto Benavente Leigh, no pudo materialmente firmar el Laudo en la fecha de su emisión.

La firma que aparece en el Laudo del Presidente del Tribunal Arbitral no es de la autoría de César Augusto Benavente Leigh, de acuerdo a lo señalado por este en una declaración ante la División de Investigación de Denuncias Derivadas del Ministerio Público de fecha 23 de febrero de 2017.

El Presidente del Tribunal Arbitral señaló en la referida declaración que, antes de su viaje al extranjero, otorgó un poder especial al secretario arbitral, el señor Eric Sotelo Gamarra, para que suscriba el laudo en representación suya. Esta afirmación es corroborada con una declaración policial que rindió el secretario arbitral. A criterio de la Sala, este hecho desnaturaliza el arbitraje e impacta en el Debido Proceso en sede arbitral.

Al respecto, la Sala señaló que, en el marco de la relación jurídica que se establece con la designación de los árbitros, estos están obligados al cumplimiento de algunos deberes, entre ellos el deber personalísimo o *intuitio personae* de ejercer la función arbitral, lógica que se deriva de la normativa cuando regula los requisitos de capacidad y compatibilidad para ser árbitro, la recusación, la designación de árbitros sustitutos, pero que se aprecia de manera objetiva cuando en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje Peruana, Art. 55(1), se establece que el Laudo debe ser firmado por los árbitros.

Asimismo, en el Laudo tampoco aparece que el secretario arbitral hubiera firmado por o en nombre del Presidente del Tribunal Arbitral, lo que en opinión de la Sala, revelaría un ánimo de burda imitación con el propósito de aparentar y hacer creer a las partes que fue el señor César Augusto Benavente Leigh quien efectivamente suscribió el Laudo.

Por estas consideraciones, la Sala concluye que, no se puede reconocer al Laudo cuestionado la calidad de acto jurisdiccional emanado de un ejercicio regular de la función arbitral para que obtenga reconocimiento del ordenamiento jurídico. Asimismo, si bien con este vicio todo el Laudo sería inválido, al haberse formulado la nulidad en forma parcial, en aplicación del principio de congruencia, el recurso de anulación es fundado solo respecto a los puntos resolutivos segundo, quinto, sexto y séptimo del Laudo, ordenándose el reenvío a la sede arbitral.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: https://adhoc.pe/wp-content/uploads/2019/12/Sentencias-Nulidad-de-Laudo-2018_junto_3.pdf
Consultado el 29/07/2022.

III

NUESTROS ASOCIADOS

NUESTROS ASOCIADOS

Adrián Caballero	Angie Estela Andrade Lopez	Cesar Quiñones Costa
Akemi Munemura González	Benjamin Valdez	Christian Collantes Rojas
Alba Palomera Fort	Bernarda Alegria Haro Aillon	Christian Gabriel Angles Salazar
Alberto Vittorio Camargo Riega	Bernarda Muriel	Christopher Aristides Laines Pablo
Alejandra Chauvin	Boris Farfán Lastra	Clara Leban Vázquez
Alejandro de Paz Martínez	Brenda Copani	Daniela Ayala Estupiñán
Alejandro Sandino Lalinde	Brian Burstein	Daniela Palma
Alexander Herrera Cerde	Camila Boriz	Diego Dal Monte
Alfredo Leonardo Eube Madussi	Camila Segura	Dione Meruane Osorio
Álvaro Estrada Rosas	Camilo Duarte Duran	Dominique André Vargas
Álvaro Ramirez	Camilo E. Fernandez	Emiliano Cernaz
Ana Karina Parra	Carlos Miranda	Emiliano Lencina Pailos
Ana Sofia Vargas Hernandez	Carmela Ayllon	Emily Horna Rodríguez
Andrea Aragon Salcedo	Carolina Galindez	
	Cesar Augusto Yupari Chaccha	

Evelyn Silva Escobar	Helmuth Aaron Andia Espinoza	Jonathan Palomino
Facundo Marcone	Henry Jiménez Herrera	Jorge Enrique Bogarín
Facundo Martín Giménez	Hugo Adalberto Pérez Linares	Jorge Lopez Fung
Federico Achard Brito del Pino	Ignacio Arroyo	Jorge Martinez Bonifatti
Felipe Ignacio Montero Rafols	Ignacio Tasende	Jorge Rolando Barrientos Schoenfeld
Felipe Mateo Duran Larrea	Ismael Franco	Jose Antonio Casas Chavana
Fernanda Veremeenco	Iván Bendezú Elescano	Josefina Silva
Fernando Ayala	Iván Francisco Oliva Ávila	Juan Carlos Darquea
Florencia Luz Márquez Bonino	Jack Zapata	Juan Ignacio Amado Aranda
Francisco F. Zenteno Santivañez	Javier Loza Vargas	Juan Martin Alarcón
Francisco Sepúlveda	Jazmín Casandra Escalante	Juan Pablo Trelles
Gabriela Rodríguez González	Jazmín Sapienza	Julián Ávila
German Flórez	Jesús Roberto Hernández Peña	Julio Olortegui
Gonzalo Salvador Carreño	Jimmy Antony Perez Solano	Kevin Alarcón Chunga
	Joaquin Garino Podestá	Lennart Vazzoler

Lisbeth Verónica Araújo Muñosa	María Antonella Savina Lo Castro	Mauricio Rapso
Lorena Gamarra Casas	María Cecilia Azar	Mauricio Zárate González
Lucas Corrales	María Eugenia Ferreira	Mauro Cesar Malnatti
Lucero Garcia	María Eugenia Piacquadio	Melisa Linares Paz Soldan
Lucia Córdova Heredia	Maria Fernanda Rojas Sangüesa	Melissa Victoria Diaz
Luis A. Chavez Fragoso	Maria Lourdes Lecich Basualdo	Michelle Bernier Zavala
Luis Fernando Corzo Lumbreras	Maria Paz Abril Umpiérrez Blengio	Miguel Colquicocha Martínez
Luis Francisco Rodríguez Rebolledo	María Victoria Rosales Pelleschi	Milagros Velazco
Luis Serrano	Mariana Arena	Milena Rocío Combina
Luis Tamborini	Marianne Gizeth Castro Coste	Miriam Sofia Sanjines Jorge
Luísa Quintão	Mateo Nosedá	Mitzy Longa
Luz Atala	Matias Agustin Molina	Natali Juliana Pulido del Pino
Marcial G. Gutierrez Lucar	Mauricio Ariel Ventre	Natalia Ordóñez
Marcos Maciel		Nicolas Hernandez
María Alejandra Piedrahita Gutiérrez	Mauricio Marengo	

Nicolas Jorge Serván Eyzaguirre	Raquel Molina Arraya	Solana Beserman Sonia Quejia
Nicolas Rosero	Regina Moreno	Stefanny Barona Báez
Nicole Claribel Rapozo Mejía	Renato Armando A. Cjahuá Alvites	Thalía Jiménez Vilcayauri
Nicole del Águila	Ricardo Montalvo Lara	Thomas Biscomb
Nicole Terén	Romar Miguelangel Tahay Batz	Tomas Geuna
Omar Mestanza García	Salvador Smith Lagos	Uber Lopez Montreuil
Oscar Andrés Obando Chávez	Samuel Francisco Rodríguez Izaguirre	Valentina Celesti
Pablo Arrién Oporto	Santos Urtecho Navarro	Valentina Salazar de Greiff
Pablo de José León Marroquín	Scarlett Jacqueline Loayza Orellana	Valentina Salinas Prieto
Paloma Silva	Sebastián Coulon	Valeria Cazal
Paula Florencia Álvarez Sánchez	Sebastián Farias Tapia	Valeria Moreno Machin
Paulo Cesar Castañeda Montalván	Sergio Alberto Tafur Scaglia	Vicente Hernán Guíñez Reyes
Ramon Andres Rojas	Sofia Phileas	Víctor López
		Victoria Elgueta

