

EDICIÓN GENERAL N°2



REVISTA

ARBITRAJE ALUMNI

SEPTIEMBRE 2021

 **ARBITRAJE
ALUMNI**

ASOCIACIÓN ARBITRAJE ALUMNI

Comisión de Revista Digital

Julio Olórtegui Huamán (*Codirector*)

Sonia Queija (*Codirectora*)

Juan Ignacio Amado Aranda (*Coordinador General*)

María Eugenia Ferreyra (*Coordinadora - Repositorio de Jurisprudencia*)

Gabriel Madrigal Olguín

María Victoria Rosales Pelleschi

Lennart Vazzoler

María Paz Abril Umpiérrez Blengio

Subcomisión de Repositorio de Jurisprudencia

Luis Enrique Serrano Nikolaus

Marianne Castro Coste

César Quiñones Costa

Raquel Molina Arraya

Jesús Hernández Peña

Kevin Alarcón Chunga

Romar Miguelangel Tahay Batz

Scarlett Loayza

María Fernanda Rojas Sangüesa

Consejo Directivo (2019-2021)

Thomas Biscomb (*Vicepresidente*)

Julio Olórtegui Huamán (*Vicepresidente*)

María Eugenia Piacquadio (*Secretaria*)

Sonia Queija

Josefina Silva Lavín

Jorge López Fung

Flavio Javier Loza Vargas

Mateo Nosedá

Solana Beserman

Mauricio Rapso

Nicolás Rosero

Lucero García

Revista Arbitraje Alumni

Índice

ÍNDICE.....	I
PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN GENERAL N°2.....	V
EDITORIAL.....	VII
I. DOCTRINA	
CLÁUSULAS ESCALONADAS: ¿CÓMO EVITAR QUE SE CONVIERTAN EN CLÁUSULAS PATOLÓGICAS? CONCEPTO, PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES	
<i>María Paz Abril Umpiérrez Blengio</i>	1
EL MITO DE LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA EN EL ARBITRAJE. LA IMPORTANCIA DE ESTAR CORRECTAMENTE REPRESENTADO	
<i>Álvaro Estrada Rosas y Luis Alonso Cáceres López</i>	15
EFFECTOS DE LA VIOLACIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE	
<i>Raquel Molina Arraya y José Carlos Bernal</i>	36
JUEZ NATURAL VS. AUTODETERMINACIÓN	
<i>María Eugenia Ferreyra y Estuardo de Jesús Rivera Hernández</i>	58
SIGNIFICADO E INTERPRETACIÓN DE “CONTROL EXTRANJERO” BAJO EL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS	
<i>Mijail Feliciano Cienfuegos Falcón</i>	69
LA JURISPRUDENCIA DE ABUSO DE PROCESO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES	
<i>Juan Luis Chomali Kattan</i>	99

LA PROBLEMÁTICA DE LOS *THIRD PARTY FUNDER* EN EL ARBITRAJE Y LOS EFECTOS VARIABLES DE SU PRESENCIA

Giampieer Alarcón Paucar 122

MEDIDAS FISCALES Y EXPROPIACIÓN: EL LADO TRIBUTARIO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Mauricio Ariel Viscarra Azuga 146

ARBITRAJE Y PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA SOBERANA

Guillermo Ferrer Turiella 170

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

Pedro Lacasa González 207

ARBITRAJE INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA COVID-19: UN ANÁLISIS DEL DEBIDO PROCESO Y LOS RETOS QUE IMPLICAN LAS AUDIENCIAS REMOTAS

Ana Sofía Vargas Hernández y Tomás Geuna 241

ARBITRAJE INTERNACIONAL: UNA HERRAMIENTA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS AMBIENTALES

Andrea Cointa Lamas Bernal, Antonio Ochoa Quintana y Luisa Renata Del Carmen Duarte 262

APUNTES PARA EL ESTUDIO Y COMPRESIÓN DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL REGULADOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, LEY DE ARBITRAJE PERUANA

Luis Alonso Cáceres López 284

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO HACIA LA INSTAURACIÓN DE LA CULTURA DE LA PAZ EN BOLIVIA

Francisco Fermin Zenteno Santivañez 305

II. REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA

CANADÁ: *LES ÉDITIONS CHOUETTE INC. ET CHRISTINE L'HEUREUX V. HELENE DESPUTEAUX*

Romar Miguelangel Tahay Batz..... 320

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *EVERETT CONTRA PAUL DAVIS RESTAURACIÓN, INC. NO. 771 F.3D 380, EXPEDIENTE 12-3407 Y 13-1036, 2014*

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana..... 326

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *LAUDO CCI N°10518*

Marianne G. Castro Coste 332

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *MITSUBISHI MOTORS CORP. C. SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH, INC.*

César Quiñones Costa 337

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *PLUBICIS COMMUNICATON Y PLUBICIS SA V. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INSC. NO. 97 C 8263, EXPEDIENTE 99-1199 Y 99-3424, 2000*

Scarlett Jaqueline Loayza Orellana 344

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *THOMPSON CSF V. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. NO. 1565, EXPEDIENTE 94-9118, 1995*

María Eugenia Ferreyra 349

FINLANDIA: *LAUDO CCI N°13085*

Kevin Alarcón Chunga 356

FRANCIA: *LAUDO CCI N°1110*

María Eugenia Ferreyra 361

FRANCIA: *LAUDO PARCIAL CCI N°4134*

Raquel Molina Arraya 369

INGLATERRA Y GALES: *RIVERROCK SECURITIES LIMITED V. INTERNATIONAL BANK OF ST PETERSBURG. CASE N° CL-2020-000283*

Jesús Hernández Peña 373

INGLATERRA Y GALES: *SULAMERICA CIA. NACIONAL DE SEGUROS S.A. V. ENESA ENGENHARIA S.A.*

Raquel Molina Arraya 378

PERÚ: *LANGOSTINERA CALETA DORADA S.A.C Y OTRAS EXPEDIENTE 451-2009*

María Fernanda Rojas Sangüesa..... 388

SINGAPUR: *LARSEN OIL AND GAS PTE LTD V. PETROPROD LTD. CIVIL APPEAL N° 122 OF 2010*

Jesús Hernández Peña 393

SUIZA: *CASO 4A_636/2018*

Romar Miguelangel Tahay Batz..... 397

TURQUÍA: *LAUDO PARCIAL CCI N°17669*

Luis Enrique Serrano Nikolaus 401

UNIÓN EUROPEA: *ASUNTO C-126/97 ECO SWISS*

César Quiñones Costa 407

YUGOSLAVIA: *YUGOSLAV ENTERPRISES V. SWISS COMPANY. No. 2930, 1982*

Marianne G. Castro Coste 412

III. NUESTROS ASOCIADOS

Presentación de la Edición General

Nº2

A todos nos gustaría mirar atrás y que la pandemia sea solo un recuerdo del pasado, una mala memoria. Lamentablemente, a más de un año y medio de su inicio el mundo sigue lidiando con ésta y sus consecuencias.

No obstante, es bien sabido que en las situaciones más complicadas es donde los seres humanos encontramos la oportunidad y la inspiración para crecer y superar nuestros límites.

Si bien ya estamos entrando en la etapa final del 2021 y el COVID-19 aún está presente entre nosotros, son comunes los ejemplos de personas que no se han dejado vencer por adversidad y día a día nos demuestran que, incluso en situaciones como esta, aún se puede brillar.

Es con estas palabras que el Consejo Directivo de Arbitraje Alumni tiene el placer de presentar la Edición General Nº2 de la Revista Digital, la cual cuenta con los trabajos académicos de prestigiosos abogados jóvenes quienes, haciendo un esfuerzo adicional, contribuyen con sus investigaciones al desarrollo del derecho arbitral internacional.

Pero no solo eso, este año la Comisión de Revista Digital también nos sorprende con la presentación de un segundo producto: el Repositorio de Jurisprudencia, el cual tiene como meta poner a disposición de todo el público de habla hispana – en modo de resumen - la mayor cantidad de decisiones (ya sean arbitrales o judiciales) respecto a las materias más relevantes del arbitraje comercial.

Es en este sentido que el Consejo Directivo quiere agradecer a todos y cada uno de los miembros de la Comisión de Revista Digital por todo el trabajo recopilando y editando no solo los artículos que se publican en esta Edición General Nº2, sino también por el trabajo de elaboración de nuestro nuevo Repositorio de Jurisprudencia, una herramienta que no dudamos será de mucha ayuda no solo para los futuros participantes de la Competencia, sino también para toda persona interesada en el arbitraje comercial internacional.

Queremos dar especiales gracias a Juan Ignacio Amado Aranda y a María Eugenia Ferreyra, cuyo liderazgo y dedicación nos han permitido traerles a todos los fantásticos productos que ahora presentamos.

Este es el último año del presente Consejo Directivo y no podemos estar más contentos de dejar a nuestros sucesores la loable labor de seguir nutriendo este proyecto que – ya en su segundo año – ha demostrado ser un espacio académico que se viene consolidando en la región.

Consejo Directivo – Arbitraje Alumni (2019-2021)

Editorial

Este año Arbitraje Alumni se enorgullece en presentar la Edición General N°2 de su Revista Digital. Al igual que la Edición General N°1 y la Edición Especial “Arbitraje, COVID-19 y Nuevas Tecnologías”, 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.

Por supuesto, la confección de la Revista no estuvo exenta de complicaciones. Nuestro mundo sigue atravesando una de las mayores crisis sanitarias y económicas de su historia, lo cual ciertamente ha impactado negativamente en los autores y miembros de la Comisión de Revista Digital. Sin perjuicio de lo anterior, las apremiantes circunstancias que nos impone nuestro contexto actual no nos han impedido publicar este año 14 nuevos artículos de alto tenor académico.

No solo ello, sino que también estamos orgullosos de poder compartir con ustedes la primera edición del Repositorio de Jurisprudencia de Arbitraje Alumni. El Repositorio, ideado, proyectado y puesto en marcha por nuestra distinguida asociada María Eugenia Ferreyra, supone un paso más hacia la concreción del objetivo último de esta Revista: 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. En esta línea, se ofrecen 17 resúmenes de decisiones judiciales y arbitrales, provenientes de 11 jurisdicciones. Estamos convencidos de que este es tan solo el primer paso de un proyecto mucho más extenso y prometedor.

Como parte de la Edición N°2, nuestros lectores podrán encontrar artículos novedosos sobre formas de evitar patologías comúnmente asociadas a las cláusulas escalonadas de la mano de María Paz Abril Umpiérrez Blengio. Asimismo, también vinculado con un enfoque preventivo, Álvaro Estrada Rosas

y Luis Alonso Cáceres López nos ofrecen un artículo sobre la representación en el arbitraje, con especial énfasis en la Ley Peruana de Arbitraje.

Asimismo, esta edición cuenta con un artículo sobre el deber de confidencialidad y los efectos de su incumplimiento por parte de Raquel Molina Araya y José Carlos Bernal. Por su parte, María Eugenia Ferreyra y Estuardo de Jesús Rivera Hernández exploran la tensión existente entre el denominado “juez natural” como garantía del debido proceso y su desplazamiento por un decisor neutral elegido por las partes.

Varios artículos se centran en el arbitraje internacional de inversiones. Mijail Feliciano Cienfuegos Falcón realiza un análisis exhaustivo de los laudos arbitrales que han debido aplicar el concepto de “control extranjero” en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington. Por su parte, Juan Luis Chomali Kattan, también abordando un tema jurisdiccional, nos propone un estudio sobre el instituto de abuso del proceso. En lo que ya se ha vuelto un clásico de la Revista, esta edición cuenta también con un trabajo sobre *third-party funding* en el arbitraje internacional, redactado por Giampieer Alarcón Paucar.

En lo que respecta a los méritos de la disputa en el marco del arbitraje de inversiones, encontramos dos artículos que abordan temas controvertidos en la materia. Por un lado, Mauricio Ariel Viscarra Azuga analiza el lado tributario del arbitraje de inversiones, indagando acerca de la relación entre las medidas fiscales adoptadas por los Estados receptores de inversiones y el estándar de protección contra la expropiación. Por otro lado, Guillermo Ferrer Turiella, analiza los procesos de reestructuración de deuda soberana y el modo en que el arbitraje internacional ha lidiado con ellos. Finalmente, combinando tanto arbitraje comercial como arbitraje de inversiones, Pedro Lacasa González nos presenta la primera parte de su desarrollado estudio sobre el arbitraje de construcción.

Como no podría ser de otro modo, esta edición cuenta con un artículo sobre el arbitraje internacional en tiempos de pandemia. Redactado por Ana Sofía Vargas Hernández y Tomás Geuna, el artículo analiza las audiencias remotas desde la perspectiva del debido proceso.

Incursionando en un área más especializada, Andrea Cointa Lamas Bernal, Antonio Ochoa Quintana y Luisa Renata del Carmen Duarte estudian al

arbitraje como posible herramienta para la resolución de conflictos de índole ambiental.

Finalmente, contamos con dos artículos que se enfocan particularmente en la práctica del arbitraje doméstico. Por un lado, Luis Alonso Cáceres López diserta sobre los mecanismos de protección del acuerdo arbitral en el marco de la Ley Peruana de Arbitraje. Por otro, Francisco Fermin Zenteno Santivañez explora al arbitraje como mecanismo hacia la instauración de la cultura de la paz en Bolivia.

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 codirectores y coordinador de la Comisión de Revista Digital y de la Subcomisión de Repositorio de Jurisprudencia, 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°2.

Julio Olórtgui Huamán
Codirector

Sonia Queija
Codirectora

Juan Ignacio Amado
Coordinador General

23 de septiembre de 2021

I

DOCTRINA

Cláusulas escalonadas: ¿Cómo evitar que se conviertan en cláusulas patológicas? Concepto, problemática y soluciones

María Paz Abril Umpiérrez Blengio*

Resumen: La redacción de las cláusulas arbitrales es una tarea que a primera vista puede ser simple y generalmente es dejada para último momento (las llamadas “cláusulas de media noche”). En diferentes variantes de redacción de cláusulas arbitrales, se encuentran las llamadas “cláusulas escalonadas” o “cláusulas multi-nivel”. Aunque en la etapa de confección de un contrato, previo al conflicto, puedan parecer una excelente idea, este instrumento que parecía ser favorable, puede generar problemáticas posteriormente. El cuestionamiento surge en que sucede cuando no se da cumplimiento a las mismas y la respuesta probablemente esté estrechamente vinculada a qué características se le adjudican a este tipo de cláusulas.

El presente artículo tiene como objetivo principal relevar los principales inconvenientes de las cláusulas escalonadas y su caracterización además de soluciones encontradas en derecho comparado, analizado desde un enfoque práctico.

Abstract: The redaction of arbitral clauses is a task that may be easy at first sight and generally is left for the last minute (so called “midnight clauses”). In the different ways an arbitral clause may be written, it appears a variant called: “escalation clauses” or “*multi-level*” clauses. Despite that, in the redaction of a contract, previous to the conflict may be thought as convenient this kind of arbitral clauses, they may lead to different problematics afterwards. The

* Dra. en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Uruguay. Cursando Diplomado en Negocios Internacionales y Arbitraje de la Universidad de Mendoza, Argentina. Entrenadora del Equipo de Arbitraje de la Universidad de la República.

question arises in what happens when the parts don't observe what is ruled in the clause and the answer goes with the characterization we give to this type of clauses and what they order to do.

The principal aim of this article is to number the principal inconvenient of escalation clauses and his characterization and the solutions in different jurisdictions, all analyzed in a practical way.

I. CONCEPTO DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	3
II. CLASES DE CLÁUSULAS ESCALONADAS: DE LO SIMPLE A LO MÁS SOFISTICADO	4
A. <i>Cláusula escalonada clásica: mediación y arbitraje</i>	4
B. <i>Cláusula escalonada simple: negociación y arbitraje.....</i>	4
C. <i>Cláusula escalonada compleja: negociación - mediación - arbitraje ..</i>	5
D. <i>Cláusula “dispute board”</i>	5
E. <i>Cláusula de agotamiento de remedios locales.</i>	5
III. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	6
A. <i>Caracterización de los procedimientos pre-arbitrales: requisito de jurisdicción, admisibilidad o procedimental.....</i>	6
IV. PROBLEMÁTICAS OCURRIDAS EN TORNO A LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	8
V. BUENAS PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES: CÓMO EVITAR QUE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS SE CONVIERTAN EN PATOLÓGICAS	9
A. <i>Recomendaciones vinculadas a tipo de contrato a celebrarse, conocimiento de las partes contratantes y sus vínculos comerciales</i>	10
B. <i>Recomendación respecto a la obligatoriedad o no de los mecanismos previos al arbitraje</i>	10
C. <i>Buenas prácticas para la redacción de cláusulas escalonadas</i>	11
D. <i>Lineamientos de las Reglas IBA sobre Redacción de Cláusulas Arbitrales</i>	11
VI. CONCLUSIÓN.....	13

I. CONCEPTO DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

Las cláusulas escalonadas (*multi-tier clauses* en inglés) en el ámbito del arbitraje son cláusulas de resolución de disputas que prevén que las partes deban transcurrir al menos un mecanismo alternativo de resolución de disputas previo al comienzo del arbitraje.

Se trata de cláusulas de solución de conflictos complejas que, con el mecanismo escalonado, buscan que las partes resuelvan de mutuo acuerdo sus desacuerdos antes de arribar a una instancia arbitral, donde la solución es impuesta por un árbitro. El arbitraje constituye la *última ratio*, luego de que no han tenido éxito los acercamientos de las partes por otras vías.

Este tipo de cláusulas son usuales en arbitraje de inversiones y cada vez más cobran relevancia en arbitraje comercial internacional. Su popularidad viene de la mano del auge de los mecanismos de resolución de conflictos, tales como la mediación, y del esfuerzo de los operadores del derecho e instituciones en emplearlas.

Es así que diferentes instituciones de renombre, tal como la Cámara de Comercio Internacional, regulan en sus Reglamentos y sus cláusulas modelo, un modelo de cláusula escalonada sugerida en caso de querer optar por una solución del conflicto escalonada.¹

Sin embargo, estrechamente vinculado al aumento del uso de cláusulas escalonadas, es que surgen más conflictos y desavenencias en su aplicación y ejecución. Dichos problemas y recomendaciones para prevenirlos serán abordados en este trabajo.

¹ También se observan cláusulas modelos escalonadas en otras instituciones de arbitraje, tales como Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (<https://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>), o la Cámara de Comercio de Estocolmo (<https://sccinstitute.com/our-services/model-clauses/english/>).

II. CLASES DE CLÁUSULAS ESCALONADAS: DE LO SIMPLE A LO MÁS SOFISTICADO

Dentro de esta categoría de cláusulas escalonadas, existen diferentes tipos que variarán según la cantidad de mecanismos alternativos de conflictos se deberían cumplir previo a iniciar la solicitud de arbitraje.²

A. *Cláusula escalonada clásica: mediación y arbitraje*

La cláusula arbitral escalonada clásica es la que prevé la mediación previa al comienzo del arbitraje.

La mediación implica un procedimiento de índole voluntario en donde las partes pueden llegar a un acuerdo, que está guiado por un tercero imparcial, llamado “mediador” elegido por las partes.

B. *Cláusula escalonada simple: negociación y arbitraje.*

En segundo lugar, existen cláusulas escalonadas que prevén la negociación como paso previo al arbitraje.

La negociación es definida por Bruce Patton como:

Una comunicación de ida y vuelta mediante la que se procura un acuerdo entre dos o más partes con algunos intereses comunes y otros que pueden ser encontrados o, simplemente, distintos. De modo que la negociación es una de las formas más elementales de interacción, inherente a todo tipo de acción conjunta y a la solución de problemas y de controversias.³

A diferencia de la mediación, se trata de un mecanismo donde las partes llegan a un acuerdo, pero sin implicar la intervención de un tercero imparcial que propone soluciones. Esta se lleva a cabo entre integrantes de las partes, y puede

² Modelos de cláusulas:

https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf

³ PATTON, Bruce, “Negociaciones,” en MOFFITT, Michael L. – BORDONE, Robert C. (Eds.), *Manual de Solución de Controversias*, disponible en <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentosspa/ModuloV/PattonReading.pdf>.

preverse que se haga en mecanismos escalonados, asimismo. Es decir: que primero se exija negociar entre los empleados involucrados en la operativa, y luego de que ellos no logren llegar a un acuerdo, que intervengan los gerentes o directivos de las empresas.

C. Cláusula escalonada compleja: negociación - mediación - arbitraje

En tercer lugar, y más sofisticada y escalonada aún, existen cláusulas escalonadas que prevén negociación, mediación y arbitraje en última instancia. Exigen una etapa previa de acercamiento entre las partes, en caso de no haber arribado a un acuerdo, la intervención de un mediador y un procedimiento establecido para la mediación y, por último, arbitraje en caso de frustrarse la mediación.

D. Cláusula “dispute board”

También se puede hacer alusión a los mecanismos denominados “dispute boards” o “paneles de conciliación” previstos mayormente en los contratos de construcción o locación de obra.

En definición de la Cámara de Comercio Internacional:

...es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.⁴

Estos son previstos para la resolución de disputas típicamente en contratos de construcción ya que se trata de vínculos a largo plazo en donde una controversia puede suponer la paralización total de una obra, y como consecuencia severos perjuicios a las partes.

E. Cláusula de agotamiento de remedios locales.

Por último, en arbitraje de inversiones se observa otro tipo de cláusula escalonada que prevé que previo al arbitraje, se deben “agotar” los “remedios locales”, es decir que se debe someter la disputa a las autoridades competentes

⁴ Cámara de Comercio Internacional, Centro Internacional de ADR, “*Reglamento Relativo a los Dispute Boards*”.

a nivel estatal previo a someterlo a arbitraje.⁵ Al tratarse de disputas entre inversor y estado, existe un interés de que las autoridades locales puedan expedirse respecto a la supuesta violación previo a someterlo a arbitraje internacional.

III. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La importancia de definir la naturaleza de este tipo de condiciones pre-arbitrales (el cumplimiento de mecanismos previos al inicio del arbitraje) impacta en la característica de si son obligatorios o no obligatorios - si son susceptibles de ejecución - y asimismo si pueden impactar en la competencia del tribunal de entender la disputa en caso de no cumplirse.

En cláusulas escalonadas donde se habla de que las partes pueden (*may*) someter a mediación/negociación sus disputas previo al arbitraje, este problema no se verifica. Sin embargo, cuando las partes acuerdan en el contrato que deben (*shall*) someter sus disputas previamente a mediación/arbitraje, ¿puede una de las partes saltarse ese paso e ir directo a presentar la solicitud de arbitraje? ¿es el tribunal competente para entender la disputa en cuestión en caso de no haberla cumplido?

Al respecto, existen diferentes abordajes de la cuestión que determinarán la obligatoriedad o no de la observancia de los ADR previo al inicio del arbitraje

A. Caracterización de los procedimientos pre-arbitrales: requisito de jurisdicción, admisibilidad o procedimental.

En primer lugar, tenemos la concepción de los procedimientos pre-arbitrales como requisito de jurisdicción. En síntesis: que el tribunal arbitral no es

⁵ A modo de ejemplo, se puede referir al art. 10 numeral 2 de Tratado Bilateral de Inversión entre Uruguay y Suiza. (2) *Si una controversia en el sentido previsto en el párrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.*

competente si no se han cumplido dichos procedimientos. Como bien señala Caivano, esto podría determinar una contradicción al propio principio *kompetenz, kompetenz*, que es acogido de forma universal⁶.

En segundo lugar, existen autores y autoridades que establecen que se trata de un requisito de admisibilidad. El Tribunal tiene competencia - por lo que se descarta que se trate de un problema de jurisdicción - sin embargo, no puede adentrarse en el fondo de la disputa si no se cumplieron los mecanismos alternativos previos.

Así parecería concebirlo el Artículo 14 de la Ley Modelo de Mediación de la UNCITRAL bajo el título “Recurso a procesos arbitrales o judiciales”:

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación.

Por lo que, la ley de Mediación prevé que es el propio Tribunal Arbitral (u órgano judicial) que, en caso de existir una previsión de mediación, remita a las partes a cumplir con el procedimiento previo a entender de dicha disputa. Por otra parte, aclara dicha norma respecto a las medidas cautelares, en el pasaje “*excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos*”.

En tercer y último lugar, la tesis de que se trata de requerimientos procedimentales, pero que no afecta ni la jurisdicción del tribunal ni tampoco la posibilidad de someter el fondo de la disputa al Tribunal Arbitral. Aunque parezca más leve dicha posición, dentro de las causales de denegación y

⁶ CAIVANO, Roque, “Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos,” en SOTO COAGUILA, Carlos (Coord.), *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, t. II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011, pp. 65-ss.

reconocimiento ejecución de laudos arbitrales, existe el supuesto de que no se haya respetado el procedimiento.⁷

Las teorías van de más a menos intensidad – rigurosidad que, en definitiva, conlleva a una eventual laxitud en la obligatoriedad de los procedimientos no arbitrales.

Desde la jurisprudencia, se han adoptado diferentes posiciones, y se ha oscilado entre las diferentes caracterizaciones, arribando a soluciones totalmente diferentes y contradictorias en muchos de los casos, análisis que excede el objeto del presente artículo.

IV. PROBLEMÁTICAS OCURRIDAS EN TORNO A LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

La problemática causada por la existencia de cláusulas escalonadas es variada y en este trabajo se pretenden abordar de forma sumaria la gran mayoría de ellas.

El impacto de las cláusulas escalonadas puede verificarse al momento de admitir la demanda arbitral y el tribunal comenzar a entender el asunto. Asimismo, pueden impactar al momento de anulación o reconocimiento y/o ejecución del laudo⁸.

También se presenta la interrogante en supuestos de cláusulas escalonadas, que ocurre cuando una de las partes necesita solicitar una medida cautelar ya que se corre un riesgo inminente. En dicho caso, no es posible para la parte que necesita una medida cautelar para salvaguardar un derecho que corre riesgo, someterse a ADR previos a su solicitud.

Por otra parte, y también vinculado a las medidas cautelares, es que en algunas jurisdicciones se exige que para que se efectivicen las mismas la parte solicitante debe presentar la demanda en determinado plazo. Esto implica que no se pueda observar el procedimiento escalonado, lo que a veces, aunque se pueda dar inicio a una negociación o mediación, los plazos requeridos por la

⁷ Convención de Nueva York, art. V. literal D.

⁸ Convención de Nueva York, Art. V, Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI con enmiendas 2006, Art. 34(2).

cláusula son superiores a los establecidos legalmente por la normativa aplicable.⁹

Otro de los problemas que presentan estas cláusulas es que pueden ser utilizadas por una de las partes como una táctica para dilatar el proceso¹⁰. Esto suele suceder cuando las partes no establecen plazos claros para cumplir con los mecanismos alternativos previos o establecen ciertos estándares en la negociación que son difícilmente probables. (por ejemplo: “*realizar sus mejores esfuerzos*”, “*negociar de buena fe*”).

Por otra parte, existen problemas respecto a los costos en los que se puede incurrir al pactar múltiples mecanismos previo al arbitraje. Sin perjuicio de que no hay que entender el procedimiento en negociaciones o mediaciones como una pérdida de tiempo, si puede significar un costo económico para la parte que quizás pueda ser excesivo considerado en su conjunto.

En definitiva, muchas veces en la redacción de las cláusulas escalonadas se verifican las famosas “*cláusulas patológicas*” que en definitiva determinan la imposible ejecución de las mismas.

V. BUENAS PRÁCTICAS Y RECOMENDACIONES: CÓMO EVITAR QUE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS SE CONVIERTAN EN PATOLÓGICAS

Para evitar que las cláusulas escalonadas se conviertan en cláusulas patológicas, que presenten problemas tanto en el procedimiento arbitral como en un posible reconocimiento y/o ejecución del laudo o anulación, se enumeran ciertas recomendaciones y buenas prácticas para mitigar los riesgos.

⁹ Por ej., Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Art. 311.2: “*Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionante al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados*”.

¹⁰ GAILLARD, Emmanuel, “Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l’arbitrage commercial international,” *Revue de l’Arbitrage*, Año 1990, N° 4, 759-796; FRECON, Alain, “Delaying Tactics in Arbitration”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59, N°4, 2004.

A. Recomendaciones vinculadas a tipo de contrato a celebrarse, conocimiento de las partes contratantes y sus vínculos comerciales

Como toda recomendación respecto a las cláusulas arbitrales en cualquier contrato, la primera sugerencia es que no se deje su análisis para último momento. El primer paso es evitar que la cláusula de resolución de conflictos se convierta en la famosa “cláusula de medianoche”.

Al evaluar escoger una resolución de conflictos escalonadas, se debe evaluar el vínculo entre las partes contratantes y no se debe realizar una traslación de una cláusula de cualquier contrato que se tenga previamente.

Se debe hacer un análisis del tipo de contrato que se trate, la vinculación de las partes, capacidad económica de los contratantes, evaluación de instituciones a las que someter los mecanismos escalonados en caso de requerirse, entre otros.

Evaluando la relación entre las partes, se recomienda su uso en los contratos de larga duración o complejos, como los contratos de obra o aquellos relacionados con la explotación de recursos naturales, sin embargo, no se descarta su empleo en otras materias.

Asimismo, se recomienda que las partes cuenten con larga trayectoria comercial contractual en conjunto y que no se encuentren vinculados únicamente por un solo contrato. Es importante que tengan conocimiento previo de su modus operandi comercial y en el relacionamiento con sus contrapartes contractuales.

B. Recomendación respecto a la obligatoriedad o no de los mecanismos previos al arbitraje

El tránsito por mecanismos alternativos de resolución de disputas previo al arbitraje puede ser facultativo u obligatorio.¹¹

Respecto a la posibilidad de volver obligatorios los medios de resolución de conflictos pre-arbitrales, no existe consenso en doctrina respecto a si es más recomendable hacerlo obligatorio o facultativo.

Como se expresó previamente, el problema con las cláusulas arbitrales escalonadas surge cuando del acuerdo de partes se pacta la obligatoriedad de

¹¹ En la cláusula escalonada modelo CCI se establece la obligatoriedad del pasaje por mediación previamente al arbitraje.

transitar una negociación o mediación (o ambas) previo al comienzo del arbitraje.

La obligatoriedad es vista como una forma de fomentar los mecanismos alternativos al arbitraje como medio de resolución de disputas.

Sin embargo, cabe destacar que pretender mecanismos autocompositivos de forma obligatoria, donde se pretende que la parte involucrada participe de forma activa y voluntaria, puede resultar esencialmente contradictorio.¹²

C. Buenas prácticas para la redacción de cláusulas escalonadas

Por otra parte, y respecto a la redacción concretamente de la cláusula escalonada, consiste una buena práctica basarse en cláusulas modelos de diferentes instituciones arbitrales. Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CCI de la Cámara de Comercio Internacional, incluye cláusulas modelos escalonadas (págs. 100 a 104).¹³

Otra recomendación para enfrentar el problema de usos dilatorios de este tipo de cláusulas arbitrales es establecer plazos para cada etapa o una provisión que permita, en caso de ser necesario, iniciar el arbitraje sin tener que agotar forzosamente las etapas previas.

Asimismo, elegir un hecho o acto que determine el comienzo de las etapas de negociación o mediación, para darle la mayor certeza al comienzo de dichos plazos y que dicho extremo no sea objeto de discusión posterior.

D. Lineamientos de las Reglas IBA sobre Redacción de Cláusulas Arbitrales

Siguiendo las recomendaciones, la *International Bar Association* – conocida por su sigla en inglés como IBA – elaboró directrices para la redacción de

¹² CAIVANO, “Las cláusulas escalonadas...”: “Podría razonarse que pactarla como obligatoria es la única forma de garantizar que exista un espacio en el que se intente llegar a un acuerdo antes de comenzar un proceso de naturaleza adversarial. Y aun podría pensarse que esta es una buena forma de evitar demandas arbitrales intempestivas o sorpresivas. Aun reconociendo que estas son razones valederas, y que reflejan un espíritu general de buena fe, pienso que también incluyen alguna dosis de ingenuidad”.

¹³ Disponibles en: <https://iccwbo.org/disputeresolution-services/>. También son posibles otras combinaciones de servicios. Por ejemplo, se puede utilizar el arbitraje como recurso posterior al peritaje o a los dispute boards.

cláusulas arbitrales, en donde un apartado se dedica exclusivamente a la redacción de cláusulas arbitrales escalonadas.

Las directrices brindadas son 3 en total, recogiendo las mejores prácticas del mundo arbitral en la temática.

La primera directriz destaca la importancia de señalar un tiempo para la negociación o mediación, que se deberá contar desde un hecho definido e indiscutible, para que después de pasado dicho tiempo cualquiera de las partes pueda acudir al arbitraje.

Lo que busca este lineamiento, como se mencionó previamente, es evitar medidas dilatorias e injustificadas para prorrogar el proceso y no llegar a la instancia del arbitraje. Se sugiere que este plazo sea relativamente corto, lo que es acertado ya que, si las partes se encuentran negociando o en proceso de mediación, se sienten cómodas con el mismo y están llegando a buen puerto, el plazo será dejado de lado por ambas de común acuerdo y voluntariamente.

Lo que se busca que no se dilate es la posibilidad de arribar a un método de resolución de conflictos coercitivo en caso de que no haya voluntad de una o ambas partes en mediar o negociar.

Además, recomienda que se le brinde la mayor certeza al inicio del cómputo del plazo. En la directriz se da el ejemplo de: *invitación escrita*. En los comentarios a la directriz, se menciona que es positivo que se deje por escrito y se deje claro que la intención es comenzar a mediar o negociar, tal como está estipulado en la cláusula. La clave es eliminar las ambigüedades respecto al comienzo del cómputo del plazo para negociar/mediar, brindando la mayor seguridad a las partes del comienzo y de que si se ha verificado el plazo previsto en la cláusula, se podrá someter la disputa a arbitraje.

La segunda directriz para cláusulas escalonadas establece: *“La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio”*.

Al respecto, en los comentarios de dicha directriz, sostiene que es frecuente que las partes establezcan de forma ambigua su intención de someter a arbitraje las controversias que no se resuelvan por los mecanismos alternativos.

Lo que puede causar la confusión es el término “podrán” las partes someter sus disputas a arbitraje, lo que puede generar fundados malentendidos respecto a la voluntad de las partes.

La última directriz resaltada por la IBA es que “*debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos*”. La identidad que sugiere es debido a que, si no se establecen las mismas controversias, puede existir la posibilidad de que una de las partes inicie directamente el arbitraje, evitando la mediación o negociación bajo el pretexto de que no estaba incluido dentro de las controversias para mediar/negociar.

VI. CONCLUSIÓN

Las cláusulas escalonadas se han popularizado, y su popularidad se ha visto también complementada por el auge de los mecanismos alternativos de resolución de disputas.

Es el caso de la mediación que cobra relevancia cada vez más en instituciones arbitrales, donde se ofrece dicho servicio y se regulan procedimientos específicos de mediación. Asimismo, se verifica una mayor especialización en la temática de los operadores jurídicos lo que hace identificar sus beneficios y favorecer su implementación.

Las virtudes de la negociación y mediación son incuestionables y gran parte de la labor del abogado es apartarse de su versión litigante y confrontativa para poder favorecer un sincero acercamiento de las partes y propiciar los acuerdos entre estas.

Parte de esa labor implica que se institucionalice y se profesionalice la mediación y negociación entre los operadores jurídicos, considerándolo una nueva área de *expertise* dentro del ejercicio legal.

Asimismo, es importante la novel Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada en diciembre de 2018 y conocida también como la “Convención de Singapur sobre la Mediación”. Esta Convención establece un marco jurídico armonizado para el derecho a invocar acuerdos de transacción, así como para su ejecución, lo que le da mayor atractivo a la posibilidad de celebrar acuerdos de transacción arribados por el procedimiento de mediación. Indirectamente,

dicha norma impacta en la concepción que se tiene de la mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de disputas, diferentes al arbitraje.

Sin dudas, este proceso conlleva un cambio en la cultura legal de los países, extremo que en jurisdicciones de *common law* puede ser más frecuente, sin embargo, en jurisdicciones *civil law*, al abogado le es más difícil compartir información con su contraparte y sentarse en la mesa a negociar.¹⁴

En un panorama ideal, las cláusulas escalonadas cuentan con la virtud de que las partes puedan arribar a una solución consensuada entre ellas y no impuesta por un árbitro en virtud de la normativa. Sin embargo, y siendo realistas las posibilidades de encontrarse en todos los supuestos en el panorama ideal antes mencionado, no siempre se verifica, por lo que se deberá ser extremadamente cuidadoso al momento de optar por un tipo de solución de controversias de esta índole.

Buscar una solución perfecta implementando cláusulas de este tipo y que termine siendo contraproducente, además de ser engorroso y costoso para las partes puede implicar nulidades o denegaciones del reconocimiento y/o ejecución del laudo dictado.

Por lo que, la recomendación, al igual que en toda cláusula arbitral, es que se redacte de forma inteligente: se estudie la relación entre las partes, el contrato de que se trate, se adopten las recomendaciones vertidas en diferentes instrumentos de instituciones reconocidas y trabajos doctrinarios. Cuanto más sofisticada sea la cláusula que se trate, más atención a los detalles se le deberá dar y realizar un verdadero análisis a las posibles contingencias en el procedimiento arbitral y su posterior desenlace para evitarlas.

¹⁴ Ver opiniones vertidas en Webinar: “Cláusulas escalonadas en los contratos: ¿Porque incluir la mediación” organizado por la CAM Santiago, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tV0sFNAsMAA>.

El mito de la flexibilidad absoluta en el arbitraje. La importancia de estar correctamente representado

Álvaro Estrada Rosas* & Luis Alonso Cáceres López†

Resumen- El artículo aborda la figura de la representación procesal, especialmente a la de la representación en el arbitraje. Tomando en cuenta lo que establece el Decreto Legislativo N°1071 (Ley de Arbitraje), específicamente los artículos 10 y 37, los autores identifican cómo funciona y encuentra regulada la representación en el arbitraje de una persona jurídica o de una parte en general.

Debido a la particularidad de la representación en el arbitraje, se dedica una sección a resaltar los aspectos más relevantes que se encuentran establecidos en las Directrices emitidas por “International Bar Association”, comúnmente conocidas como Reglas IBA.

Abstract- The article addresses the figure of procedural representation, especially representation in arbitration. Taking into account what is established by Legislative Decree No. 1071 (Arbitration Act), specifically Articles 10 and

* Abogado por la Universidad de Lima, Lima, Perú. Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Fundador del Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima. Cuenta con Especializaciones en Arbitraje Nacional e Internacional, habiendo participado en el Programa "*Latin American International Arbitration Course (LAIAC)*" ofrecido por Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

† Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, Lima, Perú. Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Asistente de Cátedra del curso Arbitraje dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Miembro del grupo de investigación de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

37, the authors identify how the representation in arbitration of a legal person or a party in general works and is regulated.

Due to the particularity of representation in arbitration, a section is dedicated to highlighting the most relevant aspects that are regulated in the Guidelines issued by the International Bar Association, commonly known as the IBA Rules.

I. LA REPRESENTACIÓN: BREVE INTRODUCCIÓN	17
II. PRINCIPIOS ASOCIADOS A LA REPRESENTACIÓN	19
A. VOLUNTARIEDAD.....	19
B. LITERALIDAD	20
C. NO ONEROSIDAD	20
D. REPRESENTACIÓN DIRECTA	20
E. REPRESENTACIÓN DISYUNTIVA.....	20
III. LA REPRESENTACIÓN EN EL ARBITRAJE	20
A. IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN EN EL ARBITRAJE	21
B. LA FORMALIDAD Y CONTENIDO DEL ACTO DE APODERAMIENTO EN EL ARBITRAJE.....	24
C. LA RESPONSABILIDAD Y EL CONFLICTO DE INTERÉS EN LA REPRESENTACIÓN	26
IV. INCIDENTES EN EL ARBITRAJE POR PROBLEMAS EN LA REPRESENTACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES: EL MITO DE LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA EN EL ARBITRAJE Y LA IMPORTANCIA DE ESTAR CORRECTAMENTE REPRESENTADOS	

27

A. NO EXISTE UN PODER EXPRESO PARA REPRESENTAR EN ARBITRAJE, PERO SE TRATA DEL GERENTE GENERAL.....	27
B. SE OTORGA PODERES A UNA PERSONA SOLO PARA “INICIAR CONTROVERSIAS ANTE INSTANCIAS JUDICIALES” O SE CONCEDE FACULTADES DE REPRESENTACIÓN EN BASE A LOS ARTÍCULOS 74 Y 75 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO	28
C. REPRESENTANTE COMÚN DEL CONSORCIO CON FACULTADES GENERALES, QUE NO ESTABLECEN ACUDIR A ARBITRAJE	30
D. REPRESENTACIÓN DE UNA ENTIDAD PÚBLICA POR UN APODERADO, PERO NO POR EL PROCURADOR PÚBLICO	31

E. RATIFICACIÓN INFORMAL DEL ACTO JURÍDICO REALIZADO POR EL REPRESENTANTE EN EL ARBITRAJE.....	32
F. CAMBIOS AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL CONVENIO ARBITRAL POR EL REPRESENTANTE, ¿MODIFICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL?	33
G. LA FALTA DEL “USO” DEL DERECHO A OBJETAR POR PROBLEMAS EN LA REPRESENTACIÓN	34
V. CONCLUSIONES.....	35

I. LA REPRESENTACIÓN: BREVE INTRODUCCIÓN

En Perú, en el curso de acto jurídico que todos los estudiantes de derecho cursan durante sus estudios en las facultades de Derecho, se suele incluir una lección sobre la representación. Suele también enseñarse en el curso de Derecho Procesal o Teoría General del Proceso algunos aspectos sobre la representación procesal y su árida regulación en el Código Procesal Civil Peruano. No es común encontrar a algún alumno que haya tenido una gran lección sobre este aspecto e inclusive no se ha escrito mucho sobre este, tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

En términos generales, podemos definir a la representación como aquel acto jurídico mediante el cual un sujeto otorga facultades a otro para que actúe en su nombre e interés en determinados actos.

Autorizada doctrina nacional, se ha pronunciado respecto al concepto de la representación o relación jurídica que de ella surge indicando que:

El negocio de otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio por medio del cual una persona, denominada representado o dominus otorga facultades para que otra persona, denominada representante, actúe en su nombre e interés. [...] ¹

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial*, 4ª Ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 121.

En el arbitraje como en el proceso civil, es casi una regla que tanto las personas naturales como las jurídicas se encuentren representadas por otro sujeto o por abogados.

La representación implica que una persona (la representada) legitime a otra (el representante) para que esta última actúe en nombre e interés del primero, y de ese modo, pueda afectar su esfera jurídica de manera directa, sea ejerciendo actos de administración, de disposición, de representación en procesos, etc.

Recordemos que la representación produce efecto jurídico directo respecto del representado, por lo que el acto que el representante celebre en nombre del representado, dentro de los límites de las facultades conferidas, vinculará a éste.

Así pues, existen dos tipos de representación: la representación con poder general, y la representación con poder especial.

La representación con poder general solo comprende los actos de administración.

La representación con poder especial comprende los actos para los cuales ha sido específicamente conferido. Por ejemplo, un poder conferido para celebrar un contrato de compraventa sobre un bien inmueble en específico y venderlo a determinado valor.

Cabe precisar que, en nuestro país, para los actos de disposición o de gravamen de un determinado bien, el poder debe constar de forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Además, cuando el representante celebra un acto jurídico excediendo los límites de las facultades que se le confiere, o violándolas; o cuando una persona señala tener una representación que posee, es ineficaz en relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y terceros. No obstante, un acto jurídico que excede, viola o simplemente se realice sin tener el poder de representación, puede ser ratificado por el representado, siguiendo las formalidades exigidas por ley.

Finalmente, respecto a la representación procesal (o judicial), se establece que ésta confiere las atribuciones y potestades generales, salvo en el caso del

otorgamiento de facultades especiales que es para realizar todo los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

Esto, en líneas generales, es lo concerniente a la representación bajo el ámbito de la normativa peruana. A continuación, se hará hincapié en los principios asociados a la representación, los cuales servirán para identificar soluciones a los problemas que se manifiestan en torno a la representación en el arbitraje, cayendo en cuenta que no podemos aferrarnos al mito de la flexibilidad² absoluta del arbitraje.

II. PRINCIPIOS ASOCIADOS A LA REPRESENTACIÓN

Para entender cómo funciona la figura de la representación, es importante conocer sus principios. Dentro de los principios relacionados a la representación, podemos encontrar los siguientes:

A. *Voluntariedad*

La representación siempre emana de un acto voluntario del poderdante quien otorga facultades a otra persona actúe en su nombre y celebre negocios jurídicos, afectando así su esfera jurídica.

No obstante, este principio encuentra excepción cuando la representación es impuesta por la norma. Hablamos de la representación legal. El caso común es la figura de la patria potestad que obliga a los padres de un matrimonio a representar al hijo, debiendo cuidar de su persona y de sus bienes.

² Para el desarrollo del presente trabajo, el término “flexibilidad” o derivados se utilizará de manera laxa, no restringiéndose únicamente a lo que implica o conlleva el principio de flexibilidad arbitral.

B. Literalidad

Las facultades de representación no se presumen, estas deben constar indubitablemente en el acto mediante el cual se otorgan o la ley debe fijarlas expresamente.

En el caso de la representación judicial (procesal), por ejemplo, el otorgamiento de las facultades especiales se rige por el principio de literalidad. Así, para que una persona pueda representar correcta y completamente a otra en un proceso, el representante debe tener la facultad especial y expresa para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, etc.

C. No onerosidad

La representación, en principio, no debería conllevar al pago de una contraprestación económica por parte del poderdante al apoderado.

D. Representación directa

En nuestro ordenamiento jurídico, la representación regulada es una representación directa. No se regula como representación el supuesto de una representación indirecta, dado que este sería un caso de interposición de gestión, en donde el supuesto representante celebra a nombre propio un acto jurídico con un tercero, y luego cede los derechos y obligaciones generadas por este acto jurídico a su representado, a fin de que éste los asuma.

E. Representación disyuntiva

En el caso que existe una pluralidad de representantes, y se haya otorgado las mismas facultades a todos sin hacer una discriminación, se presume que todos actuarán indistintamente, con la finalidad de proteger a los terceros que celebran negocios jurídicos con cualquiera de los representantes.

III. LA REPRESENTACIÓN EN EL ARBITRAJE

La representación en el arbitraje, aunque sin mucha distinción de un proceso ordinario, presenta ciertas particularidades que es importante mencionar.

A. Importancia de la representación en el arbitraje

Convendremos en que todo acto jurídico o procesal debe ser llevado a cabo por un sujeto que cuente con la debida legitimidad para actuar como tal.

En el arbitraje no es la excepción. En efecto, si los sujetos involucrados en un proceso arbitral actúan a través de representantes y estos no cuentan con las facultades necesarias, podría generarse un vicio de anulación en el laudo a emitirse, lo cual trataremos en los siguientes puntos.

Por el momento, hacemos notar que el legislador peruano del año 2008, en los artículos 10 y 37 del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, "Ley de Arbitraje") ha recogido la importancia de la representación en el arbitraje y la ha regulado de una manera bastante particular.

Ello porque la Ley de Arbitraje cubre algunos supuestos para que la representación de una parte en el proceso no se vea limitada por excesivos formalismos. Finalmente, la Ley de Arbitraje y, en general, el arbitraje es un proceso bastante flexible, y con la representación no hace una excepción.

En el arbitraje, conforme ha sido regulado en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, salvo estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representar a la persona jurídica en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades establecidos en la Ley de Arbitraje, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales³.

Es más, la Ley de Arbitraje flexibiliza tanto la representación en arbitraje que establece que, si una persona tiene poderes o facultad para celebrar determinados contratos, también tenga la facultad para celebrar e iniciar un arbitraje derivado de los contratos sobre los cuales tiene poderes⁴.

Como correctamente señala Alfredo Bullard:

³ Ley de Arbitraje, Art. 10(1).

⁴ Ley de Arbitraje, Art. 10(2).

...si bien la sumilla del artículo se refiere a la representación de las personas jurídicas, a nuestro criterio la norma allí contenida va más allá y puede tener consecuencias para la celebración de arbitrajes por personas naturales a través de representantes. El párrafo, establece, como hemos visto, que el contar con un poder para celebrar un contrato hace presumir, salvo pacto en contrario, que se puede someter dicho contrato a arbitraje. Así se asume que, quien otorga un poder para, por ejemplo, celebrar un arrendamiento, está de acuerdo, por el solo hecho, de que el representante pueda incluir una cláusula arbitral en el referido contrato salvo, claro está, que haya limitado expresamente esa posibilidad. A nuestro criterio, dicho dispositivo también se aplica en el caso de que quien otorgue el poder para celebrar el contrato sea una persona natural. Por ello, no debemos dejarnos confundir por una sumilla que no refleja y no tuvo intención de limitar el verdadero contenido del artículo.⁵

De esa manera, consideramos que el representante puede celebrar el contrato respectivo incluyendo en el mismo un convenio arbitral en una de sus cláusulas. Es decir, somete desde la celebración del negocio jurídico toda controversia o alguna al arbitraje. Cabe señalar que la norma no ha limitado tal facultad a incluir en el pacto arbitral, el tipo de arbitraje, el número de árbitros, reglas procesales, entre otros que eventualmente podrían pactarse, por lo que podría incluirlos sin problema.

Otro supuesto que es conveniente traer a colación es que, partiendo de una interpretación sistemática de los artículos 10, 13 y 37 de la Ley de Arbitraje, un representante de una persona (que tenga la capacidad para celebrar determinados contratos) podría celebrar un convenio arbitral que cubra las eventuales controversias de dichos contratos por medio del intercambio de un escrito de demanda y contestación⁶.

Si bien podría interpretarse que ello se aplica, por analogía, a un intercambio de un escrito de solicitud de arbitraje y contestación a la solicitud de arbitraje,

⁵ GONZÁLEZ BULLARD, Alfredo, “Art. 10° - Representación de la persona jurídica”, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto – BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coords.), *Comentario a la Ley Peruana de Arbitraje*, t. I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 114.

⁶ Ley de Arbitraje, Art. 13(5).

consideramos que esta interpretación no es correcta. Ello debido a que el arbitraje, a ser un mecanismo de solución de controversias de excepción –es decir, si no se pacta, o no lo exige la norma aplicable al contrato; tiene que recurrirse al poder judicial– debe leerse a bajo la lupa de una interpretación restrictiva.

Finalmente, es interesante resaltar que el representante puede solicitar el inicio de un arbitraje actuando como tal a nombre del poderdante, esto es, puede presentar una solicitud de arbitraje a nombre del representado, al entenderse que estaría sometiendo a arbitraje una controversia derivada de los contratos que ha celebrado.

Por otro lado, la Ley de Arbitraje establece que las partes podrán comparecer en el arbitraje personalmente o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona autorizada⁷.

En el arbitraje se permite que cualquier profesional represente a una parte, sea ingeniero, economista, abogado, contador, etc.; no restringiendo únicamente la representación a un abogado (como sucede en el poder judicial). De hecho, también permite que el abogado sea extranjero.

Si bien la Ley de Arbitraje no lo establece expresamente, consideramos que, además del abogado extranjero, cualquier profesional extranjero puede representar a una parte en un arbitraje doméstico⁸.

Ahora bien, una persona autorizada para representar a una parte en el arbitraje puede ejercer todos los derechos y facultades previstas en la Ley de Arbitraje, es decir demandar, contestar demanda, asistir a audiencias, formular los recursos y/o solicitudes que permite la normativa de arbitraje, e incluso permite ejercer actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo se pacte lo contrario⁹.

⁷ Ley de Arbitraje, Art. 37(1).

⁸ Ley de Arbitraje, Art. 37(1), 37(3) y 37(4).

⁹ Ley de Arbitraje, Art. 37(2).

B. La formalidad y Contenido del Acto de Apoderamiento en el Arbitraje

El artículo 37 de la Ley de Arbitraje Peruana señala que la representación debe de constar por escrito. Es decir, la ley siguiendo un criterio no formalista y flexible, ha erradicado la exigencia de contar con un poder formalizado por escritura pública u otro instrumento, exigiendo únicamente que el poder conste por documento escrito. En efecto, la representación en el arbitraje sigue la razón de ser un medio eficaz de resolución de conflictos, dejando de lado formalidades extremas exigidas en los procesos judiciales para el otorgamiento de poderes.

En esa línea, encontramos la posición del abogado Hugo Morote Nuñez¹⁰, quien comentando el artículo 37 de la Ley de Arbitraje, *“las disposiciones de la LA que regulan la representación en el proceso arbitral, responden a la flexibilidad de las reglas arbitrales, prescindiendo de formalismos exigibles para el proceso civil pero que no resultan adaptables al proceso arbitral”*.

Por su lado, la doctrina internacional ha indicado que:

La acreditación de personalidad en estos procedimientos no requiere de las formalidades que se exigen en los procedimientos judiciales. Sí es conveniente que la parte que inicie un arbitraje demuestre de alguna manera que, si lo hace en representación de otro, se le otorgó esa representación.¹¹

La formalidad que exige el artículo 37 de la Ley de Arbitraje es acorde con la característica de flexibilidad de este método alternativo de solución de conflictos frente al rito solemne del proceso judicial, y en esa línea se ha pronunciado el jurista Mario Castillo Freyre¹², quien con acierto indica que *“...la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, en primer término, con el*

¹⁰ MOROTE NÚÑEZ, Hugo, “Art. 37° - Representación”, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto – BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coords.), *Comentario a la Ley Peruana de Arbitraje*, t. I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 416.

¹¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 3ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2011, p. 522.

¹² CASTILLO FREYRE, Mario, “El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje” en CASTILLO FREYRE, Mario (Ed.), *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*, Vol. 12, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2009, p. 95.

propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales”. Agrega dicho autor que:

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses. Tratándose de una justicia privada, va implícito en el concepto del arbitraje esa libertad que tienen las partes para autorregular el proceso, de la manera que consideren más conveniente para resolver sus conflictos.¹³

Si bien no es exigible una formalidad más allá de la forma escrita, ello no significa que el acto de apoderamiento deba ser un mero acto de trámite.

El otorgar facultades de representación para el arbitraje sigue los mismos principios que el apoderamiento civil. En tal sentido, el acto de apoderamiento en el arbitraje debe ser voluntario, debe ser literal y, en principio, no debería ser oneroso.

Destacamos que debe tenerse sobre todo en cuenta la voluntariedad y la literalidad del poder. La voluntad es esencial en este acto, pues el poderdante y el apoderado no podrían ser obligados a, por un lado, otorgar las facultades y, por otro, ejercerlas. La voluntad de ambos sujetos debe ser medular.

La literalidad en el poder es igualmente una condición *sine qua non*. En efecto, no puede presumirse que el solo hecho de que un sujeto haya otorgado facultades de representación a otro, de por sí tal acto conlleve a concluir que el apoderado cuente con facultades para actuar en arbitrajes a nombre del representado.

Las facultades de representación para actuar en arbitraje deben desprenderse inequívocamente del acto de apoderamiento, precisando los actos procesales que pueda llevar a cabo, o la ley debe señalar qué sujeto puede ejercer tal representación y sus alcances, de ser el caso.

¹³ CASTILLO FREYRE, “El Principio...”, p. 96.

C. La responsabilidad y el conflicto de interés en la representación

Un aspecto bastante importante y particular de la representación en el arbitraje es la responsabilidad que conlleva representar en el arbitraje y el conflicto de interés que el representar pudiera generar sobre los actores que intervienen en el proceso. Ello se encuentra identificado en las Directrices de la International Bar Association (en adelante, “Directrices IBA”).

En las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 (en adelante, “Directrices IBA-CIAI”) se establece una responsabilidad bastante puntual respecto a la representación de una parte en el arbitraje. Las partes, lo antes posible, deben informar al tribunal arbitral y a las demás partes e intervinientes de la identidad de sus abogados (es decir de sus representantes en el arbitraje) y cualquier relación que existiera entre ellos (o su estudio de abogados) con el tribunal arbitral¹⁴.

La representación de una parte en el arbitraje también denota un aspecto de responsabilidad para quienes ejercen esta facultad, dado que no hacerlo correctamente implicará que la sanción que se imponga también afecte al representado. Las Directrices IBA sobre Representación de Parte (en adelante, “Directrices IBA-RP”) precisan que una obligación o deber a cargo de un representante de parte es una obligación o deber a cargo de la parte representada, a quien le podrán razer las consecuencias de la conducta indebida de su representante¹⁵. Por esta razón, las medidas relacionadas a la imputación de costas y costos en el arbitraje, por la conducta indebida de un representante, recaerán necesariamente en la parte representada¹⁶.

Sobre el conflicto de interés que podría generar un representante de una parte en el arbitraje, las Directrices IBA-RP son enfáticas al señalar que una persona no debe aceptar la representación de una parte en el arbitraje si existe una relación entre dicha parte y un árbitro miembro del tribunal a cargo del caso que crearía un conflicto de intereses, y que en caso se incumpla con esta premisa el

¹⁴ Directrices IBA-CIAI, Norma General 7.

¹⁵ Último párrafo de los Comentarios a las Directrices 1-3 de las Directrices IBA-RP.

¹⁶ Comentarios a las Directrices 26 y 27 de las Directrices IBA-RP.

tribunal incluso tendrá la facultad para impedir la participación de dicho representante en el arbitraje¹⁷.

Finalmente, aunque no hayan sido abordadas en esta oportunidad, existen otras obligaciones y deberes de los representantes de las partes en el arbitraje respecto a qué conducta deben seguir al momento de comunicarse con los árbitros y de ofrecer pruebas en el arbitraje, las cuales son descritas a mayor detalle en las Directrices IBA-RP.

IV. INCIDENTES EN EL ARBITRAJE POR PROBLEMAS EN LA REPRESENTACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES: EL MITO DE LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA EN EL ARBITRAJE Y LA IMPORTANCIA DE ESTAR CORRECTAMENTE REPRESENTADOS

Una vez identificado cómo funciona la representación en el Código Procesal Civil Peruano y en el arbitraje, veremos qué incidentes se presentan en un proceso arbitral al momento de representar a una parte, y qué soluciones podría advertirse para no caer en una mala representación arbitral.

Se podrá observar que, en el caso de la representación en el arbitraje, no puede caerse en el mito de la flexibilidad absoluta. Existen ciertos aspectos que deben cumplirse para estar correctamente representados.

A. No existe un poder expreso para representar en arbitraje, pero se trata del gerente general

Como ya lo hemos comentado, el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, permite que el gerente general de una persona jurídica pueda actuar en arbitrajes a nombre de esta por su solo nombramiento, salvo disposición diferente del acto mediante el cual se le haya nombrado.

En este caso, por regla general, el gerente general por el solo hecho de serlo puede representar a la persona jurídica que lo ha nombrado como tal en un arbitraje.

¹⁷ Comentarios a las Directrices 4-6 de las Directrices IBA-RP.

Cabe precisar que esta sería la solución, siempre que en los poderes del gerente general no se haya limitado o prohibido facultades para iniciar y/o representar a la empresa en arbitrajes.

B. Se otorga poderes a una persona solo para “iniciar controversias ante instancias judiciales” o se concede facultades de representación en base a los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil Peruano

El primer supuesto es bastante usual, en donde se otorga poderes al representante para iniciar controversias ante instancias judiciales. Definitivamente, un poder bastante amplio y poco definido.

Nos preguntamos... ¿por el solo hecho de tener poder para iniciar controversias ante instancias judiciales, se podrá representar a la parte en un arbitraje? Un argumento que podría señalarse sería “*el que puede más puede lo menos*”.

No obstante, no estamos de acuerdo con esta posición. Efectivamente, recordemos que uno de los principios relativos a la representación es el *principio de literalidad*, que establece que las facultades no se presumen, sino que estas deben constar indubitadamente en el acto jurídico o en la ley.

Por este motivo, consideramos que, al carecer el representante de facultades expresas para acudir al arbitraje, no podría actuar en nombre del representado en dicho proceso.

El segundo supuesto igualmente es común. Quién no ha encontrado en los escritos de solicitudes de arbitraje, demanda, contestaciones de demanda, solicitudes cautelares, o en los tradicionalmente conocidos “*otrosí decimos*” de estos escritos, que se delegan facultades de representación a favor de abogados u otros para que actúen en nombre de la parte que presenta el documento.

Efectivamente, existen casos frecuentes en los que las partes delegan facultades de representación basándose en las normas procesales del Código Procesal Civil Peruano. Señalan que “*se otorga al abogado las facultades de representación establecidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil.*”

Sobre el particular, consideramos que esta autorización no es suficiente para conferir facultad de representación en el arbitraje. Y son varias las razones.

En primer lugar, la Ley de Arbitraje es muy clara en señalar que las reglas y/o requisitos que deben regir en el proceso son los establecidos por las partes en el convenio arbitral o en las reglas aprobadas por las partes o el tribunal arbitral, en su defecto lo establecido en el reglamento arbitral convenido por las partes y, en su defecto, en la Ley de Arbitraje. Y si no existe una disposición aplicable, se recurre a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral¹⁸. Ello encuentra su razón de ser en que las disposiciones procesales de la Ley de Arbitraje prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil Peruano¹⁹.

En segundo lugar, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias distinto al poder judicial. Uno encuentra su origen en la voluntad consensuada de los particulares de excluirse del poder judicial, mientras el segundo se trata de una jurisdicción natural, establecido por la Ley. Entonces, al tratarse de 2 mecanismos de solución de controversias distintos, no es posible imaginar que el otorgar poderes para representar en el poder judicial *per se* permita representar a la parte en un arbitraje.

En tercer lugar, del propio texto del artículo 75 del Código Procesal Civil Peruano no se puede concluir que se faculte al representante a iniciar un arbitraje. Efectivamente, el artículo 75 del Código Procesal Civil Peruano señala lo siguiente:

“Se requiere el otorgamiento de las facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás que exprese la ley (...)”

Como se aprecia, el artículo 75° del Código Procesal Civil Peruano establece, como facultad especial, *someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en proceso*. Es decir, que únicamente lo que se encuentre controvertiendo en un proceso judicial pueda también ser controvertido en arbitraje (ya sea porque se

¹⁸ Ley de Arbitraje, Artículo 34.

¹⁹ Ley de Arbitraje, Décima Disposición Complementaria.

ha formulado una excepción de convenio arbitral, sea porque luego de celebrado el contrato las partes se pusieron de acuerdo para que las controversias se deriven a arbitraje, etc.). De esa manera, el representante al que se le ha otorgado facultades para representar *conforme al artículo 75 del Código Procesal Civil* solo tendrá poderes para llevar a arbitraje lo que se encuentre discutiendo en el proceso judicial, mas no otras controversias que surjan durante la ejecución del contrato, dado que estas todavía no se someten al poder judicial.

Si bien es una interpretación bastante restrictiva, no podemos dejar de lado el principio de literalidad que rige en la representación.

C. Representante común del consorcio con facultades generales, que no establecen acudir a arbitraje

Otra cuestión que a menudo se presenta en la representación de una parte en el arbitraje es si el representante común de un consorcio u otro contrato asociativo, por el solo hecho de ser representante común, tiene facultades para iniciar un arbitraje respecto del contrato de ejecución para el cual fue constituido. Este supuesto se manifiesta mucho en contratos bajo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Efectivamente, los contratos de consorcio suelen prever una cláusula por la cual se nombra a un representante, donde en muchos casos, únicamente se otorga facultades para la celebración y ejecución del contrato con la Entidad, sin establecerse u otorgar facultades para representar en los arbitrajes que surjan de dicho contrato.

En ese supuesto, ¿el representante común, cuando surja la controversia del contrato celebrado con la Entidad, podrá iniciar y efectuar actuaciones para representar en el arbitraje a pesar de no haberse otorgado esta facultad de manera expresa? Consideramos que sí, y que nos encontraríamos en un caso de representación derivada de la Ley.

Para ello, recordemos que el artículo 10(2) de la Ley de Arbitraje establece que, salvo estipulación o pacto en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos, pudiendo a su vez delegar la

representación en algún abogado y/u otro profesional que pueda defender sus intereses en el arbitraje.

D. Representación de una entidad pública por un apoderado, pero no por el procurador público

La Ley de Arbitraje señala que la representación procesal del Estado la ejercen los procuradores públicos de cada entidad o dependencia.

En efecto, en el Perú contamos con el Decreto Legislativo N° 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y Crea La Procuraduría General del Estado, establece los domicilios en los que se debe notificar a los Estados que son parte de un proceso, y la representación ejercida por las procuradurías públicas de cada Entidad.

El artículo 26 del Decreto Legislativo N° 1326 establece que:

...las Procuradurías Públicas con competencia sectorial y especializada tienen domicilio procesal, real, fiscal y legal en la capital de la República, donde deben dirigirse todas las comunicaciones y notificaciones relacionadas con la defensa jurídica del Estado. Se puede fijar domicilios procesales alternativos, conforme al procedimiento establecido por el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

Por su parte, el artículo 27 del Decreto Legislativo N° 1326 precisa

27.1 El/la procurador/a público es el/la funcionario/a que ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado por mandato constitucional. Por su sola designación, le son aplicables las disposiciones que corresponden al representante legal y/o al apoderado judicial, en lo que sea pertinente.

En otras palabras, en ambos artículos se establece la obligatoriedad de que cualquier controversia que involucre a una entidad pública deberá ser notificada al domicilio del procurador del sector al cual pertenezca, a fin de que puede ejercer la defensa del Estado. Por lo tanto, si bien la regla genera es emplazar al

demandado en su domicilio contractual, si tal parte es el Estado, deberá emplazarse también al procurador público a cargo de la defensa de tal parte²⁰.

El problema se presenta cuando, pese haberse notificado a la Entidad y/o al procurador a cargo de la defensa de dicha Entidad, ésta se apersona por medio de un apoderado, más no por un procurador público.

En tales casos, corresponderá revisar la ley orgánica de tal Entidad y verificar si en efecto no cuenta con una procuraduría a cargo de su defensa, como sucede, por ejemplo, con las beneficencias de las diferentes ciudades del Perú.

No obstante, ¿qué sucede si es que dicha Entidad cuenta con una procuraduría a cargo de su defensa y, a pesar ello, se apersona al proceso el gerente y/o un apoderado de la Entidad? ¿No deberá considerarse válida la representación de dicho apoderado? Consideramos que no, siempre y cuando las facultades otorgadas al apoderado incluyan que pueda representar a la Entidad en un arbitraje.

En caso sea así, no habría ningún inconveniente e indistintamente podría representar a la Entidad tanto el procurador público de dicho sector o el apoderado con facultades para representar en arbitraje, encontrándonos frente a un supuesto de pluralidad de representantes²¹.

E. Ratificación informal del acto jurídico realizado por el representante en el arbitraje

El acto jurídico celebrado por un supuesto representante a nombre del representado, puede ser ratificado, con lo cual el acto jurídico mantiene su validez y eficacia.

²⁰ Un caso interesante es el relacionado a ciertas entidades estatales que cuentan con una procuraduría propia y no la del sector al que pertenecen, como la SUNAT. Esto debido a la especialización que se requiere manejar para ejercer la defensa legal de dichas entidades públicas.

²¹ Código Civil Peruano, Art. 147: “*Cuando son varios lo representante se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designado para practicar actos diferentes*”.

En el arbitraje, ¿los actos procesales llevados a cabo por un representante que no tenga los poderes suficientes o no sea representante de la parte, pueden ser ratificados y de ser el caso, existe una formalidad para ello?

Consideramos que sí es posible que los actos procesales llevados a cabo por un sujeto carente de poderes de la parte pueden ser ratificados. En efecto, nuestra Ley de Arbitraje no establece una limitación al respecto. No obstante, debe tenerse presente que tal ratificación debería formularse siempre y cuando tales actos procesales sean en beneficio de la parte, pudiendo esta no ratificar actos que la perjudiquen.

En cuanto a la forma de ratificación, desde nuestro punto de vista, se puede realizar mediante escrito donde conste de manera indubitable la intención de la parte de hacer suyos tales actos procesales.

F. Cambios al procedimiento establecido en el convenio arbitral por el representante, ¿modificación del convenio arbitral?

El convenio arbitral es un contrato y por lo tanto, para modificarlo deben de coexistir dos elementos: la voluntad de las partes para modificarlo y un sujeto legitimado y con capacidad para efectuar tal modificación.

Sucede con frecuencia que en los convenios arbitrales se pactan reglas que hacen que el arbitraje se vuelva inoperativo, sobre todo aquellas relacionadas con el plazo de duración del arbitraje.

En tales casos, existen soluciones innovadoras como la que nos brinda el artículo 39(3) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, donde faculta al propio Tribunal Arbitral a modificar los plazos de duración del arbitraje acordados por las partes, debiendo comunicar al Consejo Superior de Arbitraje las razones para hacerlo.

No obstante, en otros, la modificación al convenio arbitral deberán efectuarla las partes que lo celebraron, para lo cual se deben verificar que quienes las representen, de ser el caso, cuenten con las facultades necesarias para ello.

En estos casos, somos de la opinión que el representante debe contar necesariamente con facultades expresas para modificar el convenio arbitral o

cláusulas contractuales del contrato que contiene el acuerdo arbitral. No podría interpretarse que el solo hecho de contar con facultades para celebrar contratos implicaría la posibilidad de también modificar el contrato, según el artículo 10(2) de la Ley de Arbitraje, en tanto el Principio de Literalidad prevalece.

G. La falta del “uso” del derecho a objetar por problemas en la representación

El artículo 11 de la Ley de Arbitraje regula el llamado derecho a objetar, el cual regula la exigencia a las partes de que, en caso consideren que se haya inobservado un acuerdo de ellas para tramitar el arbitraje, una norma del reglamento aplicable o de la ley de arbitraje, deben objetar tal inobservancia de manera inmediata y en caso no lo hagan, se entiendo que han renunciado a objetar o impugnar el laudo por tales circunstancias.

Por su lado, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, nos dice que el recurso de anulación del laudo constituye la única vía de impugnación de este y solo podría alegarse alguna de las causales de anulación del artículo 63(1) de la referida Ley.

Qué sucede si somos emplazados por una persona cuyo representante no cuenta con las facultades de representación suficientes.

En estos casos, consideramos que al contestar la solicitud de arbitraje se debe formular una excepción u objeción relacionada a esta falta de representación suficiente. Con ello se daría el ejercicio oportuno del derecho a objetar en caso tal excepción sea desestimada. La excepción podría ser resuelta mediante un laudo parcial o un laudo final junto con las cuestiones de fondo de la controversia.

En caso la excepción no fuera amparada, ¿el recurso de anulación es la vía idónea para cuestionar tal decisión?

Consideramos que sí, pues en efecto, el artículo 41 (4) y (5) regulan expresamente la posibilidad de cuestionar tal decisión a través del recurso de anulación. Tal recurso podría plantearse contra el laudo parcial que resuelva la excepción de forma previa una vez emitido el laudo final, o contra este último en caso la excepción se resuelva a través de este.

V. CONCLUSIONES

Es vital conocer la figura de la representación, en general, y específicamente dentro de un proceso ordinario, así como los principios que involucran esta figura jurídica.

En el arbitraje, no obstante, esta figura resulta bastante particular, de ahí la importancia de conocer cómo funciona y se encuentra regulado en las normas aplicables al proceso arbitral.

Las normas contenidas en las normas de arbitraje permiten que la representación no sea limitada por formalismos innecesarios.

La casuística en la materia muestra la verdadera aplicación de la institución en los diversos campos y materias sobre las cuales discurre el arbitraje. Sin embargo, existen ciertos aspectos que deben cumplirse en el caso de la representación, dejando de lado el mito de la flexibilidad absoluta en el arbitraje.

El recurso de anulación como mecanismo de protección y garantista de los derechos es el único medio de impugnación de las decisiones que emitan, o acciones que realicen, los árbitros en torno a la representación en el arbitraje.

Al final, lo que debe quedar claro es la importancia de estar correctamente representado en un arbitraje.

Efectos de la violación a la confidencialidad en el arbitraje

Raquel Molina Arraya* & José Carlos Bernal†

Resumen- El término “confidencialidad” está frecuentemente vinculado con nuestra concepción de lo que es el arbitraje. Es considerado por algunas legislaciones como una de sus características inherentes, y por los practicantes del arbitraje como una de sus principales virtudes. Sin embargo, más allá del concepto doctrinal, las consecuencias específicas de la violación a la confidencialidad (ya sea como aspecto propio del arbitraje, o como obligación expresa contenida en la cláusula arbitral, el reglamento, o la ley) son raras veces exploradas o consideradas. ¿Qué efectos puede tener sobre el proceso arbitral una eventual violación de la confidencialidad por alguna de sus partes? El objeto del presente artículo es exponer algunas de las consecuencias específicamente aplicables al arbitraje, cuando la confidencialidad del mismo ha sido violada.

Abstract- The term “confidentiality” is frequently associated with our conception of arbitration. It is considered by the legislation of some countries as one of its inherent characteristics, and by arbitration practitioners as one of its main virtues. However, beyond the doctrinal concept, the specific consequences of the breach of confidentiality (either as an inherent aspect of arbitration, or as a specific obligation included in the arbitration clause, the regulation, or the law) are rarely explored or considered. What effects can an eventual breach of confidentiality by any of the parties have on the development of the arbitration procedure? The purpose of this article is to analyze consequences specifically applicable to breaches of arbitration confidentiality.

* Asociada en la firma Guevara & Gutiérrez S.C. en las áreas de arbitraje y derecho constitucional. Entrenadora del equipo de Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Regional La Paz.

† LLM 2014 Harvard Law School, Licenciado en derecho de la Universidad Privada Boliviana. Entrenador del equipo de Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Regional La Paz.

I. INTRODUCCIÓN	37
II. ASPECTOS GENERALES SOBRE CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE	39
A. AUSTRALIA	40
B. INGLATERRA Y SINGAPUR.....	40
C. ESTADOS UNIDOS Y SUECIA	41
D. FRANCIA	42
E. HONG KONG E INDIA	42
E. LA RELEVANCIA DE LOS REGLAMENTOS DE ARBITRAJE ELEGIDOS POR LAS PARTES.....	43
G. ALCANCE PERSONAL Y MATERIAL DE LA CONFIDENCIALIDAD	44
H. EXCEPCIONES A LA CONFIDENCIALIDAD	45
III. PARTICULARIDADES DE LA VIOLACIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE	46
A. PERSPECTIVAS Y SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD.....	46
B. ¿SOLICITUD AL TRIBUNAL ARBITRAL O A LA AUTORIDAD JUDICIAL?.....	49
C. ASIGNACIÓN DE COSTOS DEL ARBITRAJE COMO MEDIDA PUNITIVA.....	50
D. ¿CONSECUENCIAS DE ÍNDOLE PENAL PARA LOS ÁRBITROS?	54
IV. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES	56

I. INTRODUCCIÓN

El término “confidencialidad” está frecuentemente vinculado con nuestra concepción de arbitraje. Es una de las características inherentes del arbitraje en algunos países, y comúnmente estudiada como una de las principales virtudes que diferencia el arbitraje de los procesos judiciales. También es objeto de algunas críticas, como en el caso de arbitrajes de inversión, en los que la

administración de la cosa pública entra, a veces, en conflicto con la confidencialidad de los arbitrajes que involucran a los Estados.¹

Las preguntas que surgen sobre la confidencialidad son muchas. Diversos artículos y publicaciones académicas se han preguntado si la confidencialidad es una característica intrínseca del arbitraje, y han expuesto las diferencias entre algunas jurisdicciones que tienen desarrollos importantes sobre la materia². Los doctrinarios también han analizado qué personas y aspectos del arbitraje deberían ser considerados confidenciales, y cuáles corren mayor riesgo de una eventual divulgación³. Por ejemplo, los laudos arbitrales frecuentemente se vuelven públicos cuando una de las partes busca su anulación ante las cortes de un país, y como consecuencia debe incluir el laudo arbitral en su solicitud, quedando así el laudo como parte del expediente del caso en una corte judicial.

Sin embargo, más allá de los análisis doctrinales señalados, los efectos específicos de la violación a la confidencialidad, sobre el desarrollo del propio proceso arbitral, son raras veces explorados⁴. Es lógico pensar en consecuencias generales que pueden surgir de la violación de cualquier obligación de confidencialidad y que pueden derivar en reclamos en cuanto a daños y perjuicios, empero la violación de la confidencialidad dentro de un proceso arbitral también puede tener efectos adicionales y específicos, dentro del propio proceso arbitral.

Este breve artículo no pretende desarrollar la generalidad de temas relacionados a la confidencialidad en el arbitraje, no obstante, algunos de estos aspectos básicos serán incluidos de manera introductoria en el documento. Lo que

¹ Ver, por ejemplo MAGALHÃES BRAVO, Bárbara - FIGUEIRAS, Claudia, “The problem of reconciling the principle of confidentiality in foreign investment arbitration with the public interest”, *World Academy of Science, Engineering and Technology*, Vol 12, N°3, 2018, 480-484.

² Ver, por ejemplo, REYMOND-ENIAEVA, Elza, *Towards a uniform approach to confidentiality of international commercial arbitration*, Springer, Laussane, 2019, pp 31-51.

³ REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, pp. 29-30.

⁴ La mayoría de los artículos académicos no mencionan el tema de manera específica, sin embargo, libros sobre confidencialidad en el arbitraje, como REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, pp. 189-208, sí desarrollan con más detalle los efectos de la violación a la confidencialidad.

pretende es enfocarse en la diferencia entre consecuencias generales de incumplimiento de obligaciones de confidencialidad, y consecuencias específicas aplicables, además, al arbitraje. ¿Qué efectos podrían ser determinados por un tribunal arbitral al constatarse una vulneración a la confidencialidad?; y como resultado de lo anterior: ¿Qué podría un abogado practicante solicitar a un tribunal arbitral en beneficio de su cliente en dichos casos?

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE

Al igual que con muchos otros aspectos del arbitraje, la confidencialidad tiene un tratamiento diferente dependiendo de las leyes nacionales de cada país, y también dependiendo de los reglamentos de arbitraje específicos de las instituciones arbitrales. En palabras de Merino:

En definitiva, pues, nos encontramos ante el hecho de que siendo la confidencialidad un elemento casi configurador de la institución arbitral, su reconocimiento legal y convencional no ha sido ni tan categórico ni universal como podría esperarse⁵.

La Ley Modelo de Arbitraje de CNUDMI, por ejemplo, no señala de manera expresa esta obligación, y tampoco lo hace gran parte de las legislaciones alrededor del mundo, sin embargo, la confidencialidad ha encontrado otras maneras de manifestarse en el arbitraje⁶. Sin tratar de ser exhaustivos respecto a cada jurisdicción y reglamento, se presentan a continuación algunos de los más importantes desarrollos sobre confidencialidad.

⁵ MERINO, José F., “Confidencialidad y arbitraje”, *José Miguel Júdice Independent Arbitrator*, 23/06/2021, disponible en https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf

⁶ Marlon Meza-Salas nota esta diferencia entre la ley modelo, y las leyes de algunos países. MEZA-SALAS, Marlon, “Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 23/09/2018, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>.

A. Australia

La confidencialidad asumió particular relevancia en el mundo del arbitraje, a partir del caso *Esso v Plowman*⁷ en el año 1995, en el que la Corte Suprema de Australia declinó reconocer que existiera una obligación amplia de confidencialidad que se aplicara a todos los documentos e información provista en el arbitraje y para los propósitos del mismo. Esta situación generó gran debate académico sobre el tema en todo el mundo, y también reacciones en Australia. Considerando la confidencialidad como un aspecto importante para atraer más casos de arbitraje a este país, se presentaron propuestas de modificación a la ley de arbitraje para incluir este aspecto y cambiar lo señalado por la Corte Suprema. A través de reformas (primero en 2010 y posteriormente en 2015), la ley de arbitraje de Australia ha implementado la confidencialidad como estándar⁸, permitiendo a las partes pactar en contrario, si así lo desean, y limitando así los efectos del caso *Esso v Plowman*.

B. Inglaterra y Singapur

Aunque la *Arbitration Act* de Inglaterra, de 1996, no contiene disposiciones respecto a la confidencialidad, las cortes de Inglaterra sí tuvieron oportunidad de analizar el tema en diversos casos, y tuvieron un acercamiento diferente al de las cortes de Australia. En el caso *Dolling-Baker v. Merrett*, en 1990, la Corte de Apelaciones sostuvo que -por la naturaleza específica del arbitraje- debiera existir una obligación implícita entre las partes en conflicto, respecto a los documentos usados en el curso del arbitraje⁹. En los años siguientes, múltiples casos desarrollaron esta obligación implícita, y también las excepciones que le son aplicables, como el interés público, y la necesidad razonable¹⁰.

⁷ HCA (Australia), “Esso Australia Resources Ltd et al. v Sidney James Plowman et al”, 1995, *Arbitration International*, Vol. 11, publicación 3, pp. 231-234.

⁸ *International Arbitration Act* (Australia) Arts. 23C - 23D.

⁹ Court of Appeal (Inglaterra) “Dolling-Baker v. Merrett” 1990, en REYMOND-ENIAEVA, *Towards a ...*, pp. 32-33.

¹⁰ High Court (Inglaterra) “Hassneh Insurance Co v Mew” 1992, 2 Lloyd’s Rep 243; High Court (Inglaterra) “Ali Shipping v. Shipyard Trogir”, 1997, EWCA Civ 3054, en REYMOND-ENIAEVA, *Towards a ...*, p. 33.

Por su parte, las cortes de Singapur también han sostenido la existencia de una obligación implícita de confidencialidad en el arbitraje. La Corte Suprema de ese país señaló en el caso *AAY y otros v. AAZ AS*, y haciendo referencia directa a Inglaterra, que:

...como principio de derecho de arbitraje al menos en Singapur e Inglaterra, la obligación de confidencialidad en el arbitraje se aplicará como la regla estándar en arbitrajes en los que las partes no hubieran especificado expresamente la naturaleza privada y/o confidencial del arbitraje¹¹.

En 2020, la *International Arbitration Act* de Singapur ha sido enmendada, y ahora contiene una disposición¹² que, si bien no tiene como efecto declarar una obligación explícita de confidencialidad, sí permite al tribunal arbitral el hacer efectivas las obligaciones de confidencialidad existentes entre las partes, que debe entenderse que incluyen las obligaciones implícitas desarrolladas en su jurisprudencia.

C. Estados Unidos y Suecia

En Estados Unidos, en el caso *U.S. v. Panhandle et al.*¹³, el Tribunal Federal de Apelación del Tercer Circuito negó a Panhandle sus argumentos sobre confidencialidad en el arbitraje para evitar la presentación de documentos, cuestionando que exista un deber de confidencialidad, cuando esa confidencialidad no está establecida ni en la norma ni expresamente en los contratos existentes entre las partes. Pese a ser un país regido por el sistema de *common law*, la jurisprudencia de Estados Unidos parece negar la existencia de una obligación implícita de confidencialidad, en contraposición a Inglaterra.

Por su parte, las cortes en Suecia también han adoptado una interpretación que sujeta la confidencialidad a la voluntad expresa de las partes. En el caso

¹¹ High Court (Singapur) “*AAY et al. v. AAZ AS*”, 2009, SGHC 142, en REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, p. 34.

¹² *International Arbitration Act* (Singapur), Art. 12 (1) (j).

¹³ Tribunal Federal de Apelaciones del Tercer Distrito, Delaware (Estados Unidos) “*United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 1988, 118 F.R.D. en NOUSSIA, Kyriaki, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Springer, Alemania, 2010, pp. 27-29.

Bulbank, una de las partes (A.I. Trade Finance) reveló el laudo parcial emitido en un arbitraje contra Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd (*Bulbank*). Sin embargo, la Corte Suprema de Suecia consideró que “*una parte dentro de un arbitraje no puede ser considerada obligada por un deber de confidencialidad, a menos que las partes hubieran realizado un acuerdo al respecto*”, negando así que A.I. Trade Finance hubiera cometido una violación a un deber de confidencialidad que, según esta corte, no existía si no estaba plasmado de manera explícita¹⁴.

D. Francia

La situación en Francia es también particular, porque su legislación ha realizado una diferenciación, en 2011, entre el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional, en lo que concierne a la confidencialidad. En el caso de arbitrajes domésticos, el Código de Procedimiento Civil de Francia establece que “*salvo que las partes dispongan lo contrario, el procedimiento de arbitraje está sujeto al principio de confidencialidad*”¹⁵. En cambio, no existe una previsión similar para el arbitraje internacional que se rija bajo ley francesa, y por tanto, las partes tendrían que pactarlo expresamente, o no se beneficiarían de la confidencialidad, que sí está implícita en la ley para arbitrajes domésticos.

E. Hong Kong e India

Otras jurisdicciones alrededor del mundo también han implementado modificaciones en su legislación para brindar claridad a los practicantes del arbitraje, respecto a lo que pueden esperar en cuanto a la confidencialidad de sus arbitrajes. En el caso de Hong Kong, la sección 18 de la *Arbitration Ordinance* impone obligaciones expresas de confidencialidad¹⁶.

También India modificó su ley de arbitraje, y ahora la sección 42 A. establece que los árbitros, la institución arbitral y las partes mantendrán confidencialidad

¹⁴ Corte Suprema de Suecia, “*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.L. Trade Finance Inc.*” 27/10/2000, REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, pp. 42-43.

¹⁵ *Decree No 2011-48* (Francia), Art. 1464.

¹⁶ *Arbitration Ordinance* (Hong Kong), Art. 18.

de todos los procedimientos en el arbitraje, con excepción del laudo, cuando la divulgación sea necesaria para la ejecución del mismo¹⁷.

E. La relevancia de los reglamentos de arbitraje elegidos por las partes

Como se puede observar, existen diversos criterios en diferentes jurisdicciones, respecto a la existencia de una obligación implícita de confidencialidad en el arbitraje. Sin embargo, aún las jurisdicciones que no consideran en primera instancia que tal obligación exista, sí reconocen la posibilidad de que las partes puedan crearla, a través de un pacto entre ellas¹⁸. Por tanto, la confidencialidad respecto al arbitraje y sus diferentes elementos podría precisarse en un contrato específico, o en la propia cláusula arbitral. Este hecho brinda especial relevancia al contenido de los diferentes reglamentos de arbitraje, en lo relativo a su tratamiento de la confidencialidad en el arbitraje.

El Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* establece disposiciones precisas sobre confidencialidad, señalando que las partes del arbitraje se obligan -como principio general- a mantener la confidencialidad del laudo arbitral y demás documentos¹⁹. Centros de arbitraje en otras regiones del mundo también han implementado redacciones similares, como el Centro de Arbitraje DIFC de Dubai. El Reglamento DIFC-LCIA modificado en 2021, ahora establece obligaciones de confidencialidad tanto para los árbitros, secretarios, representantes de las partes, peritos, testigos y terceras partes que provean cualquier tipo de servicio²⁰.

El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong también modificó su reglamento de arbitraje en 2018, señalando expresamente obligaciones de confidencialidad para las partes, tribunal arbitral, y otros involucrados en el

¹⁷ *The Arbitration and Conciliation Act* (India), Art. 42 A.

¹⁸ Es posible que legislaciones apliquen lo contrario, es decir, que establezcan aspectos de transparencia y publicidad, particularmente para arbitrajes de inversión. La Ley de Arbitraje de Brasil, por ejemplo, establece de manera expresa que los arbitrajes que involucren a la administración pública estarán sujetos al principio de publicidad. Ley 9.307/96 de Arbitraje (Brasil), Art. 2 párr. 3.

¹⁹ *LCIA Arbitration Rules*, Art 30.

²⁰ *DIFC - LCIA Arbitration Rules*, Art 30.

proceso arbitral, pero también establece claramente las excepciones aplicables²¹.

El caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es diferente. Su reglamento no impone obligaciones de confidencialidad a las partes, sino solamente a los árbitros y a su personal.²² Notoriamente, en 2019, la CCI actualizó su “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI”, señalando que los laudos serán publicados íntegramente, dos años después de emitidos, a menos que cualquiera de las partes se oponga a ello²³. Es decir que las partes pueden optar por la confidencialidad del laudo, pero si no lo hacen, el estándar es que los laudos se publiquen.

G. Alcance personal y material de la confidencialidad

Un aspecto relevante sobre la confidencialidad recae en analizar quiénes son los obligados por ella. La percepción inicial que uno podría tener respecto a la confidencialidad, es que se trata de una obligación que recae en las partes que suscribieron la cláusula arbitral, y en la posibilidad de que una de ellas afecte a la otra divulgando aspectos desarrollados dentro del arbitraje.

Sin embargo, es importante considerar con mayor precisión cuál es la extensión -en cuanto a personas- de la obligación de confidencialidad, para saber si llega a involucrar, y en qué medida, a los miembros del tribunal arbitral, a los trabajadores de la institución arbitral que administra el arbitraje, y a los expertos y testigos que realizan declaraciones en estos arbitrajes, y que sin duda tienen conocimiento, aunque limitado, de las características del arbitraje. Como se menciona en este artículo, algunos centros de arbitraje han establecido disposiciones expresas en su reglamento para señalar quiénes están obligados a mantener confidencialidad, incluyendo, por ejemplo, a los testigos y peritos.²⁴ La situación podría no ser tan clara, particularmente si la jurisdicción en

²¹ *HKIA Arbitration Rules*, Art 45.

²² *Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Anexo 1 Art. 8 y Anexo 2 Art 1.

²³ Cámara de Comercio Internacional, “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI”, párr. 40-46.

²⁴ El reglamento de arbitraje de LCIA, por ejemplo. *LCIA Arbitration Rules*, Art. 30.

cuestión no contempla un deber implícito de confidencialidad ni siquiera para las partes en disputa.

Otro de los temas más frecuentemente analizados por la doctrina es el de los aspectos alcanzados por la confidencialidad. ¿Qué es en realidad confidencial? ¿La existencia del arbitraje, el monto de la disputa, los memoriales y órdenes, las audiencias, o los laudos? ¿O tal vez todo lo anterior? Si bien las audiencias y las deliberaciones de los árbitros, por ejemplo, parecen estar más protegidas por la confidencialidad y por la privacidad del arbitraje, otros aspectos son sumamente difíciles de mantener fuera del conocimiento público, como la existencia del arbitraje, o el laudo. Los laudos arbitrales frecuentemente se vuelven públicos cuando una de las partes busca su anulación ante las cortes de un país, y como consecuencia debe incluir el laudo arbitral en su solicitud, quedando así el laudo como parte del expediente del caso en el juzgado. Algunas legislaciones prevén, en procura de la menor publicidad posible, que el recurso de anulación/nulidad únicamente se remita a cortes judiciales junto las partes pertinentes del expediente arbitral, y no así de toda la documentación producida.²⁵

H. Excepciones a la confidencialidad

Finalmente, es importante notar que la confidencialidad en el arbitraje, cuando existe, no es absoluta. Es posible, por ejemplo, que una de las partes que tiene la obligación de mantener información confidencial respecto a un arbitraje, se encuentre forzado a revelar esta información para cumplir con una obligación legal, como la exigencia de una autoridad competente. Es común que los acuerdos de confidencialidad señalen causales justificadas que permiten violar la confidencialidad, y establezcan, por ejemplo, la obligación de comunicar a la contraparte si se presenta una causal como estas.

La existencia de excepciones expresas a la obligación de confidencialidad está también presente en leyes (por ejemplo, Hong Kong), reglamentos de arbitraje (por ejemplo, las Reglas de HKIAC), y hasta en la jurisprudencia (por ejemplo,

²⁵ Ver, por ejemplo: Ley N°708 de Conciliación y Arbitraje (Bolivia), Art. 113 (II).

el desarrollo jurisprudencial de Inglaterra respecto a las excepciones a la confidencialidad).²⁶

Como se puede ver, los temas que forman parte del análisis sobre la confidencialidad en el arbitraje, son muchos. Tal vez la única conclusión preliminar que se podría dar a esta primera parte, es precisamente que el practicante de arbitraje debe considerar múltiples fuentes y aristas de la confidencialidad para cada caso específico de arbitraje. La confidencialidad, en algunos casos, no es parte intrínseca del procedimiento arbitral, y sus alcances -tanto materiales como personales- tampoco son uniformes.

Para la segunda parte de este artículo, decidimos enfocarnos en una de esas aristas, y explorar la diferencia entre los efectos generales de la violación de la confidencialidad y los efectos específicos que puede tener esta violación dentro del desarrollo mismo del proceso arbitral.

III. PARTICULARIDADES DE LA VIOLACIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE

A. Perspectivas y supuestos de incumplimiento de la confidencialidad

Para analizar las consecuencias de la violación de la confidencialidad en el arbitraje, es necesario considerarla desde dos perspectivas diferentes. La primera perspectiva, y quizás la más general, es la del derecho de las obligaciones, y los remedios que señala el derecho civil, en general, para las obligaciones incumplidas.

La confidencialidad de un elemento (un documento, un hecho, o cualquier otra información) genera una obligación en las personas que reconocen esa confidencialidad y se obligan a mantenerla. Decir que algo es “confidencial”, es en el fondo equiparable a decir que la divulgación de ese algo no le está permitida a alguien.

Imaginemos por ejemplo a las gerencias de dos empresas que se encuentran en negociaciones para una posible fusión, y que deben compartir con la contraparte

²⁶ Ver, por ejemplo: High Court (Inglaterra) “Hassneh Insurance Co. of Israel v. Stuart J. Mew”, 22/12/1992, [1993] 2 Lloyd's Rep. 243.

información muy sensible sobre sus respectivos negocios. El solo hecho de que se conozca que existen negociaciones en proceso podría afectar el valor de las acciones de ambas empresas. Sin duda, los representantes de las empresas firmarán un contrato de confidencialidad por el cual ambas partes quedarán obligadas a no revelar la información interna de las empresas, la existencia de la negociación, ni los términos que se discuten. En este escenario, las partes determinan expresamente los alcances materiales de la confidencialidad a la que se someten, en un documento escrito, que sienta las bases de la obligación de las partes, y en ocasiones también los remedios exigibles en caso de incumplimiento de estas obligaciones.

De manera general, ante la violación de una obligación (como la de confidencialidad), existen dos posibles remedios. La parte afectada podría solicitar a la autoridad competente que ordene a la parte contraria el pago de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la violación de la obligación. Como segundo remedio, podría solicitar que la autoridad ordene a la parte contraria a realizar (o dejar de realizar) una acción específica para evitar que se generen mayores daños. Si llevamos estos dos remedios al ejemplo de la fusión, es concebible que una de las partes exija el pago de daños y perjuicios a la otra, por considerar que la contraparte ha revelado la existencia de las negociaciones, y solicite a un juez que emita una orden para que la contraparte se abstenga de compartir cualquier otra información. En este ejemplo, las dos medidas contra el incumplimiento son fácilmente reconocibles.

¿Qué ocurre, sin embargo, respecto a la obligación de confidencialidad en relación al arbitraje? Imaginemos por ejemplo, un escenario en el que el gerente general de una empresa, en una entrevista, revela accidentalmente que existe un arbitraje en proceso, o se filtra al público un memorial de demanda arbitral que revela información detallada de la controversia.

En una situación como ésta entra en discusión la existencia y extensión de la obligación de confidencialidad, que dependerá de la legislación específica aplicable, el contenido de la cláusula arbitral, y el reglamento al que las partes se hubieran sometido. Más allá de eso, la primera gran diferencia con el caso de la fusión que se analiza arriba, es que la obligación de confidencialidad (si es que existe) no surge de un contrato específico en el que se hubiera delimitado con mayor precisión la extensión de la obligación. Por tanto, será necesario

analizar múltiples aspectos para determinar los límites de la obligación de confidencialidad de las partes.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta la dificultad práctica de probar el nexo causal entre la violación a la confidencialidad y el daño, lo cual no es una labor sencilla en los contratos de confidencialidad, y tampoco en los arbitrajes. Según Hwang y Chung, las consecuencias de violaciones a la confidencialidad con anterioridad al inicio de un procedimiento arbitral, y en caso de que la confidencialidad se considere un derecho contractual, se traducen en que la parte afectada podrá interponer una acción por daños y perjuicios, empero, dichos daños son difíciles de establecer. A modo de ejemplo, los referidos autores refieren a la legislación de Singapur, bajo la cual la parte afectada puede solicitar a una corte el cese de la violación, y dicha corte podrá imponer sanciones en caso de que el incumplimiento se mantenga o se repita²⁷.

De igual manera, en un caso administrado por el Instituto de Arbitraje de Finlandia, la violación a la confidencialidad consistió en la entrega de información comercial y financiera de una de las partes (A), a terceros competidores de dicha parte (X), por parte de la contraparte de A en el proceso arbitral (B). En criterio del tribunal arbitral, la confidencialidad se había violado, empero, la única consecuencia derivada de ello fue la orden del cese de la medida a B.²⁸

En palabras de los precitados autores Hwang y Chung, las sanciones en contra del incumplimiento de la confidencialidad no son fáciles de imaginar. Un tribunal podrá, por ejemplo, emitir un orden del cese de la violación (como en el caso citado líneas arriba), o podrá imponer sanciones o presunciones.²⁹

²⁷ HWANG, Michael – CHUNG, Katie, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, en HWANG, Michael, *Selected essays on international arbitration*, Academy Publishing, Singapur, 2013, pp. 151-152.

²⁸ SAVOLA, Mika, “Arbitral Tribunal's ruling on a breach of confidentiality”, *The Finland Arbitration Institute. obligations*, (23/06/2021), disponible en <https://arbitration.fi/2016/11/25/arbitral-tribunals-ruling-breach-confidentiality-obligations/>

²⁹ HWANG - CHUNG, “Defining the Indefinable...”, pp. 151-152.

B. ¿Solicitud al tribunal arbitral o a la autoridad judicial?

Si la obligación de confidencialidad existe, el análisis subsecuente que se debe hacer recae en los remedios disponibles para el acreedor de la obligación, es decir, para la parte que considera que su derecho ha sido violado, y que pretende reclamar a la contraparte por esta violación a la obligación de confidencialidad. Como se menciona en la parte inicial de este artículo, la existencia misma de la confidencialidad, como elemento implícito en el arbitraje, es objeto de discusión en algunas jurisdicciones, pero para el presente análisis abstracto, nos situaremos en un escenario en el que la obligación de mantener la confidencialidad sí exista, y tenga un alcance amplio en cuanto a las personas y materiales que protege.

Si se determina que alguna de las partes del arbitraje estaba sujeta a una obligación específica de confidencialidad, y esa obligación ha sido violada en detrimento de la contraparte, es evidente que la parte afectada podrá solicitar los remedios señalados anteriormente (por una parte, daños y perjuicios, y por la otra, una orden judicial o *injunction*). La violación de la obligación de confidencialidad emanada de un proceso arbitral, no debería ser sustancialmente distinta de la violación de la obligación de confidencialidad emanada de cualquier otra fuente de obligaciones, como por ejemplo, emanada de un contrato de confidencialidad. La parte que reclama la violación deberá probar i) que existía una obligación de confidencialidad, ii) que la obligación fue violada; y iii) que, como consecuencia, se generó un daño.

Es necesario reconocer que existe un evidente aspecto cronológico, que hace que las vulneraciones a la confidencialidad muchas veces se reclamen ante cortes nacionales, y no ante los tribunales arbitrales. El reclamo ante los tribunales arbitrales únicamente podría darse, si la violación a la confidencialidad ocurre durante el desarrollo del proceso de arbitraje. Sin embargo, el tribunal arbitral concluye su labor cuando el laudo arbitral ha sido emitido y adquiere calidad de cosa juzgada³⁰. Por tanto, si la violación a la confidencialidad consiste en la divulgación no autorizada del contenido del laudo arbitral, esa violación no podría reclamarse ante el tribunal arbitral, que ha cesado sus funciones, sino solamente ante la jurisdicción ordinaria.

³⁰ Ver, por ejemplo: Ley N.º 708 de Conciliación y Arbitraje (Bolivia), Art. 52.

No existe duda que las cortes judiciales pueden emitir órdenes para precautelar la confidencialidad, o para penar la violación a las obligaciones de mantenerla. Los tribunales arbitrales, por otra parte, podrán hacerlo en la medida en la que las leyes y reglamentos aplicables al caso específico, permitan al tribunal emitir este tipo de órdenes. Legislaciones que abarcan este tema de manera expresa, y permiten a los tribunales arbitrales hacer cumplir las obligaciones de confidencialidad, como la *International Arbitration Act* de Singapur, podrían generar más seguridad jurídica para las partes respecto a la protección de la confidencialidad a través del propio tribunal arbitral³¹. Aun cuando las normas no abarquen el tema expresamente, las herramientas de auxilio judicial al tribunal arbitral, comunes en las leyes de arbitraje, también están a disposición de las partes para precautelar las obligaciones de confidencialidad, a través de las cortes judiciales de los países.

C. Asignación de costos del arbitraje como medida punitiva

La asignación de costos del arbitraje es, quizás, el mecanismo más común a través del cual se vislumbran las consecuencias de una posible violación a la obligación de confidencialidad dentro de un proceso arbitral. En general, la asignación de costos en los arbitrajes es flexible y le permite al tribunal arbitral aplicar medidas que considere justas, pero con sujeción al acuerdo de las partes, que podrían, por ejemplo, haber establecido en la cláusula arbitral que la distribución de costos será de una u otra manera. En tales casos, la flexibilidad del tribunal arbitral está más limitada.

Los tribunales arbitrales determinan la asignación de costos del arbitraje como parte del laudo, y siguen una de las siguientes dos estructuras, o variaciones leves de las mismas: Asignación de costos a la parte perdedora (*costs follow the event*) o distribución equitativa (*proportional allocation*).

Algunos reglamentos de arbitraje incluyen disposiciones que permiten al tribunal mayor o menor discrecionalidad sobre el tema. El Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que, para asignar costos, los tribunales arbitrales “*pueden tomar en consideración las circunstancias que considere relevantes*”³². El reporte de la Comisión de la CCI sobre decisiones sobre costos

³¹ *International Arbitration Act* (Singapur), Art. 12 (1) (j).

³² Reglamento de arbitraje de la CCI, Art. 38 párr. 5.

en arbitraje internacional, de 2015, confirmó el hecho de que los tribunales arbitrales frecuentemente usan la asignación de costos como una forma de controlar las actuaciones de las partes dentro del proceso arbitral³³. Así también Cantuarias indica -sobre la imposición de costos- que:

Entre los factores a considerar, identificamos, entre otros: si las pretensiones de las partes o sus medios de defensa han sido frívolos, y si han impactado en los costos del arbitraje; la conducta procesal de las partes; y la buena fe en la posición jurídica o de hecho de las partes.

El mismo autor hace referencia a Micha Bühler, que sigue la posición más flexible de la asignación de costos (a pesar de la existencia de un acuerdo plasmado en la cláusula arbitral), indicando que el tribunal podría alejarse de dicho acuerdo:

In those arbitration laws and rules, which expressly provide that costs follow the event, this principle is by no means absolute. It is invariably subject to the broad exception that the arbitrator, in the exercise of his discretion, may depart from the presumption if the circumstances of the case so require³⁴.

La violación a las obligaciones de confidencialidad sin duda podrá ser considerada por el tribunal arbitral, con mayor o menor discrecionalidad, para imponer costos a la parte que hubiera incumplido estas obligaciones durante el proceso arbitral, independientemente de si se trate de la parte ganadora o perdedora. En este contexto, es la conducta procesal de las partes (incluyendo posibles violaciones a la confidencialidad) la que -en última instancia- podría definir la asignación de costos.

³³ Parker, Chris - Morgan, Charlie, “ICC examines allocation of costs in international commercial arbitration”, *Arbitration Notes Lexology*, 08/12/2018, disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32aca967-218a-44c4-b8f2-7c3d39f59ac9>.

³⁴ CANTUARIAS, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas SAC, Lima, 2007, p. 145.

A modo de ejemplo, traemos a colación lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur que establece como consecuencia específica de la violación a la confidencialidad:

39.4 El Tribunal tiene la facultad de tomar las medidas apropiadas, incluyendo la emisión de una orden o Laudo por sanciones o costas, si una parte incumple con las provisiones de esta Regla [Confidencialidad].³⁵

Ahora bien, es claro que un tribunal puede -en ciertas circunstancias- sancionar a la parte que incumple este deber con la imposición de una multa o costas, empero, ¿puede la violación a la confidencialidad generar la terminación del acuerdo arbitral? Los casos arbitrales revelan que esta posibilidad, si bien existe, requiere que se cumplan características muy particulares. Reymond-Eniaeva considera que esto sería posible solamente si las partes hubieran acordado expresamente que la confidencialidad es una condición para el arbitraje, o si existan razones para creer que la violación a la confidencialidad afectará sustancialmente los beneficios del arbitraje³⁶. Para Hwang y Chung, la terminación del arbitraje como consecuencia del incumplimiento del contrato (en razón al incumplimiento de la confidencialidad), resulta poco común en la práctica, ya que implicaría que el caso debería ser resuelto por una corte judicial, sin ningún tipo de confidencialidad³⁷.

Como anécdota, un caso prominente en el que ocurrió una violación manifiesta de la confidencialidad (aunque no se trata de un caso comercial, sino de derecho internacional público), fue el caso de arbitraje entre la República de Croacia y la República de Eslovenia, sobre reclamos territoriales y marítimos de estos dos países³⁸. En 2009, los Estados suscribieron un acuerdo de arbitraje a través de un tratado, y bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje llevaron adelante los procedimientos arbitrales hasta junio de 2014, incluyendo intercambios de memoriales, respuestas, y audiencias orales. El 22 de julio de 2015 se filtró en los medios de prensa la grabación de conversaciones entre uno

³⁵ Reglamento de Arbitraje del SIAC, Artículo 39.4. Traducción propia: “*The Tribunal has the power to take appropriate measures, including issuing an order or Award for sanctions or costs, if a party breaches the provisions of this Rule*”.

³⁶ REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, p. 221.

³⁷ HWANG - CHUNG, “Defining the Indefinable...”, pp. 151-152.

³⁸ *República de Croacia v. República de Eslovenia*, Caso PCA 2012-04.

de los árbitros, el Dr. Jernej Sekolec, y una de las representantes de Eslovenia, la Sra. Simona Drenik, en la que se discutían aspectos sobre las deliberaciones del tribunal arbitral, y las estrategias. Los pormenores del arbitraje se hicieron públicos.

Las consecuencias fueron diversas; el Dr. Sekolec renunció inmediatamente, Eslovenia designó a un nuevo árbitro, pero Croacia consideró que el tratado (el acuerdo arbitral) había sido violado y lo dio por terminado; sin embargo, el tribunal arbitral emitió un laudo parcial en 2016 determinando que era su deber continuar con el arbitraje, y un laudo final en 2017.

En el laudo parcial de 2016 el tribunal arbitral plasmó dos determinaciones relevantes para el presente análisis. En primer lugar, el tribunal arbitral determinó que Eslovenia había violado las disposiciones del acuerdo arbitral de 2009, sin embargo, el acuerdo arbitral permanecía en vigencia, es decir que ni la violación a la confidencialidad, ni la violación a la imparcialidad, fueron causal suficiente para que el Tribunal Arbitral considere la inaplicación del acuerdo arbitral. El segundo aspecto relevante para el tema estudiado en este artículo, es que el tribunal determinó lo siguiente, respecto a los costos del arbitraje, pese a que el acuerdo arbitral establecía expresamente que la distribución de costos se realizaría por igual entre las partes:

El Tribunal se reserva cualquier decisión respecto a la distribución final de costos hasta la emisión del laudo final; sin embargo, por el momento, Eslovenia pagará las sumas necesarias para cubrir los costos que surjan como resultado de la prolongación del proceso más allá del calendario previsto originalmente³⁹.

Sin embargo, en el laudo final, el tribunal determinó lo siguiente:

El Tribunal toma nota del Artículo 6 (7) del Acuerdo de Arbitraje, que establece que "[l]os costos del Tribunal Arbitral serán sufragados en términos iguales por las dos Partes". El Tribunal observa además que ninguna de las partes ha solicitado al Tribunal que tome ninguna otra

³⁹ *República de Croacia v. República de Eslovenia*, Caso PCA 2012-04, laudo parcial, 30 de junio de 2016, párr. 231 (e).

determinación sobre los costos ni ha presentado al Tribunal ninguna presentación sobre los costos⁴⁰.

Esta determinación respecto a los costos debe considerar la postura de Croacia, que no envió ningún memorial adicional al Tribunal Arbitral, ni participó de la audiencia sostenida antes de la emisión del laudo parcial, porque firmemente consideró que la violación a la confidencialidad generaba la terminación del tratado (que contenía el acuerdo arbitral).

Respecto al tema de costos del arbitraje en relación a la violación de confidencialidad, si de este caso pueden sacarse conclusiones, serían i) que es probable que el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad por alguna de las partes influya en el tribunal arbitral respecto a la determinación de costos del arbitraje; y ii) que aún ante faltas graves de violación a la confidencialidad, es posible que el tribunal brinde considerable deferencia a las disposiciones sobre distribución de costos acordadas por las partes en el acuerdo arbitral.

D. ¿Consecuencias de índole penal para los árbitros?

Las situaciones en las que la confidencialidad del arbitraje puede ser violada no solamente se limitan a acciones realizadas por las partes, sino también pueden incluir otros escenarios, por ejemplo, en los que alguno de los árbitros del tribunal arbitral estuviera involucrado en la violación a la confidencialidad, como se muestra en el caso de *República de Croacia v República de Eslovenia*, descrito en la sección anterior. En estos casos, es necesario preguntarse la naturaleza de la obligación incumplida.

Dicha responsabilidad puede emerger, en principio, de los reglamentos de ética o conducta de los centros administradores (responsabilidad funcional o administrativa). Sin embargo, una consecuencia poco explorada se trata de la posible responsabilidad penal derivada del incumplimiento del deber de guardar confidencialidad, en razón al cargo u oficio adoptado al momento de la aceptación con la designación del cargo de árbitro.

⁴⁰ *República de Croacia v República de Eslovenia*, Caso PCA 2012-04, laudo final, 29 de junio de 2017, párr. 1143-1144.

En cuanto a la confidencialidad, la raíz o naturaleza de la obligación de los árbitros es, predominantemente, contractual, y relaciona a los árbitros con las partes⁴¹. Sin embargo, en algunos países, una interpretación amplia y fuera de contexto sobre los delitos relacionados a la revelación de secretos, podría sujetar a los árbitros a este tipo de regulación. En estos casos, la fuente de la obligación de los árbitros dejaría de ser meramente contractual, sino que surgiría de una disposición contenida en la legislación del país en cuestión.

Así, por ejemplo, el Código Penal de Francia, en su artículo 226-13, tipifica la conducta de revelar información confidencial, confiada en razón del cargo o “misión temporal” del sujeto, como un delito.⁴² En opinión de Reymond-Eniaeva, el hecho de servir como árbitro se adecúa al alcance de esta estipulación, siendo que al árbitro se le confía una “misión temporal”⁴³.

En cuanto a legislación latinoamericana, encontramos que existen tipos penales relacionados, no a la confidencialidad, sino al “secreto”. A modo de ejemplo, la legislación argentina prevé, en el artículo 156 del Código Penal:

Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa⁴⁴.

Así también, el artículo 302 del Código Penal boliviano establece:

(REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL). El que teniendo conocimiento de secretos en virtud de su estado, ministerio, profesión, empleo, oficio, arte o comisión, los revelare sin justa causa, o los usare en beneficio propio o ajeno, si de ello se siguiere algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año y multa de treinta a cien días⁴⁵.

⁴¹ REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, pp. 59-60.

⁴² Código Penal (Francia), Art. 226-13.

⁴³ REYMOND-ENIAEVA, *Towards a...*, p. 62.

⁴⁴ Código Penal (Argentina), Art. 156.

⁴⁵ Código Penal (Bolivia), Art. 302.

La imposición de penas sobre la base de este tipo de delitos, en contra de árbitros, resultaría gravemente desventajoso para el desarrollo del arbitraje en general, y podría originar cierta reticencia en el ejercicio del cargo de árbitro.

En opinión de los autores, el alcance del artículo 226-13 del Código Penal francés, que parece extenderse a los árbitros, no es el mismo que el alcance de las disposiciones de la legislación penal argentina y boliviana. Ello porque en el articulado francés, la “confidencialidad” -como término- está expresamente prevista, y porque se hace una referencia expresa a la “misión temporal” (que podría relacionarse con el papel de los árbitros), mientras que en Argentina y Bolivia se configura el tipo penal sobre la base del término “secreto”, y no se hace referencia a una “misión especial”.

IV. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Analizar la confidencialidad en el arbitraje nos obliga a contemplar múltiples aspectos del derecho, de manera simultánea. A lo largo de este artículo, tratamos de brindarle al lector dos perspectivas del tema. En primer lugar, ofrecimos un vistazo general sobre los temas que involucran confidencialidad en el arbitraje, partiendo por la pregunta respecto a la existencia misma de la confidencialidad como un elemento del arbitraje, su tratamiento por diferentes jurisdicciones, y los alcances personales y materiales de esta obligación.

En segundo lugar, analizamos la diferencia entre las consecuencias generales que pueden derivarse de la violación a una obligación de confidencialidad, y las consecuencias que son específicas al arbitraje. Este análisis incluyó la asignación de costas procesales en contra de la parte que hubiese cometido el incumplimiento, y posibles interpretaciones que pudieran generar responsabilidad penal sobre los árbitros en caso de que la violación a la obligación de confidencialidad hubiera provenido de ellos.

Los practicantes del arbitraje, y en particular quienes están en contacto con jurisdicciones extranjeras y regulaciones internacionales para un caso específico, deben ser cuidadosos respecto a los aspectos de confidencialidad, y evitar caer bajo la impresión de que exista un criterio único y común sobre esta materia a nivel mundial. La confidencialidad, en caso de existir, genera la posibilidad de reclamar remedios generales, como el pago de daños y perjuicios

y la emisión de órdenes, pero también puede tener ciertos efectos, aunque limitados, que son propios y característicos del arbitraje.

En cualquier caso, los efectos ante una violación de este tipo difícilmente podrán ser previstos por las partes al momento de suscribir una cláusula o convenio arbitral, con lo cual, las consecuencias dentro del proceso quedarán casi siempre sujetas a la decisión del tribunal arbitral. Si bien el panorama puede verse un tanto ambiguo, ello denota en realidad la amplitud de las facultades de los árbitros, y -en última instancia- las posibilidades de las partes de solicitar diversos remedios.

Juez natural vs. Autodeterminación

María Eugenia Ferreyra* & Estuardo de Jesús Rivera Hernández†

Resumen- Es frecuente observar, como los distintos argumentos jurídicos respaldan su validez en el plexo normativo que sistematiza el reconocimiento de los derechos humanos. Este artículo aborda dos de los derechos fundamentales que son reconocidos en ese sistema normativo y que respaldan la validez jurídica de dos afirmaciones que aparentemente riñen en el ámbito del arbitraje y se contraponen. Esas dos garantías internacionales son; la del juez natural, como fundamento de la jurisdicción judicial y la de autodeterminación, base de la autonomía de la voluntad que constituye el pilar fundamental del arbitraje comercial internacional.

El objetivo en este artículo es analizar el funcionamiento de estas dos garantías, en el arbitraje comercial internacional, verificar su oposición y de comprobar una oposición, determinar la jerarquía en su aplicación en un caso concreto. Ya que muchas veces se da por hecho la prevalencia de una por sobre la otra, sin mayor introspección.

Abstract- It is frequent to observe how the different legal arguments support their validity in the normative plexus that systematizes the recognition of human rights. This article addresses two of the fundamental rights that are recognized in that normative system and that support the legal validity of two statements that apparently conflict in the field of arbitration and are in conflict. Those two international guarantees are; that of the natural judge, as the foundation of

* Abogada litigante, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Especialista en Derecho Procesal, Entrenadora del equipo de Arbitraje Comercial Internacional y miembro de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado, todo de la Universidad Nacional de Córdoba Argentina. mef.dipr@gmail.com

† Abogado Especialista en Derecho Corporativo y Derechos Humanos, Notario, Interprete y Traductor jurado de idiomas español inglés - inglés español, Profesor adjunto de Resolución Alternativa de Conflictos y entrenador del equipo de arbitraje comercial internacional de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. edj.riveral@gmail.com

judicial jurisdiction and that of self-determination, the basis of the autonomy of the will that constitutes the fundamental pillar of international commercial arbitration.

The objective of this article is to analyse the operation of these two guarantees, in international commercial arbitration, to verify their opposition and to verify an opposition, to determine the hierarchy in their application in a specific case. Since many times the prevalence of one over the other is taken for granted, without further introspection.

I. INTRODUCCIÓN	59
II. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	61
A. JURISDICCIÓN JUDICIAL COMO DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL	62
B. JURISDICCIÓN ARBITRAL COMO DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	63
III. ACCESO A LA JUSTICIA	65
IV. JERARQUIZACIÓN	66
V. CONCLUSIÓN	67

I. INTRODUCCIÓN

En el estudio del arbitraje, específicamente en las cuestiones introductorias, se ha leído y escuchado la afirmación:

La regla es la jurisdicción judicial, la excepción la jurisdicción arbitral. Porque la jurisdicción judicial deriva de la garantía de juez natural que se desprende del plexo de los derechos humanos y por lo tanto es un derecho fundamental.

Esa afirmación también se ha utilizado para justificar la interposición de recursos de amparo en diversos fueros internacionales, especialmente en

aquellos que tienen un control de constitucionalidad concentrado. En muchos casos, para intentar invalidar un laudo arbitral desfavorable.

El objetivo de este artículo es verificar esta afirmación, ya que también es sabido que la autonomía de la voluntad, foro de atribución de la jurisdicción arbitral, es la base antropológica del plexo de los derechos humanos. Es decir, se toma como teleología del sistema al hombre y su libertad.

En ese sentido Peces-Barba, sostiene:

La dignidad del hombre exige el respeto de éste como sujeto de una independencia y autonomía que hay que garantizar socialmente, puesto que la persona y los grupos humanos no se reducen a su presencia social, y mucho menos a su presencia en el Estado; es más, la sociedad misma tiene como fin el desarrollo del ser personal.¹

En consecuencia, ambas jurisdicciones derivarían de la misma fuente, el sistema internacional de derechos humanos, y como resultado no habría primacía de una frente a la otra por un argumento con base en el plexo de los derechos humanos.

A los efectos de sopesar la coexistencia de ambos fundamentos, el primer análisis dogmático radica en revisar si nos encontramos ante derechos, principios o garantías ya que la determinación de la naturaleza jurídica de estos nos ayudaría a evaluar la jerarquía de su aplicación en un caso concreto.

Con este propósito nos remitimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete último de los Derechos Humanos, quien en el precedente *Quispialaya Vs. Perú*² denomina indistintamente a la institución del juez natural como derecho, garantía o principio. Por lo tanto, es dable utilizar como sinónimos; derecho, garantía o principio.

Obviamente, este artículo se circunscribe al análisis acotado en el contexto del arbitraje comercial internacional, confrontando las dos garantías internacionales

¹ PECES-BARBA, Gregorio, "Sobre la filosofía del derecho y su puesto en los planes de estudio", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Nº15, 1975, p. 259.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú", Sentencia, 23/11/2015, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_308_esp.pdf.

mencionadas. Fuera de este análisis comparativo se aplicarían todas las diferencias y apreciaciones entre la jurisdicción judicial y la arbitral que ya se conocen en el derecho del arbitraje.

II. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El tema se ubica en el sector de jurisdicción internacional, uno de los pilares del Derecho Internacional Privado (“DIPr.”), que estructuran la materia, junto al derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencia. En los sistemas jurídicos de derecho continental.

La jurisdicción internacional es el poder que tienen los jueces y tribunales de un Estado para conocer y decidir casos de DIPr.:

...Más allá de que el tema de la jurisdicción involucre la potestad del poder público del Estado (de su poder judicial) para resolver los casos, el concepto de jurisdicción podría ampliarse también al arbitraje, ya que los árbitros en determinados casos gozan de la facultad de dirimir controversias de carácter internacional [...]³

El tema abordado en este artículo se refiere a los foros que le dan origen a las distintas jurisdicciones; Los foros son circunstancias fácticas o jurídicos presentes en las controversias, derivados de las situaciones jurídicas privadas de tráfico externo, que sirven al legislador para determinar la competencia internacional⁴.

Uno de los varios criterios de clasificación de los foros, los distingue en:

- Personal: cuando el criterio de selección de foro, establecido por el ordenamiento jurídico, se refiere a algún elemento del estatuto personal, en circunstancias propias de las partes de la relación, como domicilio, residencia habitual.

³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Reformas al Código Civil- Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 109-111.

⁴ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 2014.

- Real: cuando el criterio del ordenamiento jurídico se basa en circunstancias territoriales como: lugar de ubicación del inmueble, lugar de celebración de cumplimiento del contrato.
- Voluntario: cuando el criterio de selección de foro deriva de la autonomía de la voluntad de las partes. Por ejemplo, cuando las partes, en los casos autorizados por la ley, deciden que su controversia será dirimida por un juez elegido por ellas, o cuando deciden resolverla por arbitraje. Lo que se conoce como prórroga de jurisdicción. Es decir, la prórroga de jurisdicción puede ser judicial o arbitral:

La jurisdicción que detentan los árbitros en el arbitraje voluntario está sometida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de su esfera de libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares. Este respaldo se observa también en el hecho de que las leyes reconocen a la decisión arbitral- laudo- el mismo status jurídico que a una sentencia judicial, poniendo a su disposición el aparato estatal de coerción para perseguir su cumplimiento forzado.⁵

A. Jurisdicción judicial como derivación del principio de juez natural

En consonancia con la afirmación que sirvió como disparador de este artículo, afirma Talero Rueda que:

...Según la teoría clásica, ... se considera al arbitraje como una excepción a la justicia tradicional y gratuita del Estado. Por lo tanto, el pacto arbitral no puede recibir una interpretación amplia o extensiva [...] Así, la justicia ordinaria es la regla general y el arbitraje su excepción.⁶

⁵ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, AdHoc, Buenos Aires, 2008, p. 24.

⁶ TALERO RUEDA, Santiago, "Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Revista Lima Arbitration*, N°4, Año 2010 / 2011, pp. 75-76.

Esta afirmación deriva del principio de juez natural, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”), que establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier actuación contra ella en materia penal.⁷

La aplicación de este derecho fundamental se extendió a todas las personas en igualdad de condiciones y procesos, a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) que en su art. 14.1 hace referencia al juez natural al reconocer que:

...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]⁸

En consecuencia, se entiende que la jurisdicción judicial deriva del principio fundamental de juez natural, reconocido como un derecho humano fundamental por el plexo normativo que recoge los derechos humanos.

B. Jurisdicción arbitral como derivación del principio de autonomía de la voluntad

La jurisdicción arbitral, encuentra su origen en la prórroga de jurisdicción que se expresa a través de la autonomía de la voluntad y que conforman el foro voluntario atributivo de jurisdicción.

⁷ Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

⁸ Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

Kant, sostiene que: “...*la voluntad no está sometida sin más a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada autolegisladora, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a aquella ley de la que ella misma es autora [...]*”⁹

A grandes rasgos, Kant se refiere a la autonomía de la voluntad como la capacidad que tiene el sujeto para darse leyes a sí mismo, y ello sin ningún interés, ni propio ni ajeno. Considera al ser racional como legislador universal y considera que esto exige no tratarse a sí mismo ni a otro ser racional como un medio, sino siempre como fin en sí mismo.

Es necesario recurrir al fundamento filosófico al tratar la autonomía de la voluntad, por que pocas veces o ninguna, se ha leído una norma jurídica que recepte específicamente el derecho a la libertad o a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el Sistema de Derechos Humanos sí reconoce el principio de autodeterminación que es base de lo que conocemos como autonomía de la voluntad.

A través de esta autodeterminación, una vez que se realiza la prórroga de jurisdicción a un tribunal arbitral, el procedimiento se sustrae de la jurisdicción judicial, ya que los “*tribunales de arbitraje internacional carecen de una 'ley del foro' en el sentido ordinario del término*”¹⁰. Justamente porque su foro es la voluntad de las partes.

Ahora bien, el origen de esta autonomía de la voluntad como reguladora de la conducta humana “...*se sustentan en una antropología que concibe al hombre*

⁹ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, p. 17, disponible en: <https://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>.

¹⁰ ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, p. 47-ss.

como un ser caracterizado por la racionalidad y la libertad, y portador de una dignidad [...]”.¹¹ En esta línea, Castillo Córdova expresa:

Reconocer que el hombre puede tomar decisiones libremente y que puede actuar según la decisión tomada, es reconocer uno de los elementos que definen su esencia y que lo diferencia de los demás seres. Si no se permitiese al hombre este espacio de libertad de decisión y de actuación, sería tanto como desconocer su ser, y caería con él, el supuesto ontológico del cual se desprenden todos los derechos fundamentales.¹²

En consecuencia, se puede afirmar que la autonomía de la voluntad es la base antropológica del plexo de los derechos humanos.

III. ACCESO A LA JUSTICIA

Claramente, lo expuesto acerca de la jurisdicción se relaciona con otro de los derechos fundamentales más amplios en el sistema de derecho, el de acceso a la justicia.

En tal sentido, en su clásico trabajo, Cappeletti y Garth¹³ reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la justicia:

En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos y en segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia.¹⁴

¹¹ PECES BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Guardiania de Publicaciones, Madrid, 1976, p. 72.

¹² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica*, (155), 157-164.

¹³ CAPPELETTI, Mauro – GARTH Bryant, *El acceso a la justicia La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

¹⁴ BIRGIN, Haydée – GHERARDI, Natalia (Coords.), *La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales*, Colección Género, Derecho y Justicia, Nº6, p. 10.

Con base en estas dimensiones, el valor de la justicia adoptado por todos los estados se conjuga con todos los derechos y por ende se respeta y garantiza en todos los ámbitos de aplicación del derecho. Esta aplicación general reside en que el acceso a la justicia es un derecho fundamental.

Sin embargo, aquí debe considerarse no solo la intervención directa del Estado en la prestación efectiva del servicio, sino también cualesquiera otras medidas que sean tomadas para permitir la adaptación del servicio a las nuevas circunstancias institucionales, políticas, económicas y sociales.¹⁵

Así, nos centramos en que este derecho fundamental no está sujeto estrictamente a una actuación estatal, sino a cualquier estructura que se dirija a cumplir con todas las garantías de un verdadero acceso a la justicia. Por tal motivo, muchos esfuerzos se han dirigido a crear instrumentos que faciliten la garantía del acceso a la justicia en dimensiones transnacionales, en las que se deben respetar normas nacionales e internacionales que regulen las conductas de carácter público y privado. Consecuentemente, el derecho blando que impulsa la garantía del acceso a la justicia resulta muy útil para todos los sujetos que intervienen en la búsqueda, aplicación del acceso a la justicia.

IV. JERARQUIZACIÓN

Es necesario indagar la posibilidad de que alguna de las jurisdicciones prevalezca frente a la otra en caso de contraposición en un caso concreto. Desde la perspectiva de jerarquía normativa, *entendiendo por tal al principio que determina la superioridad de rango de unas normas sobre otras y la consiguiente aplicación necesaria de la norma superior*¹⁶.

Se podría contraponer entonces, la jurisdicción judicial con origen en el derecho fundamental de juez natural con la jurisdicción arbitral con origen en la

¹⁵ MÉNDEZ, Juan E., “El acceso a la Justicia, un enfoque desde los derechos humanos”, en IIDH/BID, *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, IIDH, San José, 2000, p. 20.

¹⁶ Diccionario Panhispánico del español jurídico, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/jerarqu%C3%ADa-normativa>.

autonomía de la voluntad como supuesto ontológico del cual se desprenden todos los derechos fundamentales.

Pero este análisis no resulta procedente cuando se trata del abordaje de derechos humanos ya que:

la Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.¹⁷

V. CONCLUSIÓN

En algunos supuestos se pueden considerar en pugna, las garantías internacionales de juez natural y la libre determinación. El primero como fuente

¹⁷ *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 141; *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) *Vs. Perú*, *supra*, párr. 101. Ver también *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 172; *Opinión Consultiva OC-23/17* de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 47, 51, 52 y 54, 57. En el mismo sentido: Cfr. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 9: “La aplicación interna del Pacto”*, U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véanse también: TEDH, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26, y *Caso Sidabras y Dziutas Vs. Lituania*, Nos. 55480/00 y 59330/00. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47. Ver también: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. VI, VII, XI-XVI, XXI-XXIII); Declaración y Programa de Viena, suscrito en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada por las Naciones Unidas en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008; Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997; Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

de la jurisdicción judicial y el segundo como fuente de la prórroga de jurisdicción del arbitraje comercial internacional.

Pero conforme a lo expresado en este abordaje, esta oposición resulta aparente, ya que, como consecuencia del origen de ambas garantías en el plexo de los derechos humanos, coinciden en su génesis y comparten la característica de la interdependencia entre derechos humanos. Esta característica determina la imposibilidad de jerarquizar su aplicación normativa.

Por lo que no se podría afirmar desde esta perspectiva que la jurisdicción judicial posee una jerarquía superior a la jurisdicción arbitral. Por la naturaleza de estas garantías.

Lo que sí se puede afirmar es que ambas jurisdicciones garantizan el acceso a la justicia y que ambas jurisdicciones emanan de derechos fundamentales.

Significado e Interpretación de “Control Extranjero” bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

Mijail Feliciano Cienfuegos Falcón *

Resumen- El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio”) permite que personas jurídicas constituidas en un Estado Contratante puedan presentar reclamos contra el mismo Estado parte de la controversia. Ello sólo es posible cuando las partes hubieran acordado considerarlo como un nacional de otro Estado Contratante y por estar sometidas a “control extranjero” de conformidad con la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio. Aunque el Convenio no ha brindado una definición de “control extranjero”, diversos tribunales arbitrales se han pronunciado sobre si nacionales de Estados demandados pueden (o no) ser considerados como inversores extranjeros bajo el Convenio. En ese contexto, la finalidad de este artículo es brindar un panorama sobre el significado e interpretación del “control extranjero”, a la luz de la jurisprudencia

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Adjunto de docencia en los cursos de Arbitraje y Seminario de Integración en Estrategia Procesal y Litigación Oral en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente. Consultor de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas. Este artículo expresa la opinión personal del autor y no refleja o representa, necesariamente, la posición de lugar en el que labora. Correos de contacto: m.cienfuegos.fal@gmail.com / mijail.cienfuegos.falcon.1994@gmail.com

de casos administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Abstract- The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (“Convention”) allows juridical persons incorporated in a Contracting State can file claims against the same Contracting State party to the dispute. This only is possible where the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State because of “foreign control” according to the second clause of article 25(2)(b) of Convention. Although Convention does not provide a definition of “foreign control”, several arbitral tribunals have ruled on whether (or not) juridical persons with nationality of respondent States can be treated as foreign investors under Convention. In this regard, the purpose of this article is to provide an overview on the definition and interpretation of “foreign control”, at the light of cases administrated by International Centre for Settlement of Investment Disputes.

I. INTRODUCCIÓN	70
II. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN.....	73
III. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONVENIO.....	79
IV. CONTROL EXTRANJERO BAJO EL CONVENIO	82
A. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25(2)(B) DEL CONVENIO	82
B. EL CONTROL EXTRANJERO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS LOCALMENTE BAJO EL CONVENIO.....	86
a. <i>El significado de control</i>	88
b. <i>Hacia la búsqueda del controlador</i>	93
V. CONCLUSIÓN.....	99

I. INTRODUCCIÓN

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “Centro”) fue establecido en 1966 por el Convenio sobre

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio”). Actualmente, 164 países han suscrito el Convenio, de los cuales 155 lo han ratificado, convirtiéndose en Estados Parte o Contratantes del mismo¹.

El CIADI fue diseñado para facilitar la solución de controversias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a través de un procedimiento de conciliación o arbitraje², siendo un “*foro para la resolución de conflictos en un marco el cual balancea, cuidadosamente, los intereses y requisitos de todas las partes involucradas, e intenta en particular “despolitizar” la solución de controversias de inversión*”³.

El Convenio no tiene por objeto facilitar la solución de controversias entre un Estado Contratante y su propio nacional. Esto ha sido confirmado por el tribunal del caso *Phoenix Action*, al indicar que es de “*común entendimiento que el propósito del sistema del CIADI no es proteger nacionales de un Estado Contratante contra su propio Estado*”⁴.

¹ Información a septiembre de 2021.

² Según las últimas estadísticas de carga de casos del Centro, el CIADI ha registrado 721 procesos de arbitraje en virtud del Convenio. CIADI, “Carga de Casos del CIADI – Estadísticas”, *Banco Mundial*, 28/06/2021, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20SPA.pdf>.

³ SHIHATA, Ibrahim F. I., “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, Nº 1, 1986, 1-25, p. 4. (Traducción libre). “*THE ROLE OF ICSID HAS ALWAYS BEEN -and remains- to provide a neutral and effective facility for the resolution of international investment disputes. (...). The underlying goal of these services is to resolve disputes and allow investment to thrive. ICSID specializes in international investment arbitration, and we believe that playing this role well helps member States to instill confidence in foreign investments and, in turn, promotes the flow of international investment to the benefit of all*”. KINNEAR, Meg, “ICSID: Its Role and Possibilities”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Nº 1, 2010, 79-83, p. 79.

⁴ *Phoenix Action, Ltd v. República Checa*, Caso CIADI Nº ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrs. 88-89. (Traducción libre)

Para que una controversia se encuentre dentro de los alcances de la jurisdicción del CIADI, deberá cumplir con todos los requisitos previstos en el artículo 25(1) del Convenio, el cual establece lo siguiente:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro⁵.

En resumen, “*la jurisdicción del CIADI requiere una controversia de inversión de una naturaleza jurídica entre un Estado Parte del Convenio y un nacional de otro Estado Parte del Convenio*”⁶ y que ambas partes consientan resolver dicha controversia en el Centro.

Si bien la jurisdicción del CIADI se extiende sólo a controversias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes, el propio Convenio prevé una excepción, la cual se encuentra regulada en la segunda parte de su artículo 25(2)(b). En efecto, bajo el Convenio, es posible que personas jurídicas nacionales del mismo Estado Contratante al cual demandan puedan acceder al CIADI y ser consideradas, a su vez, como nacionales de otro Estado Contratante, solo si cumplen con los requisitos previstos en dicho artículo.

En ese sentido, este trabajo se enfoca en desarrollar el criterio de control extranjero que deberán acreditar las personas jurídicas constituidas en un Estado Contratante que demandan a su propio Estado para ser consideradas como nacionales de otros Estados Contratantes, a la luz de la regulación del Convenio y la jurisprudencia de los casos CIADI. Para tales efectos, este artículo se estructura de la siguiente manera: en la sección II, se brinda un panorama general sobre los criterios que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas en los tratados de inversión. Luego de ello, la sección III realiza un análisis de los requisitos de nacionalidad de las personas jurídicas bajo el Convenio. Seguidamente, la sección IV aborda la interpretación y el significado

⁵ Convenio, Art. 25(1).

⁶ SCHREUER, Christoph, “Investment Disputes”, en WOLFRUM, Rüdiger (Dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VI, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 315. (Traducción libre)

de control extranjero de las personas jurídicas en el marco de la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio. Finalmente, en la sección V, se expone las conclusiones de este trabajo.

II. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN⁷

El arbitraje de inversiones -y en general el derecho internacional de las inversiones- se construye sobre la base de la protección de inversión extranjera de inversionistas privados extranjeros, sean personas naturales o personas jurídicas⁸. Tal carácter de la inversión se determina por la nacionalidad del inversionista.

En esta área, “[l]as reglas que determinan la nacionalidad se convierten aun más complejas cuando se aplican a las personas jurídicas”⁹ que a las personas naturales¹⁰. Existen diversos criterios en los tratados de inversión que determinan si una persona jurídica califica como un inversionista extranjero de determinado Estado Contratante¹¹, incluyendo el lugar de la constitución, el lugar de la sede principal (*siège social*), las actividades económicas sustanciales, o una combinación de lo anterior.

El criterio del lugar de constitución es aquel que considera como factor decisivo el Estado en el cual la persona jurídica se constituyó formalmente. Por ejemplo,

⁷ La información de los tratados de inversión fue obtenida, principalmente, de la base de datos de [International Investment Agreements Navigator](#) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

⁸ “*Most investment treaties define investor broadly to encompass a variety of legal entities, including ‘legal person’, ‘juridical person’, ‘company’, and so forth.*” SABAH, Borzu – RUBINS, Noah – WALLACE, Don, *Investor-State Arbitration*, 2^a ed., Oxford University Press, Nueva York, 2019, p. 378.

⁹ WISNER, Robert – GALLUS, Nick, “Nationality Requirements in Investor-State Arbitration”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, Nº 6, 2004, 927-945, p. 933. (Traducción libre)

¹⁰ DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christopher, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 49.

¹¹ SINCLAIR, Anthony S., “The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, Nº 2, 2005, 357-388, p. 367.

este criterio es seguido por el Modelo de Tratado de Inversión del Reino Unido (“TBI Modelo de Reino Unido”), el cual establece que será considerado como inversionista nacional de Reino Unido las *“sociedades, firmas y asociaciones incorporadas o constituidas bajo la ley vigente de cualquier parte del Reino Unido”*¹². En el mismo sentido, el Convenio entre el Gobierno de la República de Lituania y el Gobierno de Ucrania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Lituania-Ucrania”), en su artículo 1(2), dispone que un inversionista nacional de Ucrania es *“cualquier entidad constituida en el territorio de Ucrania de conformidad con sus leyes y regulaciones”*¹³.

Por su parte, el criterio del lugar de la sede principal se refiere al lugar del cual la persona jurídica es efectivamente administrada en el territorio de uno de los Estados Contratantes. Por ejemplo, este criterio se refleja en el Convenio entre la República Federal de Alemania y la República Popular de Bangladesh sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Alemania-Bangladesh”) cuyo artículo 4(a) establece que una persona jurídica será considerada inversionista nacional de Alemania a *“cualquier persona jurídica como cualquier empresa o asociación comercial o de otro tipo con o sin personalidad jurídica que tenga su sede en Alemania (...)”*¹⁴. Con una misma regulación, el Convenio entre la República Popular de China y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI China-Alemania”), en su artículo 2(b), establece que un inversionista nacional de Alemania es *“cualquier persona jurídica como cualquier empresa o asociación comercial o de otro tipo con o sin personalidad jurídica que tenga su sede en la República Federal de Alemania (...)”*¹⁵.

Respecto al criterio de actividades económicas, ciertos tratados de inversión establecen la necesidad de *“un vínculo de sustancia económica entre el inversionista corporativo y el Estado cuya nacionalidad reclama”*¹⁶. Sobre el particular, cabe indicar que *“[t]al vínculo económico puede consistir de control*

¹² TBI Modelo de Reino Unido. (Traducción libre)

¹³ TBI Lituania- Ucrania, Art. 1(2). (Traducción libre)

¹⁴ TBI Alemania-Bangladesh, Art. 4(a). (Traducción libre)

¹⁵ TBI China-Alemania, Art. 2(b). (Traducción libre)

¹⁶ SCHREUER, Christoph, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24, N° 2, 2009, 521-527, p. 522. (Traducción libre)

*efectivo sobre la sociedad por los nacionales del Estado. Alternativamente, puede consistir de una actividad genuina económica de la compañía en el Estado*¹⁷.

Sobre el criterio de nacionalidad por control (o propiedad), se debe señalar que va dirigido a las personas jurídicas que se encuentran en cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) aquellas constituidas bajo las leyes de terceros Estados pero controlados por nacionales de uno de los Estados Contratantes del tratado de inversión relevante o (ii) aquellas constituidas bajo las leyes locales de uno de los Estados Contratantes pero controlados por nacionales del otro Estado Contratante del tratado de inversión invocado¹⁸. Por ejemplo, el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de Países Bajos y la República de Bolivia (“TBI Países Bajos-Bolivia”), en su artículo 1(b)(iii), establece que serán consideradas como nacionales de cualquiera de los Estados Contratantes las personas jurídicas “*controladas, directa o indirectamente, por nacionales de ese Estado Contratante, pero constituidas de conformidad con la ley de la otra Parte Contratante*”¹⁹. También, en el Convenio entre el Consejo Federal de Suiza y el Gobierno de la República Popular de China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Suiza-China”), se establece que serán considerados como

¹⁷ DOLZER - SCHREUER, *Principles of ...*, p. 51. (Traducción libre)

¹⁸ NIKIEMA, Suzy H., “Best Practice of Definition of Investor”, *The International Institute for Sustainable Development*, 28/06/2021, disponible en https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf. Al 2012, “[c]lose to 20% of the treaties address, in the ISDS clauses, the standing of foreign-controlled companies established in the host State”. POHOL, Joachim – MASHIGO, Kekeletso – NOHEN, Alexis, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, 28/06/2021, disponible en https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/wp-2012_2.pdf. “*In sum, locally incorporated entities sometimes qualify as covered investors, as long as they are controlled by nationals or legal entities of the other Contracting Party. For the sake of clarity, the standing of such locally incorporated entities will be an issue jurisdiction ratione personae inasmuch the latter entities can enjoy the status of a covered investor*”. REPOUSIS, Odysseus G., “Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of “Foreign Control””, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24, Nº 2, 2016, p. 336. (Énfasis añadido)

¹⁹ TBI Países Bajos-Bolivia, Art. 1(b)(iii). (Traducción libre)

inversionistas de cualquiera de los Estados Contratantes aquellas personas jurídicas “*establecidas bajo la ley de un tercer Estado pero efectivamente controladas por personas naturales según se definan en el (a) anterior o por personas jurídicas según se definan en el (b) anterior*”²⁰.

En algunos tratados, el término “control (o propiedad)” se encuentra definido sobre la base de determinados aspectos. Por ejemplo, en el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (“TBI Chile-Francia”), se indica que el control se podrá establecer a través de lo siguiente:

El control directo o indirecto de una persona jurídica (...) podrá establecerse en particular mediante las siguientes evidencias:

- la calidad de sucursal;
- un porcentaje de participación directa o indirecta que represente un control efectivo y, en especial, una participación que exceda del 50%;
- posesión directa o indirecta de derecho a voto que represente una posición decisiva en los órganos ejecutivos, o una influencia decisiva, por otros medios, sobre su actividad²¹.

Asimismo, en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Perú-Argentina”), se establece para probar el control lo siguiente:

La Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Cualquier de los siguientes hechos, entre otros, pueden ser considerados como evidencia del control:

²⁰ TBI Suiza-China, Art. 1(2)(c). (Traducción libre)

²¹ TBI Chile-Francia, Protocolo.

-
- i) Un porcentaje de participación directa o indirectamente en el capital de una persona jurídica que permita un control efectivo tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad;
 - ii) La posesión directa o indirecta de la cantidad de votos que permitan tener una posición determinante en los órganos societarios o de influir de manera decisiva en el funcionamiento de la persona jurídica.²²

Es importante destacar que el criterio de control lleva al levantamiento del velo societario de la persona jurídica, a fin de evaluar y determinar la nacionalidad del inversionista que controla o tiene la propiedad de la inversión. En ese sentido, cabe señalar lo siguiente:

Cuando la nacionalidad del inversionista depende del control (generalmente porque la inversión se realiza a través de una entidad incorporada en el Estado anfitrión), los tribunales han utilizado esto como una oportunidad para mirar más allá de la forma corporativa y evaluar más de cerca cómo se ha estructurado la inversión²³.

También, en este asunto, ciertos tratados de inversión “*establecen que las personas jurídicas constituidas en un Estado [Contratante] pero controladas por nacionales del otro Estado [Contratante] deberán ser tratadas como nacionales de [este último] Estado para los efectos del artículo 25(2)(b)*”²⁴ del Convenio. Este es el caso del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI EEUU-Argentina”) cuyo artículo VII(8) establece lo siguiente:

Para fines de un arbitraje celebrado bajo el párrafo 3 de este [a]rtículo, cualquier compañía legalmente constituida bajo las leyes y regulaciones aplicables de un Parte o una subdivisión política de la misma pero que, inmediatamente antes de la ocurrencia del evento o eventos que dieron

²² TBI Perú-Argentina, Protocolo

²³ THORN, Rachel – DOUCLEFF, Jennifer, “Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of “Investor””, WAIBEL, Michael *et al.* (Eds.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2010, p. 15. (Traducción libre)

²⁴ SCHREUER, Christoph H. *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^a ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2009, p. 310. (Traducción libre)

lugar a la controversia, fue una inversión de nacionales o empresas de la otra Parte, será tratada como un nacional o compañía de dicha otra Parte de conformidad con el [a]rtículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI.²⁵

En el mismo sentido, el Tratado sobre la Carta de Energía (“TCE”) adopta, en su artículo 26(7), la siguiente regla:

Cualquier inversor que no sea persona física, que tenga la nacionalidad de una Parte Contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito mencionado en el apartado 4) y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y dicha Parte Contratante, esté controlado por inversores de otra Parte Contratante, será tratado, a los efectos de la letra b) del apartado 2) del artículo 25 del Convenio del CIADI, como “ciudadano nacional de otro Estado Contratante”, y como “ciudadano de otro Estado” para los fines del apartado 6 del artículo 1 de las Normas del Mecanismo Adicional.²⁶

De otro lado, como se mencionó inicialmente, es posible que el criterio que determina el estado de una persona jurídica como inversor extranjero protegido sea una combinación de dos o más enfoques descritos. Así, por ejemplo, el Convenio entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Irán sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Suiza-Irán”), en su artículo 1(1)(b), dispone que un inversionista de cualquiera de los Estados Contratantes será considerado aquellos que son “*establecidos bajo el derecho de esa Parte Contratante y tenga su sede, junto con actividades económicas reales en el territorio de esa misma Parte Contratante*”²⁷. En un sentido similar, el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Indonesia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI Chile-Indonesia”), en su artículo 1(1)(b), señala que las personas jurídicas será considerados como inversionista de cualquier de los Estados Contratantes cuando “*están constituidos o debidamente organizados conforme al derecho de esa Parte Contratante y tenga su sede junto con*

²⁵ TBI EEUU-Argentina, Art. VII(8). (Traducción libre)

²⁶ TCE, Art. 26(7).

²⁷ TBI Suiza- Irán, Art. 1(1)(b). (Traducción libre)

actividades económicamente efectivas en el territorio de esa misma Parte Contratante”²⁸.

Finalmente, cabe mencionar que algunos tratados limitan el alcance de protección a los inversionistas a través de cláusulas de denegación de beneficios cuando aquellos “*no tienen actividades sustanciales económicas en su Estado de origen y los cuales son controlados por personas naturales o jurídicas de un tercer Estado*”²⁹ o por nacionales del Estado anfitrión. Por ejemplo, este tipo de cláusula se encuentra en el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y Singapur (“TLC Perú-Singapur”), cuyo artículo 10.15 señala lo siguiente:

[U]na Parte puede denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de dicha Partes y a las inversiones de tal inversionista, cuando la Parte establezca que la empresa de propiedad o controlada por persona de un país que no es Parte, o de la Parte denegante, y que no tiene operaciones comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte.³⁰

III. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONVENIO

Para acceder al sistema de solución de controversias inversionista-Estado bajo el Convenio, se presenta como regla general lo siguiente:

[E]xiste una condición de nacionalidad tanto positiva como negativa: se requiere que un inversionista sea un nacional de un Estado que sea parte del Convenio. También, el inversionista no debe ser un nacional del Estado anfitrión.³¹

²⁸ TBI Chile- Indonesia, Art. 1(1)(b). (Traducción libre)

²⁹ BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^a ed., Oxford University Press, Nueva York, 2015, p. 451. Sobre estas cláusulas, ver: GASTRELL, Lindsay – LE CANNU, Paul-Jean, “Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30, N° 1, 2015, 78-97.

³⁰ TLC Perú-Singapur, Art. 10.15.

³¹ SCHREUER, “Nationality of ...”, p. 521. (Traducción libre)

Dicha regla es prevista por el artículo 25(2) del Convenio al establecer que la otra parte en controversia deberá ser un nacional de otro Estado Contratante, como se observa a continuación:

Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a (...) arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud (...), la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, (...), también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, (...), por estar sometidas a control extranjero³².

Si bien el Convenio no define la nacionalidad para las personas naturales ni para las personas jurídicas, se puede señalar que, a partir de lo previsto en su artículo 25(2), los requisitos de nacionalidad para las primeras son más altos que para las últimas, al establecer lo siguiente³³:

- Para las personas naturales, la nacionalidad atribuida debe estar presente tanto al momento que las partes consistieron someter la controversia al arbitraje como cuando la solicitud de arbitraje sea registrada. En cambio, para las personas jurídicas, solo será necesario al momento de dicho consentimiento.
- Para las personas naturales, no es posible que se tenga la nacionalidad del Estado Parte en la controversia y presentar demandas contra su

³² Convenio, Art. 25(2).

³³ KALDERIMIS, Daniel R. – RUBINS, Noah – LOVE, Ben, “ICSID Convention, Chapter II, Article [Jurisdiction of the Centre]”, en MISTELIS, Loukas (Ed.), *Concise International Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, Países Bajos, 2015, pp. 76-78.

propio Estado de origen. Por el contrario, para las personas jurídicas, existe dicha posibilidad cuando las partes lo acuerden por estar sometidas a control extranjero.

El artículo 25(2)(b) del Convenio regula las personas jurídicas y establece dos diferentes casos³⁴. La primera es la regla general mientras que la segunda es una excepción a la misma³⁵. El primer caso engloba cualquier persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto al Estado Contratante parte en la controversia y es “*casi idéntico con la primera parte del art[ículo] 25(2)(a) que trata las personas naturales*”³⁶. Ello debido a que, considerando el artículo 25(1) del Convenio, parece que “*el significado ordinario de “nacional de otro Estado Contratante” con respecto a las personas jurídicas corresponde precisamente al que se especifica en la primera parte del artículo 25(2)(b)*”³⁷, esto es, se entiende por un nacional de otro Estado Contratante a una persona jurídica que tenía la nacionalidad de un Estado Contratante diferente del Estado parte de la controversia.

El segundo caso trata “*una situación diferente. Se relaciona con las inversiones efectuadas por compañías constituidas en el Estado demandado pero controlados por nacionales de otro Estado Contratante*”³⁸ y como es claro del

³⁴ Para una revisión de la decisiones de tribunales sobre el artículo 25(2)(b), ver: ASOZU, Amazu A., “A Review and Critique of Arbitral Awards on Article 25(2)(b) of the ICSID Convention”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 3, N° 3, 2002, 397-454.

³⁵ “*The first limb of [a]rticle 25(2)(b) is consistent with the object and purpose of the Convention, being the resolution of disputes between ‘Contracting States and nationals of other Contracting States’. The second limb of [a]rticle 25(2)(b) forms an important exception to the general rule that the Convention was not intended to cover disputes between States and their own nationals*”. BROWN, Chester – RAHMAN, Ashique, “Chapter 5: Juridical Persons and the Requirements of the ICSID Convention”, en BALTAG, Crina (Ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2017, p. 172.

³⁶ SCHREUER, *The ICSID ...*, p. 277. (Traducción libre)

³⁷ SOULE, Cedric, “The ICSID Convention and nationals of another contracting State that owned by nationals of the respondent State: back to basics”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 48, N° 12, 2015, 39-58, p. 43. (Traducción libre)

³⁸ BADIA, Albert, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2014, p. 142. (Traducción libre)

alcance de este trabajo, lo que se trata acá es ese segundo supuesto del artículo 25(2)(b) del Convenio, en especial el elemento de control extranjero.

IV. CONTROL EXTRANJERO BAJO EL CONVENIO

A. El segundo párrafo del artículo 25(2)(b) del Convenio

El Convenio fue diseñado para resolver controversias de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. En el caso de las personas jurídicas, las reglas de nacionalidad se encuentran previstas en el artículo 25(2)(b) del Convenio, el cual, su vez, prevé dos partes.

La primera parte se refiere a la regla general que aborda el tratamiento de las personas jurídicas que presentan reclamaciones ante el CIADI. Bajo dicha disposición, las personas jurídicas serán consideradas como nacionales de un Estado Contratante cuando tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado Parte en la controversia. La segunda parte es una excepción a dicha regla. Este segundo supuesto incluye el tratamiento de personas jurídicas constituidas en el Estado Parte en la controversia y que serán consideradas como nacionales de otro Estado Contratante cuando las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter por estar sometidas a control extranjero³⁹, como se aprecia a continuación:

³⁹ “*So are also disputes between a Contracting State and one of its own nationals, subject, however, to an important exception in the case of corporation or other juridical entities. Even though a juridical person had the nationality of the State party to the dispute (e.g. because it was locally incorporated) (...) if the host State has agreed that, because of foreign control, the juridical person involved should be treated as a national of another Contracting State.*” DELAUME, G. R., “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Others States”, *International Lawyer*, Vol. 1, N° 1, 64-80, p. 68. (Énfasis añadido). “*ICSID practice offers a number of cases involving companies operating as foreign investors but incorporated or having their corporate seat in the host State. In all these cases the investors have relied on the second part of [a]rticle 25(2)(b) arguing that the Convention’s diversity of nationality requirement had been fulfilled. (...)*”. SCHREUER, Christoph, “Access to ICSID Dispute Settlement for Locally Incorporated Companies”, en WEISS, Friedl – DENTERS, Erik – DE WAART, Paul (Eds.), *International Economic Law with a Human Face*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1998, p. 498.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (...)

(b) (...) las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.⁴⁰

El mecanismo previsto en dicha excepción “*es una elegante solución a la situación en la que un inversionista extranjero debe o elige realizar su inversión en el Estado receptor a través de una entidad constituida local*”⁴¹ y el cual le permite a esta última presentar reclamaciones en su propio nombre -y bajo determinadas condiciones- contra el mismo Estado. En efecto, la segunda parte “[d]el artículo 25(2)(b) constituye en sí mismo una desviación relativamente audaz de los principios tradicionales del derecho internacional, según los cuales un Estado no puede ser demandado internacionalmente por sus propios nacionales”⁴². En ese sentido, el tribunal del caso *Aucoven* indicó lo siguiente:

En el [a]rtículo 25(2)(b) se establece una excepción a la regla que dispone que un nacional no puede incoar procedimientos ante el CIADI contra su propio Estado. Esta excepción se justifica por el hecho que los Estados receptores suelen existir que los inversionistas extranjeros operen a través de una sociedad constituida localmente, sin la intención de impedirles acceder al arbitraje del CIADI.⁴³

De la misma manera, el tribunal del caso *SOABI* manifestó lo siguiente:

Este objeto, (...), es conciliar el deseo de los países receptores de inversiones extranjeras de ver estas inversiones realizadas a través de empresas de derecho local, por un lado, y su voluntad de dar calidad a

⁴⁰ Convenio, Art. 25(2)(b).

⁴¹ SINCLAIR, Anthony S., “ICSID’s Nationality Requirements”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 23, Nº 1, 2008, 57-118, p. 95. (Traducción libre)

⁴² LALIVE, Pierre, “The First ‘World Bank’ Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 51, Nº 1, 1981, 123-162, p. 140. (Traducción libre)

⁴³ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001, párr. 102.

estas empresas a ser parte de procedimientos auspiciados por el Centro, por otra.⁴⁴

Así, a través de la regulación prevista en la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio, las personas jurídicas constituidas por leyes locales de un Estado Contratante pueden presentar demandas contra su propio Estado de origen. En una situación normal, dichas personas jurídicas no “*calificar[í]an como inversionistas extranjeros y no disfrutar[í]an de la protección del Convenio*”⁴⁵ y tendrían que recurrir a cortes locales para presentar reclamaciones.

La segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio “*fue incluida por los redactores de la Convención para reflejar el hecho que las leyes de muchos países requieren que la inversión extranjera sea implementada a través de una entidad constituida localmente*”⁴⁶. Sobre el particular, Broches indicó lo siguiente:

[Es] bastante habitual que los Estados anfitriones exijan que los inversionistas extranjeros realicen sus negocios dentro de sus territorios a través de una empresa constituida conforme a las leyes del país anfitrión. Si admitimos, como lo hace implícitamente la Convención, que esto convierte a la empresa en técnicamente del país anfitrión, se hace evidente que es necesaria una excepción al principio general de que el Centro no tendrá jurisdicción sobre las controversias entre Estado Contratante y sus propios nacionales.⁴⁷

Para que las personas jurídicas constituidas localmente puedan acceder a la jurisdicción del CIADI, se deben cumplir estrictamente las dos siguientes condiciones: (i) las partes acuerdan tratar a dicha persona jurídica como un nacional del otro Estado Contratante y (ii) esa misma persona jurídica está sujeta

⁴⁴ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. República del Senegal*, Caso CIADI N° ARB/82/1, Decisión sobre Jurisdicción, 01 de agosto de 1984, párr. 35. (Traducción libre)

⁴⁵ DOLZER - SCHREUER, *Principles of ...*, p. 52. (Traducción libre)

⁴⁶ SABAHÍ – RUBINS – WALLACE, *Investor ...*, p. 385. (Traducción libre)

⁴⁷ BROACHES, Aron, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States”, *Collected Courses of The Hague Academy of Law*, Vol. 136, 1972, 330-410, pp. 358-359, cit. por BROWN– RAHMAN, “Chapter 5 ...”, p. 173. (Traducción libre)

a control extranjero. Al respecto, el tribunal del caso *National Gas* indicó que la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio “*establece separadamente un test subjetivo y un test objetivo*”⁴⁸ y que ambos tests “*deben ser cumplidos por la Demandante para establecer la jurisdicción en el presente caso.*”⁴⁹ En particular, se señaló lo siguiente:

El test subjetivo surge con la palabra “las parte que han acordado deben ser tratadas como nacionales de otro Estado Contratante a los efectos del presente Convenio”. (...). El test objetivo surge con la palabra “debido al control extranjero”; (...): estos dos test no son lo mismo.⁵⁰

El Convenio no explica o define qué constituye un “control extranjero” o cómo las partes deben “acordar” tratar a la persona jurídica como nacional de otro Estado Contratante. Si bien el acuerdo de las partes es esencial para acceder a la jurisdicción del Centro, este por sí mismo no es suficiente y no reemplaza el análisis del test objetivo, por lo que deberá ser complementado por el examen de la existencia de un control extranjero sobre la persona jurídica constituida bajo las leyes locales. Al respecto, el tribunal del caso *Vacuum Salt* indicó lo siguiente:

[E]l acuerdo de las partes para tratar a la Demandante como un nacional extranjero “por estar sometida al control extranjero” no confiere jurisdicción *ipso jure*. La referencia al “control extranjero” en el [a]rtículo 25(2)(b) determina necesariamente los límites objetivos del Convenio, más allá de los cuales el CIADI no tiene jurisdicción y, por lo tanto, las partes no pueden invocarlos, independientemente de la ferviente intención que puedan tener de hacerlo.⁵¹

⁴⁸ *National Gas S.A.E. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/11/7, Laudo, 03 de abril de 2014, párr. 131. (Traducción libre)

⁴⁹ *National Gas S.A.E. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/11/7, Laudo, 03 de abril de 2014, párr. 131. (Traducción libre)

⁵⁰ *National Gas S.A.E. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/11/7, Laudo, 03 de abril de 2014, párrs. 132 y 133. (Traducción libre)

⁵¹ *Vacuum Salt Products Limited v. Gobierno de la República de Ghana*, Caso CIADI N° ARB/92/1, Laudo, 16 de febrero de 1994, párr. 36. (Traducción libre). Sobre el caso *Vacuum Salt*, ver: BROCHES, Aron, “Denying ICSID’s Jurisdiction – The ICSID Award in *Vacuum Salt Products Limited*”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, N° 3,

Sin perjuicio del grado de dificultad del análisis del test subjetivo, cabe señalar que, “[f]recuentemente, los desacuerdos relacionados con la aplicación el artículo 25(2)(b) [del Convenio] se refieren a la identidad y nacionalidad del controlador extranjero correspondiente”⁵². Esto es así porque el “[c]ontrol sobre las personas jurídicas no es un simple fenómeno”⁵³, el cual requiere un examen sobre diversos aspectos, los cuales serán tratados a continuación.

B. El control extranjero de las personas jurídicas constituidas localmente bajo el Convenio

Así como en ciertos tratados de inversión, el Convenio permite que la jurisdicción del CIADI se extienda a personas jurídicas constituidas bajo las leyes de su propio Estado de origen. Para determinar la nacionalidad de dichas personas jurídicas, no puede ser aplicable el test de control (o propiedad), ya que es evidente que ese supuesto fue diseñado para situaciones en las cuales un inversionista extranjero ha constituido una persona jurídica bajo las leyes del Estado anfitrión o receptor de la inversión. En efecto, se señala que “*la excepción para personas jurídicas bajo control extranjero solo tiene sentido si el test inicial se sustenta en el criterio tradicional del [lugar de] constitución o sede principal*”⁵⁴. Ello debido a que el término “control” está reservado para aquel previsto en la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio, esto es, el control extranjero.

Debe considerarse que, si bien dicho término fue introducido en el Convenio, este no le atribuye alguna definición y tampoco le otorga ciertas características que puedan utilizarse en la aplicación de casos concretos, dejando a los tribunales la tarea de interpretar los elementos fácticos *case-by-case* y responder cuestiones en torno al significado o el grado de control en las estructuras

1996, 21-30. VEEDER, V. V. - LEGG, Andrew, “Chapter 14: The Meaning of “Foreign Control” Under Article 25(2)(B) of the ICSID Convention”, en KINNEAR, Meg, *et al.* (Eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2015, pp. 191-202.

⁵² SINCLAIR, “ICSID’s ...”, p. 101. (Traducción libre)

⁵³ DOLZER - SCHREUER, *Principles of ...*, p. 54. (Traducción libre)

⁵⁴ SCHREUER, Christoph, “Commentary on the ICSID Convention: Article 25”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, Nº 1, 1997, 60-150, pp. 95-96. (Traducción libre)

societarias de las personas jurídicas⁵⁵: ¿Qué se entiende por control en los esquemas societarios? Cuando se trata de determinar la nacionalidad del controlador, ¿se refiere al inmediato, al final o alguno de la cadena que tenga la nacionalidad del Estado Contratante del CIADI y/o del tratado de inversión relevante? ¿Hasta qué nivel se debe realizar la búsqueda del vínculo de nacionalidad?⁵⁶ Como es evidente, estas situaciones no pueden ser respondidas abstractamente.

Es importante, también, señalar que, si bien este tema es tratado como un asunto de jurisdicción por los tribunales, es posible que, en la etapa de registro de la solicitud de arbitraje, bajo el artículo 36(3) del Convenio, el Secretario General del Centro pueda denegar dicha solicitud si de la revisión de la información proporcionada, se advierte que, inequívocamente, la persona jurídica constituida localmente no se encuentra bajo control extranjero⁵⁷ o se encuentra bajo control extranjero pero, evidentemente, por un Estado no Contratante del Convenio. Cabe precisar que la determinación de dicha decisión dependerá, únicamente, de los hechos de cada caso, y ante la ausencia de elementos

⁵⁵ “The Tribunal notes, and itself confirms, that “foreign control” within the meaning of the second clause of Article 25(2)(b) does not require, or imply, any particular percentage of share ownership. **Each case arising under that clause must be viewed in its own particular context, on the basis of all of the facts and and circumstances. There is no "formula."** It stands to reason, of course, that 100 percent foreign ownership almost certainly would result in foreign control, by whatever standard, and that a total absence of foreign share- holding would virtually preclude the existence of such control. **How much is "enough," however, cannot be determined abstract.** (...)”. *Vacuum Salt Products Limited v. Gobierno de la República de Ghana*, Caso CIADI N° ARB/92/1, Laudo, 16 de febrero de 1994, párr. 43. (Énfasis añadido)

⁵⁶ RIGO, Andrés, *Investment Treaty Arbitration: Judging under Uncertainty*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, p. 44.

⁵⁷ “Under Article 25(2)(b), a legal person who had the nationality of the State Party to the dispute would be eligible to bring a claim to ICSID if that State had agreed to treat the person as a national of another Contracting State because of ‘foreign control’. Thus, if the Secretary-General decided on the basis of the information provided in the request for arbitration that the claimant was not under foreign control, she or he may refuse to register the case for not satisfying the positive requirement of nationality”. PUIG, Sergio – BROWN, Chester, “The Secretary-General’s Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 27, N° 1, 2012, 172-191, pp. 186-187.

manifiestos, se deberá registrar la solicitud de arbitraje, sin perjuicio de que este asunto sea analizado, posteriormente, en el mismo arbitraje.

a. El significado de control

En el derecho corporativo, el concepto de control puede ser visto en función de la propiedad de las acciones con derecho a voto, distinguiéndose el control absoluto del control de trabajo. Si se enfoca bajo el control absoluto, este tipo de control existe solo cuando la mayoría de las acciones o todas las acciones están en manos de un solo accionista o de pocos accionistas que actúan juntos. Por ejemplo, si el 51% del accionariado está en un solo accionista o en un grupo compacto constituye control absoluto⁵⁸.

Lo anterior no sucede, necesaria e igualmente, con el concepto de control en las controversias inversionista-Estado. Si bien el accionariado mayoritario es uno de los criterios que se utilizan para determinar el control de la persona jurídica, pueden existir otras formas de manifestación de control, ya que la práctica de los tribunales ha reconocido la flexibilidad de dicho término. En ese sentido, el tribunal del caso *Aguas del Tunari* manifestó lo siguiente:

La historia de la redacción del [a]rtículo 25, así como laudos arbitrales y comentarios doctrinarios indican, sin embargo, que los redactores del [a]rtículo 25 deseaban establecer una definición flexible de “control”, no porque consideraran que la determinación de ese concepto requiriera un amplio margen de investigaciones, sino porque -reconocimiento la función de cerrojo que cumpliría el [a]rtículo 25- debía darse cabida a una amplia gama de acuerdos entre las partes con respecto al significado de la frase “control extranjero”.⁵⁹

De la misma manera, resaltando el grado de flexibilidad del término control, el tribunal del caso *United Utilities* indicó lo siguiente:

⁵⁸ BERLE, Adolf A., “‘Control’ in Corporate Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 58, Nº 8, 1958, 1212-1225, p. 1213. (Traducción libre)

⁵⁹ *Aguas del Tunari, S.A. v. República de Bolivia*, Caso CIADI Nº ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, párr. 283.

El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el control es un concepto flexible, que solo puede determinarse caso por caso a la luz de los hechos particulares. Esto se deriva de la voluntad de los redactores del Convenio del CIADI de no restringir la noción de “control extranjero”. Esta necesidad de flexibilidad surge de la complejidad de determinar el control sobre una persona jurídica.⁶⁰

Asimismo, del lado de la academia, se señala que “*el punto es que el concepto “control” es amplio y flexible*”⁶¹, indicándose que cualquier criterio puede ser utilizado por los tribunales como “*gestión, derechos al voto, accionariado, o cualquier otra teoría razonable que sea razonable para el propósito*”⁶². Igualmente, Hirsch manifestó lo siguiente:

Al examinar dónde existe un control extranjero sobre una empresa local, el tribunal no debe contentarse con una prueba simple, como la de la propiedad de las acciones de la empresa. El control sobre la empresa puede manifestarse de muchas y variadas formas, como derechos de voto, disposiciones en los documentos básicos sobre el proceso de toma de decisiones en la empresa, la identidad de los altos cargos de la empresa, etc. El mismo término ‘control’ indica que el tribunal debe examinar todas las circunstancias fácticas y jurídicas para determinar quién controla realmente una empresa.⁶³

⁶⁰ *United Utilities (Tallinn) B.V. y Aktiaselts Tallinna Vesi v. República de Estonia*, Caso CIADI N° ARB/14/24, Laudo, 21 de junio de 2019, párr. 366. (Traducción libre)

⁶¹ AMERASINGHE, C. F., “Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention”, en LILLICH, Richard B. – BROWER, Charles N. (Eds.), *International Arbitration in the 21st century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, Transnational Publishers, Inc., Nueva York, 1994, p. 140. (Traducción libre)

⁶² AMERASINGHE, “Interpretation of ...”, p. 140. (Traducción libre). “*In practice, ICSID Tribunals have asserted the existence of “foreign control” by drawing inferences and presumptions from certain facts. A majority shareholding is widely viewed as a factual pattern of control, but it is not the only one. Other factors like the voting rights attached to shares, the power of vetoing decisions, or the management structure, to say a few, many may be indicative of control too*”. BADIA, Albert, *Piercing the ...*, p. 143.

⁶³ HIRSCH, Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1993, p. 102. (Traducción libre)

En ese contexto, en determinados casos, se puede presumir que el criterio que determinó el control extranjero de las personas jurídicas fue el accionariado mayoritario y, adicionalmente, los tribunales en esos mismos casos encontraron otros elementos de control. Esto fue señalado por el tribunal del caso *Letco*, al indicar lo siguiente:

Este control no solo es resultado del hecho de que el capital social de LTECO era 100% propiedad de ciudadanos franceses como lo indican tanto LECTO como los documentos oficiales del Gobierno de Liberia, sino que también es resultado de lo que parece ser un control efectivo por parte de los nacionales franceses en la sensación de que, además de las acciones francesas, los ciudadanos franceses dominaban la estructura de toma de decisiones de la empresa⁶⁴.

Igualmente, el tribunal del caso *Klöckner* asumió jurisdicción al reconocer que existía control extranjero, ya que los controladores tenían más del 50% de las acciones y que las decisiones habían sido adoptados casi exclusivamente por nacionales recomendados por Klöckner, como se aprecia a continuación:

El 23 de junio de 1973, cuando las partes del Acuerdo de Establecimiento consintieron presentar cualquier controversia a un arbitraje CIADI, SOCAME fue una empresa camerunense, pero sujeto al control mayoritario de intereses extranjeros. Esto es claro del [a]rtículo 2 del Protocolo del Acuerdo del 04 de diciembre de 1971, en el cual se establece que “Klöckner y sus socios europeos” suscribirían el 51% del capital de SOCAME.⁶⁵

Por su parte, existen ciertos casos donde la determinación de control se enfocó, únicamente, en la participación del accionariado de la persona jurídica

⁶⁴ *Liberian Eastern Timber Corporation v. República de Liberia*, Caso CIADI N° ARB/83/2, Laudo, 31 de marzo de 1986, en RAYFUSE, R. – LAUTERPACH, E. (Eds.), *ICSID Reports*, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 351. (Traducción libre)

⁶⁵ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. v. República de Camerún*, Caso CIADI N° ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983, en RAYFUSE, R. – LAUTERPACH, E. (Eds.), *ICSID Reports*, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 16. (Traducción libre). Sobre el caso *Klöckner*, ver: PAULSSON, Jan, “The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, N° 2, 1984, 145-168.

constituida localmente. A manera ilustrativa, considerando el texto del tratado invocado⁶⁶, el tribunal del caso *Convial* encontró la existencia de “control efectivo” debido a que la empresa controladora contaba con una participación de más de la mitad del 100%⁶⁷.

Es evidente que el 100% de acciones o la mayoría de las mismas resultan, casi indudablemente, en el control⁶⁸; sin embargo, su significado en la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio no requiere en sí mismo un porcentaje particular de propiedad de las acciones, por lo que, teóricamente, un accionariado minoritario podría ejercer control extranjero sobre la persona jurídica constituida localmente solo si cumplen determinados roles que ameritan el control decisivo de dicha empresa. Esto fue discutido por el tribunal del caso *Vacuum Salt*, el cual, finalmente, rechazó ejercer jurisdicción, ya que afirmó que el nacional griego, que contaba con el 20% de las acciones de la empresa, no acreditó control, al señalar lo siguiente:

[E]n el curso de la redacción del Convenio, se dijo de diversas maneras que “intereses suficientemente importantes para poder bloquear cambios importantes en la empresa” podrían equivaler a una “participación controladora” (...); que “de hecho, el control podría ser

⁶⁶ El tratado relevante invocado fue el TBI Perú-Argentina.

⁶⁷ *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013, párr. 469.

⁶⁸ Ciertos tribunales han aceptado, sin discusión, la existencia de control sobre la base de dicha afirmación o han encontrado que no existe control al determinarse accionariado minoritario. Al respecto, ver, entre otros, los siguientes casos: “*AES Summit owns 99% of, and exercises ownership and control over, AES Tisza. Therefore, pursuant to [a]rticle 26(7) of the ECT, AES Tisza shall be treated as a national of “another contracting State” for purposes of [a]rticle 25(2)(b)*”. *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010, párr. 6.1.6. (Cita omitida). “[C]laramente no existe control, ya que El Paso posee una participación indirecta no controlante del 12% en Costanera. (...). El análisis difiere en el caso de *SERVICIOS*: ambas, la primera condición para ser considerada empresa extranjera El Paso es titular de una participación control ante del 99,2% en esa sociedad – y la segunda condición – la Argentina accedió a considerar *SERVICIOS* como una sociedad estadounidense debido al control – se cumplen. (...)”. *El Paso Energy International Company v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 183.

adquirido por personas que posean solo el 25%” del capital de una empresa (...); e incluso que “el 51% de las acciones podrían no estar controlando” mientras que para algunos propósitos “el 15% era suficiente” (...).

(...)

No obstante, debe ser cierto que cuanto menor es el porcentaje de acciones con derecho a voto en poder de la supuesta fuente de control extranjero, más se deben buscar otros elementos relacionados con ese tema. (...).

(...)

Es significativo que en ninguna parte parece haber evidencia material de que el Sr. Panagiotopoulos haya actuado o haya sido influenciado materialmente en una vena verdaderamente gerencial más que técnica o supervisora. (...). En ninguna parte de estos procedimientos se sugiere que el Sr. Panagiotopoulos, como titular del 20% de las acciones de Vaccum Salt, (...), estuviera en posición de dirigir, a través de un acción positiva o negativa, la suerte de Vaccum Salt. (...). Al final, todo el proceso, incluso visto desde la perspectiva más favorable para la Demandante, a pesar de todos sus reconocidos talentos, no estaba en ningún sentido “a cargo”.⁶⁹

En definitiva, determinar el control de la persona jurídica constituida localmente puede parecer una tarea simple a primera vista, ya que bastaría con probar que se cuenta con la mayoría o el total de las acciones de la empresa, lo cual, a su vez, comúnmente, representa una posición decisiva sobre las actividades de dicha empresa. No obstante, podrían aparecer algunos casos en los cuales el accionariado mayoritario no tenga control sobre la empresa, o inclusive teniéndolo puedan existir algunos indicios de que esto no sea así efectivamente. Esto dependerá, ciertamente, de la estructura, la organización y los acuerdos de las empresas involucradas, y de la acreditación sustentada por los demandantes. Finalmente, los tribunales deberán considerar las circunstancias específicas del

⁶⁹ *Vacuum Salt Products Limited v. Gobierno de la República de Ghana*, Caso CIADI N° ARB/92/1, Laudo, 16 de febrero de 1994, párr. 43, 44, 53. (Traducción libre)

caso y los documentos que evidencien tal control, así como el texto relevante del tratado de inversión invocado, de corresponder⁷⁰.

b. Hacia la búsqueda del controlador

Cuando se trata de determinar el control, además de intentar definirlo, se busca el vínculo entre el controlador extranjero y la persona jurídica constituida localmente, lo que permite levantar (o perforar) el velo corporativo de dicha persona jurídica en todos los casos. Las preguntas surgen al momento de elegir si solo se debe considerar el control inmediato (primer nivel) de la persona jurídica, o indagar más allá de este control hasta el primer controlador, o incluso mantenerse en un determinado nivel sin agotar, exhaustivamente, la búsqueda. Así, el tribunal del caso *Auconven* indicó que “*en distintas decisiones sobre competencia, los tribunales arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar un tribunal para determinar si existe o no control extranjero*”⁷¹. Al respecto, se señala que existen dos posiciones enfrentadas, una *in favorem jurisdictionis*, esto es, hasta que el tribunal encuentre jurisdicción, y otra enfocada en encontrar a los “verdaderos” controladores:

Un punto de vista afirma que los tribunales deben buscar el control de un nacional de un Estado Contratante hasta que se alcance la jurisdicción. El otro punto de vista afirma que los tribunales deben considerar a los verdaderos controladores; por lo tanto, las personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de Estados

⁷⁰ “*The factual element of foreign control under [a]rticle 25(2)(b) of the ICSID Convention cannot be examined independently from the agreement on nationality contained in the applicable investment treaty, because it is the investment treaty that would normally contain the test by which such foreign control is established in the circumstances of the case*”. *Caratube International Oil Company LLP v. República de Kazakhstan*, Caso CIADI N° ARB/08/12, Laudo, 05 de junio de 2012, párr. 337. Sobre comentarios al test de “control” del caso *Caratube*, ver: VERHOUSEL, Gaëtan – SHEIKH, Sabeen, “Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan: Revisiting threshold jurisdiction questions – the meaning of foreign control and investment”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, N° 2, 2013, 301-306, p. 303.

⁷¹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001, párr. 111.

no Contratantes o por nacionales del Estado anfitrión no deberían tener acceso al CIADI.⁷²

Por un lado, el tribunal del caso *Amco* rechazó ir más allá del primer nivel de control de la empresa, al afirmar lo siguiente:

Para tomar en consideración este argumento, el Tribunal tendría que admitir en primer lugar que, a los efectos del artículo 25.2.b) del Convenio, no hay que tener en cuenta la nacionalidad legal de la persona jurídica extranjera que controla la local, sino la nacionalidad de las personas jurídicas o físicas que controlan a la persona jurídica controladora: en otras palabras, atender a un control en el segundo, y posiblemente tercero, cuarto o quinto grado. Tal razonamiento no es, en derecho, acorde con el Convenio. (...). Se establece una excepción a este concepto respecto a las personas jurídicas que tienen la nacionalidad, así definida, del Estado contratante que es parte del litigio, cuando dichas personas jurídicas están bajo control extranjero. Pero no se prevé ninguna excepción al concepto clásico cuando se trata de la nacionalidad del controlador extranjero, incluso suponiendo -lo que no está en absoluto claro en el Convenio- que el hecho de que el controlador sea nacional de uno u otro Estado extranjero deba tenerse en cuenta.⁷³

De la misma manera, el tribunal del caso *Auconven* solo levantó el velo corporativo hasta el primer nivel, encontrando una empresa americana con accionariado mayoritario como el controlador inmediato. En este caso, el tribunal rechazó el argumento de Venezuela en continuar perforando hasta llegar al segundo nivel, en el cual se encontraba una empresa nacional de México, que, en ese período, no era un Estado Contratante del Convenio. El motivo que llevó al tribunal a declinar levantar el velo corporativo se sustentó

⁷² BURGSTALLER, Markus, “Nationality of Corporate Investor and International Claims against the Investor’s Own State”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 7, Nº 6, 2006, 857-882, pp. 858-859. (Traducción libre)

⁷³ *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y PT Amco Indonesia v. República de Indonesia*, Caso CIADI Nº ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, en SANDERS, Pieter (Ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 10, Kluwer Law International, Países Bajos, 1985, p. 65. (Traducción libre)

en que las partes acordaron definir el término “control extranjero” bajo el criterio del titular de mayoritario de acciones⁷⁴.

Por su parte, el tribunal del caso *SOABI* perforó hasta el segundo nivel de control de la empresa para establecer el control extranjero, permitiendo la posibilidad de un control indirecto. El propietario inmediato de la persona jurídica constituida localmente era una empresa panameña, Flexa, la cual estaba controlada, a su vez, por nacionales belgas. A diferencia de Panamá, Bélgica era Estado Contratante del Convenio. El tribunal justificó su decisión en el hecho que la búsqueda del control extranjero, únicamente, en el control inmediato va en contra del propósito del artículo 25(2)(b) del Convenio⁷⁵.

La solución adoptada en el segundo caso lleva a discutir si un tribunal debe, efectivamente, levantar el velo de la nacionalidad del primer controlador, o si solo es suficiente hasta encontrar un control extranjero que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante. Asimismo, se cuestiona cómo decidiría un tribunal si el controlador inmediato es nacional de un Estado Contratante y este último es controlado, a su vez, por un nacional de un Estado no Contratante o por nacionales del Estado anfitrión. Sobre el particular, se señala que el mejor enfoque para atender estas interrogantes parece ser “*una mirada realista a los verdaderos controladores, bloqueando, así, el acceso al Centro de personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de Estados no Contratantes o nacionales del Estado anfitrión*”⁷⁶.

Esta opinión ha sido confirmada por el tribunal del caso *TSA Spectrum*, en el cual el velo corporativo de las demandantes fue levantado (más allá del primer nivel) y determinó que el controlador era un nacional del Estado anfitrión (Argentina) y, por lo tanto, concluyó no tener jurisdicción para evaluar las reclamaciones. Al respecto, dicho tribunal indicó lo siguiente:

⁷⁴ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001, párrs. 117, 119, 120 y 121.

⁷⁵ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. República del Senegal*, Caso CIADI N° ARB/82/1, Decisión sobre Jurisdicción, 01 de agosto de 1984, párr. 35, 37, 38.

⁷⁶ SCHREUER, *The ICSID ...*, p. 323. (Traducción libre)

[S]e debe probar objetivamente la existencia y materialidad de[1] control extranjero para que las partes determinen la jurisdicción del CIADI mediante acuerdo. No sería coherente con el texto si se le ordenara al tribunal, al establecer si hay control extranjero, que corra el velo societario de la empresa nacional del Estado receptor y que se detenga en la segunda capa del velo societario, en lugar de realizar una identificación objetiva del control extranjero hasta llegar a su fuente real, utilizando el mismo criterio con el que comenzó.

(...)

Los motivos para correr el velo societario hasta llegar a la verdadera fuente de control tiene, *a fortiori*, más peso a la luz de la segunda cláusula del [a]rtículo 25(2)(b), al alegar que el máximo control está en manos de nacionales del Estado receptor, cuya nacionalidad formal es la misma de la empresa demandante.⁷⁷

En un sentido similar, falló el tribunal del caso *Burimi*, cuyo Estado demandado fue Albania, al encontrar que una de las demandantes, *Eagle Games*, empresa constituida en Albania, era controlada por una empresa italiana, *Burimi SRL*, y esta, a su vez, por el Sr. Burimi, un ciudadano de nacional de Italia y Albania. Sobre el particular, dicho tribunal concluyó lo siguiente:

Si bien el Convenio del CIADI ni los precedentes relevantes abordan la posibilidad de que una doble nacionalidad invoque una de sus dos nacionalidades para establecer jurisdicción sobre una demanda presentada en nombre de una persona jurídica en virtud de la segunda cláusula del [a]rtículo 25(2)(b), al Tribunal le parece anómalo que el principio contra el uso de la doble nacionalidad en el [artículo] 25(2)(a) no se transfiera al uso potencial de la doble nacionalidad en el [artículo] 25(2)(b). De lo contrario, cualquier doble nacional que sea nacional del Estado Contratante en una disputa podría eludir la prohibición de reclamaciones en el [a]rtículo 25(2)(a), estableciendo una empresa en ese Estado y afirmando el control extranjero de dicha empresa en virtud de su segunda nacionalidad (extranjera). En consecuencia, el Tribunal concluye que, a los effectors de considerar si *Eagle Games* podría ser tratado como un nacional de otro Estado Contratante (es decir, Italia)

⁷⁷ *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008, párrs. 147 y 153.

debido al “control extranjero”, el Sr. Ilir Burimi no puede invocar su nacionalidad italiana para establecer “control extranjero” de Eagle Games⁷⁸.

Igualmente, esta perspectiva fue utilizada por el tribunal del caso *National Gas*, cuyo Estado demandado fue Egipto, al determinar que *National Gas*, una empresa constituida bajo las leyes de Egipto, era controlada por *CTIP*, una empresa de Emiratos Árabes, y esta, a su vez, era de propiedad de *REGI*, otra empresa de Emiratos Árabes, que, finalmente, era controlada por un ciudadano con doble nacionalidad (Egipto y Canadá), el Sr. Ginena⁷⁹.

Si bien los tribunales no han sido uniformes en el tratamiento del número de niveles que se debe perforar al velo corporativo para determinar al nacional bajo el cual se analizará el control extranjero, se debe buscar un balance entre ir más allá del primer nivel y averiguar exhaustivamente al primer controlador, en caso existen muchos niveles intermedios, considerando los hechos y las circunstancias concretas del caso, así como el texto del tratado de inversión relevante, de corresponder. Puede ser posible, por un lado, encontrar una persona jurídica controlada por un nacional del otro Estado Contratante y este, a su vez, se encuentre controlado por un nacional de este mismo Estado Contratante. En este supuesto, si la persona jurídica constituida localmente alega que existe control extranjero en el primer nivel, ¿vale el esfuerzo continuar perforando el velo corporativo? Lo más lógico parece ser dejar de prolongar la indagación. También, es probable, por otra parte, encontrar una persona jurídica controlada por un nacional de un tercer Estado Contratante y que este, a su vez, se encuentre controlado por un nacional del otro Estado Contratante. En este supuesto, si la persona jurídica constituida localmente alega que existe control extranjero en el segundo (y último) nivel, ¿habrá sido útil perforar el velo corporativo? Para efectos del objetivo del Convenio, parece ser que la respuesta es sí.

Finalmente, encajar una respuesta absoluta para todas las posibles situaciones no es una solución viable, en tanto que el resultado dependerá, exclusivamente,

⁷⁸ *Burimi SRL y Eagle Games SHA v. República de Albania*, Caso CIADI N° ARB/11/18, Laudo, 29 de mayo de 2013, párr. 121. (Traducción libre)

⁷⁹ *National Gas S.A.E. v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/11/7, Laudo, 03 de abril de 2014, párrs. 144, 148 y 149.

en conocer todos los elementos del caso en discusión, llegando a presentarse desafíos continuos en la búsqueda del controlador de la inversión y discusiones que pueden escalar a otros asuntos relacionados con el levantamiento del velo corporativo⁸⁰.

V. CONCLUSIÓN

El término “control extranjero” bajo el Convenio no es definido y ha encontrado en las decisiones de los tribunales, en la academia y en la redacción del propio del Convenio un grado de flexibilidad que le permite ser interpretado conforme a los casos específicos, los cuales pueden encontrarse de muchas y variadas formas. Desde esquemas simples societarios con organizaciones verticales a estructuras complejas con diversas ramificaciones.

Aunque lo más importante es llegar a tener una mirada realista, no se debe perder de vista lo fundamental que es conocer las circunstancias particulares de los casos, los documentos que prueben el verdadero ejercicio de un control y la base jurídica invocada por los demandantes.

Esto es así porque el control extranjero previsto en la segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio, como excepción a la regla, debe asegurar que la persona jurídica constituida localmente sea efectivamente controlada por un inversionista extranjero nacional de un Estado Contratante del mismo y alinearse, a su vez, con el fin y el objeto del Convenio.

⁸⁰ Por ejemplo, el abuso de derecho, las sociedades de conveniencia, el planeamiento de nacionalidad y la búsqueda del tratado más favorable.

La jurisprudencia de abuso de proceso en el arbitraje internacional de inversiones

Juan Luis Chomali Kattan*

Resumen- Aunque no se trate de un problema nuevo, el alcance y la multiplicidad de las técnicas de abusos de procedimientos en arbitrajes de inversión ha llegado a un nivel insospechado, atentando en contra de los principios de rapidez y eficiencia del arbitraje. Frente al vacío normativo en esta materia, los principios de la buena fe y del abuso de procedimiento se han convertido en instrumentos indispensables para juzgar la pertinencia de un reclamo efectuado por un inversionista extranjero. Por lo anterior es que se proponen algunas soluciones para abordar este problema.

Abstract- Although this is not a new problem, the scope and multiplicity of procedural abuse techniques in investment arbitration has reached an unsuspected level, threatening the principles of speed and efficiency of arbitration. Faced with the regulatory vacuum in this area, the principles of good faith and abuse of process have become indispensable instruments for judging the relevance of a claim made by a foreign investor. Therefore, some solutions are proposed to address this problem.

I. INTRODUCCIÓN	100
II. EL ABUSO DE PROCESO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN	
102	
A. SOBRE LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL	102

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
juan.chomali@uc.cl

B. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DEL ABUSO DE PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	104
C. EL REGLAMENTO CIADI	105
D. TRES CUESTIONES PRELIMINARES	107
E. LOS TIPOS DE ABUSO DE PROCESO	109
F. ALGUNAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA	116
III. POSIBLES HERRAMIENTAS PARA COMBATIR EL ABUSO DE PROCESO.....	118
IV. CONCLUSIÓN.....	120

I. INTRODUCCIÓN

“**H**a llegado el momento de poner fin definitivamente a este procedimiento de arbitraje; *reipublicae interest ut finis sit litium*”¹. Este latinismo surge después de 19 años de litigio entre el Sr. Víctor Pey y el Estado de Chile, porque es innegable que las características clásicas del arbitraje -rapidez y eficacia- son puestas en duda por un litigio que tomó tanto tiempo en concluir.

Es un hecho que muchos Estados han adherido a la convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”), lo que demuestra que es un mecanismo eficaz para resolver las diferencias entre los inversores extranjeros y los Estados.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es abordar el problema de ciertos abusos procesales que han implicado un retardo excesivo en los arbitrajes de inversión. Aunque no se trate de un problema nuevo -tal como lo explica la profesora Stern en un artículo con un título muy sugestivo “*Tres arbitrajes, un mismo problema, tres soluciones*”-, su alcance y multiplicidad de este tema no tenía precedente.

Los principios de la buena fe y del abuso de procesos son conceptos transversales a todas las jurisdicciones y están siendo usados cada vez con

¹ *Víctor Pey Casado y Fondation “Presidente Allende” v. République du Chili*, Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo, 13 septiembre 2016, párr. 172. Traducción libre.

mayor frecuencia por los árbitros, como por ejemplo en caso *Caratube* donde se señala que “*el Tribunal está de acuerdo en que el principio general de la prohibición del abuso del proceso se aplica en el contexto de los procedimientos múltiples ante los tribunales internacionales*”².

En general, son los inversionistas quienes incurren este tipo de conductas y a través de dos formas: (i) una vez que el litigio contra el Estado es previsible y no teniendo la nacionalidad necesaria para iniciar un arbitraje de inversión, se pone en marcha una reestructuración para que una sociedad de la cadena societaria tenga la nacionalidad requerida para tener acceso al tratado necesario para gatillar el arbitraje; y/o (ii) se presenta múltiples arbitrajes contra el mismo Estado utilizando diferentes empresas en la cadena corporativa.

Pero el descampado es completo porque ni la convención, ni el reglamento ni las reglas del CIADI y menos el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“**CNUDMI**”) contemplan una regulación de arbitrajes paralelos y tampoco existen sanciones o formas de detener estos abusos procesales³.

En consecuencia, los principios de la buena fe y del abuso de procedimiento se han convertido en instrumentos indispensables para juzgar la legalidad de la presentación de un reclamo efectuado por un inversor extranjero.

Para abordar esta temática, este trabajo se concentrará en analizar la jurisprudencia del abuso de procedimiento en el arbitraje internacional de inversiones, para luego proponer posibles soluciones para, al menos, comenzar una discusión en este sentido.

² *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI N°ARB/13/13, Laudo final, 27 septiembre de 2017, párr. 376. Traducción libre.

³ BROWN, Chester, “The Relevance of the Doctrine of Abuse of Process in International Adjudication”, *TDM 2 (2011)*, disponible en: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1702, p. 3.

II. EL ABUSO DE PROCESO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Como ya lo adelantamos, este tipo de arbitraje ha sufrido un aumento de estrategias procesales para obtener ventajas ilegítimas, a tal punto que se ha denunciado este problema de una manera particularmente virulenta. En palabras del profesor Gaillard: “*En los últimos 5 años, han surgido disputas estratégicas de la peor clase, que amenazan con socavar la reputación del arbitraje internacional como medio eficaz y fiable de resolver disputas*”⁴.

A. Sobre la buena fe como principio general

Antes de desarrollar la idea misma de abuso de proceso, es necesario hablar - brevemente- de la buena fe que es un principio general del derecho internacional⁵, muy extendido⁶ y fundamental⁷. De lo contrario, no se podría

⁴ GAILLARD, Emmanuel, “Abuse of Process in International Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32, Nº1, 2017, 17–37.

⁵ Las siguientes convenciones demuestran que la buena fe es un principio del derecho internacional: (i) artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ; (ii) el artículo 7 (1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías ; (iii) los artículos 1.7 y 2.1.15 de los Principios de Unidroit Relativos a los Contratos bajo comercio internacional del 2016 ; (iv) el artículo 3.10 del Memorándum de acuerdo sobre las reglas y procedimientos que rige el reglamento de controversias de la Organización Mundial del Comercio; y (v) el artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, entre otros.

⁶ En este sentido: (i) CREMADES, Bernardo, “Good Faith In International Arbitration”, *American University International Law Review*, Vol. 27, Nº4, 2012, p. 761; y (ii) *Abaclat and others Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others v. Argentine Republic*, Caso CIADI Nº ARB/07/5, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 Agosto 2011, párr. 646.

⁷ “*La amplitud de su alcance normativo justifica el tratamiento frecuente de la buena fe como principio fundamental del derecho internacional. Considerando las diversas funciones del principio en tres niveles diferentes de generalidad, uno está persuadido de la validez de esta calificación*”. KOLB, Robert, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, Ginebra, 2000, p. 731. Traducción libre.

entender que los Estados ofrezcan “*acceso al mecanismo de solución de diferencias del CIADI a las inversiones que no se realicen de buena fe*”⁸.

En efecto, existen principios inspirados de la buena fe que deben regir los actos de las partes y de los tribunales, tales como “[t]ratar honesta y justamente los unos con los otros, representar sinceramente sus motivaciones y sus objetivos, y abstenerse de sacar una ventaja que no debería haber obtenido”⁹ y también exige que toda convención, incluidas las de arbitraje, tiene que ser interpretada de buena fe, es decir, “*teniendo en cuenta las consecuencias de sus compromisos legítimamente contemplados*”¹⁰.

Incluso hay principios generales que existen independientemente del lenguaje específico de los tratados, ya que “*una inversión no será protegida si ha sido creada en violación de los principios nacionales o internacionales de buena fe*”¹¹.

Por cierto que este deber de buena fe se extiende también al ámbito contractual, incluidos los derechos y obligaciones derivados de las inversiones¹² lo que supone la ausencia de “*engaño y artificio en la negociación y ejecución*”¹³.

Por otro lado, los tribunales arbitrales han llegado a entender que tienen el deber de controlar las conductas que atentan contra la buena fe en los procedimientos del CIADI, tal como lo explican dos tribunales arbitrales:

El Tribunal se ocupa aquí del principio internacional de buena fe aplicado al mecanismo de arbitraje internacional del CIADI. El

⁸ *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, Caso CIADI N° ARB/06/5, Laudo Final, 15 abril 2009, párr. 106. Traducción libre.

⁹ D’AMATO, Anthony, “Good Faith”, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, 1984, p. 107. Traducción libre.

¹⁰ *Amco Asia Corporation et al v. Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1. Laudo sobre Jurisdicción. 25 septiembre 1983, párr. 14. Traducción libre.

¹¹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Caso CIADI N° ARB/07/24. Laudo Final, 18 junio 2010, párr. 123-124. Traducción libre.

¹² KOLB, *La bonne foi...*, p. 731. Traducción libre.

¹³ *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/03/26. Laudo Final, 2 agosto 2006, párr. 231. Traducción libre. Además, ver *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, Caso CIADI N° ARB/06/5, Laudo Final, 15 abril 2009, párr. 107.

Tribunal debe evitar el abuso del sistema de protección de las inversiones internacionales en el marco del Convenio del CIADI, garantizando que sólo se protejan las inversiones realizadas de acuerdo con el principio internacional de buena fe y que no intenten abusar del sistema.¹⁴

El Tribunal ha concluido que la iniciación y continuación de este arbitraje por parte de la Demandante constituye un abuso del sistema de arbitraje internacional de inversiones. El Tribunal tiene el deber de no amparar una manipulación tan abusiva del sistema de protección internacional de las inversiones. De hecho, el Tribunal opina que la aceptación de la jurisdicción en este caso sería contraria a los objetivos fundamentales que subyacen a los tratados bilaterales de inversión.¹⁵

B. Una aproximación a la definición del abuso de proceso en el derecho internacional

Como primera aproximación de la idea de abuso de procesos y de su relación con la buena fe, conviene citar al profesor Fukunaga que desarrolla esta noción en los términos siguientes:

El principio de abuso de procedimiento es un aspecto procedimental del principio del abuso de los derechos. Como tal, es aceptado como un principio general del derecho y está incorporado en los actos constitutivos de ciertos órganos judiciales internacionales. Lo que está específicamente prohibido en virtud del principio del abuso de procedimiento, es la utilización abusiva del derecho a los procedimientos, en particular de procedimientos judiciales¹⁶

El abuso de derecho es conocido en ciertos sistemas jurídicos como un ejemplo típico del comportamiento contrario al principio de la buena fe. Se caracteriza por una conducta maliciosa de una parte, por ejemplo,

¹⁴ *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, Caso CIADI N° ARB/06/5. Laudo Final, 15 abril 2009, párr. 113. Traducción libre.

¹⁵ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Caso CPA N°2011-06. Laudo sobre Jurisdicción, 18 julio 2013, párr. 423. Traducción libre.

¹⁶ FUKUNAGA, Yuka, "Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, No. 1, 2018, 181–211. Traducción libre.

cuando una parte ejerce un derecho con el único fin de causar un perjuicio a la otra parte o con una finalidad distinta a la que se le concedió, o cuando el ejercicio de un derecho es desproporcionado con respecto al resultado inicialmente previsto¹⁷.

Atendido que los tratados -en general- no regulan el abuso de derecho o de procedimiento, se debe buscar una idea de este concepto en otra parte.

Por ejemplo, el principio del derecho romano, *sic utere jure tuo ut alterum non laedas*, exige ejercer los derechos individuales de manera que no se perjudique a los demás¹⁸; o también los sinónimos mencionados por la Asociación de Derecho Internacional, a saber, estamos ante un abuso de proceso cuando es “opresivo, o vejatorio, o presentado de mala fe”¹⁹; y por último, la jurisprudencia ha dicho que “*la conducta subyacente se considera inapropiada*”²⁰.

Finalmente, creemos que la siguiente definición propuesta por el profesor Gaillard es bastante sintética y, al mismo tiempo, precisa para englobar todos los casos de abuso de proceso que vamos a estudiar: “*Tener un derecho conforme [...] y sin embargo ejercerlo de una manera anormal, excesiva o abusiva, con el sólo objetivo de causar un perjuicio a otro o bien con el objetivo de evadir una regla de derecho*”²¹.

C. El Reglamento CIADI

Antes de abordar la relación entre el Reglamento actual del CIADI y el abuso de proceso, es útil anotar que, en la historia del Reglamento, si bien no fue un tema central, algunos representantes de los países menos desarrollados

¹⁷ Comentario al artículo 1.7 de los Principios Unidroit 2016. Traducción libre. <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>

¹⁸ KISS, Alexander, “Abuse of Rights”, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, 1984. Traducción libre.

¹⁹ International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration, Toronto Conference: International Commercial Arbitration*, 2006, pp. 6-7. Traducción libre.

²⁰ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI N°ARB/12/14, Laudo Final, 6 diciembre 2016, párr. 492. Traducción libre.

²¹ GAILLARD, “Abuse...”, p. 17. Traducción libre.

plantearon -en varias ocasiones- observaciones sobre un posible abuso del derecho²². A pesar de las 3 modificaciones sufridas por el Reglamento CIADI (en 1984, 2002 y 2006²³), hoy día, la palabra “abuso” no aparece, ni tampoco en el reglamento de arbitraje del CNUDCI²⁴.

Este vacío es sensible y genera un problema porque no hay una norma clara o criterios para los árbitros a la hora de juzgar si hay o no un abuso de proceso. Esta falta de claridad no es una cuestión puramente teórica, sino más bien apremiante y muy actual.

En efecto, en la sentencia de *Eskosol*, el tribunal arbitral explicó que como el CIADI no “*incorporó vías claras (por no hablar de un requisito) para la unión en un solo procedimiento de todas las partes interesadas potencialmente afectadas por el resultado*”, no se tiene facultades para rechazar una demanda de arbitraje de inversionistas, aun cuando otros habían ya iniciado un arbitraje²⁵.

En todo caso, es útil recordar que el artículo 41 (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI permite -dentro de los 30 días siguientes a la constitución del tribunal arbitral- plantear una objeción de manifiesta falta de fundamento jurídico. Sin embargo, el artículo 2(2) permite presentar una solicitud de arbitraje con pocos documentos justificativos, por lo que en ese momento -y dentro de ese plazo tan breve- no se tiene todos los elementos necesarios para determinar si este arbitraje es o no un abuso de proceso.

Por último, el artículo 26 de la Convención señala que, una vez que se dio el consentimiento “*las partes han perdido su derecho a reclamar en cualquier otro foro, nacional o internacional, y están limitadas a proseguir su*

²² CIADI, *Historique de la Convention - Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Vol. III, 1968, pp. 232, 659 y 660. Traducción libre.

²³ Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.

²⁴ Disponible en:

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

²⁵ *Eskosol S. P.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, Caso CIADI N°ARB/15/50, Decisión sobre solicitud del artículo 41(5), 20 marzo 2017, párr. 170. Traducción libre.

reclamación a través del CIADI por consentimiento válido”²⁶ y el artículo 36(3) que permite al Secretario general rechazar el registro de un caso si estima, a la vista de las informaciones contenidas en la solicitud, que la controversia excede claramente la competencia del Centro. Sin embargo, estas facultades no han sido utilizadas atendido el temor a no respetar el debido proceso.

D. Tres cuestiones preliminares

Antes de estudiar los tipos de abuso de procedimiento en el arbitraje de inversiones, creemos necesario y útil de analizar tres aspectos procedimentales que han sido relevadas por varias decisiones arbitrales:

En primer lugar, ¿dónde reside la facultad de los tribunales de arbitraje de inversiones para juzgar el abuso del proceso?

Aunque no existe un artículo específico que trate esta problemática, esto no ha impedido que las partes, y en particular los Estados, soliciten a los tribunales arbitrales que excluyan las demandas de los inversores basadas en el abuso del proceso. No hay duda de que estas facultades existen²⁷ pero hay que resolver la siguiente interrogante: ¿las facultades de los tribunales arbitrales para resolver las alegaciones de abuso de proceso emanan de Reglamentos o de los principios generales del derecho internacional?

Hay autores que opinan que, al tratarse de auténticos principios generales del derecho, deben ser considerados como “*una fuente supletoria, que permiten al*

²⁶ SCHREUER, Christoph et al., *The ICSID Convention: A commentary*, 2ª Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 351. Traducción libre.

²⁷ En este sentido: (i) PAPANIKOLAOU, Martin, “Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So”, en LAIRD, Ian – WEILER, Todd (Eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Vol. 5, JurisNet, Nueva York, 2011, p. 16; (ii) FUKUNAGA, “Abuse...”, pp. 181–211; y (iii) GAFFNEY, John, “Abuse of Process in Investment Treaty Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, No. 4, 2010, 515-538, p. 518.

juez o árbitro pronunciarse en ausencia de una norma consuetudinaria o convencional aplicable”²⁸.

La pregunta fue formulada y resuelta por dos sentencias de la siguiente manera:

No hay ninguna disposición específica en el Capítulo 11 o en el Convenio o las Reglas del CIADI que confiera tal poder (...) Se puede deducir que, de existir dicha facultad, sólo sería para proteger la integridad de los procesos del Tribunal o para hacer frente a reclamaciones verdaderamente vejatorias.²⁹

El Tribunal expresará el principio de que las partes tienen la obligación de conducir el procedimiento de manera justa y de buena fe y que un tribunal arbitral tiene jurisdicción inherente para asegurar el cumplimiento de esta obligación; este principio se aplica a todos los arbitrajes, incluidos los de inversión, y a todas las partes, incluidos los Estados (incluso en el ejercicio de sus poderes soberanos).³⁰

La segunda interrogante es saber si el abuso de proceso es una cuestión de jurisdicción/competencia o admisibilidad, ya estando zanjado en favor de la segunda³¹, es decir, esta pregunta presupone la competencia del tribunal arbitral para decidir la admisibilidad de la demanda por abuso de procedimiento. En la práctica, los tribunales a menudo decidirán las cuestiones de jurisdicción/competencia y admisibilidad al mismo tiempo, en una sola decisión, ya que un tribunal deberá establecer primero si tiene jurisdicción antes de entrar a discutir la admisibilidad de la demanda.

²⁸ CREPET DAIGREMONT, Claire, "Les sources du Droit International des Investissements", en LEBEN, Charles (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Francia, 2015, p. 113. Traducción libre.

²⁹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI N°ARB(AF)/00/3, Laudo sobre Excepción Preliminar, 26 junio 2002, párr. 49. Traducción libre.

³⁰ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N°ARB/06/8, Laudo sobre Asuntos Preliminares, 23 junio 2008, párr. 78. Traducción libre. En este mismo sentido, *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI N°ARB/13/13, Laudo Final, 27 septiembre 2017, párr. 376.

³¹ Así, por ejemplo, en: (i) PAPANINSKIS, "Inherent...", p. 18; y (ii) FUKUNAGA, "Abuse...", pp. 181-211.

Por último, corresponde analizar si el abuso de proceso debe juzgarse sobre una base objetiva o subjetiva. Para explicar con detalle las dos posturas, citamos un fallo arbitral que sigue un criterio objetivo a la hora de juzgar las conductas abusivas y la opinión del profesor Lowe que proponía una aproximación subjetiva basada en la propia naturaleza del procedimiento:

Se admite que la noción de abuso no requiere que se demuestre la mala fe; el abuso está sujeto a una prueba objetiva y se ve en el hecho de que un inversor que no está protegido por un tratado de inversión reestructure su inversión para entrar en el ámbito de protección de un tratado en vista de una disputa específica previsible.³²

Se trata de casos en los que el objetivo del litigio es acosar al demandado, o la demanda es frívola o carece manifiestamente de fundamento, o la demanda es una que podría y debería haberse planteado en procedimientos anteriores. Esta doctrina no surge del hecho de que los procedimientos sean múltiples, sino del carácter intrínsecamente vejatorio de los procedimientos en cuestión.³³

Entre las dos opciones, parece más lógico seguir un criterio objetivo ya que el abuso de proceso es, en sí, una noción vaga. Entonces, tener un criterio objetivo es útil porque va a haber una certitud que ayudará tanto a los inversores a saber cuándo realicen acciones que podrían ser calificadas como abusivas y a los árbitros a abordar estas cuestiones.

E. Los tipos de abuso de proceso

A continuación, basándonos en la jurisprudencia sobre el arbitraje de inversión, profundizaremos en los dos tipos de abuso del proceso presentados por el profesor Gaillard³⁴, a saber, reestructuraciones societarias que permiten acceder a una determinada nacionalidad y así gatillar un arbitraje en virtud de un tratado

³² *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia*, Caso CPA N°2012-12, Laudo sobre Jurisdicción, 17 diciembre 2015, párr. 539. Traducción libre.

³³ LOWE, Vaughan, “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals”, *Austrian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 1999, 191-204, p. 13. Traducción libre.

³⁴ GAILLARD, “Abuse...”, p. 18. Traducción libre.

específico y la multiplicación de los procedimientos arbitrales para maximizar las posibilidades de éxito.

Sobre el primer tipo de abuso, nos preguntamos cuando es que un cambio de estructura societaria que apunta a obtener la protección de un tratado de inversiones puede ser considerada como un abuso de proceso.

Hay varias respuestas que pueden marcar la línea a seguir: (i) cuando los hechos que dan lugar a una controversia ya se han producido o es razonablemente posible prever una controversia futura; o (ii) cuando los hechos han dado lugar a una verdadera controversia que puede o no dar lugar a la aplicación de la convención de arbitraje³⁵.

La jurisprudencia mayoritaria adopta el criterio de previsibilidad³⁶, a partir del caso *Pac Rim*, que es el más importante y la más citada por las otras sentencias arbitrales. En este caso, la sociedad minera *Pac Rim Cayman LLC* había

³⁵ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo sobre Jurisdicción, 1 junio 2012, párr. 2.96.

³⁶ Ver: (i) *Orascom TMT Investments, S.A.R.L. v. People's Democratic Republic of Algeria*, Caso CIADI N°ARB/12/35, Laudo Final, 31 mayo 2017, párr. 540; (ii) *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Perú*, Caso CIADI N°ARB/11/17, Laudo Final, 9 enero 2015, párr. 182-185; (iii) *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Caso CPA N° 2011-06 (ST-BG), Laudo sobre Jurisdicción, 18 julio 2013, párr. 423; (iv) *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. Republic of Panamá*, Caso CIADI N°ARB/13/28, Laudo Final, 2 junio 2016, párr. 103; (v) *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic [I]*, Caso CIADI N°ARB(AF)/12/6, Laudo sobre Jurisdicción, 21 febrero 2014, párr. 76; (vi) *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N°ARB/08/13, Laudo Final, 16 julio 2012, párr. 402-403; (vii) *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, Caso CIADI N°ARB/13/2, Laudo sobre Jurisdicción, 15 diciembre 2014, párr. 294-295; (viii) *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, Corte Suprema de Canadá N°V2013/153, Sentencia Final, 12 julio 2016, párr. 703; (ix) *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia*, Caso CPA N°2012-12, Laudo sobre Jurisdicción, 17 diciembre 2015, párr. 554 -558; (x) *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Caso CIADI N°ARB/02/18, Laudo sobre Jurisdicción, 29 abril 2004, párr. 56; (xi) *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N°ARB(AF)/06/2, Laudo Final, 17 septiembre 2009, párr. 159. Traducción libre; y (xii) *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, Caso CIADI N°ARB/06/5, Laudo Final, 15 abril 2009, párr. 143.

invertido en El Salvador, llevando a cabo actividades exploratorias en diversas zonas de concesión. Varios años más tarde, El Salvador se rehusó a otorgar los permisos y las licencias necesarias para la explotación de reservas de oro descubiertas en la zona de concesión de El Dorado por esta sociedad minera. El inversionista habría modificado la nacionalidad de una filial para someter una controversia preexistente en virtud del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos

Esta sentencia explica que:

En particular, el abuso del proceso debe impedir una manipulación inaceptable por parte de un demandante que actúe de mala fe y sea plenamente consciente de un litigio existente o futuro.³⁷

Es claramente abusivo que un inversor manipule la nacionalidad de una filial de una empresa ficticia para adquirir jurisdicción en virtud de un tratado internacional en un momento en que el inversor es consciente de que los acontecimientos han afectado negativamente a su inversión y pueden dar lugar a un arbitraje.³⁸

En opinión del Tribunal, la línea divisoria se produce cuando la parte interesada puede ver una controversia real o puede prever una controversia futura específica como una probabilidad muy alta y no simplemente como una controversia posible. En opinión del Tribunal, antes de que se alcance esta línea divisoria, normalmente no habrá abuso de proceso; pero después de que se pase esta línea divisoria, normalmente habrá.³⁹

Lógicamente y a la inversa, si una reestructuración empresarial que afecta a la nacionalidad de un demandante se llevó a cabo de buena fe antes de que se

³⁷ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo sobre Jurisdicción, 1 junio 2012, párr. 2.100. Traducción libre.

³⁸ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo sobre Jurisdicción, 1 junio 2012, párr. 2.100. Traducción libre

³⁹ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo sobre Jurisdicción, 1 junio 2012, párr. 2.99. Traducción libre

produjera un hecho o acción que diera lugar a un litigio posterior, dicha reestructuración no debería considerarse como abusiva⁴⁰.

Además, y para matizar este criterio jurisprudencial, existen al menos dos situaciones en las que los laudos arbitrales de inversión han estimado que las reestructuraciones no supondrían un abuso de proceso.

El primero es el caso de *Philip Morris*, donde se justifica la reestructuración empresarial, porque los grupos empresariales -y en particular las multinacionales- se reestructuran regularmente por diversas razones⁴¹. Así pues, esta sentencia ofrece a las empresas la posibilidad de beneficiarse de una justificación incluso si la reestructuración se inicia cuando el litigio es previsible.

Además, tampoco habría abuso de proceso si el inversionista busca protección contra el riesgo general de futuros e indeterminados litigios por parte de un Estado anfitrión hostil para así minimizar sus riesgos⁴².

Finalmente, es útil tener en cuenta que, si bien los inversionistas no deben falsear su nacionalidad, no están obligados a informar al Estado anfitrión de su nacionalidad⁴³.

⁴⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo sobre Jurisdicción, 1 junio 2012, párr. 2.47.

⁴¹ *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia*, Caso CPA N°2012-12, Laudo sobre Jurisdicción, 17 diciembre 2015, párr. 570.

⁴² En este sentido, ver: (i) *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/10/5, Laudo sobre Jurisdicción, 8 febrero 2013, párr. 184; (ii) *Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/07/27, Laudo sobre Jurisdicción, 10 junio 2010, párr. 204; (iii) *Renée Rose Levy and Grencitel S.A. v. Republic of Perú*, Caso CIADI N°ARB/11/17, Laudo Final, 9 enero 2015, párr. 184; y (iv) *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI N°ARB/02/3, Laudo sobre Jurisdicción, 21 octubre 2005, párr. 330.

⁴³ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI N°ARB/06/2, Laudo sobre Jurisdicción, 27 septiembre 2012, párr. 294.

La segunda forma de abuso de proceso es la de multiplicar los procedimientos de arbitraje para maximizar las posibilidades de éxito, porque basta que el inversionista gane un arbitraje para obtener lo que quiere, en circunstancias que el Estado anfitrión debe ganarlos todos⁴⁴. Comúnmente, serán la sociedad del Estado receptor, el accionista mayoritario extranjero directo y el accionista mayoritario extranjero indirecto los que hagan valer las mismas reclamaciones derivadas de los mismos hechos⁴⁵.

El fallo de *Orascom* presenta un interesante análisis ya que explica la filosofía detrás del rechazo del abuso de proceso en el arbitraje de inversiones explicando que:

El objetivo del arbitraje de inversiones es compensar a un inversor que cumpla con los requisitos por daños sufridos como consecuencia de las acciones ilegales de un Estado receptor. Si el perjuicio sufrido por una entidad de la cadena se indemniza íntegramente en un arbitraje, las reclamaciones de otros eslabones de la cadena vertical en otros procedimientos arbitrales pueden ser declaradas como inadmisibles según las circunstancias⁴⁶.

Sin embargo, este supuesto abuso de proceso -el mero hecho de tener varios procedimientos paralelos con los mismos hechos e intereses- es muy matizada, incluso rebatida por una gran mayoría de la jurisprudencia de arbitraje de inversiones.

La primera excepción se encuentra en el caso *CME*, donde el señor Ronald S. Lauder, ciudadano estadounidense, y su empresa holandesa CME -dueña a su vez del 99% de la empresa checa CNTS- iniciaron arbitraje en virtud de tratados firmados por la República Checa con Estados Unidos y Holanda.

En este caso, el tribunal arbitral no consideró que hubiera un abuso de proceso al presentar demandas prácticamente idénticas bajo dos tratados distintos, porque la República Checa no aceptó -en varias ocasiones- consolidar los procedimientos durante el arbitraje. Por lo tanto, si la República Checa no había

⁴⁴ GAILLARD, “Abuse...”, p. 20.

⁴⁵ GAILLARD, “Abuse...”, p. 21.

⁴⁶ *Orascom TMT Investments, S.A.R.L. v. People’s Democratic Republic of Algeria*, Caso CIADI N°ARB/12/35, Laudo Final, 31 mayo 2017, párr. 495. Traducción libre.

aceptado consolidar los procedimientos en varias ocasiones durante el arbitraje, no podía entonces alegar un abuso del proceso que había causado⁴⁷.

Se trata de la aplicación del adagio jurídico *non concedit venire contra factum proprium*, es decir, el principio de impedimento conocido como la prohibición de contradecirse a sí mismo en perjuicio de un tercero⁴⁸.

La segunda objeción a este tipo de abuso se encuentra en el caso *Lauder*, que también consideró que la continuación de procedimientos paralelos no constituye un abuso de proceso, pero por diferentes razones que las expuestas en *CME*. Este Tribunal Arbitral consideró que las demandas -en virtud de los diferentes tratados- no son las mismas y por lo tanto ambos procedimientos son válidos y ambos demandantes tienen legitimación para actuar, porque sólo este tribunal arbitral puede decidir si la República Checa violó el tratado hacia el Sr. Lauder y sólo el otro tribunal arbitral puede decidir si la República Checa violó el tratado bilateral de inversiones holandes. Luego, “*CME no tiene una reclamación mejor o peor en el procedimiento de arbitraje paralelo. Sólo tiene un reclamo diferente*”⁴⁹.

Un tercer matiz a la idea de que los procedimientos arbitrales paralelos son -en sí mismos- abusivos consisten en distinguir entre reclamaciones contractuales ante el juez del contrato (*contract claims*) y reclamaciones convencionales ante el juez del tratado por haber sido vulnerados sus derechos (*treaty claims*)⁵⁰.

A esta idea se sumó el fallo en *Ampal-American*, donde partes relacionadas iniciaron cuatro arbitrajes ante cuatro tribunales distintos, implicando esencialmente los mismos hechos (un contrato de aprovisionamiento de gas

⁴⁷ *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, CNUDMI, Laudo, 13 septiembre 2001.

⁴⁸ Este principio fue aplicado en caso *Sanum (Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic [I])*, Caso CPA N°2013-13, Laudo sobre Jurisdicción, 13 diciembre 2013, párr. 367).

⁴⁹ *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 septiembre 2001, párr. 177-178. Traducción libre.

⁵⁰ Ver: (i) DE NANTEUIL, Arnaud, *Droit International de l'investissement*, 2ª Ed., Pedone, Francia, 2017, p. 147 y (ii) HAMIDA, Ben, “L'arbitrage Etat-Investisseur face à Un Désordre Procédural: La Concurrence des Procédures et les Conflits de Juridictions”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 51, 2005, p. 567.

celebrado una empresa privada y una empresa pública egipcia)⁵¹. En este fallo, se señala que si bien “*cuatro arbitrajes paralelos con esencialmente la misma matriz de hechos, los mismos testigos y muchas de las mismas demandas pueden parecer abusivas*”⁵², las partes podían presentar “*reclamaciones distintas en procedimientos diferentes para obtener reparación del perjuicio supuestamente sufrido por cada uno de ellos como consecuencia de la misma matriz fáctica*”⁵³, porque las contractuales son diferentes de aquellas emanadas de los tratados.

Sin embargo, *Orascom* ofrece un punto de vista diferente, ya que sostuvo que la persecución de demandas por esencialmente el mismo perjuicio financiero era un abuso de proceso, independientemente de que la base legal -un tratado o un contrato-, el foro y/o los demandantes fueran diferentes⁵⁴. El hecho de que varias entidades de la cadena empresarial puedan beneficiarse de la protección de un tratado no significa que el Estado anfitrión haya aceptado ser perseguido judicialmente por diferentes entidades de la cadena vertical que estén bajo el mismo control e inversión⁵⁵.

La cuarta réplica es una decisión del Tribunal Arbitral en *Busta* donde estimó que un procedimiento local no puede impedir a un inversor presentar una demanda arbitral contra el Estado anfitrión, por lo que los procesos paralelos no son abusivos⁵⁶. Sin embargo, este problema ya ha sido superado por cuanto la mayoría de los Tratados incorporan una cláusula llamada “*fork in the road*” (proveniente del adagio latín *electa una via non datur regressus ad alteram*), es decir, el inversionista no puede iniciar un arbitraje si ya ha recurrido a jurisdicciones internas o a otro mecanismo competente⁵⁷.

⁵¹ GAILLARD, “Abuse...”, p. 17.

⁵² *Ampal-American, Israel Corp. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N°ARB/12/11, Laudo sobre Jurisdicción, 1 febrero 2016, párr. 328. Traducción libre.

⁵³ *Ampal-American, Israel Corp. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N°ARB/12/11, Laudo sobre Jurisdicción, 1 febrero 2016, párr. 329. Traducción libre.

⁵⁴ *Orascom TMT Investments, S.A.R.L. v. People's Democratic Republic of Algeria*, Caso CIADI N°ARB/12/35, Laudo Final, 31 mayo 2017, párr. 543.

⁵⁵ *Orascom TMT Investments, S.A.R.L. v. People's Democratic Republic of Algeria*, Caso CIADI N°ARB/12/35, Laudo Final, 31 mayo 2017, párr. 495 et 542.

⁵⁶ *Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, Caso SCC N° 2015/014, Laudo Final, 10 marzo 2017, párr. 225-226.

⁵⁷ HAMIDA, “L'arbitrage...”, p. 594.

El caso *Flemingo* ofrece otra excepción, porque en este caso dos empresas relacionadas iniciaron dos procedimientos utilizando dos tratados de inversión diferentes (India-Polonia y Chipre-Polonia), pero uno de ellos no avanzó. Luego, el Tribunal Arbitral estimó que no habría dos laudos arbitrales sobre el mismo asunto, rechazando la alegación de abuso de procedimiento⁵⁸.

En suma, si bien varios procesos paralelos pueden parecer abusivos, este solo hecho no puede ser estimado como un abusivo de proceso en sí mismo.

F. Algunas reglas sobre la prueba

En esta parte, quisiéramos detenernos en analizar la forma de acreditar el abuso de proceso en el arbitraje de inversiones porque, por un lado, existe una verdadera presunción a favor de las partes, ya que “*es bien sabido y aceptado que la mala fe no puede presumirse*”⁵⁹ (así ha sido declarado por los tribunales arbitrales⁶⁰) y, por otro, la doctrina del abuso procesal está sujeta a un alto umbral probatorio⁶¹.

Todo lo anterior permite llegar a las siguientes conclusiones:

⁵⁸ *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Laudo Final, 12 agosto 2016, párr. 347.

⁵⁹ *Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru*, Caso CIADI N°ARB/10/17, Laudo Final, 26 febrero 2014, párr. 153. Traducción libre.

⁶⁰ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 30 marzo 2010, párr. 354.

⁶¹ Así se ha señalado en: (i) *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI N°ARB/13/13, Laudo Final, 27 septiembre 2017, párr. 378; (ii) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Laudo, 1 diciembre 2008, párr. 143; (iii) International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration, Toronto Conference: International Commercial Arbitration*, 2006, p. 60; (iv) *Renée Rose Levy and Gremcítel S.A. v. Republic of Peru*, Caso CIADI N°ARB/11/17, Laudo Final, 9 enero 2015, párr. 186; y (v) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Laudo, 1 diciembre 2008, párr. 143 et 178. Traducción libre.

En primer lugar, se debe entender que se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido que quien es acusado de abusar del proceso no está obligado a demostrar que su reclamación se hizo de forma ilegítima⁶².

Además, la parte que pretenda demostrar un abuso del proceso debe presentar una solicitud en tal sentido, lo que implica que el tribunal arbitral no puede declararlo de oficio, siendo fallado así por los tribunales arbitrales⁶³.

Luego, quien es acusado de haber realizado un abuso de proceso debe tener, evidentemente, la posibilidad de defenderse para mantener el debido proceso, por lo que el tribunal arbitral debe otorgar esa posibilidad⁶⁴.

En cuarto lugar, el abuso del proceso debe determinarse en función de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta todas las particularidades⁶⁵, por lo

⁶² En este sentido, ver : (i) International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration, Toronto Conference : International Commercial Arbitration, 2006*, p. 7; y (ii) *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, Caso CIADI N°ARB/13/2, Laudo sobre Jurisdicción, 15 diciembre 2014, párr. 294-295.

⁶³ En este sentido: (i) *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL v. Argentine Republic*, Caso CIADI N°ARB/03/13, Laudo, 27 julio 2006, párr. 52; (ii) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Laudo, 1 diciembre 2008, párr. 139-144 ; y (iii) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Laudo, 1 diciembre 2008, párr. 139-144.

⁶⁴ En este sentido, ver: (i) *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI N°ARB/06/3, Laudo, 18 abril 2008, párr. 115; (ii) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI N°ARB(AF)/00/3, Laudo, 26 junio 2002, párr. 50; y (iii) FUKUNAGA, “Abuse...”, p. 5.

⁶⁵ *Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/07/27, Laudo sobre Jurisdicción, 10 junio 2010, párr. 177. También ver: (i) *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/10/5, Laudo sobre Jurisdicción, 8 febrero 2013, párr. 147; y (ii) *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI N°ARB/09/12, Laudo Parcial, 1 junio 2012, párr. 2.99.

que se debe examinar muy cuidadosamente las pruebas que se le presentan⁶⁶ (en la opinión disidente del caso *Oil Platforms*, se señala que “*cuanto más grave sea la acusación, más fiables deben ser las pruebas*”⁶⁷).

Es interesante notar, por ejemplo, en el caso *Cairn*, donde se rechazó una solicitud de abuso de procedimiento teniendo en cuenta la actitud de colaboración del demandante en la coordinación de dos arbitrajes paralelos (compartiendo los mismos documentos, por ejemplo), aun no aceptó consolidarlos⁶⁸.

Por último, la importancia de las pruebas es tal que un tribunal arbitral, incluso, declaró que la solicitud de abuso de proceso es constitutiva de una técnica ilegítima por cuanto las pruebas presentadas eran falsas⁶⁹.

III. POSIBLES HERRAMIENTAS PARA COMBATIR EL ABUSO DE PROCESO

A la vista de este amplio abanico de decisiones, es necesario poner orden para atacar de forma concertada y eficaz este problema que no deja de crecer. Entonces, hay que tomar medidas para desalentar este tipo de estrategias y, una vez probadas, sancionarlas.

Si bien el abuso del proceso es un peligro real, hay que ser cautelosos con las medidas extremas ya que estas podrían dar poderes excesivos a los tribunales de arbitraje o violar la equidad procesal. Hay que tratar de encontrar un

⁶⁶ Ver: (i) *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/10/5, Laudo sobre Jurisdicción, 8 febrero 2013, párr. 147; (ii) *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI N°ARB/13/13, Laudo Final, 27 septiembre 2017, párr. 389; y (iii) *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. Republic of Panama*, Caso CIADI N°ARB/13/28, Laudo Final, 2 junio 2016, párr. 103.

⁶⁷ *Oil Platforms (Islamic Republic Of Iran v. United States Of America)*, Corte Internacional de Justicia, Opinión disidente de la Jueza Higgins, Sentencia, 6 noviembre de 2013, párr. 33.

⁶⁸ *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Republic of India*, Caso CPA N° 2016-7, Laudo, 31 marzo 2017, párr. 141.

⁶⁹ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI N°ARB(AF)/07/2, Laudo Final, 13 agosto 2009, párr. 175.

equilibrio entre el derecho del demandante a acceder a los arbitrajes de inversión, el derecho del demandado a un justo proceso y las facultades de los árbitros en un proceso verdaderamente contradictorio.

Una primera solución sería introducir normas contra el abuso del proceso y la injusticia procesal en las Reglas del CIADI y de la CNUDMI, pero no parece ser el camino más rápido y eficaz porque esta propuesta no es nueva⁷⁰ y la idea misma de luchar contra este tipo de abusos ha sido mencionada desde la creación de la Convención CIADI, como ya se explicó.

En todo caso, se podrían considerar algunas modificaciones para evitar los abusos ya explicados: (i) modificar el artículo 2(2) del Reglamento de introducción de instancias del CIADI para exigirle al inversionista que presente, junto con la demanda, los documentos que acrediten su legitimación o la naturaleza de su inversión y así el Estado pueda organizar mejor su defensa; y (ii) ampliar el plazo previsto en el artículo 41(5) del Reglamento de arbitraje del CIADI -un mes- para impugnar una demanda que carezca de fundamentos, porque es un plazo demasiado breve para estudiar demandas que son, general, extensas y complejas.

Otra opción fue propuesta por un tribunal arbitral, a saber, que “*todos los accionistas de una entidad afectada por una acción estatal puedan ser oídos en un único procedimiento al mismo tiempo*”⁷¹. Esta medida sería de alta eficacia, en cuanto a tiempo y costo, e impediría tener decisiones contradictorias.

Para llevarla a cabo, se podría pensar en una disposición en el Reglamento del CIADI que obligue al demandante a informar -tras la constitución del tribunal arbitral- a toda la cadena societaria de que ha emprendido acciones en contra un Estado, gatillando un plazo (30 días, por ejemplo) para decidir si se incorporan a la solicitud. También podrá el Estado demandado exigir que se haga esta notificación. Si no se suma y deciden iniciar un nuevo arbitraje, deberá explicar las razones por las cuales comenzaron otro procedimiento, teniendo este

⁷⁰ International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, Toronto *Conférence: International Commercial Arbitration*, 2006, p. 27.

⁷¹ *Eskosol S. P.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, Caso CIADI N°ARB/15/50, Laudo sobre Jurisdicción, 20 marzo 2017, párr. 170. Traducción libre.

tribunal arbitral la potestad para desechar la nueva reclamación. En este caso, siempre se podrán sumar al otro arbitraje siempre y cuando respeten lo obrado.

IV. CONCLUSIÓN

La multiplicación de litigios, jurisdicciones, decisiones y jurisprudencia es un hecho. Proponemos remedios para combatir este peligro ya que toda obra humana es por definición perfectible, pero se necesita una voluntad más decidida para iniciar esta larga y difícil lucha. Las herramientas que se encuentran a disposición de los árbitros y los “poderes inherentes” de los tribunales de inversión son muy poco utilizados para luchar contra el abuso de proceso.

A varios Estados les preocupa que la protección de los tratados se extienda a inversionistas que no se pretendía proteger al momento de la ratificación y el principio del abuso de proceso podría ser utilizado para responder a esta inquietud. Hay que encontrar soluciones para combatir este problema, ya que nos parece que el sistema del CIADI es un buen sistema para resolver disputas de inversión, pero necesita ser mejorado.

Si se juzga el abuso del proceso de forma objetiva y si explicitan los dos tipos más comunes de abusos de proceso de inversionistas, existen entonces soluciones razonables y eficaces para combatir este peligro creciente para el arbitraje de inversiones.

Como reflexión final, vale la pena citar esta opinión muy relevante del tribunal arbitral en el caso *Mamidoil* que intenta explicar en su totalidad y complejidad:

El Tribunal está de acuerdo con la opinión de que no toda infracción menor y trivial de la Ley debe dar lugar a una denegación de jurisdicción. Debe encontrar un equilibrio entre dos criterios. Por un lado, ni el demandante ni el Tribunal pueden suponer que el Estado anfitrión renuncie a su soberanía y acepte el arbitraje de controversias cuando el inversor ha realizado la inversión en violación de su derecho sustantivo o procesal. Por otra parte, no debe permitirse que los Estados abusen del proceso revisando la inversión post festum para extraer ilegalidades menores o triviales como pretexto para liberarse de una obligación. Un Estado debe actuar de acuerdo con sus obligaciones y

no resistirse a la jurisdicción porque quiera eludir las consecuencias de su acuerdo de arbitraje permanente.⁷²

⁷² *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania*, Caso CIADI N°ARB/11/24, Laudo Final, 30 marzo 2015, párr. 483. Traducción libre.

La problemática de los *Third Party Funder* en el arbitraje y los efectos variables de su presencia

Giampieer Alarcón Paucar*

Resumen- Una de las cuestiones más resaltantes en la actualidad del arbitraje internacional es la participación de los terceros financiadores y el impacto que provoca su intervención en los procesos de arbitraje, polémica que se acrecienta si consideramos la falta de una regulación macro en muchos Estados, sobre todo en América Latina. El presente trabajo pretende abordar los aspectos más resaltantes de esta figura, brindando al lector una amplia gama de conceptos indispensables para su comprensión.

Abstract- One of the most salient issues in international arbitration today is the participation of third-party financiers and the impact of their involvement in arbitration processes, this is a controversial issue which is growing if we consider the lack of macro regulation in many States, especially in Latin America. The present work aims to address the most outstanding aspects of this figure, providing the reader with a wide range of concepts indispensable for their understanding.

I. INTRODUCCIÓN	123
II. PERSPECTIVA DEL <i>THIRD PARTY FUNDER</i> EN EL ARBITRAJE MODERNO	125

* Estudiante de 5to año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del equipo ganador de la XVIII Competencia de Arbitraje Comercial Internacional – Moot México 2020. Practicante preprofesional del Estudio Carlos Soto & Asociados. Lima, Perú.

A. NATURALEZA DEL SERVICIO BRINDADO POR LOS TPF	126
B. EMPLEO EFICAZ DEL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS	128
III. REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS .	129
IV. HACIA LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL TPF COMO UNA PARTE DEL ARBITRAJE	137
V. ESTUDIANDO LA CALIDAD DE LOS ÁRBITROS FRENTE A LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO FINANCIADOR.....	141
VI. CONCLUSIÓN.....	144

I. INTRODUCCIÓN

En definitiva, el dinamismo de las exigencias sociales que converge con el desenfrenado avance económico va generando situaciones jurídicas de controversia bastante intrincadas, complicando la labor de partes, abogados, jueces y árbitros que buscan defender y aplicar un raciocinio eficaz destinado a finiquitar una disputa, algunas veces dejando de lado algún dogma intrínseco originario.

Con el paso de las décadas, digamos los últimos 50 o 60 años (sin retroceder innecesariamente), el arbitraje ha evolucionado a paso firme, posicionándose hoy en día talvez como el mejor foro de solución de diferencias entre particulares, particulares contra Estados, etc.

Hemos llegado a la época donde no se puede considerar más al arbitraje como una vía secundaria para resolver de conflictos, ha merecido que se le catalogue como un medio alternativo de justicia que, inevitablemente, llegará a ser la principal elección de los particulares y Estados que deseen un dictamen eficaz a las rupturas derivadas de sus interrelaciones contractuales, sin devenir en la afectación de la arbitrabilidad de las materias.

¿Pero qué fue lo que provocó la ascendencia del arbitraje? El aspecto principalísimo que resaltamos de este método extrajudicial para solucionar disputas es la simplificación de barreras procesales en procura de la celeridad

de sus actuaciones¹, a diferencia de los procesos judiciales, donde las controversias ventiladas se resuelven a tránsito lento, dilatadas por la sobrecarga procesal generada, principalmente, por los constantes requerimientos materiales impulsadas por las partes, inoperantes en varios aspectos, y también por la poca movilidad del sistema de justicia estatal que representa un incentivo para aquellos que no están dispuestos a enfrascarse años en un proceso.

Ahora bien, no todo lo que brilla es oro. Así como el arbitraje posee sendos beneficios, los mismos pueden desencadenar situaciones adversas, aunque esto suene irónico. La contraposición a la velocidad en la que se resuelve un arbitraje es lo oneroso que resulta esta vía privada. Todos los dispendios que asumen las partes en los procedimientos arbitrales se incrementan si consideramos el factor tiempo, es decir, el lapso sumario con el que cuentan los protagonistas para efectuar los desembolsos que se exigen, ya que, no podemos olvidar que el arbitraje se paraliza si no se cumple con pagar los costos administrativos, honorarios de los árbitros, gastos por el exhorto de pruebas y otros gastos que surgen a lo largo del trámite.

Siguiendo en línea con lo antes mencionado, es importante entonces que las personas naturales o jurídicas que acuden a la jurisdicción arbitral cuenta con una solvencia económica para defender sus pretensiones durante el curso del procedimiento; sin embargo, no siempre se tiene a disposición un capital suficiente para afrontar un arbitraje, en esa situación, ¿Se debe renunciar al reclamo de un pedido por una escasez de dinero y no de razón? La respuesta inmediata debe ser una rotunda negación y la solución a esta adversidad, en cada vez más casos, lleva por nombre Third Party Funding.

La “novedosa” figura² nacida de una mixtura de principios jurídicos y económicos, encuentra una gran dimensión para actuar, siendo paulatinamente instrumentada en más arbitrajes comerciales o de inversiones, asimilando la

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José C. “Premisas en torno al procedimiento arbitral”, *Revista Iuris Omnes* de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Vol. XVII, Nº 1, 2015, p. 16.

² Utilizamos el término “novedosa” evaluando la actualidad de la figura, ya que si bien existen precedentes de esta figura como el contrato de seguro. (Clanthy, “Navigating the Waters of Third Party Funding in Arbitration”, in *The International Journal of Arbitration*, 2016, pp. 222), recién hace algunos años se ha consolidado como un centro de análisis más agudo.

posición económica entre los participantes del arbitraje y creando un ambiente sin complicaciones financieras.

II. PERSPECTIVA DEL *THIRD PARTY FUNDER* EN EL ARBITRAJE MODERNO

Antes de esbozar nuestras ópticas sobre este fenómeno, es importante definirlo, sin caer claro está en escrupulosas e innecesarias discusiones sobre su nomenclatura, ya que podemos hacer uso de variadas expresiones para referirnos a esta cuestión, por ejemplo, como financiadores externos, terceros inversionistas, etc. Actualmente, no representa una titánica labor la definición de los *Third Party Funding* o *Funder* (abreviadas como “TPF” sin distinción), pero tampoco existe un ismo exhaustivo en la doctrina para conceptualizar el financiamiento de terceros.

Sin afán de adherirnos a un concepto universal sobre los TPF, podemos citar la definición establecida por el reconocido profesor internacional Fernández Masiá, que considera que la financiación de terceros es:

[Un] contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución.³

El citado texto nos explica que el financiamiento por un agente externo al arbitraje se da por un contrato y, además, nos proporciona la función que cumple el *funder* que no es ni debe ser otra que coadyuvar económicamente a una parte arbitral a ejercer su defensa durante el periodo que dure la disputa de su derecho u obligación, sin caer en dificultades financieras que obstruyan el desarrollo del procedimiento.

A la definición antes expuesta por Fernández Masiá podemos agregar que no necesariamente son las empresas financieras, sociedades anónimas o comerciales, bancos o entidades de seguro las únicos capaces de brindar estas subvenciones, sino que también las personas naturales como inversionistas o

³ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *Revista Científica Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. VIII, N° 2, 2016, p. 216.

empresarios entran en la calidad de financiadores arbitrales si se encuentran en condiciones de aportar un fondeo⁴, aunque la tendencia en la práctica es que se acuda a compañías que posean un sector dedicado sólo al financiamiento de arbitrajes.

Sin duda, la financiación de litigio colabora con la tutela procesal efectiva, ya que permite que las personas accedan libremente a una jurisdicción en busca de justicia o defensa, sin que su escasez dineraria restrinja este derecho. La tutela a la jurisdicción efectiva implica que “*las partes tengan suficiente e iguales oportunidades para hacer valer sus derechos*”⁵, la misma que se manifiesta mediante alegatos, medios probatorios y otras cuestiones, pero es menester contar con los medios suficientes para hacer materializarlas, es ahí donde el financiamiento aparece como el remedio para equilibrar la balanza de oportunidades entre las partes.

A. Naturaleza del servicio brindado por los TPF

Una vertiente importante a tener en cuenta al estudiar el Third Party Funding es la naturaleza del servicio que ofrece. La doctrina internacional, en su gran mayoría, encasilla la prestación de financiamiento como una inversión, porque si bien el tercero llegará a percibir un beneficio pecuniario gradual si la parte financiada logra imponerse en el arbitraje, también asume responsabilidad en los riesgos que pueden desencadenar una resolución adversa⁶, por ejemplo, la pérdida total de su inversión, sin poder reclamar un regreso sobre su depósito, lo cual somete al financiador a una elección difícil cuando llega el momento de estipular los puntos del contrato de financiamiento (Contrato TPF).

⁴ El fondeo es definido en el Derecho Bancario como un procedimiento administrativo que se da en las secciones tesoreras de las entidades financieras para desarrollar o destinar recursos al préstamo, sea a corto o largo plazo.

⁵ UGENA - PÉREZ COROMINA, María. “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos: arbitraje y mediación”, *Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 62, N° 1, 2014, p. 159-189.

⁶ THEODULOZ, Santiago. “Third Party Funding: Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho de Montevideo*, N° 20, 2019, p. 159-187.

Sin desligarnos de lo dicho en el párrafo anterior, y con reparos sobre lo opinado por la doctrina, no creemos que la categoría del servicio de los terceros financiadores se apegue inflexiblemente a la de ser una inversión, sino que debemos encontrar una práctica más amplia de esta figura.

Como ya es sabido por todo profesional o estudiante de derecho, un principio del Derecho Civil y fundamental en toda relación jurídica es la autonomía privada de voluntad que, sin entrar a discutirla minuciosamente, es entendida como la capacidad de los particulares para autorregular sus vínculos contractuales mediante el pacto consensuado de las estipulaciones que las rigen, salvo claro los límites que impone el ordenamiento jurídico, orden público y buenas costumbres. Entonces, si sabemos que la financiación de terceros se da a través de un contrato, no hay límite regulatorio para que los contratantes decidan sobre la forma de pago de esta operación financiera una vez culminado el arbitraje o durante el mismo.

Entonces, si bien es cierto que la contraprestación que obtiene un financiador resulta, como es la regla, de un porcentaje del premio final que obtiene la parte con la que colabora, no existe impedimento legal o consuetudinario para que este pago pueda ser cumplido a través de otros medios, como la ejecución de una garantía real (hipoteca) o personal (fianza), previo consenso estipulado en el contrato de financiamiento⁷.

No pretendemos alentar a las malas prácticas contractuales, no predicamos el absoluto libre albedrío en los contratos, sólo tratamos de considerar cada arista del juego para encontrar la mejor operación de este fenómeno.

⁷ A nivel doctrinal y jurisprudencial, no se ha desarrollado la posibilidad de esta forma de pago a un tercero que financia las actuaciones procesales de una parte, sino que como adelantamos, el arraigo de la naturaleza de inversión en la labor de un financiador es aceptada sin ninguna crítica (NAVARRO, Seguimundo, “Cuestiones relativas al Third Party Funding en arbitraje”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. VII, Nº2, 2014, 801-805); sin embargo, no es descabellado que un financiamiento sea formado como un contrato de préstamo o de seguros.

B. Empleo eficaz del financiamiento por terceros

Otra de las interrogantes que podemos tratar en este acápite sobre los TPF es la variedad en su forma de instrumentalizar el servicio alcanzado por estas figuras externas del arbitraje.

El contexto actual del comercio internacional se ha dotado de innumerables matices que se incrementan en el momento que nace una diferencia entre las partes de un determinado acuerdo, que pueden ser sujetos privados, empresas multinacionales o Estados, y los cuales suelen discutir grandes montos dinerarios en un arbitraje, lo que, a su vez, aumenta la cuantía del proceso volviendo más caro⁸.

Los Third Party Funder no se limitan a actuar solo frente a la insolvencia total de una parte para afrontar un arbitraje; en la actualidad, se puede acudir a solicitar un respaldo económico en una pluralidad de circunstancias, las más comunes se presentan cuando se quiere procurar un prorrateo de los gastos que provoque el proceso arbitral para no afectar la estabilidad económica que se tiene, o por una estrategia empresarial – corporativa planeada minuciosamente; según los resultados mostrados en el “*Report of the ICCA-Queen Mary task force on Third-Party Funding in international Arbitration*”.⁹

Asimismo, sin perder la idea de estrategia, se ha manifestado también que un TPF puede “*generar prácticas poco éticas en el arbitraje, como la de promover demandas con poco sustento fáctico*”¹⁰, iniciando procesos que buscan perjudicar a un individuo o persona jurídica, pero que no guardan una lógica sustancial.

Atendiendo a la idea anterior, debemos manifestar que no compartimos del todo aquel criterio, aunque no negamos rotundamente que podría presentarse en algunas demandas malintencionadas. La regla dicta que el funder suele revisar

⁸ BONILLA HERRERA, Kristhy M. “Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de la Maestría de Derecho*, N° 6, 2018, p. 265-328.

⁹ The ICCA Reports N° 04, abril del 2018, p. 20

¹⁰ GARINO, Joaquín – PICARDO, Sebastián. “Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional”, *Revista de Derecho*, Vol. 18, N° 35, 2019, 39-60.

previamente los casos que le son ofrecidos, examinando detenidamente las probabilidades de éxito y riesgo y siendo diligentes a la hora de decidir la aprobación o denegación del servicio financiero. Un TPF experimentado siempre evitará (i) una inversión o préstamo dinerario de mediana o gran magnitud sin la indagación de riesgo adecuado, o (ii) un desprestigio empresarial nacido de una errónea decisión de financiamiento, por lo que, desde un punto de vista práctico, estas prácticas anti-arbitraje, de darse, se darían en situaciones excepcionales.

Finalmente, es conveniente mencionar que la participación de un tercero financiador podría estimular una suerte de sesgo en el tribunal arbitral que podría manifestarse mediante una inclinación en el juicio a favor de la parte financiada. Sintetizando lo anterior, decimos que el hecho que una parte haya conseguido un método para acceder a fondos necesarios para mantener su disputa, suscitará una idea de razonabilidad en el tribunal, es decir, que los árbitros llegaron a considerar dos aspectos un poco ambiguos, pero valorables en cierta medida, por ejemplo: (i) La convicción de la parte para tramitar el arbitraje con el aval de un TPF, y, (ii) La tendencia de los financiadores para evitar arriesgar dinero y reputación en una controversia estéril. Este sesgo no debería desnivelar el estándar de razón que tienen las partes al inicio de todo proceso, la cual es equivalente.

III. REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS

El desarrollo del financiamiento de terceros ha sido tan acelerado que parece haber dejado atrás los intentos de los legisladores por actualizar sus legislaciones arbitrales, si es que hubo iniciativas para regularizar esta figura, no obstante, sostener que hay una inobservancia legal absoluta del financiamiento por terceros sería un imperdonable error.

Actualmente, podemos encontrar ciertos aportes de algunos Estados que han modernizado su *lex arbitri*¹¹ con el fin de abordar aspectos mínimos del

¹¹ Podemos resaltar la labor jurídica de Singapur y Hong Kong, actualmente consideradas como potencias arbitrales y sedes idóneas para ventilar arbitrajes internacionales, principalmente por el desarrollo normativo de sus principales centros de arbitraje. Tanto el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) y el Centro

fenómeno, así como contribuciones elementales de importantes autoridades arbitrales a nivel internacional como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que han propiciado las pautas de una futura regulación general de los TPF, y accesoriamente, las reglas de soft law han proporcionado visiones flexibles sobre el tratamiento de esta cuestión.

En primer lugar, refiriéndonos a las disposiciones establecidas por la *International Chamber of Commerce*, en sus Arbitration Rules publicadas el 1 de enero del 2021, específicamente en su artículo 11 apartado 7, brindan alcances que deben tomar los participantes de un arbitraje:

Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.

La CCI plasma en sus reglas criterios genéricos que doctrina autorizada y jurisprudencia habían desarrollado durante años pasados, no encontramos perspectivas innovadoras. Sin embargo, resaltamos que la sola presencia de esta referencia en una normativa arbitral líder, permite que los arbitrajes llevados en distintas sedes tomen como referencia esta disposición.

Un análisis más detallado merece las iniciativas que han tenido lugar en el CIADI, acaso el cuerpo legislativo que mejor ha desarrollado estipulaciones específicas sobre la mayoría de repercusiones que causan los terceros financiadores, lo que no es raro, tomando en cuenta que la mayoría de procesos donde participan estos se han dado en el arbitraje de inversiones.

de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en sus artículos 24 y 44, respectivamente, exigen a las partes revelar si cuentan con un acuerdo de financiamiento, el nombre del financiador, y en algunos casos, los términos del acuerdo. Asimismo, podemos mencionar la labor del Centro de Arbitraje y Mediación Brasil-Canadá, que en la Resolución Administrativa N° 18 del 2016 estudian algunos aspectos arbitrales que se generan por la presencia de un tercero financiador.

En el documento de trabajo N° 4 del CIADI, publicado el 27 de febrero de 2020¹², se exhibió una versión actualizada de las propuestas de enmiendas a las reglas del Centro- las que trataremos como reglas propiamente en adelante, esto por su gran probabilidad de ser aceptadas por la comunidad experta del CIADI-, acompañada de importantes comentarios de Estados Miembros para adecuar las disposiciones a los requerimientos actuales del ejercicio arbitral. En esta carta, la regla 14 tiene un espacio exclusivamente referido a los terceros financiadores, presentando la siguiente redacción:

(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento.

(2) El tercero al que se refiere el párrafo [uno] no incluye al representante de una parte.

(3) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo [uno] al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.

(4) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b).¹³

¹² CIADI, “Propuestas de Enmienda a las Reglas del CIADI” (Documento de Trabajo N°4), pp. 39-40. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>

¹³ Regla 19: “Aceptación del Nombramiento (...) (3) Dentro de los 20 días siguientes a la recepción de la solicitud de aceptación de un nombramiento, la persona nombrada

(5) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3)¹⁴ si lo considera necesario en cualquier momento del procedimiento.

Sin duda, estas próximas reglas del CIADI han expuesto pormenores notables sobre el *Third Party Funding*, orientados no sólo a revelar el financiamiento, sino también a aspectos colindantes.

En el primer inciso de la regla 14, se indica que las partes por iniciativa propia deben revelar sus relaciones de financiamiento y la denominación de aquel que le esté brindando esta asistencia, secundando la necesidad de que la contraparte o los mismos árbitros soliciten la divulgación fundamentada en la expansión del principio de buena fe en el debido proceso que deben cumplir las partes, sustento principal en los precedentes arbitrales para que los tribunales ordenen la revelación de los acuerdos financieros, tal como sucedió en el *Caso Bayens v. Kinross Gold Corp* (2013)¹⁵ que, si bien fue resuelto por un tribunal estatal de Canadá, siguió el criterio de la necesaria divulgación del financiamiento como una condición *sine qua non* para aprobar el uso de mismo y evitar menoscabos al procedimiento.¹⁶

Sobre este inciso, tanto Chile como Argentina consideraron que la divulgación también debe incluir la identidad del beneficiario final y la estructura

deberá: (a) aceptar el nombramiento; y (b) proporcionar una declaración firmada en la forma publicada por el Centro, en la que indique cuestiones tales como la independencia, imparcialidad, disponibilidad del árbitro y su compromiso de mantener la confidencialidad del procedimiento”.

¹⁴ Regla 36: “*La Prueba: Principios Generales: (...) (3) El Tribunal podrá requerir a una parte que presente documentos o cualquier otro medio de prueba si lo considera necesario en cualquier momento del procedimiento”.*

¹⁵ *Bayens v. Kinross Gold Corp*, Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá (2013)

¹⁶ Sobre el deber de revelar cualquier circunstancia relevante para el arbitraje que deben cumplir las partes, se encontraba inmerso la obligación de divulgar la relación de financiamiento, considerándola como una norma procesal generalizada derivada de la idea de cooperación *bona fides* dentro del arbitraje, lo que se consideraba como una sustitución ante la falta de ley arbitral sobre la materia. (SAMUELS, David, “Third-party funding: avoiding the pitfalls”, *Global Arbitration Review*, 24/06/2011, disponible en <https://globalarbitrationreview.com/third-party-funding/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls>)

corporativa del acuerdo para verificar el nivel de participación material del tercero y conocer la verdadera naturaleza del auxilio económico; en la misma línea, China recomienda una rigurosidad aún más aguda, adicionando a la redacción de este acápite unas líneas destinadas a la imposibilidad de la parte financiada de negarse a la difusión del TPF por razones de información comercial sensible o cláusulas de confidencialidad.

Compartimos esta última posición expuesta por el Estado Chino, la cual debería ser observado por las leyes arbitrales y los principales centros de arbitraje en sus posteriores reformas normativas que aspiran a incorporar directrices sobre el financiamiento arbitral, ya que disminuiría considerablemente el afán de debatir la procedencia de divulgar el financiamiento, sería una discusión menos que colaboraría con la celeridad del arbitraje. Además, la divulgación exigida de los TPF sigue el camino de proteger la transparencia del arbitraje, evitando el ocultamiento de hechos que son relevantes para mantener una visualización total del caso.

Respecto al segundo inciso de la regla 14, se presenta una distinción entre la figura del *Third Party Funding* y los representantes de las partes arbitrales¹⁷. Esta diferencia en la percepción de ambos fenómenos procesales resulta ser controvertida, porque si bien los representantes ejercen la defensa de una parte o la atestiguación, en la *praxis* suele asimilarse su condición a la de un financiador; no obstante, podría suceder que el representante de la parte sea el financiador del litigio también, quedando fuera de la aplicación del segundo apartado de la regla.

Sobre lo último, sintonizamos con el punto de vista del Estado Chileno que propone eliminar esta sección o, en todo caso, para efectos de no afectar la divulgación, se agregue a la redacción la salvedad de la aplicación de esta

¹⁷ Las Directrices de la IBA sobre representación de parte, aprobadas el 25 de mayo del 2013, definen al “*representante de parte*” como “*cualquier persona, incluyendo un empleado de la Parte, que comparezca en un arbitraje en nombre de una Parte y que haga presentaciones, declaraciones o formule argumentos ante el Tribunal Arbitral por cuenta de dicha Parte, distintas a las personas que comparecen en calidad de Testigos o Peritos, independientemente de estar o no legalmente calificados (...)*”.

disposición cuando se compruebe que el representante es al mismo tiempo el *Funder*.

En lo que respecta a los incisos 3 y 4, están referidos al tiempo en el que pueda darse la revelación sobre la existencia de un acuerdo TPF, pudiendo ser expuesta junto a la solicitud de arbitraje, formando parte de los detalles a considerar en el inicio del proceso, o también, de manera posterior si el pacto es celebrado durante la tramitación del arbitraje, debiendo ser oportunamente informado al tribunal arbitral para que los integrantes del mismo extiendan sus declaraciones sobre cualquier circunstancia vinculada a los estándares de imparcialidad e independencia ante la presencia de un tercero, cuestión que será estudiada a detalle con posterioridad.

Finalmente, la última sección del artículo 14 del Documento del CIADI está referida a una divulgación amplificada, misma que comprende no solo de la existencia del financiamiento, sino además los términos que materializan el convenio, aunque solamente en las circunstancias pertinentes a juicio del tribunal arbitral, aspecto que no es compartido por las opiniones de Costa Rica que, al parecer, pretende flexibilizar esta regla para ampliar el número de situaciones que abriría paso a la revelación de los términos del acuerdo y conceder una mayor discreción a las partes¹⁸.

¹⁸ A pesar de la renuencia de Argentina al financiamiento de terceros, sigue un criterio modernista sobre la revelación de esta cuestión, específicamente recia para que se revelen los términos del financiamiento en el arbitraje, para la cual propone diversas circunstancias que vuelven necesaria la divulgación amplia, que pueden ser enlistadas de la siguiente manera: (a) verificar si la parte no cedió su reclamo o el derecho a cobrar el resultado de su reclamo; (b) la parte financiada contrato a su propio abogado independiente; (c) el tercero financiador no debe causar, directa o indirectamente, que el abogado de la parte financiada actúe en incumplimiento de sus deberes profesionales, ni tomar control de decisiones hecho por un abogado; (d) el tercero financiador no debe intentar influir en el abogado de la parte financiada para ceder el control o la conducta de la disputa al financiador; (e) el tercero financiador estará obligado a seguir las mismas reglas de confidencialidad que se aplican a todas las partes en el arbitraje; (f) no se debe permitir que el tercero financiador retire el apoyo durante el procedimiento, y, (g) el tercero financiador no debe ser una parte encubierta o la parte interesada real.

Generalmente, la divulgación de los términos del financiamiento por terceros ha recibido opiniones reuentes de la doctrina internacional, apoyados casi siempre por la idea de no atentar la confidencialidad del acuerdo, y copulativamente, que un tribunal arbitral no tiene competencia para imponer esta obligación a los terceros.

Jurisprudencialmente, la regla sigue la conformidad de revelar sólo la existencia de financiamiento, aunque existen precedentes que se han apartado de la línea y promulgan circunstancias excepcionales donde era imperativo develar los detalles del contrato TPF, aportando algunas particularidades que abren la posibilidad de extender el deber de exhibición, por ejemplo, la demostrada insolvencia de una de las partes que ponga en peligro la efectividad en el cumplimiento del laudo y pretensiones adicionales como la caución de costos entre otras.

Lo último, se ve reflejado en el reconocido caso *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri v. Turkemistan* (2013)¹⁹, el tribunal arbitral atendió positivamente la solicitud de la demandada para que se revele todo acuerdo de financiamiento de la otra parte, junto con los detalles del contrato. Citamos parte de la resolución a continuación:

El Tribunal ha decidido que las demandantes deben revelar si sus reclamos en este arbitraje están siendo financiados por un tercero y, de ser así, los nombres y detalles del tercero financiador, y los términos de ese financiamiento. La decisión del Tribunal se basa en los siguientes factores:

Primero, la importancia de asegurar la integridad del proceso y determinar si cualquiera de los árbitros se ve afectado por la existencia de un tercero financiador. A este respecto, el Tribunal considera que la transparencia en cuanto a la existencia de un tercero financiador es importante en casos como este.

En segundo lugar, aunque aún no lo ha hecho, la demandada ha indicado que hará una solicitud de garantía por costos [Basado en la incapacidad de las demandantes para hacerle frente a las costas del

¹⁹ *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri v. Turkemistan*. Caso CIADI N°ARB/12/6. Orden Procesal N° 03, 12 de junio de 2015.

arbitraje] y que las demandantes no han negado que haya un tercero financiador para las reclamaciones en este arbitraje.

En las circunstancias, el Tribunal simpatiza con la preocupación de la demandada de que, si tiene éxito en este arbitraje y se dicta una orden de costas a su favor, las demandantes no podrán para cubrir estos costos y el financiador externo habrá desaparecido ya que no es parte de este arbitraje.²⁰

La citada resolución demuestra los requisitos contiguos para solicitar la exhibición documental del acuerdo de financiamiento. En contraposición con la regla, creemos que la revisión diligente del contrato puede despejar dudas de parte y árbitros, así como conocer a detalle la condición de asistencia financiera, lo que puede lograrse sin atentar la confidencialidad, dejándose a un asistente pericial la labor de determinar la relevancia de conocer el acuerdo, presumiendo que el argumento sobre lo confidencial será disminuido con el tiempo.

En contraposición, la regla dicta una resistencia a revelar los documentos del financiamiento, uno de los primeros casos que inauguraron esta posición fue *South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia* (2013), el tribunal constituido en la órbita de la CPA siguió el criterio mayoritario y negó revelar los términos del acuerdo de financiamiento como lo solicitó Bolivia, a lo que resolvió:

Finalmente, en cuanto a la divulgación de los términos del convenio de financiación celebrado con el tercero financiador, el Tribunal rechazará dicha solicitud.

En primer lugar, porque, por las razones antes mencionadas, circunstancias excepcionales se requieren, y la mera existencia del financiador no es suficiente para ordenar eso. Por lo tanto, no es relevante en estas circunstancias particulares determinar si el tercero financiador asumiría o no una eventual adjudicación de costos a favor de Bolivia.

En segundo lugar, porque no se han acreditado circunstancias adicionales que, a juicio del Tribunal, justifiquen la modificación de las

²⁰ Traducción libre.

decisiones ya adoptadas sobre la producción de documentos en la fase procesal correspondiente.²¹

A pesar de que las disposiciones citadas poseen un gran valor normativo que ha colaborado con la resolución de complejos casos que se enfrentaron a las incertidumbres que suscitaron los TPF que patrocinaron a distintas partes arbitrales; queda todavía la interrogante sobre la urgencia de crear un marco jurídico detallado que legisle la totalidad de implicancias del financiamiento por terceros, porque si bien muchas de las cuestiones suscitadas por el efecto participativo de estos han sido abordadas por la doctrina y jurisprudencia, recibiendo gran aceptación en la comunidad arbitral, persisten algunas situaciones que siguen generando polémica en torno a la falta de una regulación específica.

IV. HACIA LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL TPF COMO UNA PARTE DEL ARBITRAJE

Aunque pueda causar extrañeza, se ha llegado a considerar circunstancias donde los terceros financiadores puedan convertirse en parte del arbitraje, alterando su naturaleza inicial de entidad o sujeto ajeno a la jurisdicción arbitral.²²

Un caso que atañe la posibilidad de afectación jurisdiccional del tribunal arbitral si se llegase a demostrar la presencia de un financiador que contribuye con una de las partes es el *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A., y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República de Argentina* (2008)²³ que se llevó a cabo en foros del CIADI, donde la decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre del 2012, sostuvo que la competencia del tribunal no se ve afectada por la cesión de crédito de la parte hacia el financista.

²¹ Traducción libre. *South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia* (2013), Caso CPA No. 2013-15, Orden Procesal N° 10, 11 de enero del 2016.

²² FRIGNATI, Valentina. "Ethical implications of third-party funding in international arbitration", *Arbitration International*, Vol. 32, N° 3, 2016, p. 505-522.

²³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A., y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción, 21 de diciembre del 2012.

Haciendo una somera explicación introductoria sobre el arbitraje, todo conflicto que se pretenda juzgar en esta vía de justicia requiere de un consentimiento ya sea probado o demostrable, pudiendo ser manifestado a través de medios expresos como la firma de un convenio arbitral inmerso en un contrato, o también “*por medio de conductas que permitan inferir una declaración tácita de voluntad*”²⁴ si se pretende atraer a partes no signatarias al arbitraje.²⁵

El hecho que un “*financiado adquiera un interés económico gradual en el resultado del caso, además de conseguir cierta capacidad para ejercer un control sobre la estrategia o lineamiento de defensa de la parte que está financiando*”²⁶ no puede ser asimilada a un consentimiento de arbitrar, tampoco a una cesión del riesgo o las pretensiones; por lo general, el consentimiento tácito de los sujetos no signatarios es considerado posible, a más tardar, durante la ejecución del contrato, aspecto que imposibilitaría considerar una intención del tercero de verse afectado por el alcance objetivo y subjetivo del convenio arbitral, ya que ellos aparecen una vez iniciado el procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, en Derecho nada se puede aseverar como absoluto. Quizá de una manera forzada, podríamos traer a colación una situación excepcional donde el *funder* se convierta en parte. Esta podría ser cuando en el contrato de financiamiento se transfiera la totalidad de derechos reclamados o el absoluto control sobre el reclamo; sin embargo, no visualizamos este supuesto como idóneo, porque resultaría confuso catalogar de tercero a un financiador que asume la responsabilidad total del caso, manejando los hilos estratégicos de una desavenencia que no fue suya. Sinceramente, consideramos reducida esta

²⁴ CAIVANO, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades: Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral quien no ha sido signatario”, *Revista del Circulo Peruano de Arbitraje Lima Arbitration*, N°1, 2006, p. 121-162.

²⁵ Las partes no signatarias son definidas como aquellos sujetos que no han firmado el acuerdo de arbitraje que sustenta el procedimiento arbitral, pero que, en base a sus conductas determinantes en cualquiera de las fases del contrato que contiene el convenio arbitral o los beneficios que obtuvo de esta relación jurídica, es alcanzada por los efectos del arbitraje. Un ejemplo claro de esta figura la encontramos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana.

²⁶ VON GOELER, Jonas. *Third-party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2016, p. 207.

posibilidad, pero es mejor tenerlo en cuenta, a fin de evitar un lamento innecesario de excesiva confianza en lo común.

En *CSOB v. Eslovaquia* (1997)²⁷, el Estado demandado solicitó una desestimación de jurisdicción por considerar que el demandante había transferido los riesgos económicos a la República Checa a través de un acuerdo de fondeo, por lo que había dejado de ser parte en el proceso, ante lo cual el Tribunal arbitral sostuvo que “*la reputación del reclamante no se ve afectado por la transmisión de los riesgos a un tercero, porque esto no priva de interés al reclamante*”, es decir, la transmisión de ciertos riesgos o derechos después de iniciado el arbitraje no impactan negativamente en la jurisdicción del arbitraje.

Misma línea argumentativa fue seguida por el tribunal del caso *Rosinvestco UK Ltd v. La Federación Rusa* (2006)²⁸, donde el demandante paralelamente al iniciar el arbitraje contra el Estado, finalizó un acuerdo de participación donde cedió el 100% de sus acciones a Elliot Internacional, empresa con sede en una isla de propiedad británica. El Estado Ruso al tomar conocimiento de esta acción corporativa, acudió ante el tribunal para alegar que la demandante inicial solo era una fachada que no contaba ya con algún interés en el procedimiento; no obstante, el tribunal siguiendo el criterio del caso *CSOB*, resolvió que este hecho no afecta su competencia, ya que el reclamante inicial seguía siendo el dueño legal y material de la controversia porque las pretensiones seguían en el ámbito subjetivo de *Rosinvestco* y no podía desprenderse un traspaso de derechos hacia Elliot.

Los precedentes citados sientan una posición exhaustiva sobre la naturaleza de tercero del financiador, negándose a ir contra de esta idea; sin embargo, podrían existir arbitrajes sumamente confidenciales que analicen de manera divergente esta cuestión donde podrían estudiarse los “arbitrajes títere” entendidos como procesos donde las partes formales sólo representan figurativamente al arbitraje, pero dejando el interés material a otros sujetos.

²⁷ *CSOB v. Eslovaquia*, Caso CIADI N°ARB/97/4, Decisión del Tribunal sobre Excepción parcial a la jurisdicción, 1 de diciembre del 2000.

²⁸ *Rosinvestco UK Ltd. v. Federación Rusa*, Caso SCC N°V079/2005, Laudo final, 12 de septiembre del 2010.

Es importante preguntarnos sobre el génesis de esta discusión, encontrando una posibilidad en algunas disposiciones de *soft law*²⁹, concretamente, en las directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de interés en el arbitraje, aprobadas en el 2014, donde en su norma general 6 expone la siguiente escritura:

(b) Si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte.

Luego, en la nota explicativa de este apartado enuncia:

Cuando una parte en arbitraje internacional es una persona jurídica, otras personas físicas o jurídicas pueden tener una relación de control sobre dicha entidad, o un interés económico directo en, o una obligación de indemnizar a una parte por el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje. Cada situación debe evaluarse individualmente, y la Norma General 6 (b) clarifica que puede considerarse que esas personas jurídicas e individuos son efectivamente dicha parte. Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte.

Ciertamente, resulta complejo encontrar el preciso sentido pretendieron brindar los redactores de esta disposición; sin embargo, creemos que la asimilación de un *third party funding* a la parte se realizó con el propósito de ampliar el deber de revelación de los árbitros o las partes sobre las relaciones que posean con agentes que intervienen en los arbitrajes sin tener una relación directa con la

²⁹ Si bien el “Derecho blando” (*soft law*) no posee fuerza imperativa en ninguna jurisdicción, la amplitud de la doctrina arbitral, representadas por Born, Park, Kauffman-Kohler y otros profesores de trayectoria internacional, aceptan la importancia que posee para contribuir al entendimiento de puntos controvertidos en el arbitraje. La jurisprudencia también adopta estas directrices como referencia un tanto indispensables para la resolución de discusiones puntuales; *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentina*, Corte Permanente de Arbitraje (2010); Procedimiento arbitral TAS y Recurso de Apelación ante la Corte Suprema de Suiza (Arbitraje Deportivo), Decisión 4ª_506/20071 (2008).

disputa, a fin de evitar algún menoscabo desencadenado por la omisión de un hecho que podría afectar el estándar de imparcialidad o independencia del procedimiento, no obstante, una fracción de la doctrina podría basarse en este precepto para referirse a problemáticas jurisdiccionales que causa la presencia de un financiador. Desde nuestra posición, sopesamos que es realmente difícil que un TPF quiera arbitrar discordias que no nacieron de su ámbito jurídico, aventurándose a defender una posición con matices desconocidos.

Sintetizando nuestros argumentos sobre este punto, decimos que: (i) la naturaleza de tercero del *funder* debería permanecer inalterable durante el procedimiento, (ii) Existe una renuencia a estimar un TPF como una parte no signataria del arbitraje, porque el primero no participó en el contrato que sustenta el arbitraje, y (iii) porque sostener lo contrario sería como declarar que un *third party funding* se financia a sí mismo, afirmación que resulta ambiguo en todas sus líneas.

V. ESTUDIANDO LA CALIDAD DE LOS ÁRBITROS FRENTE A LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO FINANCIADOR

Mucho se ha dicho sobre la utilidad de los terceros financiadores, vistos como “agentes de luz” que brindan fondos en situaciones precarias que presentan aquellos que pretendan reclamar sus derechos en vía arbitral, pero, es importante observar las dos caras de la moneda, porque, así como esta figura se envuelve en beneficios, si no está debidamente regulada es capaz de provocar ciertos desmanes.

Anteriormente enunciamos la relevancia que tiene la divulgación sobre la existencia de un financiador, labor que debe corresponderle a la parte como un desprendimiento de su conducta de buena fe procesal, ya que es una decisión importante que puede prevenir lamentos innecesarios como los conflictos de interés en los miembros del tribunal arbitral. En palabras de Rogers “*el hecho que las reglas arbitrales existentes no exijan a las partes la obligación de divulgar la participación de terceros financiadores no es un pretexto para abstenerse de divulgarlas*”³⁰. Principalmente, la revelación está enfocada en estudiar a profundidad las relaciones que existen entre los árbitros y estos

³⁰ ROGERS, Catherine. *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, Reino Unido, 2004, p. 230.

terceros, y si estas son suficientes para echar a perder la percepción de imparcialidad e independencia que existía en los árbitros antes de tomar conocimiento sobre la cuestión de financiamiento.³¹

Es aquí donde la existencia de confidencialidad que pueda existir entre la parte financiada y el *funder*, se subordina a la protección de la transparencia del arbitraje, indispensable en todo proceso³² direccionado a proteger un juicio eficaz y sin secretos.

La no revelación oportuna de cualquier relación de financiamiento inducirá que la contraparte tome acciones que dilaten el arbitraje o lo vuelvan inútil, como presentar peticiones dirigidos a proteger o reponer el debido proceso, sustentado en que la presencia de un financiador externo no permitió un correcto ejercicio analítico de la calidad profesional y personal de los árbitros para demostrar que los mismos se encuentran en condiciones suficientes para resolver sin apasionamientos la controversia a su cargo. Las solicitudes para blindar el derecho a la tutela procesal efectiva pueden ser interpuestos durante el arbitraje, luego de conocer la relación de financiamiento, o también en foros judiciales, cuando el vencedor busque ejecutar el laudo, restándole eficacia al dictamen de los árbitros.³³ Por supuesto, la relación de una parte con un tercero debería pasar desapercibida para el tribunal, pero existen precedentes donde estos vínculos han inutilizado años de disputa en sede arbitral, incluso desembocando en la anulación del laudo final.

³¹ A nivel internacional, las aperturas para analizar conflictos de interés en los árbitros no requieren pruebas íntegras sobre la calidad de los árbitros, resulta suficiente que existan presunciones justificadas o dudas potenciales sobre este aspecto, lo que se conoce en la jurisprudencia inglesa y norteamericana como el “*appearance of bias*” (BERKER, Mark - GREENWOOD, Lucy, “Are Challenges Overused in International Arbitration?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 3, No. 2, 2013).

³² FEBLES POZO, Nayiber. “La transparencia en el arbitraje internacional y los tratados bilaterales de inversión”, Tesis ubicada en la Universidad de Girona, España, 2019, p. 45.

³³ FORMENTO, Luciana – NUÑEZ, Victoria. “Conflicto de interés y exequátur de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista de Derecho*, Año 13, Nº 26, 2014, 248-266.

Resaltando lo anterior, el caso *SAJ & Avax v. Société Tecnimont SPA*³⁴ demuestra el calibre que deben asimilar las partes al momento de estudiar sus lazos con terceros que pueden vincularse de manera indirecta a la discusión de sus pretensiones.

En este arbitraje llevado bajo las reglas de la CCI en París, el tribunal arbitral dictó un laudo parcial el 10 de diciembre del 2007 a favor de Tecnimont, que posteriormente se vería enfrentado a una apelación interpuesto por Avax en la *Cour d' Appel* de París, que sustentó su recurso en base a la presunta falta de imparcialidad del presidente arbitral, ya que no había revelado las relaciones laborales entre el bufete de abogados internacional en el que era miembro y las diversas compañías que pertenecían al grupo empresarial de Tecnimont.

Luego de diversos enfrentamientos de las partes ante la Corte de Apelación y la Corte de Casación de París, el expediente fue enviado a un Tribunal de Reims, que decidió anular el laudo parcial del 2007 el 2 de noviembre del 2011, siguiendo el criterio de la Corte de Apelaciones de París, sosteniendo que los árbitros tienen la obligación de revelar todas las circunstancias que puedan dar pie a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia y que, en el caso concreto, el presidente del tribunal arbitral, al no revelar los vínculos que tenía la firma de abogacía internacional con Tecnimont, brindó una revelación incompleta para analizar conflictos de intereses, y esto provocó que el tribunal se haya visto afectado por un sesgo de parcialidad al resolver la controversia.

Finalmente, en una nueva decisión de la Corte de Apelaciones de París en abril del 2016, confirmó el laudo dictado por el tribunal arbitral, alegando una expiración del derecho a recusar a los árbitros una vez vencido el plazo otorgado por las reglas arbitrales.³⁵

³⁴ *SAJ & Avax v. Société Tecnimont SPA*, Corte de Apelaciones de Reims, decisión sobre anulación de laudo del 2 de noviembre del 2011; Corte de Apelaciones de París, decisión sobre anulación del 12 de abril de 2016.

³⁵ La decisión de la Corte de Apelaciones se basó en el principio de preclusión procesal que se encuentra cobijado en el artículo 1466 del Código de Procedimiento civiles, donde se establece que “*se considera que una parte que se abstuvo de alegar una irregularidad a su debido tiempo ante el tribunal arbitral ha renunciado a su derecho*”

Independientemente de la culminación del caso, es importante citar porque nos muestra las consecuencias de un estudio genérico de las relaciones entre las partes o árbitros con terceros, además, en todas las cortes locales por las que el expediente tuvo lugar, se resaltó la obligación que tienen los árbitros de investigar debidamente sus lazos con terceros que puedan intervenir directa o indirectamente en el arbitraje, y más aún, tratándose de sujetos que, no siendo partes, tienen interés directo en el arbitraje como los TPF.

Entonces llegamos al punto de sostener que es indispensable la revelación de un financiamiento, no sólo por ser una conducta de buena fe, sino para evitar que un pronunciamiento en sede arbitral sea luego desestimado por un hecho que, a primera vista, no tendría por qué impactar en el arbitraje.

VI. CONCLUSIÓN

Sin duda alguna, el *Third Party Funding* trae consigo un bagaje de opiniones que enriquecen el arbitraje, convirtiendo esta vía alternativa de justicia en un fenómeno aún más interesante.

Aún hoy queda pendiente afinar muchos aspectos sobre esta figura, pero ello no implica que se carezca de un entendimiento bastante probado sobre la misma para encuadrar los efectos que es capaz de generar su naturaleza y función. Al parecer, cuestiones como la divulgación obligatoria del financiamiento y los conflictos de interés que se provocan por su presencia mantienen una tendencia que, a falta de reglas o leyes, es seguida por los precedentes internacionales más importantes.

La finalidad de exponer las diversas posiciones doctrinarias y los puntos de vistas prácticos, acompañadas de un sentido personal sobre la figura, van dirigidas a enriquecer el debate y encontrar nuevas ideas que complementen lo ya exhibido en diversas jurisdicciones al respecto.

Hemos tratado de enfocarnos en los puntos más importantes, ya que la extensión de este artículo no nos permite abordar las innumerables aristas que el estudio

a hacer valer dicha irregularidad en una etapa posterior". La búsqueda de este principio procesal busca evitar acciones dilatorias o de mala fe que puedan ser impulsadas por las partes para retrasar la decisión sobre una controversia.

de este fenómenos trae-y traerá-consigo , sin perjuicio de sumirnos en nuevas investigaciones sobre el tema a fin de enriquecer nuestra idea o conocer otras, esperando que los lectores puedan forjarse una posición acorde a la expuesta o contraria a fin de crear más polémicas que colaboren al desarrollo argumental de los terceros financiadores.

Medidas fiscales y expropiación: El lado tributario del arbitraje de inversiones

Mauricio Ariel Viscarra Azuga*

Resumen- Dado que la potestad tributaria es una de las manifestaciones de soberanía más representativas de todo un Estado, a menudo es considerada una materia no arbitrable o, en cualquier caso, reservada para sus propias cortes constitucionales. A ello se suma que muchos Tratados Bilaterales de Inversión tienen exclusiones específicas sobre materia tributaria. No obstante lo anterior, y sujeto a ciertas condiciones particulares, los tribunales arbitrales han tenido la oportunidad de laudarse sobre casos cuyo punto álgido de la controversia fue la aplicación de medidas tributarias. En efecto, la jurisprudencia arbitral ha concluido que en estos procesos no se cuestiona la soberanía de un Estado para crear, modificar o suprimir tributos, ni tampoco la constitucionalidad de estos, pues en ambos casos el tribunal arbitral carecería de competencia. Lo que realmente se disputa en estos arbitrajes es si, como resultado de estas medidas, la inversión ha sido sustancialmente afectada, lo que derivaría en una expropiación indirecta. Ambas partes tendrán un estándar probatorio bastante alto. Por una parte, el inversor tendrá que demostrar que la inversión fue holísticamente afectada, no solo parte de ella. Por su lado, el Estado tendrá que demostrar que aplicó estas medidas dentro de un umbral de tributación permisible. Por lo expuesto, es correcto afirmar que los efectos económicos emergentes de una medida tributaria son arbitrables, mientras que la medida en sí misma no lo es.

Abstract- Since a State's taxing powers is one of the most representative demonstrations of sovereignty, it is often deemed as a non-arbitrable matter or, in any case, reserved for its own constitutional courts. Moreover, many Bilateral Investment Treaties have specific exclusions on tax matters. Notwithstanding

* Asociado Senior en Ferrere Abogados (La Paz, Bolivia). Correo: Mauricio.viscarra.azuga@gmail.com.

the foregoing, and subject to certain conditions, several arbitral tribunals have had the opportunity to rule on cases whose peak of the dispute was the application of tax measures. Indeed, in these arbitrations, neither the sovereignty of a State to create, modify or suppress taxes nor its legality is being discussed, since in both cases the arbitral tribunal would lack jurisdiction. What is really at stake in these arbitrations is whether, because of these measures, the investment has been substantially affected, causing an indirect expropriation. Both parties will have high standard of proof. On one hand, the investor will have to demonstrate that the investment was holistically affected, not just part of it. On the other hand, the State will have to demonstrate that it applied these measures within a permissible tax threshold. Thus, it is correct to affirm that economic effects emerging from a tax measure are subject to arbitration, while the measure itself is not.

I. INTRODUCCIÓN.....	147
II. POTESTAD TRIBUTARIA O IMPOSICIÓN DE PODER.....	148
III. ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA	151
IV. OTRAS MEDIDAS TRIBUTARIAS	162
V. EXPERIENCIA BOLIVIANA.....	167
VI. CONCLUSIÓN.....	169

I. INTRODUCCIÓN.

Los arbitrajes de inversiones son procedimientos a través de los cuales los inversores extranjeros tienen la posibilidad de resolver las controversias suscitadas con Estados, en el marco de sus inversiones. Este proceso arbitral es una salida atractiva para inversores pues les permite litigar ante un tribunal imparcial y objetivo (lo que, en los hechos, no ocurre cuando se demanda al Estado a través de las cortes locales). Bajo esta premisa, la posibilidad de acudir a un arbitraje de inversiones es, para el inversor, una garantía de imparcialidad.

En esta materia, es una máxima indiscutible que la piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad. El arbitraje nace, en esencia, de un acuerdo. En virtud de dicho acuerdo, el inversor podrá demandar al Estado por la violación

de sus derechos patrimoniales como inversionista. Estos derechos pueden ser afectados de diferentes formas y en diferentes magnitudes. Una de estas es la aplicación de medidas tributarias.

Las medidas tributarias, sin embargo, representan un elemento inherente a la soberanía. No parece, en principio, ser posible amalgamar el arbitraje y la aplicación de medidas tributarias. Así, el presente artículo tiene por objeto analizar aquellas situaciones en las que los efectos de estas medidas tributarias sí podrían ser sometidos a un proceso arbitral, sin quebrantar el principio de soberanía de un Estado.

II. POTESTAD TRIBUTARIA O IMPOSICIÓN DE PODER.

Las razones que subyacen a los tributos tienen orígenes diferentes. En algunos casos, por ejemplo, estos fueron aplicados para sustentar ciertos gastos suntuarios de clases políticas privilegiadas, así como para satisfacer necesidades bélicas. En otros casos, los fines eran meramente recaudadores.

La justificación de la existencia de los tributos cambió en la medida en la que los Estados desarrollaban o adoptaban escuelas de pensamiento. Desde el Keynesianismo, donde la política fiscal era empleada como un catalizador de la intervención del Estado en el manejo presupuestal, hasta la aplicación de la escuela austriaca moderna, bajo la cual los tributos debían responder a fines estrictamente necesarios e inherentes a la administración estatal (*e.g.* recursos para defensa militar, políticas monetarias, etc.) sin interferir, en lo absoluto, en el funcionamiento del mercado.

El común denominador de los tributos, al margen de las razones de su existencia o de la corriente política o económica a la que responden, es que el Estado los ha creado en aplicación de su soberanía estatal. Bajo la teoría contractualista, la aplicación de tributos no emerge de una sumisión al poder por parte de los contribuyentes sino, en realidad, se trata de una relación de deudor-acreedor con connotaciones propias de esta relación jurídica; autores como Altamirano¹ o

¹ ALTAMIRANO, Alejandro, *Derecho Tributario*, 1ª Ed., Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 55.

Hensel² apoyan esta posición. Por otro lado, autores como Jarach³ o Fonrouge⁴ sostienen que los tributos son prestaciones obligatorias exigibles por el Estado sometidas a un hecho *ex lege*, por lo que no son, en estricta técnica legal, una manifestación pura de soberanía (poder de policía). Desde luego, existen otras teorías que, en algún punto de la historia, tuvieron cabida y fueron objeto de importantes discusiones como ser: la teoría del precio de la prima del seguro, defendida por autores como Montesquieu y Bodin, o la teoría de la distribución de la carga pública, defendida por autores como Laferriere y Waline. Ninguna teoría ha tenido plena aceptación y a diario surgen posiciones detractoras o partidarias de estas; la intención de este artículo no es abordar detalladamente cada una de ellas.

Independientemente de la teoría seguida, ningún autor puede negar que los tributos son obligatorios. Lo son porque el Estado, en ejercicio de su poder soberano, así lo ha dispuesto. La soberanía en materia tributaria conforme señala Bühler⁵ no posee un significado diferente del que tiene en otras ramas del derecho; es decir, se traduce en la facultad absoluta de un Estado para ejercer, por cuenta propia y frente a los demás estados, actos legislativos, ejecutivos y judiciales en el marco de su poder territorial, sea en materia tributaria o en cualquier otra. La soberanía es la piedra angular de la ciencia de la hacienda pública y del Estado como parte fundamental del derecho financiero fiscal. La hacienda pública, según Sainz de Bujanda⁶, se representa a través de tres diferentes elementos: el subjetivo, el objetivo y el funcional. En materia tributaria, el funcional es el elemento de mayor trascendencia. El elemento funcional consiste en las actuaciones financieras por parte del Estado dirigidas a la obtención de recursos financieros; la actividad financiera no es en sí misma el fin del Estado sino un mero instrumento para cumplir objetivos de orden público tales como la redistribución de la riqueza o recaudación de fondos para solventar necesidades públicas. Ciertamente, la actividad financiera del Estado

² HENSEL, Albert *et al.*, *Derecho tributario*, 1ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 109.

³ JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 370.

⁴ GIULIANI, Carlos. *Derecho financiero*, 10ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 327.

⁵ BÜHLER, Ottmar. *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 5.

⁶ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de derecho financiero*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, pp. 25-27.

como recaudador de impuestos es, quizá, el medio más importante que tiene de recaudación. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”)⁷, en promedio la recaudación tributaria como proporción del Producto Interno Bruto (“PIB”) en América Latina y el Caribe fue del 22.9% del PIB; en Bolivia, particularmente, la recaudación fue del 24.7%.

No es de extrañar, entonces, que el Estado tenga un interés acérrimo en regular esta materia privativamente, pues es un elemento fundamental de su rol como hacienda pública. Después de todo, la tributación fiscal es el medio a través del cual el Estado persigue sus objetivos en forma mediata e inmediata. La primera referida estrictamente a la obtención de recursos y su posterior inversión y la segunda como un medio parafiscal persuasivo o disuasivo de ciertos hechos económicos que, a criterio del Estado, son favorables o nocivos para su sistema económico-financiero⁸. A propósito, el Tribunal Constitucional Plurinacional concluyó que la potestad tributaria es, por definición, un medio necesario de redistribución para la gestión del gasto público y al amparo de los principios de solidaridad y reciprocidad, dado que, desde la perspectiva estatal, quien tiene más debe aportar en tal proporción para establecer y mantener una red mínima de bienes y servicios públicos para el bienestar general⁹.

Habida cuenta de esta importancia, nuestra propia ley de arbitraje¹⁰ ha dispuesto expresamente que los tributos y regalías están excluidos de la conciliación y el arbitraje. De la misma manera, algunos Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Bolivia excluyen la materia tributaria del alcance del Tratado¹¹. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”)¹², una de las razones para tal exclusión es que los Estados

⁷ OCDE, *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2021*, 2020, p. 1. Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/folleto-estadisticas-tributarias-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>.

⁸ VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 7ª Ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 119-122.

⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Plena, “ANDINACEP v. Gobierno Autónomo Municipal de Cochabamba”, 25/02/2014, No.: 0432/2014.

¹⁰ Ley 708 de Conciliación y Arbitraje (Bolivia), Art. 4.

¹¹ Tratado entre el Reino de España y la República de Bolivia, Art. XII; Tratado entre el Gobierno del Reino de Dinamarca y la República de Bolivia, Art. IV.

¹² UNCTAD, *Taxation*, 1ª ed., Naciones Unidas, 2000, p. 36.

prefieren regular el tratamiento tributario en convenios separados para mantener la máxima soberanía fiscal.

Por lo tanto y a priori, si un inversor extranjero tiene una controversia con la parte contratante receptora de la inversión emergente de un asunto tributario, esta debe ser resuelta de conformidad con el ordenamiento jurídico interno del Estado. Cualquier procedimiento arbitral al respecto será considerado nulo de pleno derecho en tanto se está arbitrando una materia expresamente excluida del arbitraje. Sin embargo, como se verá más adelante, existen casos en los que, sin ser incisivos en la medida tributaria sino en sus efectos, un proceso arbitral es legalmente viable.

III. ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA

Como se concluyó anteriormente, los conflictos emergentes de un asunto tributario deben ser resueltos de conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Sujeto al enfoque dado, es posible que algunas controversias derivadas de asuntos tributarios sí sean susceptibles de arbitraje. Para distinguir esta línea, es necesario precisar a qué asuntos tributarios se encuentra expuesto el inversor y, desde esa conclusión, apuntar las posibilidades de someter tal controversia a un proceso arbitral.

En primer lugar, el inversor se encuentra expuesto a la creación, modificación o supresión de cargas tributarias. El órgano legislativo, al crear modificar o suprimir una carga tributaria, debe observar la Constitución Política del Estado y las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad. En efecto, el Artículo 323 de la Constitución Política del Estado dispone que la política fiscal se basa en los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria. Del mismo modo, se deben respetar los derechos y garantías del Bloque de Constitucionalidad, como ser: el derecho a la propiedad privada¹³, derecho a la libertad de empresa¹⁴, entre otros.

¹³ Constitución Política del Estado (Bolivia), Art. 56; Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 21.

¹⁴ Constitución Política del Estado (Bolivia), Art. 52; Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 16.

En teoría, la Asamblea Legislativa Plurinacional, sin tener facultades expresas de control de constitucionalidad y convencionalidad, se asegura que la creación, modificación o supresión de una carga tributaria está constitucionalmente respaldada. Sin perjuicio de ello, cualquier tributo es susceptible de un *test ex post* de constitucionalidad para verificar que realmente cumple con el sistema normativo local (Constitución Política del Estado, Bloque de Constitucionalidad, etc.). En estos casos, el propio Estado, para no dejar inerte a los administrados, les brinda la posibilidad de demostrar las razones legales por las que la creación, modificación o supresión de un tributo carece de constitucionalidad. En Bolivia, los afectados por la creación, modificación o supresión de la carga tributaria pueden interponer un recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales que, dicho sea de paso, es resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Según este Tribunal¹⁵, este recurso forma parte del control normativo *a posteriori* de normas con carácter tributario, a través del cual el órgano encargado del control de constitucionalidad verifica la compatibilidad o incompatibilidad formal o material de la disposición legal que crea, modifica o suprime el tributo con las normas de la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Plurinacional es el intérprete supremo de la Ley Fundamental¹⁶. Por ello, la decisión sobre la constitucionalidad de la creación, modificación o supresión del tributo está estrictamente reservada para dicho tribunal.

En este orden de ideas, si el contribuyente desea descalificar el acto legislativo a través del cual se creó, modificó o suprimió la carga tributaria, deberá interponer un recurso contra tributos ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. Huelga decir que tal decisión no podría recaer en un tribunal arbitral, nacional o internacional, por cuanto: i) carece de competencia para ejercer un control de constitucionalidad y, fundamentalmente, ii) porque el tribunal arbitral no puede exorbitar el orden constitucional, considerando que sus atribuciones, una vez instalado, emergen de un acuerdo entre privados.

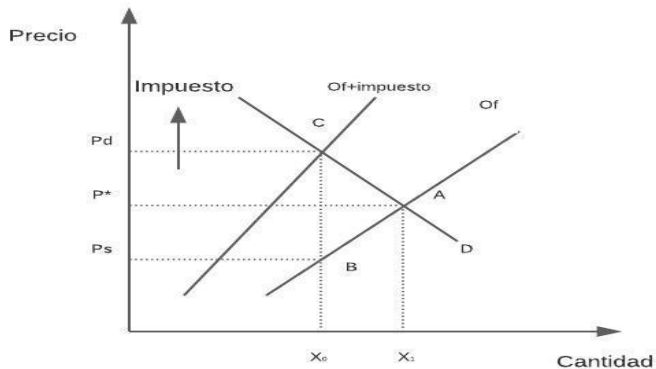
¹⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Plena, “Ministerio de Economía y Finanzas Públicas v. Gobierno Autónomo Municipal de La Paz”, 14/03/2018, No.: 0009/2018.

¹⁶ Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Art. 4.

Sin embargo, si el inversor no cuestiona la constitucionalidad de la medida tributaria ni la soberanía del Estado para crearla, modificarla o suprimirla, sino se limita a reclamar los efectos derivados de tal medida, entonces estas controversias sí podrían ser susceptibles de arbitraje. El Tratado Bilateral de Inversión celebrado con los Estados Unidos de América detalla con mucha precisión esta hermenéutica. El Artículo 13 de este Tratado Bilateral de Inversión inicia aclarando que los asuntos tributarios están excluidos de su alcance puesto que estos asuntos deberían ser abordados a través de convenios tributarios bilaterales. Sin embargo, este mismo artículo permite a los inversores someter a un proceso arbitral las controversias derivadas de la violación de disposiciones tributarias en acuerdos de inversiones u autorizaciones. Adicionalmente, los inversores podrán acudir a un proceso arbitral por cuestiones tributarias cuando estas hubiesen violado las reglas de expropiación del Tratado.

Las cargas tributarias, por aplicación de los principios de optimización y de neutralidad impositiva, deben ser diseñadas de tal manera que no incidan negativamente (o, cuanto menos, incidan negativamente en la menor medida posible) en el sector privado. Si las cargas tributarias inciden en el mercado y alteran las decisiones de los agentes económicos, existe una pérdida de bienestar. Entonces, todo impuesto que altere las decisiones de los agentes económicos implica una pérdida de bienestar (ergo, afecta una inversión), pero no todo impuesto que implique una pérdida de bienestar es susceptible de arbitraje. Según Harberger¹⁷, todo impuesto crea una ruptura entre el precio de demanda y el precio de oferta, dando lugar al triángulo de pérdida de bienestar:

¹⁷ HARBERGER, Arnold, *Taxation and Welfare*, 1ª ed., Little Brown & Co., Chicago, 1974, pp. 35-37.



La aplicación de un impuesto ha encarecido el precio del producto ocasionando que el precio de demanda (C) sea superior en la misma medida en la que el precio de oferta (B). A raíz de ambos incrementos (C y B), se crea un triángulo de ineficiencia económica. Este triángulo, traducido a la economía del inversor, representa un excedente del productor cuyo intercambio no será ni podrá ser realizado en el mercado. Así, la creación de una carga tributaria (o cualquier otro tipo de intervención de Estado que genere distorsiones en el mercado) incide negativamente en la curva de la oferta y la demanda. Nótese, además, que, con la creación del impuesto y el consecuente incremento del precio, la demanda del producto ha caído¹⁸. En este escenario hipotético, el inversor puede alegrar (y con fundamento) que su inversión ha sido afectada. No podría, sin embargo, afirmar que su inversión fue expropiada o nacionalizada.

Para que una medida tributaria pueda ser susceptible de arbitraje, tal como detalla el TBI con los Estados Unidos de América, debe violar las reglas de expropiación del Tratado; es decir, debe ser confiscatoria. Por lo tanto, el punto de partida es determinar si el Estado actuó bajo un umbral de tributación permisible o tributación confiscatoria; siendo la diferencia entre ambas el efecto

¹⁸ FENOCHIETTO, Ricardo, *El Impuesto al Valor Agregado*, 2ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 8-10.

¹⁸ ALTAMIRANO, Alejandro, *Derecho Tributario*, 1ª Ed., Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 55.

del impuesto¹⁹. Todos los impuestos tienen un efecto económico. Ahora, si el impuesto ocasionó una privación sustancial de la inversión, entonces será considerado expropiatorio y susceptible de un proceso arbitral. El examen de efectos económicos respecto a medidas tributarias no necesariamente difiere del examen aplicado para verificar si medidas de otra naturaleza pueden también ser consideradas como expropiatorias²⁰. También es posible evaluar la intención del Estado al crear una carga tributaria²¹, mas este factor no podría reemplazar al examen de efectos económicos; únicamente sería empleado para confirmar la hipótesis expropiatoria.

Así, en el gráfico antes detallado, es insoslayable que la inversión, como consecuencia de la creación de un impuesto al consumo, ha sido afectada. Sin embargo, el inversor no ha sido privado de ella por completo. Pese a que existe una pérdida de bienestar, podemos advertir que no existe una eliminación abrupta del consumo. Dicho de manera diferente, existen consumidores dispuestos a adquirir el producto, pese al incremento del impuesto, lo que implica que el inversor no ha sido privado absolutamente del uso y beneficio de su inversión. En este caso, es improbable que el tribunal considere que el impuesto es expropiatorio pues sus efectos no fueron equivalentes a una expropiación.

Las medidas tributarias tendrán efectos expropiatorios si privaron sustancialmente al inversor de su inversión²². Será considerada una privación sustancial aquella medida que ocasione la pérdida del valor económico o la viabilidad lucrativa de la inversión. En principio, la pérdida del valor económico debe afectar a la inversión como un todo para que la medida tributaria sea considerada como expropiatoria. Ahora, también puede haberla afectado en

¹⁹ ALBRECHT, A.R., *The Taxation of Aliens under International Law*. The British Yearbook of International Law, 1952, p. 173.

²⁰ *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI N°ARB/08/5, Laudo, 14 de diciembre de 2012, párr. 395.

²¹ *Petrobart Ltd. v. República Kirguisa*, Caso SCC N°126/2003, Laudo, 29 de marzo de 2005, párr. 55.

²² *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo interino, 26 de junio de 2000, párr. 102.

parte y todavía ser considerada como una medida expropiatoria, siempre y cuando la inversión haya dejado de ser comercialmente rentable²³.

Así, el tribunal arbitral, para determinar que las medidas tributarias tuvieron efectos expropiatorios, verificará fundamentalmente los siguientes dos puntos: i) si el efecto económico derivado de las medidas tributarias es permanente; y ii) si las medidas tributarias provocaron una pérdida completa del valor de la inversión.

Con relación al primer punto, es necesario partir desde el hecho generador del impuesto. El hecho generador, según el Código Tributario Boliviano (“CTB”)²⁴, es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica expresamente establecido por ley, cuyo acaecimiento origina el nacimiento de la obligación tributaria. Si el hecho generador del impuesto es permanente, los efectos económicos también lo serán, pese a que estén condicionados a un hecho futuro e incierto. En Bolivia, por ejemplo, las utilidades obtenidas por las sociedades comerciales están sujetas al pago de un impuesto denominado: Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas – IUE. Aquellas sociedades comerciales que, una vez realizados los ajustes tributarios a los resultados contables, no tengan utilidades no pagarán el impuesto antes mencionado. Mal se podría afirmar que el IUE es temporal; en realidad, es un impuesto permanente sujeto a un hecho incierto. Cada vez que un sujeto pasivo de este impuesto obtenga utilidades, estará sometido a él, lo que demuestra que es una medida temporalmente indefinida²⁵. Existen también impuestos que pese a ser nominalmente temporales, resultan siendo indefinidos en la práctica²⁶. Por lo tanto, si un impuesto es de vigencia

²³ *Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N°ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 107.

²⁴ Ley 2492 del Código Tributario Boliviano, Art. 16.

²⁵ Esta misma lógica fue empleada por el tribunal arbitral en el caso *Burlington v. Ecuador*. En esta controversia, Ecuador alegó que la Ley 42 (ley que había creado un impuesto a las ganancias extraordinarias) no era permanente porque solo aplicaba cuando el precio del petróleo fuera superior al precio de referencia. Al respecto, el tribunal arbitral concluyó que, si bien las ganancias pueden no ser permanentes, la aplicación de la ley 42 a aquellas ganancias sí lo es.

²⁶ El 2006, el Estado creó el Impuesto a las Transacciones Financieras para gravar las operaciones realizadas en monera extranjera. En principio, este impuesto tenía una vigencia de treinta y seis (36) meses. Sin embargo, su vigencia fue ampliada

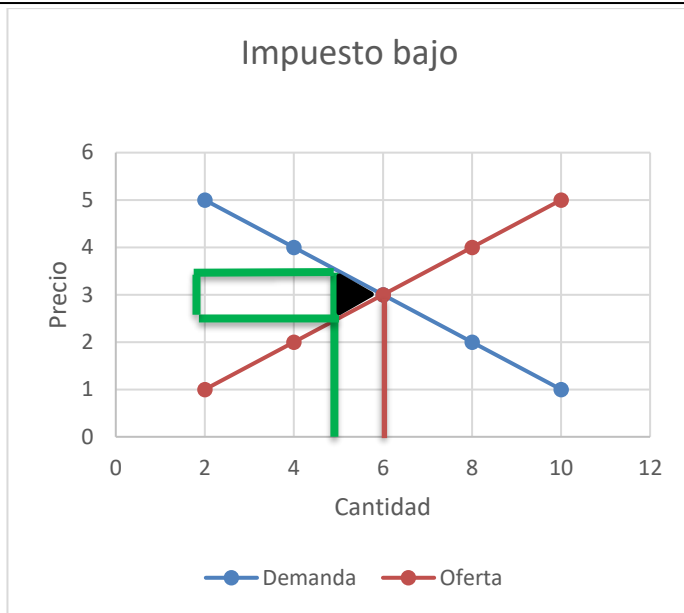
indefinida, pese a que su pago está condicionado a un hecho futuro e incierto, será considerado permanente.

Con relación al segundo punto, un elemento que podrá ser de interés del tribunal arbitral es la alícuota del impuesto. La alícuota, según el CTB, es el valor fijo o porcentual establecido por ley, que debe aplicarse a la base imponible para determinar el tributo a pagar. La alícuota no es en sí misma una prueba irrefutable de pérdida de valor económico de la inversión, pues existen medidas fiscales paliativas que reducen el impacto fiscal del inversor (e.g. cláusulas de absorción de impuestos). No obstante, es un buen punto de partida pues, a través de ella, el tribunal arbitral podrá percibir la proporción de los recursos fiscales que el Estado desea obtener de un hecho generador en particular.

Además, no cabe duda de que las alícuotas de un impuesto inciden, positiva o negativamente, en las relaciones de consumo; ergo, inciden en la inversión. En el gráfico 1, pudimos advertir los efectos de un impuesto en el mercado y cómo este desplazó las curvas de la oferta y la demanda creando un nuevo equilibrio de mercado. Ahora, para analizar la naturaleza expropiatoria de un impuesto, es necesario plasmar los efectos de dos diferentes alícuotas en un mismo mercado y su impacto en ingresos fiscales. Para esto, es importante tener presentes algunas conclusiones preliminares: i) en la medida en la que la alícuota del impuesto crece, la eficiencia económica de mercado disminuye; y ii) traspasado cierto umbral, los ingresos fiscales se reducen en la medida en la que la alícuota de un impuesto crece, lo que demuestra que los impuestos no necesariamente tienen fines recaudatorios²⁷.

sucesivamente a través de diferentes leyes. Actualmente, el impuesto tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023. En este caso, y pese a que el propio texto que crea el impuesto le impone un límite temporal, es correcto afirmar que, por la práctica, puede ser considerado un impuesto definitivo.

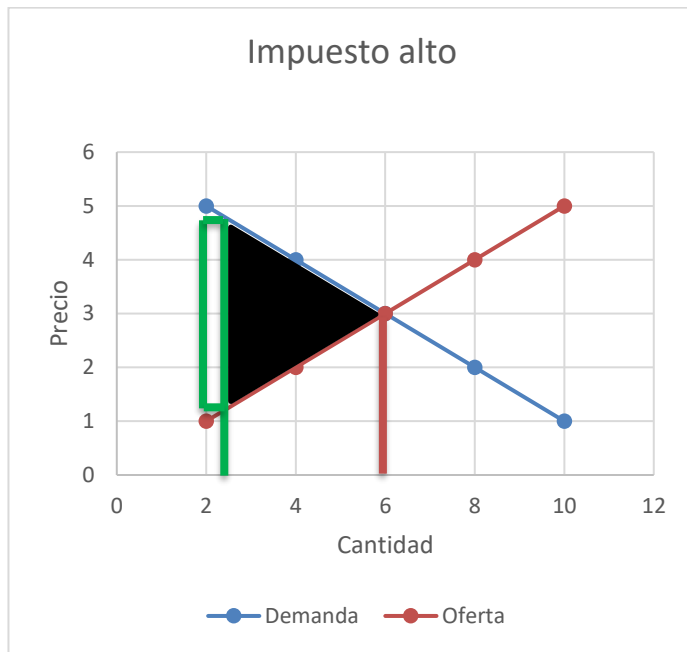
²⁷ Fue Arthur Laffer, asesor de Ronald Reagan, quien propugnaba esta posición graficando, a través de la denominada Curva de Laffer, que la existencia de alícuotas demasiado altas implicaban menores ingresos fiscales pues estas habían desalentado la actividad económica. Por supuesto, autores keynesianos como Samuelson o Stiglitz son detractores de la Curva de Laffer. De hecho, Samuelson considera que la curva de Laffer es un ejemplo de la falacia post hoc. SAMUELSON, Paul – NORDHAUS, William, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª Ed., McGraw Hill, México, 2010, p. 328.



En este gráfico, se creó un impuesto al consumo lo que provocó una caída en la demanda de 6 a 5 unidades. En la misma medida, el precio aumentó de 2.5 a 3.5 unidades que representa los ingresos fiscales emergentes del impuesto (recuadro verde). El precio de 3.5 unidades es aquel pagado por el consumidor y el de 2.5 es el percibido por los vendedores. Es necesario apuntar que, independientemente sea un impuesto a los compradores o a los vendedores, ambos soportan la carga tributaria, mas no lo hacen en la misma medida y este es un punto fundamental. En efecto, según Mankiw²⁸, ambas partes (compradores y vendedores) soportan la carga fiscal, pero esta recae con mayor peso en la parte del mercado que es menos elástica. Por lo tanto, el tribunal arbitral tendrá que tomar en cuenta este elemento para verificar si la carga tributaria soportada por el inversor incidió efectivamente en su inversión. A efectos del presente ejemplo, sin embargo, no se analizarán los impactos fiscales en ofertas y demandas in/elásticas. La pérdida de bienestar no es muy alta en este caso (triángulo negro). En este caso, es evidente que el mercado y, por lo tanto, vendedores y compradores, han sido afectados. Sin embargo, el efecto no

²⁸ MANKIW, Gregory, *Principios de Economía*, 4ª Ed., Paraninfo, Madrid, 2007, pp. 116-119.

ha sido trascendental pues la curva de la oferta no ha sido desplazada significativamente.



En este escenario, el impuesto fue tan alto que redujo la cantidad demandada de 6 a 2.2 e incrementó el precio a 4.8 unidades. Además, provocó un abandono de mercado lo que ocasionó, subsecuentemente, una pérdida importante de recaudación fiscal en comparación con un impuesto bajo como el expuesto en el anterior gráfico. Finalmente, la diferencia de pérdida de bienestar entre ambos impuestos es abismal. En este caso, es posible que el Estado, al haber aplicado una alícuota tan alta, haya perseguido fines únicamente disuasivos.

El abandono del mercado en el segundo escenario ocasionó una importante pérdida para los productores/inversores. Con la introducción de un impuesto al mercado, el precio necesariamente aumenta, pero baja el efectivamente percibido por los productores. Además, y como se mencionó anteriormente, los compradores marginales abandonan el mercado, lo que causa que los productores oferten menos. En este escenario, es más probable que el tribunal

arbitral considere que este impuesto tuvo un efecto económico adverso en la inversión dado que la curva de oferta, a raíz de la implementación del impuesto, ha sido desplazada significativamente.

En suma, cualquier impuesto, salvo que sea completamente neutro, incide en el mercado y altera las decisiones de los agentes que intervienen en él, lo que afecta negativamente a un segmento de inversores. No todo impuesto, sin embargo, es susceptible de ocasionar efectos económicos equivalentes a una expropiación. Entonces, todos los impuestos afectan a los inversores, pero no todos ellos son susceptibles de arbitraje, sino únicamente aquellos que hayan afectado sustancialmente la inversión.

Para determinar si el efecto del impuesto sobre la inversión fue sustancial, el tribunal arbitral analizará diferentes factores. En el caso *Burlington*²⁹, por ejemplo, el tribunal arbitral analizó los flujos de caja del inversor y su evolución tras la aplicación de un impuesto a las ganancias extraordinarias. En el caso *Archer Daniels*³⁰, el tribunal arbitral verificó los efectos de los impuestos en el control de la inversión, concluyendo que el inversor seguía en poder de sus activos y que estos no habían perdido su valor intrínseco, pese a la aplicación del impuesto. Así, cualquier prueba que ponga en evidencia que la aplicación de una carga impositiva tuvo un impacto negativo lo suficientemente adverso como para afectar a toda la inversión será altamente valorada por el tribunal arbitral.

Los tribunales arbitrales han coincidido en que un impuesto, para que pueda ser considerado como un medio expropiatorio indirecto, debe ser confiscatorio. Según el Tribunal Constitucional Plurinacional, el principio de no confiscatoriedad guarda una estrecha relación con el derecho a la propiedad; para evitar la desaparición de la propiedad privada en aras de conservar la recaudación tributaria, el estado se impuso como límite este principio. Finalmente, el tribunal concluyó que un impuesto será una confiscación inconstitucional si para satisfacer el pago del tributo se comprometen las rentas

²⁹ *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI N°ARB/08/5, Laudo, 14 de diciembre de 2012, párr. 446.

³⁰ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N°ARB(AF)/04/05, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párr. 240.

y propiedades del sujeto pasivo³¹. La doctrina coincide con la posición adoptada por el Tribunal Constitucional³².

Pese a que existen comunes denominadores, el análisis de la confiscatoriedad de un impuesto es necesariamente casuístico. Por ejemplo, en cualquier escenario una alícuota del 99% sobre los ingresos de las empresas puede parecer confiscatorio. Sin embargo, no en todos los casos lo será, pues es posible que, por el modo en el que está diseñado, el impuesto no implica una privación sustancial de la inversión³³. El Estado puede, al crear el impuesto o la carga fiscal, diseñar otras medidas que mitiguen el impacto fiscal (e.g. cláusulas de absorción de impuestos); elementos que serán analizados caso por caso. No es, por lo tanto, legalmente factible predeterminedar ciertos factores para, directamente, considerar a un impuesto como confiscatorio, pues son muchas las variables que entran en juego para determinar este resultado.

Ahora bien, no solo el incremento de la alícuota de un impuesto o la configuración de su hecho generador pueden ocasionar que este sea expropiatorio. También es posible que una medida coactiva tributaria pueda dar lugar a una expropiación, siempre y cuando esta haya sido aplicada

³¹ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Plena, “Curucusi Games S.R.L. v. Asamblea Legislativa Plurinacional”, 06/12/2017, No.: 0095/2017.

³² García Vizcaíno concluyó que, en materia tributaria, es confiscatorio el conjunto de gravámenes que absorba una parte sustancial de la renta del obligado al pago. GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, *Tratado de Derecho Tributario*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 282. Darby entiende que un impuesto es confiscatorio cuando el contribuyente paga más en dinero de lo que recibe como beneficios por parte del Gobierno a cambio de tales impuestos. DARBY, Joseph, “Confiscatory Taxation”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 1990, 545-555.

³³ Una vez más es necesario traer a colación el caso de Burlington v. Ecuador. En este caso, la República de Ecuador implementó un impuesto a las ganancias extraordinarias con una alícuota inicial del 50% que, posteriormente, fue modificada a 99%. En principio, uno puede considerar que esta alícuota es confiscatoria en tanto se apropia, casi totalmente, de las “ganancias” del inversor. En este caso, el tribunal arbitral resolvió que este impuesto no es confiscatorio pues, pese a la alícuota elevada, Burlington todavía tenía flujos positivos de caja. Otro elemento determinante fue el hecho generador del impuesto. Este impuesto se aplicaba sobre ganancias extraordinarias, no sobre ganancias rutinarias. *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI N°ARB/08/5, Laudo, 14 de diciembre de 2012, párr. 388-404.

prescindiendo del ordenamiento legal vigente (e.g. cuando sea manifiestamente desproporcional para asegurar el pago de la deuda tributaria).

En Bolivia, cuando la Administración Tributaria cuenta con un título de ejecución tributaria, puede acudir a la fase de ejecución prescindiendo de la fase de determinación (porque, en teoría, la deuda tributaria ya fue determinada). Para iniciar este procedimiento de ejecución, la Administración Tributaria notifica al contribuyente con un documento denominado “Proveído de Inicio de Ejecución Tributaria”. En él, exhorta al contribuyente a pagar la deuda en un plazo máximo de 72 horas. De lo contrario, la Administración Tributaria tendrá luz verde para aplicar medidas coactivas de cobro. Entre las medidas coactivas reconocidas por el Código Tributaria están las siguientes: i) intervención de la gestión del negocio del deudor; ii) prohibición de celebrar actos o contratos de transferencia o disposición sobre determinados bienes; iii) retención de pagos por terceros; iv) prohibición de participar en los procesos de adquisición de bienes y contratación de servicios estatales; y v) otras medidas previstas por ley, relacionadas directamente con la ejecución de deudas. En este último inciso, se encuentran las medidas cautelares innominadas tales como el congelamiento de cuentas.

Entonces, si como resultado de la aplicación de las medidas antes mencionadas, la inversión del sujeto pasivo ha sido sustancialmente afectada, es posible que un tribunal arbitral entienda que existió una expropiación. En el caso *Tza Yap Shum*, por ejemplo, el tribunal arbitral concluyó que la disposición de medidas cautelares para el cobro de una deuda tributaria derivó en una expropiación, dada la gravedad de su impacto y su duración³⁴.

IV. OTRAS MEDIDAS TRIBUTARIAS

Pueden existir medidas fiscales que, pese a ser catastróficas para algunas inversiones, no sean expropiatorias, confiscatorias o abusivas. En principio, cualquier medida tributaria destinada a mitigar la planificación fiscal agresiva, independientemente de sus efectos, no debería ser cuestionada por un tribunal arbitral.

³⁴ *Señor Tza Yap Shum v. República del Perú*, Caso CIADI N°ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011, párr. 156.

La reducción deliberada de la carga fiscal tiene dos componentes esenciales: i) la economía de opción (vía lícita de reducir la carga fiscal); y ii) la elusión y la evasión tributaria (vía ilícita para reducir la carga fiscal). La economía de opción consiste en una legítima planificación fiscal³⁵. Según Riveiro³⁶, la planificación fiscal internacional consiste en elaborar un plan que reduce la carga tributaria global de un contribuyente, seleccionando la mejor alternativa de conformidad con la legislación de cada país involucrado; el objetivo: optimizar la carga fiscal global.

Dentro del campo de la ilicitud, se distinguen dos diferentes acciones: la elusión y la evasión. La elusión, indica Braccia, son aquellas conductas que transgreden el fin teleológico de la norma, mas no su tenor literal. La evasión tributaria, por su lado, es aquella conducta eminentemente antijurídica y que resulta en una transgresión directa del ordenamiento jurídico.

En la misma medida en la que los contribuyentes no tienen la obligación de pagar más impuestos de los que la ley demanda, el Estado tiene derecho a evitar la erosión de sus bases imponibles y el traslado ilegítimo de sus ganancias. Dicho de otro modo, el contribuyente tiene el derecho de elegir la alternativa fiscal más eficiente en la misma medida en la que el Estado puede corregir distorsiones fiscales que están siendo aprovechadas por estos, ilegítima o ilegalmente. En estos últimos casos, las medidas adoptadas por el Estado, independientemente de los efectos económicos, no deberían poder ser consideradas como expropiatorias pues, a diferencia de lo discutido en la sección anterior, en este escenario el Estado está tratando de evitar que las rentas que deberían haber tributado en su territorio tributen en otro de baja o nula tributación o, finalmente, no tributen (doble no imposición internacional).

Por ejemplo, la creación de reglas para prevenir la capitalización exigua, así esta tenga efectos fatales para una inversión, no podría ser cuestionada por un tribunal arbitral. Esta medida tendrá un impacto recaudatorio positivo para la Administración Tributaria, pero el fin de esta medida, en realidad, es impedir el

³⁵ BRACCIA, Mariano, *Derecho Internacional Tributario*, 1ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 263-265.

³⁶ RIVEIRO, Ricardo, “Planificación fiscal internacional - abuso de tratados – competencia fiscal nociva”, en ASOREY, Rubén – GARCÍA, Fernando (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 765-790.

camuflaje de dividendos en intereses financieros o la reducción drástica de la base imponible de la sociedad sub-capitalizada.

Para ilustrar este punto, es necesario dar un ejemplo. Asumamos que Bolivia carece de reglas de capitalización exigua³⁷. La sociedad “A” es una sociedad comercial constituida en Bolivia y contrajo préstamos de sus vinculadas que, además, son socios de la sociedad. Del mismo modo, contrajo préstamos con entidades financieras no vinculadas. A efectos de este ejemplo, todos los contratos respetan el principio *arm's length*.

La Sociedad “A”, al cierre de su gestión fiscal (2018), tendrá el siguiente estado de resultados. Para reflejar el impacto de los préstamos con vinculadas, se incluye un concepto diferenciado de los préstamos con entidades financieras (en principio, ambos conceptos se incluyen en gastos financieros).

	Bs.
Ingresos por servicios	4000
Costo de venta por servicios	(700)
Margen bruto	3300
Gastos administrativos	(300)
Ganancia operativa	3000
Préstamos con vinculadas	(2000)
Préstamos con entidades financieras	(500)
Ganancia antes de impuestos	500

³⁷ En los hechos, Bolivia sí cuenta con normas de capitalización exigua.

Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas (25%) 125

Ganancia neta del ejercicio 375

Ahora bien, asumamos que Bolivia, desde el 1 de enero de 2019, incorporó reglas de capitalización exigua. Bajo estas reglas, los intereses en operaciones con el exterior no pueden superar la Tasa LIBOR más 3% y, en ningún caso, los intereses deducibles pueden superar el 30% del total de intereses pagados por el sujeto pasivo a terceros en la misma gestión. Los intereses que excedan este porcentaje se considerarán como ingreso imponible.

Ahora, veamos el impacto de estas reglas en el estado de resultados de la Sociedad "A". Para reflejar el impacto de la regla, se incluye una descripción de ajustes tributarios al resultado obtenido.

	Bs.
Ingresos por servicios	6000
Costo de venta por servicios	(1000)
Margen bruto	5000
Gastos administrativos	(600)
Ganancia operativa	4400
Préstamos con vinculadas	(3000)
Préstamos con entidades financieras	(800)
Ganancia antes de impuestos	600

Ajustes tributarios al ingreso	2760
Ganancia total	3360
Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas (25%)	840
Ganancia neta del ejercicio	2520

Como se puede advertir, la Sociedad “A” tuvo que realizar un ajuste tributario a la cuenta de préstamos con vinculadas. Originalmente, este concepto implicaba un gasto de Bs. 3000. Sin embargo, tras introducidas las reglas de capitalización exigua, esta sociedad únicamente pudo deducir Bs. 240; el equivalente al 30% de los intereses por préstamos con terceros. Pese a que, en los hechos, solo tuvo una ganancia de Bs. 600, tuvo que pagar un impuesto que supera dicho importe (Bs. 840) debido al ajuste practicado. Al final, la sociedad “A” tuvo una pérdida real de Bs. 240.

En este hipotético escenario, la sociedad “A” no podría iniciar un arbitraje a Bolivia alegando que estas medidas equivalen a una expropiación. Evidentemente, estas causaron que la sociedad, de contar con un flujo de caja positivo al cabo de la gestión 2018, tenga una pérdida en la gestión 2019 lo que satisface, en principio, el estándar expropiatorio empleado en el caso *Burlington*. Esto se debe a que los Estados están legitimados a impedir la erosión ilegítima de sus bases imponibles.

Un tribunal arbitral no podría avalar medidas de planificación fiscal agresiva en detrimento de la atribución del Estado de evitar la erosión ilegítima de las bases imponibles generadas en su ámbito de aplicación fiscal. Desde luego que el contribuyente, en una economía de opción, tiene el derecho de elegir la opción fiscal más conveniente; esto es incuestionable. Sin embargo, cuando este mismo contribuyente acude a la mejor opción fiscal soslayando normas de orden público, entonces el Estado no solo tiene el derecho, sino el deber de mitigar tales prácticas.

V. EXPERIENCIA BOLIVIANA

Bolivia, a diferencia de sus pares en la región, no fue demandada vía arbitraje por los efectos derivados de una medida tributaria. Por otro lado, Bolivia ha denunciado todos sus tratados bilaterales de inversión. Por lo tanto, salvo inversiones todavía alcanzadas por el periodo de ultra-actividad de algunos tratados, no parece ser que Bolivia vaya a sostener un arbitraje de esta naturaleza en el futuro.

El país, en los últimos años, no atravesó cambios sustanciales en alícuotas de impuestos. Sí creó, sin embargo, un nuevo impuesto denominado “Impuesto a las Grandes Fortunas”. Coincidentemente, las reglas tributarias sí sufrieron modificaciones importantes. Uno de los cambios más importantes fue la extensión del término de la prescripción de cuatro (4) a ocho (8) años y la imprescriptibilidad de la facultad de ejecución tributaria. Por otro lado, el Estado eliminó exenciones³⁸ o amplió el alcance de ciertos impuestos a industrias no alcanzadas³⁹. En definitiva, el Estado está adoptando medidas destinadas, sobre todo, a incrementar sus índices de recaudación.

Sumado a esto, la administración tributaria adoptó una postura más agresiva hacia el contribuyente. En boletines elaborados por el Servicio de Impuestos Nacionales, cuyo contenido es más político que informativo, la administración celebra una mayor recaudación de los principales impuestos en el país señalando, por ejemplo, que la recaudación del Mercado Interno para abril de 2021 superó con 7.7% la meta de recaudación establecida.

³⁸ A través de la Disposición Adicional Décima de la Ley No. 1356 de 28 de diciembre de 2020, modificó el Artículo 117 de la Ley del Mercado de Valores y dispuso que las ganancias de capital generadas por la compra/venta de acciones a través de una bolsa de valores, no estarán gravadas, únicamente, por el Impuesto al Valor Agregado. La versión original del Artículo 117 disponía que estas ganancias de capital no estaban gravadas por el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas.

³⁹ El Gobierno, a través de la disposición adicional octava de la misma ley citada en el pie de página anterior, amplió el alcance de la alícuota adicional del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas a las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Incluso, a través del Proyecto de Ley No. 164/2020-2021, el Estado desea extender el alcance del impuesto al valor agregado a los servicios digitales, sujeto a ciertas condiciones.

Estos elementos parecen propiciar el surgimiento de controversias entre los contribuyentes y el Estado. Gran parte de ellas serán resueltas a través de los procedimientos de impugnación que franquea nuestro ordenamiento jurídico tales como el proceso contencioso tributario o el procedimiento administrativo.

En el extraordinario caso en el que el Estado sea demandado vía arbitral por los efectos de una medida tributaria, la ejecución del fallo no tendría buenas oportunidades de éxito. Tal ejecución podría ser rechazada, en última oportunidad, por el Tribunal Constitucional Plurinacional por atentar el orden público. Sin el ánimo de realizar disquisiciones políticas, este Tribunal ha sido severamente cuestionado, y en más de una oportunidad, por fallos evidentemente controversiales que, finalmente, favorecieron al Estado⁴⁰. Por ello, no sería sorprendente que, a través de un amparo constitucional, se impida la ejecución de un laudo de esta naturaleza en aplicación del inciso a) o b) del numeral segundo del Artículo quinto de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Es decir, ya sea porque el Tribunal considere que el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (pues temas de política fiscal están reservadas exclusivamente para ese tribunal) o que tal ejecución sería contraria al orden público (por atentar contra la competencia tributaria del Estado).

⁴⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Plena, “Procuraduría General del Estado v. Tribunal Arbitral”, 22/11/2012, No.: 2471/2012. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional afirmó que un tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre nulidades porque estas son de orden público y, en consecuencia, reservadas para las cortes locales. Nótese que el Artículo 32 de la ley boliviana de arbitraje que fue interpretada en ese caso (la Ley No. 1770 de arbitraje y conciliación) expresamente permitía a un tribunal adoptar una decisión sobre nulidades. Sin embargo, a criterio del tribunal constitucional plurinacional, este artículo hacía referencia a nulidades de orden privado; es decir, aquellas nulidades pactadas contractualmente. Este fallo incurre en una contradicción muy criticable, pues tras hacer hincapié en que el régimen de nulidades es de orden público, reconoce que estas podrían ser pactadas contractualmente. Dicho de otro modo, el tribunal constitucional parece reconocer que es posible exorbitar un régimen de orden público vía contractual, lo que ciertamente es una lectura muy equivocada.

VI. CONCLUSIÓN

El concepto de competencia o potestad tributaria es un elemento inherente a la soberanía de un Estado. Esto implica que, salvo limitaciones dadas en la propia Constitución Política del Estado, es un tema sobre el cual el Estado tiene la última palabra. Desde esta perspectiva, parece ser que un tribunal carecería de competencia para decidir sobre un asunto relacionado, precisamente, a su soberanía tributaria y esto, en cierta medida es cierto.

Existen casos, sin embargo, en los que un tribunal arbitral ha podido laudar en controversias de esta naturaleza. Y es que las medidas tributarias, como cualquier otra medida gubernamental, pueden ocasionar severos daños a derechos de inversionistas. En estos casos, el tribunal arbitral no cuestiona la capacidad soberana de un Estado para crear, modificar o suprimir cargas tributarias o aplicar medidas tributarias de cualquier naturaleza. En realidad, el tribunal arbitral va un paso más allá y se concentra en los efectos derivados de estas medidas. De este modo, la soberanía del Estado se mantiene incólume; lo que se debate son los efectos emergentes de tales decisiones que, en esencia, sí es materia arbitrable.

Lamentablemente, Bolivia carece, y parece que carecerá en un futuro, de arbitrajes en los que se haya cuestionado los efectos de una medida tributaria. Otros fallos en la materia nos permiten concluir, muy preliminarmente, que un laudo sobre esta materia no podrá ser ejecutado exitosamente.

Arbitraje y procesos de reestructuración de deuda soberana

Guillermo Ferrer Turiella*

Resumen- Los Estados pueden financiarse de diversas maneras: aumentando los impuestos, emitiendo moneda y endeudándose. Dentro de esta última forma, se ha evidenciado un aumento significativo de la emisión de los denominados “bonos soberanos”. Los países emergentes han tenido históricamente “crisis de deuda” debiendo someterse a procesos de reestructuración. El tristemente célebre *default* argentino tras la crisis del año 2001 y su consecuente negociación – enfrentamiento con los bonistas que no ingresaron en los procesos de canje, impulsó diversos procesos arbitrales en los que se debatió la afección de la inversión producto del diferimiento del pago de la deuda. Sin embargo, solo Grecia corrió la misma suerte. El propósito de este trabajo será analizar si el arbitraje es un medio idóneo para resolver disputas entre Estados e inversores en procesos de reestructuración de deuda soberana o si estos casos han sido solamente “cisnes negros”. Finalmente será tratado cómo se articula esta cuestión con los proyectos propuestos en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas y el Fondo Monetario Internacional.

Abstract- States can finance themselves in a number of ways: by raising taxes, issuing money, or taking debt. Within the latter form, there has been a significant increase in the issuance of so-called “sovereign bonds”. Emerging countries have historically had “debt crisis”, having to undergo restructuring processes. The notorious Argentinian default after the crisis of 2001 and its consequent negotiation - confrontation with the holdouts prompted various arbitration processes in which the affection of the investment as a result of the deferral of debt payment was debated. However, only Greece had followed the same fate. The purpose of this work will be to analyze if arbitration is an ideal

* Abogado, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Actualmente cursando: Diplomatura en contratos y litigios judiciales internacionales, Universidad Austral (Argentina) y Diplomatura en Arbitraje Comercial Internacional, Universidad CAECE (Argentina). Correo electrónico de contacto: guillermo.j.ferrer@gmail.com.

mechanism to resolve disputes between States and investors in sovereign debt restructuring processes or if these cases have only been “black swans”. Finally, it will be discussed how this issue is articulated with the projects proposed within the scope of the United Nations and the International Monetary Fund.

I. INTRODUCCIÓN	171
II. CONCEPTOS PREVIOS.....	172
III. RECLAMO JURISDICCIONAL DE LA DEUDA SOBERANA: EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.....	180
A. EL FENÓMENO DE LA ACTIVIDAD LITIGIOSA EN MATERIA DE DEUDA SOBERANA	180
B. LOS CASOS ARGENTINOS ANTE EL CIADI.....	185
C. EL CASO GRIEGO ANTE EL CIADI	196
IV. PROPUESTAS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA CREAR MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN MATERIA DE DEUDA SOBERANA	199
V. CONCLUSIÓN.....	204

I. INTRODUCCIÓN

Walter Wriston fue un banquero estadounidense que presidió el Citicorp (actual Citigroup) entre los años 1967 y 1984 y fue catalogado como uno de los más influyentes de ese momento. En el marco de su carrera se le atribuyó una frase que ha pasado a la historia: “*Los Estados no quiebran*”¹. Pese a esta acertada observación los Estados sí atraviesan períodos de crisis que limitan sus posibilidades de hacer frente a sus obligaciones contractuales. Es decir, no pueden devolver el dinero que han pedido prestado. Esta situación se conoce como crisis de deuda. Ante esta circunstancia las partes se ven forzadas a

¹ Traducción propia. GRANT, James, “Too big to fail? Walter Wriston and Citibank”, *Harvard Business Review*, julio – agosto 1996, párr. 22, disponible en <https://hbr.org/1996/07/too-big-to-fail-walter-wriston-and-citibank>.

negociar acuerdos tendientes a modificar los términos y condiciones de la obligación original. Sin embargo, no todos los acreedores estarán deseosos de sacrificar una parte de su dinero e intentarán reclamar ante alguna autoridad independiente e imparcial (y en el mejor de los casos neutral) que se les pague la totalidad de lo que se les es debido.

El propósito del presente artículo es dilucidar si el arbitraje es efectivamente el foro adecuado para entender y resolver esos reclamos. A los fines de dilucidar ese interrogante se estructurarán cuatro capítulos en los que serán abordadas distintas cuestiones.

El primero de ellos se titula “Conceptos previos” y tiene como objetivo introducir al lector no especializado en el mundo de la deuda soberana. De esta manera serán tratados conceptos como “bonos”, “*distress*” “crisis de deuda”, “*default*” y “reestructuración”. Una vez aclarado esto se adentrará en el capítulo número dos. El mismo lleva por nombre “Reclamo jurisdiccional de la deuda soberana. El arbitraje como mecanismo de resolución de disputas”. Tal y como se indica se analizará la actividad litigiosa que surge tras el *default* de deuda soberana. Se pondrá especial atención al desarrollo de diversos casos en tribunales arbitrales y en el accionar de los denominados “fondos buitres”.

Se decidió llamar al tercer capítulo “Propuestas de organismos internacionales para crear mecanismos de resolución de disputas en materia de deuda soberana”. Su intención es mencionar los esfuerzos hechos en la comunidad internacional para establecer criterios uniformes que permitan solucionar los reclamos por deuda soberana impaga. Finalmente, el cuarto capítulo, “Conclusiones”, es un conjunto de reflexiones finales sobre los puntos tratados.

II. CONCEPTOS PREVIOS

A los fines de facilitar la comprensión de los aspectos que serán tratados a lo largo de este artículo resulta conveniente comenzar por introducir ciertos de los elementos presentes.

Los Estados – al igual que las empresas y las personas humanas – tienen necesidades financieras. Esto responde, sencillamente, al principal problema de

la economía: cómo satisfacer necesidades a partir de recursos limitados². En este sentido, los Estados despliegan la llamada “actividad financiera”, que consiste en proveerse de los recursos suficientes para cumplir con sus funciones. Así, autores como Héctor Villegas la definen como: “*una serie de entradas y salidas de dinero en la Caja del Estado. Las entradas de dinero constituyen los ingresos públicos, que son transferencias monetarias (coactivas o voluntarias) realizadas en favor de los organismos públicos*”³.

Como se menciona, el desarrollo de dicha actividad puede ser coactiva o voluntaria⁴. La primera es sencillamente identificable con la actividad fiscal. Allí aparecen en la escena los tributos, que comprenden tanto a los impuestos, a las tasas y a las contribuciones. La doctrina especializada define al tributo como aquella “*prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado exige, en ejercicio de su poder de imperio, en virtud de ley*”⁵. De su nota forzosa se desprende que los tributos representan un ingreso constante para las arcas estatales.

Ahora bien, naturalmente ocurre que estos no resultan suficientes. Frente a esta situación el Estado puede aumentarlos o incluso crear nuevos. Sin embargo, esto no siempre es posible e incluso puede llegar a ser ineficiente. El economista norteamericano Arthur Laffer ganó reconocimiento mundial cuando elaboró la teoría que postula que el aumento de las tarifas tributarias produce el efecto contrario al pretendido ya que se disminuye la recaudación. Dicho de otra manera:

Si un gobierno sube demasiado sus impuestos, el precio resultante de sumarle esa subida a los costos y margen de beneficio de un bien o servicio, puede acabar por no hacer deseable el ofrecer ese bien o servicio a quien lo oferte ni adquirirlo a quien lo demande. Es decir, que el productor y/o el comprador considerarán que no le interesa -o,

² MOCHÓN, Federico – BEKER, Víctor A., *Economía. Elementos de micro y macroeconomía*, 3ª Ed., McGraw Hill, México, 2007, p. 3.

³ VILLEGAS, Héctor, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, 7ª Ed., Ediciones JJCPM/MI, Buenos Aires, 2001, p. 44.

⁴ En esta oportunidad no se hará referencia a la emisión monetaria como forma de financiamiento.

⁵ GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, *Manual de Derecho Tributario*, 4ª Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 31.

directamente, no podrá ofrecer y/o comprar ese bien o servicio. Como resultado, las ventas de ese bien o servicio caerán y, como consecuencia de esto último, los impuestos recaudados caerán también⁶.

De allí que la obtención coactiva de ingresos públicos no pueda ser la única manera mediante la cual los Estados se financien. Esta razón nos lleva a analizar, como bien mencionaba Villegas, las transferencias voluntarias de fondos.

A partir de aquí se introduce al “crédito o deuda pública”. Mediante este mecanismo de financiación los Estados acceden al mercado financiero para obtener fondos con no solo la obligación de devolver el capital otorgado, sino que se suma el pago de intereses.

Este sistema no queda exento de observaciones y de hecho los problemas que surgen cuando un Soberano no puede honrar sus obligaciones (circunstancia que no es para nada excepcional) es el motivo que fundamenta este artículo. Allí que se haya dicho que “*como toda herramienta de política económica, puede utilizarse para fomentar el desarrollo, o por mal uso, puede generar dinámicas y distorsiones en las economías (...) que a la larga generar graves crisis económicas*”⁷.

Históricamente los Estados solían acceder a préstamos de entidades bancarias o de un grupo de instituciones financieras, bajo la figura del crédito sindicado. Sin embargo, se señala que a partir de la última década del siglo XX ha dejado de ser la práctica común⁸. Por un lado, aparece el rol preponderante que tienen los organismos internacionales – bilaterales o multilaterales – como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o el Fondo Monetario Internacional, entre otros.

⁶ CASPARRI, María Teresa – ELFENBAUM, Melisa, “La curva de Laffer y el impuesto inflacionario”, *Revista de Investigación de Modelos Matemáticos aplicados a la Gestión y economía*, Año 1, Vol. 1, 89 – 97, p. 91.

⁷ COSENTINO, Adrián. *et al.*, *Crisis y restructuración de deuda soberana. Una visión sistémica desde la perspectiva de los mercados emergentes*, EUDEBA, Buenos Aires, 2017, p. 22.

⁸ COSENTINO, *Crisis...*, p. 29.

Sin perjuicio de esto corresponde hablar del financiamiento voluntario por excelencia: aquel que se instrumentan mediante valores negociables. Estos son una especie dentro de la categoría “títulos valores”, entendiéndose por tales como a “*los documentos necesarios para ejercer el derecho literal y autónomo en ellos expresados*”⁹. Serán valores negociables cuando sean emitidos o agrupados en serie, sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en el mercado, siempre que cuenten con la autoridad correspondiente para operar bajo el régimen de oferta pública¹⁰.

Tomando al Estado como el emisor de dichos instrumentos de crédito podemos identificar, entre otros, a las letras de tesorería y a los bonos soberanos. En estos últimos radica el intereses del presente trabajo. En resumidas palabras un bono o título de deuda o título público es aquel valor negociable que “*promete un flujo futuro compuesto por amortización de capital e intereses y cuyos detalles técnicos y legales se detallan en el Prospecto de emisión*”¹¹.

Estos valores negociables operarán en los denominados “mercados financieros”. Al decir de Paolantonio estos constituyen “*un conjunto de instituciones, medios y mercados cuyo fin primordial es el de canalizar el ahorro que generan las unidades de gasto con superávit hacia los prestatarios o unidades de gasto con déficit*”¹². A su vez estos se diferencian, conforme al mismo autor, en *money market* y en el *capital market*.

El primero es aquel en donde se ofrecen valores negociables – activos financieros – de corto plazo, “*que por su naturaleza no están destinados a la financiación de proyectos, sino a cubrir necesidades de tipo coyuntural y temporario (...) las instituciones típicas de este mercado son las entidades financieras*”¹³. Mientras que en el otro se ofrecen activos financieros de

⁹ ESCUTI, Ignacio A., *Títulos de crédito*, 11ª Ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 7.

¹⁰ A modo de ejemplo se menciona a la *Securities and Exchange Commission*, que autoriza la oferta pública y actúa como entidad de vigilancia de los mercados de valores en Estados Unidos.

¹¹ BUNSOW, Federico, *Mercado de capitales. Estrategia, valuación y negocios*, La Ley, Buenos Aires, 2012 p. 52.

¹² PAOLANTONIO, Martín, *Operaciones financieras internacionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 11-12.

¹³ PAOLANTONIO, *Operaciones...*, pp. 14-15.

mediano-largo plazo y aquí los mercados de valores (la organización jurídica del mercado de capitales) son las instituciones más relevantes.

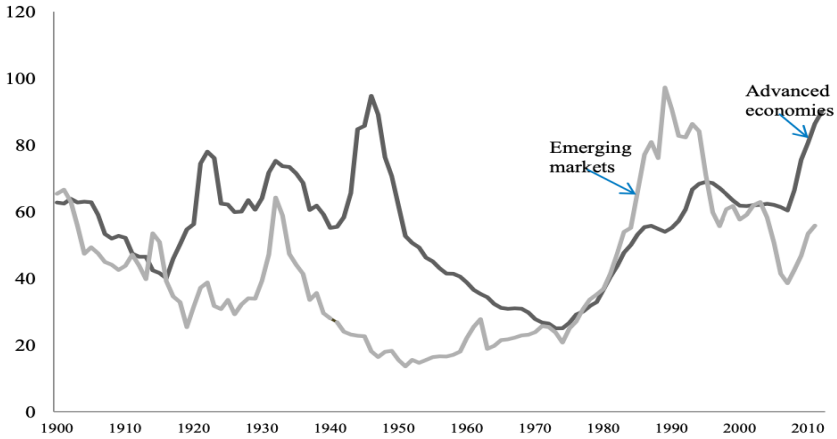
Por otro lado hay que distinguir al mercado primario del secundario. El primero es aquel en el que el emisor “*realiza por primera vez la oferta de sus valores negociables y cuyo dinero ofertado por los inversionistas es percibido directamente por el emisor*”¹⁴. Por el contrario, en el secundario “*las operaciones se realizan entre inversores, sin participación del emisor*”¹⁵.

El financiamiento mediante la emisión de bonos soberanos representa la tendencia en cuanto el endeudamiento de los países y, como ya fuese señalado, ha corrido del espectro al directo instrumentado a través de las entidades financieras. En este orden de ideas, Reinhart y Rogoff señalan que tras la gravísima crisis económica del 2008 “*el nivel actual de deuda del gobierno central en las economías avanzadas se está acercando a un nivel máximo de dos siglos*”¹⁶.

¹⁴ BUNSOW, *Mercado...*, p. 35.

¹⁵ BUNSOW, *Mercado...* p. 36.

¹⁶ Traducción propia. REINHART, Carmen – ROGOFF, Kenneth S., “Financial and Sovereign Debt Crises: Some Lessons and Those Forgotten”, *International Monetary Fund Working Papers*. Año 2013, p. 6, disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2013/wp13266.pdf>.

Gráfico I¹⁷

Como ya fuese mencionado, una de las notas centrales de los bonos soberanos es que ya se conoce de antemano la fecha de vencimiento del mismo. Esta constituye su momento de rescate. Es decir, aquella fecha en que “*llegada deberá haberse devuelto la totalidad de su deuda al inversor*”¹⁸. A raíz de esto se dice que “*buena parte de la deuda emitida período a período tiene su motivación en la simple refinanciación o roll-over de los pasivos emitidos en ejercicios pasados*”¹⁹. Esto es, lisa y llanamente, cambiar una deuda por otra, para mejorar – fundamentalmente – el perfil de vencimientos. Sin embargo, no se alteran las condiciones sustanciales del empréstito, vale decir el capital y sus intereses.

Ahora bien, la posibilidad de refinanciar dependerá de las condiciones que tenga el deudor – el Estado – para afrontar estos nuevos términos. La situación podrá no correr un buen destino si el Estado atraviesa una situación de *distress*. Dicha implica “*problemas y/o dificultades para cumplir con los términos originales*

¹⁷ REINHART, Carmen – ROGOFF, Kenneth S., “Financial...”, p. 7.

¹⁸ ALAIS, María Pía, *Deuda soberana y arbitraje de inversiones: ¿qué es la vida sin un poco de riesgo?* Universidad de San Andrés, Victoria, 2013, p. 27.

¹⁹ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 23.

*de pago en las condiciones en que dichas deudas se emitieron, y que tienen una alta probabilidad de no cumplir, bien de forma parcial o total*²⁰.

Estas situaciones de *distress* son proclives a generar situaciones entendidas como crisis de deuda²¹. Esto obliga al Estado a enfrentarse al hecho de renegociar la deuda poniendo sobre la mesa la postergación del plazo, sumado a una quita, una reducción del capital y/o intereses, (*haircut*). Ahora bien, el fracaso de dicho proceso de composición entre el Estado y los tenedores de bonos puede llevar al evento conocido como cesación de pagos o *default*. En este sentido, es fundamental tener en mente que:

El principal documento que debe tenerse presente es aquel que establece los términos y condiciones que gobiernan a ese bono, en particular cuando la cesación de pagos tiene lugar y cuáles son sus consecuencias. En el caso de la existencia de un *default* o de la amenaza de uno, hay una cláusula específica que se aplica. Aquella es denominada, “*defaults*” o “*eventos de default*”²².

El autor Eugenio Bruno tras analizar diversos bonos soberanos emitidos por la República Argentina, la República de Colombia y la República Oriental de Uruguay señala como algunos de los ejemplos de eventos de *default* a los siguientes:

- El no pago de las obligaciones comprometidas dentro de un plazo ya establecido de días tras el vencimiento. Se debe superar, inclusive, el plazo de gracia;
- *Cross default*: es aquel que tiene lugar automáticamente “*a partir de un incumplimiento ocurrido en otras deudas del emisor*”²³;

²⁰ALVAREZ JÍMENEZ, Fernando, “Distressed debt: beneficios y riesgos compartidos”, *Revista de la Bolsa de Madrid*, 2005, 53-57, p. 54.

²¹ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 221.

²² Traducción propia. BRUNO, Eugenio, “Sovereign Debt Restructuring: Covenant and Default Clauses in Sovereign and Corporate Bonds and How the Difference Among Them Impact in the NML case against the Republic of Argentina in New York”, *SSRN*, 14/06/2015, pp. 20-22, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657219.

²³ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 286.

- Declaración de moratoria: un perfecto ejemplo de esto es el discurso del entonces Presidente interino de la Argentina Adolfo Rodríguez Saá ante la Asamblea Legislativa. En el mismo el Jefe de Estado dijo: “*El Estado Argentino suspenderá el pago de la deuda externa*”²⁴;
- Incumplimiento de otras obligaciones previstas en el instrumento de deuda: se requiere que este incumplimiento sea de relevancia suficiente;
- Cuestionamiento de validez de la deuda;
- Dejar de ser miembro del Fondo Monetario Internacional²⁵.

Sin perjuicio de estos ejemplos en algunos casos su determinación es más gris. Este fue el caso que vivió la República Argentina hacia el mes de julio del año 2014, cuando si bien fueron girados los fondos necesarios al agente fiduciario, el Banco New York Mellon, una medida cautelar dictada por el juez del Distrito Sur de la ciudad de Nueva York – Thomas Griesa – en el marco del caso *NML v. Republic of Argentina* impidió el correcto pago y generó discusiones en torno así el país había entrado o no en *default*. Finalmente, el “Comité de Determinación” de la “Asociación Internacional de *swaps* y derivados” (ing.: *International Swaps and Derivatives Association*; “ISDA”) determinó que efectivamente el Estado argentino había incurrido en *default* pese a haber transferido los fondos destinados al pago al agente encargado de efectivizarlos²⁶.

Entrar en cesación de pagos no es una situación grata para ninguna entidad y más aún cuando este es un Soberano. Su declaración genera consecuencias esenciales que van desde el encarecimiento del acceso al crédito (hasta el punto de impedirlo) y en el “fenómeno de la aceleración” que consiste en exigibilidad del monto total de la deuda incluso antes de su vencimiento. Asimismo, habilita el ejercicio del derecho de acción a los fines de reclamar su cobro por vía jurisdiccional.

²⁴ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 287.

²⁵ Traducción propia. BRUNO, “Sovereign...”, pp. 20 – 22.

²⁶ GUZMÁN, Martín, “Análisis de la resolución del default de Argentina de 2001”, *Revista de Economía Política de Buenos Aires*, Año 12, Vol. 17, 2018, 49 -104, p. 86.

A partir de esta última consecuencia que produce la declaración de *default*, se desarrollará a continuación el supuesto de litigación en el ámbito de la deuda soberana y si el arbitraje es un foro adecuado a estos fines.

III. RECLAMO JURISDICCIONAL DE LA DEUDA SOBERANA: EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

A lo largo de la presente sección se detallará el fenómeno de la actividad litigiosa en materia de deuda soberana (A), introduciendo aquí a la jurisdicción arbitral como una vía posible. Luego se expondrá sobre los casos argentinos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”) (B) y luego el caso griego (C).

A. El fenómeno de la actividad litigiosa en materia de deuda soberana

Como ya fuese explicado a lo largo del capítulo anterior las situaciones de *distress* financiero son causales de las crisis de deuda. A raíz de esto los Estados verán mermadas sus posibilidades de honrar sus deudas plasmadas en bonos soberanos por lo que deberán entablar negociaciones con los tenedores de dicha a los fines de modificar ciertos términos de la obligación. Estos procesos de negociación son sumamente arduos e implican para los acreedores una merma en sus derechos, puesto a que deberán resignar una parte de sus expectativas para poder efectivamente recibir un pago. Sin embargo, es lógico entender que el objetivo de ambas partes – si actúan de buena fe –es lograr un acuerdo, ya que será beneficioso para ellas.

La imposibilidad de lograr un acuerdo podría llevar al hecho de no efectuar el pago y esto último constituye, como ya se dijese, un evento de cesación de pagos o *defaults* con las consecuencias que ello conlleva. Esta situación no es conveniente ni para el Estado – que ve encarecido e incluso imposibilitado el acceso a los mercados financieros internacionales para obtener financiamiento externo – ni para los acreedores que no cobrarían ni un céntimo y habrían tirado por la borda su inversión. Es por ello que los procesos de renegociación de deuda soberana deberían terminar satisfactoriamente, con un alto porcentaje de adhesión a la propuesta de quita o *haircut* que el Estado propone.

Sin embargo, la situación en la práctica contemporánea no es tan idílica como acaba de presentarse. El principal problema lo presentarán los denominados

holdouts. Estos personajes – que pueden ser llamados también “polizones”²⁷ o “fondos buitres” – son acreedores fuertemente especulativos que se rehúsan a participar en la negociación o simplemente se oponen a toda propuesta, no accediendo a la quita y por tanto emprenderán batallas en tribunales para cobrar todo el valor del bono *defaulteado*.

En palabras de Waibel la “*efectiva actividad litigiosa de los holdouts socava todas las concesiones hechas por los acreedores cooperativos y pone en riesgo a toda la renegociación de deuda*”²⁸. Debe tenerse presente de que se trata de una actividad sumamente lucrativa.

Un perfecto ejemplo de su operatoria la materializó el fondo de inversión Donegal, registrado en las Islas Virgenes Británicas en 1997, y cuyo único activo eran bonos soberanos emitidos por Zambia que, al momento de comprarlos, cotizaban en el mercado de capitales al 11% de su valor nominal. El precio de la operación fue de 3.2 millones de dólares estadounidenses. Ante el fracaso de la reestructuración de dicha deuda el fondo demandó al Estado y terminó obteniendo 17.5 millones de dólares estadounidenses. Una inversión con la friolera cifra de 570% de ganancia²⁹.

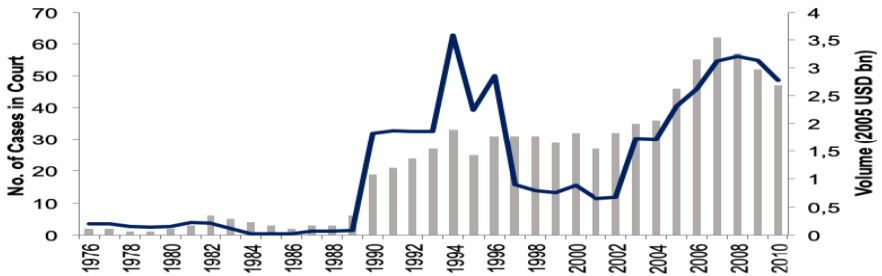
La aparición de estos jugadores en los mercados financieros es una de las razones por las cuales la litigación en materia de deuda soberana “*esté en lo alto*”³⁰. Un estudio da cuenta de este fenómeno de crecimiento explosivo de reclamos ante los tribunales en esta materia mediante el siguiente gráfico:

²⁷ GUIADO LITTERIO, Tomás M., “Problemáticas persistentes y desafíos pendientes en la reestructuración de la deuda soberana”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N°9, 2020, 1 – 21, p. 5.

²⁸ Traducción propia. WAIBEL, Michael, “Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration”, *The American Journal of International Law*, Vol. 101:71, 2007, 711-759, p.713.

²⁹ VIVIEN, Renaud, “Zambia y su batalla contra el fondo buitre Donegal”, *El Salto Diario*, 19/10/2018, disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/en-deuda/zambia-y-su-batalla-contra-el-fondo-buitre-donegal>.

³⁰ WAIBEL, “Opening...”, p. 713.

Gráfico II³¹

El crecimiento de la curva de casos se da en la década de los 90 del siglo pasado y encuentra en *CIBC v. Banco Central do Brazil*³² su primer precedente de relevancia involucrando a un Estado y a un *holdout*. Allí el tribunal del Distrito Sur de la ciudad de Nueva York entendió que no se había violado la figura – típica del *common law* – del *champerty*, dinamitando para siempre esta defensa³³. Esta implicaba la prohibición de “*la compra de documentos de crédito vencidos por parte de personas físicas o jurídicas con la intención y el propósito de iniciar demandas judiciales*”³⁴.

La actividad litigiosa judicial en materia de deuda se ha concentrado fundamentalmente en las ciudades de Nueva York y Londres. Esto tiene mucho sentido puesto a que son dos de las principales plazas financieras del mundo y por tanto en las cláusulas relativas a la jurisdicción y ley aplicable a los bonos soberanos emitidos en un mercado financiero distinto al del emisor, suelen prever la prórroga de jurisdicción a los tribunales de dichas localidades y la aplicación de su Derecho³⁵.

³¹ GUZMÁN, “Análisis...”, p. 51.

³² Corte del Distrito Sur de Nueva York, “*CIBC v. Banco Central do Brazil*”, 09/05/1995, 886 F. Supp. 1105.

³³ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 321.

³⁴ VAL, María Emilia, “El accionar de los fondos buitres: una caracterización a partir del conflicto con la República Argentina”, *Revista de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, N°5, 2017, 163 – 180, p. 169.

³⁵ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 275.

Sin embargo, no puede dejarse de lado la importancia y el desarrollo que el arbitraje internacional ha tenido en los últimos años.

En este orden de ideas son muchas las ventajas que presenta este mecanismo de resolución de disputas. Aquellas que señalan, entre otras, autores de gran envergadura son *a)* neutralidad; *b)* la fuerza obligatoria del laudo y la posibilidad de ejecución; *c)* sus costos y tiempos reducidos; *d)* su confidencialidad³⁶.

Estas razones no han hecho más que aumentar la popularidad del arbitraje llegando a decir que en *“en el reino de las transacciones comerciales internacionales el arbitraje es el método preferido de resolución de disputas, desplazando a la vía judicial”*³⁷. Como consecuencia de esto, se señala que la cantidad de casos administrados por las principales instituciones arbitrales ha aumentado *“entre dos y diez veces en los últimos veinte años”*³⁸.

Sin embargo, esto no se aprecia ni en la actividad de la banca internacional ni en la deuda pública. De hecho, se resalta que la práctica es, tal y como se dijo con anterioridad, la prórroga de jurisdicción a aquellos sitios que resultan *“amistosos”* con los intereses de los acreedores (*“creditor - friendly jurisdictions”*) como Nueva York o Londres³⁹.

Catedráticos de la talla de William W. Park entienden que esto es fruto de que *“los banqueros han tradicionalmente preferido a los jueces por sobre a los árbitros”* fundando esa opinión en *“mentalidad gregaria de que el arbitraje puede ser visto como una invitación innecesaria a obtener una respuesta salomónica por parte de los árbitros”*⁴⁰.

³⁶ BLACKABY, Nigel *et al.*, *International Arbitration. Student version*, 6ª Ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2015, pp. 28-30.

³⁷ BORN, Gary, *Intenational Commercial Arbitration*, t. 1, 3a Ed., Kluwer Law International, Holanda, 2020, p. 7.

³⁸ BORN, *International...*, p. 8.

³⁹ HALVERSON CROSS, Karen. “Arbitration as a means of resolving sovereign debt disputes”, *The American Journal of International Law*, Vol. 17, 2006, 335-382, p. 338.

⁴⁰ PARK, William W., *Arbitration of International Business Disputes: Studies of Law and Practice*, 2006, cit. por HALVERSON CROSS, “Arbitration...”, p. 560.

Sin perjuicio de que el argumento recientemente mencionado no sea el más feliz, pareciera ser una realidad ya que el arbitraje resulta esquivo a ser utilizado como foro para tratar disputas que emerjan tras renegociaciones fallidas de deuda soberana y/o *defaults*, principalmente por el accionar de *holdouts*.

Sin embargo, resulta muy interesante señalar que la República Federativa de Brasil ha introducido una cláusula arbitral en aquellos bonos soberanos presentados ante la *Securities and Exchange Commission*. El señalado acuerdo arbitral está redactado en los siguientes términos:

Sección 14

Arbitraje; Renuncia a la inmunidad; Consentimiento a la Jurisdicción;
Consentimiento para el servicio;

Actuaciones en Brasil:

(a) Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja de o se relacione con este Acuerdo o los Valores o cualquier cupón perteneciente al mismo (otrosque cualquier acción que surja de o se base en el gobierno federal o estatal de los Estados Unidos leyes de valores), incluyendo la existencia, desempeño, interpretación, construcción, incumplimiento, terminación o invalidez de los mismos (una "Disputa") deberá ser resuelto finalmente por arbitraje de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (excluyendo al Artículo 26 del mismo) y en vigor a la fecha de este Acuerdo (el "Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI"). El número de árbitros será tres, a ser nombrados de conformidad con la Sección II de las Reglas de arbitraje de la CNUDMI, que, entre otras cosas, establece que (1) cada parte nombrará un árbitro, (2) los dos árbitros así nombrados deberán elegir el tercer árbitro que actuará como árbitro presidente del tribunal y (3) si dentro de los 30 días calendario posteriores a la designación del segundo árbitro los dos árbitros no se han puesto de acuerdo sobre la elección de un árbitro presidente, el árbitro presidente será designado bajo Artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La autoridad nominadora será el presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. El tercer árbitro puede ser (pero no necesita ser) de la misma nacionalidad que cualquiera de las partes del arbitraje. El lugar del arbitraje será Nueva York, Nueva York. Los árbitros nombrarán a un

secretario con oficinas e instalaciones en Nueva York, Nueva York para proporcionar servicios administrativos en apoyo de los procedimientos.

Cualquier tribunal arbitral constituido conforme a esta Sección deberá hacer sus decisiones enteramente sobre la base del derecho sustantivo especificado en la Sección 12 del presente y no según el principio *ex aequo et bono* o de otro tipo [...]⁴¹

Por otro lado, en el año 2006 un conjunto de 195.000 bonistas italianos agrupados bajo la *Task Force Argentina* (“TFA”) que no habían ingresado al canje de deuda argentino del año 2005 remitieron al CIADI una demanda por 4.4 billones de dólares estadounidenses. De esta manera se inauguró en el ámbito del arbitraje de inversiones el reclamo de bonos soberanos en estado de cesación de pagos. A continuación, se desarrollará las peripecias de la Argentina ante el CIADI tras su *default* de diciembre de 2001.

B. Los casos argentinos ante el CIADI

Hacia el fin del año 2001 la Argentina vivía uno de los momentos más críticos de su historia. Tras una década de inusual estabilidad económica el “milagro” se derrumbó estrepitosamente y en el medio de una crisis económica, social y política, el presidente interino Rodríguez Saá declaró ante la Asamblea Legislativa (la conjunción de las ambas Cámaras que componen al Poder Legislativo argentino) que el país no pagaría su deuda externa, situación que fue ruidosamente aplaudida por diputados y senadores de todo el arco político.

Superada la inestabilidad política y en el auge de la recuperación, la entonces administración encaró el correspondiente proceso de renegociación de deuda. En este marco fue dictado el Decreto 1735/2004 cuyos dos primeros artículos rezaban lo siguiente:

ARTÍCULO 1º.- Dispónese la reestructuración de la deuda del ESTADO NACIONAL, instrumentada en los bonos cuyo pago fue objeto de diferimiento según lo dispuesto en el Artículo 59 de la Ley Nº 25.827, mediante una operación de canje nacional e internacional a ser llevada a cabo con los alcances y en los términos y condiciones del

⁴¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL – JP MORGAN CHASE BANK, *Acuerdo de agencia fiscal* cit. por HALVERSON CROSS, “Arbitration...”, p. 378.

presente decreto, según se detalla en el modelo de "Suplemento de Prospecto (Prospectus Supplement)", aplicable a la oferta internacional, cuya copia en idioma inglés y su traducción certificada al castellano obran como Anexo I al presente decreto, en el Procedimiento Operativo aplicable en la REPUBLICA ARGENTINA, que obra como Anexo II al presente decreto y en las Condiciones Aplicables a los Bonos emitidos bajo la ley de la REPUBLICA ARGENTINA, que obra como Anexo III al presente decreto, los que se aprueban por la presente medida y forman parte integrante de la misma.

ARTÍCULO 2º.- La operación dispuesta en virtud del artículo anterior, será llevada a cabo mediante el canje de los títulos representativos de deuda pública allí indicados, por los nuevos instrumentos representativos de deuda que serán emitidos por hasta un valor nominal máximo equivalente a DOLARES ESTADOUNIDENSES CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS MILLONES (u\$s 41.800.000.000), junto con los Valores Negociables Vinculados al PBI adjuntos a ellos, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto

⁴².

A partir de ello la República Argentina presentó a sus acreedores una oferta de canje que preveía el cambio de los bonos *defaulteados* por nuevos instrumentos de deuda. Se señala que aquellos que aceptasen dicha oferta recibirían entre el 25 y el 29 del valor nominal ("*face value*") del bono⁴³. En términos sencillos este implica el valor facial, "*el monto inicial de deuda reconocido por el deudor en la emisión*"⁴⁴.

Así en el año 2005 el 76,15% de los bonistas aceptaron la propuesta de canje. El porcentaje restante, *holdouts*, serían quienes reclamarían por vía judicial y arbitral la totalidad de la deuda. Ese mismo año sería sancionada en el país la ley 26.017, también conocida como "ley cerrojo". Su principal artículo fue el segundo, el cual que consagró:

⁴² Decreto 1735/2004 (Argentina).

⁴³ STURZENEGGER, Federico – ZETTELMEYER, Jerome, *Haircut: Estimating Investor Losses in Sovereign Debt Restructurings, 1998-2005*, 2005, cit. por WAIBEL, "Opening...", p. 714.

⁴⁴ BUNSOW, *Mercado...*, p. 79.

ARTICULO 2º — El Poder Ejecutivo nacional no podrá, respecto de los bonos a que se refiere el artículo 1º de la presente, reabrir el proceso de canje establecido en el Decreto Nº 1735/04 mencionado⁴⁵.

Esta disposición determinó que aquellos bonistas que no habían ingresado al canje – ya sea por intereses especulativos y tendientes a reclamar el cobro total o simplemente porque no se consideraba beneficiosa – no podrían volver a negociar con el Estado ya que este no reabriría un nuevo proceso de renegociación. Como indica Alais, el propósito de esta ley, tal y como su apodo indica, “*era reafirmar el carácter único de la oferta*”⁴⁶.

Numerosos litigios tomaron lugar en esa época siendo las principales plazas de disputas los tribunales estadounidenses, alemanes e italianos⁴⁷. Resulta relevante mencionar que, como informa Soto Gajardo, las acciones tendientes a obtener el cobro en esta última plaza fueron rechazadas argumentando cuestiones tales como que “*la suspensión de pagos se ejecutó mediante leyes internas orientadas a lidiar con su seria crisis económica y financiera*”⁴⁸ y que “*la República Argentina gozaba de inmunidad soberana en relación con su default bajo el concepto de acta jure imperii*”⁴⁹.

Sin perjuicio de esto, la novedad estaría por llegar. Un grupo de bonistas *holdout* italianos sabían que su línea jurisprudencial no permitiría siquiera el acceso a la jurisdicción local conformaron un consorcio conocido como la *TFA* y demandaron a la Argentina en el CIADI. En las propias palabras del dirigente de dicho “movimiento anti argentino” (conforme los términos utilizados por autores de este Estado)⁵⁰, Nicola Stock: “*el recurso al arbitraje internacional*

⁴⁵ Ley 26.017 (Argentina).

⁴⁶ ALAIS, *Deuda soberana...*, p. 39.

⁴⁷ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 554.

⁴⁸ FERNANDEZ ALONSO, José, “Las demandas contra la República Argentina incoadas por los tenedores de títulos de deuda pública en default en el CIADI”, *V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*, Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010, p. 4.

⁴⁹ FERNANDEZ ALONSO, “Las demandas contra...”, p. 4.

⁵⁰ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 559.

era un paso fundamental para avanzar en la defensa de los intereses de los inversores italianos”⁵¹.

De esta manera se registraron a partir del año 2006 tres solicitudes de arbitraje contra la Argentina incoados por bonistas italianos, alegando que el accionar argentino había violado el Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) suscripto por este país y la República de Italia el día 22 de mayo de 1990. Los casos fueron “*Abaclat y otros v. República Argentina*” (Caso CIADI No. ARB/07/5) (“*Abaclat*”), “*Giovanni Alemanni y otros v. República Argentina*” (Caso CIADI No ARB/07/8) (“*Alemanni*”) y “*Ambiente Ufficio y otros v. República Argentina* Caso CIADI N ARB/08/09) (“*Ambiente Ufficio*”). El primero sería el caso más significativo y ocupará el análisis que a continuación tendrá lugar.

El planteo de los actores se concentró en argumentar que con el *default* y la sanción de la posterior “ley cerrojo” la Argentina había incurrido en violaciones al TBI aplicable tras: “*formular una oferta de canje unilateral y punitiva (...) [además de] sancionar leyes en las que se (...) se aniquiló el valor de las inversiones*”⁵².

El Estado demandado basó parte de su estrategia defensiva en el hecho que el tribunal carecía de jurisdicción por ausencia del requisito de *ratione materiae*⁵³. En el ámbito del arbitraje de inversiones este es uno de los cuatro criterios acumulativos de atribución de jurisdicción⁵⁴. Este hace alusión, como indica la doctrina, “*a la definición de inversión, la cual determina la jurisdicción por la materia*”⁵⁵. Conforme lo anterior, el planteo argentino consintió en señalar que:

Los derechos contractuales creados y adquiridos por las Demandantes en mercados secundarios de valores fuera de la Argentina no son

⁵¹ TASK FORCE ARGENTINA, “Press release 9/2/2007” cit. por FERNANDEZ ALONSO, “Las demandas contra...”, p. 6.

⁵² *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI N°ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr. 238.

⁵³ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI N°ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr. 236.

⁵⁴ El resto son *ratione voluntatis*, *ratione personae*, *ratione temporis*.

⁵⁵ MCLACHLAN, Campbell *et al.*, *International Investment Arbitration (Oxford International Arbitration Series)*, 2ª Ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2017, Versión ebook (Amazon Kindle) sin número de páginas.

inversiones efectuadas en el territorio de Argentina en el sentido del Convenio del CIADI o del TBI entre Argentina e Italia.⁵⁶

Consecuentemente al no ser la adquisición de bonos una inversión, los demandantes carecían de legitimación (*ratione personae*) puesto que no eran inversores.

Resulta relevante hablar del concepto “inversión”, qué se entiende por tal y si efectivamente la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios constituye una.

En primer lugar, el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estados” (o “Convenio CIADI”) no define qué es inversión. De esta manera el inciso primero de artículo 25 de dicho cuerpo normativo dispone:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.⁵⁷

Como resultado de lo anterior se entiende que “*los parámetros de lo que constituye una inversión deben ser proporcionados por el consentimiento de las partes y, en última instancia, por los tribunales*”⁵⁸. De esta manera, para desentrañar el significado de este término habrá que analizar qué es lo que determina el TBI aplicable al caso concreto y, asimismo, la jurisprudencia de otros tribunales CIADI. En este último caso si bien los precedentes no son vinculantes no puede soslayarse su enorme importancia. De hecho, se tiene dicho que, pese a esto, los tribunales suelen analizar con mucho detenimiento

⁵⁶ *Abaclat v República. Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr. 234.

⁵⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estados, Art. 25.

⁵⁸ Traducción propia. MCLACHLAN *et al.*, *International Investment...*, Versión ebook (Amazon Kindle) sin número de páginas.

los que otros anteriormente han dicho a los fines de otorgar a las partes coherencia y predictibilidad en sus decisiones⁵⁹.

Así, el primer gran debate en torno a la definición de inversión se desarrolló en el caso *Fedax v. Venezuela*⁶⁰. La actora, una empresa que reclama en virtud del TBI entre los Países Bajos y Venezuela, fue beneficiaria, a modo de endoso, de los instrumentos de deuda emitidos por Venezuela. De esta manera, Fedax no había entrado en posesión de los pagarés como resultado de ninguna relación con Venezuela, ni de ninguna inversión directa realizada en su territorio. El Estado argumentó que la tenencia de Fedax de los pagarés en cuestión no calificaba como una inversión porque Fedax no había realizado una inversión extranjera directa que implique una transferencia a largo plazo de fondos financieros. El tribunal no hizo lugar al planteo venezolano y tras considerar el estado de dichos instrumentos de deuda bajo la ley venezolana y concluyó que cumplieran con las características básicas de una inversión.

Así en el ámbito del arbitraje de inversiones se entendió que el género perteneciente a los títulos de deuda constituía una inversión. Como dato interesante, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Republic of Argentina v. Weltover* había señalado que la emisión de bonos soberanos (una especie de títulos de crédito o valores, como ya hemos indicado en este artículo) constituía una “actividad comercial”⁶¹. La esencia misma del arbitraje bajo el sistema CIADI busca proteger “*solamente inversiones genuinas*”⁶². Si el tribunal que intervino en *Fedax* hubiese seguido la línea jurisprudencial del máximo tribunal estadounidense, los instrumentos de deuda estarían por fuera del ámbito de incumbencia del arbitraje de inversiones.

Para llevar a cabo su decisión el tribunal arbitral basó su decisión en un artículo escrito por Christoph Schreuer, una de las voces más autorizadas en esta materia.

⁵⁹ REINSISCH, August. *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*, Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien, Wien, pp. 1 y 5, disponible en: https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/role_precedents_icsid_arbitrationaayb_2008.pdf.

⁶⁰ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, Caso CIADI Nº ARB/96/3.

⁶¹ SCOTUS, “*Republic of Argentina v. Weltover Inc.*”, 12/06/1992, 504 U.S. 607.

⁶² WAIBEL, “*Opening...*”, p. 723.

A partir de allí el tribunal dispuso que “*las características básicas de una inversión implican una cierta duración, una cierta regularidad de beneficios asunción de riesgos, un compromiso sustancial y una importancia para el desarrollo del Estado receptor*”⁶³. Este criterio, posteriormente sería hecho un estándar y se pasaría a hablar del “*test Salini*”.⁶⁴ Sin embargo, en decisiones más recientes se ha dispuesto que la relevancia de este “*resulta muy dudosa y no puede ser considerada como un criterio aplicable como jurisprudencia estable*”⁶⁵.

Ahora bien, ¿constituyen los bonos soberanos una inversión protegida por el inciso primero del artículo 25 de la Convenio CIADI?

Michael Waibel realiza un análisis pormenorizado y llega a la conclusión que “*la base de la jurisdicción del CIADI sobre los instrumentos de deuda es débil. En muchos casos, los bonos soberanos no mostrarán las características típicas de una inversión*”.⁶⁶ Uno de los elementos centrales de su posición se basa en la ausencia de un vínculo territorial suficiente en el Estado que recibe la inversión que se beneficia de esta y por tanto es útil para su desarrollo. La necesidad de un contacto estrecho entre la inversión y el Estado fue prevista en el caso *LESI – Dispenta v. Algeria*⁶⁷.

El mencionado autor señala que el hecho de que los bonos soberanos se comercialicen en los denominados mercados secundarios hace nebuloso el cumplimiento de este requisito. En sus términos:

Con las compras en el mercado secundario, normalmente no hay un flujo de recursos financieros hacia el país emisor. El estado deudor recibe fondos solo por la emisión de los bonos, de una sola vez. En general, las compras en el mercado secundario por parte de los bonistas

⁶³ *Fedax v. Venezuela*, Caso CIADI N°ARB/93/3, Decisión sobre jurisdicción, 1995, párr. 183.

⁶⁴ *Salini Costruttori SpA v Morocco*. Caso CIADI No ARB/05/3, Decisión sobre jurisdicción, 2001.

⁶⁵ *Philip Morris Brands Sàrl v Uruguay*. Caso CIADI No. ARB/10/07, Decisión sobre jurisdicción, 2013, párr. 204.

⁶⁶ WAIBEL, Michael. “Opening...”, p. 732.

⁶⁷ *LESI SpA and Astaldi SpA v Algeria*. Caso. Caso CIADI No. ARB/05/3. Decisión sobre jurisdicción, 2006 párr. 14.

carecen de un vínculo territorial con el país anfitrión. Por esa razón, es muy poco probable que afecten al desarrollo del país anfitrión.⁶⁸

En “*Abaclat*” la República Argentina realiza este argumento. En efecto, señaló que no existía una inversión efectuada dentro del territorio nacional. El hecho de adquirir los bonos soberanos en el mercado secundario no constituye una conexión física y jurídica suficientemente significativa con el Estado. Las razones que adujo fueron que:

(i) no dieron lugar a ninguna transferencia de dinero al territorio de Argentina; (ii) están ubicados fuera de Argentina y no están comprendidos en la jurisdicción territorial de ese país, de acuerdo con las cláusulas sobre Derecho extranjero y selección de foro contenidas en los documentos pertinentes de los bonos y; (iii) los sistemas indirectos de tenencia de esos derechos suponen un límite más allá del cual las reclamaciones no son permisibles, porque solo tienen una conexión remota con la inversión.⁶⁹

Sin embargo, el tribunal arbitral arribó a la conclusión de que la adquisición de bonos soberanos argentinos constituyó una inversión conforme al artículo 25 del Convenio CIADI⁷⁰. Los árbitros entendieron que:

la determinación del lugar de la inversión depende, en primer lugar, de la naturaleza de esa inversión. Con respecto a las inversiones de carácter exclusivamente financiero los criterios pertinentes (...) deben consistir en el lugar y/o el beneficiario de la utilización final de los fondos, y no en el lugar en que los fondos se hayan pagado o transferido. Por lo tanto, la cuestión pertinente consiste en establecer si, en última instancia, los fondos invertidos se pusieron a disposición del Estado receptor y si respaldaron el desarrollo económico de este último (...). No cabe duda de que los fondos generados a través del proceso de emisión de bonos en definitiva se pusieron a disposición de Argentina y sirvieron para

⁶⁸ WAIBEL, “Opening...”, p. 727.

⁶⁹ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr. 341

⁷⁰ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr. 387.

financiar el desarrollo económico de ese país (...) y por lo tanto, se efectuaron en ese país.⁷¹

Al mismo tiempo que se analiza el alcance del término “inversión” conforme al Convenio CIADI resulta menester tomar en cuenta lo que las partes hayan acordado que esta signifique. De esta manera habrá que prestar especial atención a lo que los TBI dispongan. Es decir que debe hacerse un doble análisis y no uno excluyente, ponderando a uno como al otro. Como fuese relatado *supra*, la República Argentina en su defensa ante la demanda del TFA utilizó erróneamente la conjunción disyuntiva “o”.

Desentrañar, entonces, si en la esfera del arbitraje de inversiones el requisito *rationae materiae* debe hacerse un doble estudio: el del artículo 25 del Convenio CIADI y el del TBI aplicable al caso concreto. Autores como McLachlan señalan que:

Las dos definiciones más importantes en un TBI son las definiciones de 'nacional' (que determina la jurisdicción sobre el demandante individual, o *ratione personae* del tratado) y la definición de 'inversión' (que determina la jurisdicción de la materia o jurisdicción *ratione materiae*). Estas definiciones establecen los límites a los derechos protegidos, ya que los TBI solo cubren inversiones calificadas pertenecientes a inversores calificados⁷².

El tribunal al expedirse en la “Decisión de jurisdicción” de *Abaclat* sostuvo que la necesidad de este doble análisis radica en que los TBI refieren por un lado al procedimiento de resolución de diferencias y por el otro contienen normas sustantivas de protección de inversiones.

Complementariamente, el Convenio CIADI dispone normas sobre solución de controversias⁷³.

⁷¹ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párrs. 374 y 378.

⁷² MCLACHLAN *et al.*, *International Investment...*, Versión ebook (Amazon Kindle) sin número de páginas.

⁷³ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, 348.

Entonces, para el caso en análisis es pertinente incorporar la cláusula primera del TBI entre Argentina e Italia. La misma da pie a las definiciones, entre ellas la de “inversión”:

1. El término "inversión" designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor e independientemente de la forma jurídica elegida o de cualquier otro ordenamiento jurídico de conexión, todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última (...) c) obligaciones, títulos públicos o privados o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico, como también las ganancias capitalizadas⁷⁴.

Al resolver en este aspecto el tribunal entendió que había una inversión, sin perjuicio de las diferencias semánticas y técnicas que podrían existir entre los bonos (títulos públicos) que entraron en la oferta de canje, ya que todos forman parte de “*una misma operación económica y solo tienen sentido conjuntamente*”⁷⁵. Así se arribó a la conclusión que también conforme al TBI ítalo argentino había una inversión protegible⁷⁶.

Por otro lado, cabe notar que la cláusula octava – la cual refiere a la solución de disputas – habilita un reclamo jurisdiccional arbitral bajo el amparo del CIADI en la medida que surjan reclamos “*respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo*”⁷⁷. Dichas cuestiones son, en definitiva, protección frente a expropiación y violaciones al trato justo y equitativo o a la cláusula de trato nacional / nación más favorecida. En este marco, Halverson Cross entiende que el reclamo de los bonistas en base a estos elementos sustanciales del régimen de protección de inversiones puede ser seriamente debatido por el Estado

⁷⁴ Énfasis agregado. TBI Italia – Argentina, Art. 1.

⁷⁵ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr 359.

⁷⁶ *Abaclat v. República Argentina*. Caso CIADI No/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 2011, párr 361.

⁷⁷ TBI Italia – Argentina, Art. 8.

demandado que traduce la controversia a simplemente un incumplimiento contractual⁷⁸.

El tribunal arbitral no llegó a expedirse sobre el fondo de la controversia. Pese a la existencia de la “ley cerrojo” Argentina reabrió su proceso de renegociación de deuda soberana hacia el año 2010. En esta nueva etapa del 23,85% de acreedores que no habían cambiado sus bonos *defaulteados* en el 2005, poco más del 68% aceptaron las condiciones del Estado. De esta manera, el 92,4 % del total de la deuda en cesación de pagos había sido reestructurada⁷⁹.

Esto tuvo su impacto en el proceso *Abaclat*. Tras la concreción del segundo canje de deuda quedaba unos 60 mil tenedores de bonos, un tercio de la cifra originaria. Finalmente, el caso *Abaclat* fue terminado por acuerdo entre las partes. Los otros dos procesos tampoco han avanzado. Por su parte *Ambiente Ufficio* concluyó por el no pago de los gastos del proceso mientras que *Alemanni* se suspendió por la misma razón, pese a que hasta la fecha no se haya declarado su caducidad⁸⁰.

La crisis de deuda argentina del año 2001 no fue la única de gran trascendencia en este siglo. Han ocurrido otras, como la nueva que ha sufrido este país entre los años 2018 y 2020 y que encontró un acuerdo hacia el mes de agosto del primer año de esta década del 20⁸¹. Pero este Estado latinoamericano no fue el único que se enfrentó a situaciones de *distress* que provocaron un cimbronazo

⁷⁸ Sin embargo, el tribunal interviniente no hizo lugar al planteo argentino y entendió que efectivamente había una violación al TBI aplicable: HALVERSON CROSS, “Arbitration...”, p. 351.

⁷⁹ GALLEGO-DIAZ, Soledad, “Argentina completa el canje de deuda con el 92,4% renovado”, *El País*, 26/06/2010, disponible en: https://elpais.com/diario/2010/06/25/economia/1277416803_850215.html.

⁸⁰ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 561.

⁸¹ La Argentina reestructuró 65 mil millones de dólares de deuda bajo legislación extranjera con un porcentaje de adhesión del 93.5%. Para más información puede consultarse: NELSON, Eshe – POLITIOLITI, Daniel, “Argentina secures a deal to restructure \$65 billion in debt”, *New York Times*, 04/08/2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/08/04/business/argentina-secures-a-deal-to-restructure-65-billion-in-debt.html?searchResultPosition=1>.

en sus cuentas estatales que impidieron honrar sus compromisos con sus acreedores. El otro caso paradigmático es el de la crisis de la deuda griega.

A continuación, se hará una breve mención de la mencionada situación y como Grecia se convirtió en el segundo Estado que tras atravesar una circunstancia como esta fue demandado por tenedores de bonos soberanos en un arbitraje administrado por el CIADI.

C. El caso griego ante el CIADI

Hacia el año 2008 el mundo vivió una de las mayores crisis de las que se tenga memoria, solo comparada con el *crack* de los años 30. Esta encontró su origen en desmoronamiento de las hipotecas *subprime*, problema que, si bien comenzó en los Estados Unidos prontamente, debido a las características propias de los mercados financieros contemporáneos, se extendió a todas las economías. Una de las más afectadas fueron las pertenecientes a la Unión Europea (“UE”). Grecia se unió al bloque comunitario en enero de 1981.

Este es un país relativamente pequeño, cuya economía se apoya fundamentalmente en el sector terciario siendo el rubro turístico el más competitivo. Su falta de desarrollo económico fue paliada con constante endeudamiento al punto tal que dicho llegó a ser “*más grande que en el promedio de los países europeos, lo que al llegar la crisis financiera supuso que el impacto en la economía helena fuera mayor*”⁸². De esta manera hacia fines del año 2009 para el país mediterráneo sus créditos representaban el 127% de su producto bruto interno ⁸³. El 84% de dicha estaba en manos de acreedores privados⁸⁴.

A partir del mencionado año las distintas agencias calificadoras de riesgo comenzaron a degradar a los bonos soberanos, llegando hacia el año 2010 (conforme a Standar & Poor’s) a ser catalogados “BB+”, un “bono basura”, “es

⁸² CASTILLO MANTECA, José Manuel. *Crisis de la deuda en Grecia y gestión del programa económico de austeridad por parte de Syriza*. ICEI Working Papers, 2021, p.4.

⁸³ ALAIS, *Deuda soberana...*, p. 40.

⁸⁴ CASTILLO MANTECA, *Crisis de la deuda en Grecia...*, p. 11.

decir, por debajo del grado de inversión y con un alto riesgo de impago”⁸⁵. En este plano temporal un banco de nacionalidad eslovaca, Poštová Banka, comenzó a comprar dichos títulos de deuda griegos (*Greek Government Bonds*, “GGB’s”).

Asimismo, Grecia, junto con el apoyo de la UE, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, lanzó un plan de estabilidad que se extendería, en principio, a lo largo de tres años. En este contexto comenzó el proceso de reestructuración de deuda y para febrero año 2012 la ley 4050/2012 (“ley de los tenedores de bonos griegos”) había sido aprobada en el Parlamento helénico.

Por un lado, esta norma fijó la emisión de nuevos GGB’s que representaban el 31.5% del valor nominal de los títulos sometidos al proceso de canje⁸⁶. Por el otro, tal y como informa Alais:

La ley introdujo una cláusula de acción colectiva que permitía modificar las condiciones iniciales de emisión de los títulos mediante decisiones adoptadas por mayoría cualificada que se imponían también a los minoritarios. Para ello exigía un quórum del 50% del saldo pendiente de las obligaciones en cuestión y una mayoría cualificada que correspondía a los dos tercios del capital presente o representado⁸⁷.

En este marco, el día 9 de marzo fueron anunciados los resultados tras el cierre del canje: el 94.23% de los acreedores votó a favor de la propuesta griega⁸⁸. Poštová Banka fue uno de los pocos que se pronunció por la negativa. A partir de esto, el *holdout* pretendería un resarcimiento por entender que había sido violado el TBI que vincula a Grecia con Eslovaquia. De esta manera la entidad financiera junto con su accionista, la chipriota *Istriokapital SE*, incoaron ante el CIADI su solicitud de arbitraje contra la República helénica.

Los árbitros se expidieron el día 9 de abril del 2015 desestimando el caso por falta de jurisdicción. El tribunal analizó en primer lugar cómo fueron emitidos

⁸⁵ ALAIS, *Deuda soberana...*, pp. 40 y 41.

⁸⁶ *Poštová Banka e Istrokapital v. República Helénica de Grecia*, Caso CIADI N°ARB/13/8, Laudo, párr. 69.

⁸⁷ ALAIS, *Deuda soberana...*, p. 42.

⁸⁸ *Poštová Banka e Istrokapital v. República Helénica de Grecia*, Caso CIADI N°ARB/13/8, Laudo, párr. 70.

los GGB's por Grecia y luego adquiridos por Poštova Banka. En particular, señaló que el banco eslovaco adquirió sus intereses en los GGB's no en su distribución inicial, sino en el mercado secundario, y que depositó estos intereses en Clearstream Banking Luxembourg, un depositario universal. Luego, procedió a analizar si los intereses de Poštova Banka en los GGB's calificaban como "inversiones" bajo el inciso primero del artículo 1 del TBI entre Eslovaquia y Grecia.

Tras el análisis de mencionada disposición el tribunal concluyó que "*ni el inciso 1 del artículo 1 del TBI entre Eslovaquia y Grecia ni otras disposiciones del Tratado, de ninguna manera, se refieren a la deuda soberana, títulos públicos, valores públicos, obligaciones públicas o similares*"⁸⁹. De esta manera, se entiende que si expresamente se excluyó a los bonos soberanos es porque las partes voluntariamente no quisieron que tales fuesen considerados inversiones y por tanto protegidos por dicha norma de Derecho Internacional. Debido a la ausencia de cumplimiento del requisito *ratione materiae* y *ratione personae*, el tribunal dictaminó su falta de competencia para entender en el reclamo.

Hasta la fecha en que este trabajo es escrito no se han registrado en el CIADI nuevas solicitudes de arbitraje que refieran a casos que vinculan a *holdouts* con Estados soberanos que han atravesado una crisis de deuda. Tanto en los tres casos en los que intervino la República Argentina como en el que el demandado fue Grecia los tribunales arbitrales solo pudieron expedirse en cuanto a la jurisdicción. Si bien las decisiones originales han admitido la procedencia de los reclamos, en el último –*Poštova Banka*– se ha decidido por la negativa. Sin embargo, cabe resaltar que el foco de análisis estará en lo que entienda efectivamente por inversión el TBI aplicable.

Como en ninguno de los cuatro casos mencionados los tribunales no pudieron explayarse sobre el fondo de la controversia, este aún es un territorio inexplorado y que genera muchos debates en la doctrina en cuanto a sí, por ejemplo, un *default* puede ser considerado expropiación o si constituye una violación al estándar del trato justo y equitativo⁹⁰. Por el momento esto seguirá

⁸⁹ *Poštová Banka e Istrokapital v. República Helénica de Grecia*, Caso CIADI N°ARB/13/8, Laudo, párr. 332.

⁹⁰ WAIBEL, "Opening...", pp. 738-757; ALAIS, *Deuda soberana...*, pp. 43-49.

en el plano académico, pero sin lugar a dudas estos debates volverán a estar en el centro de atención en un futuro más cercano del imaginado.

El panorama actual de la litigación en materia de deuda soberana está concentrado en la jurisdicción judicial, fundamentalmente en los tribunales del Distrito Sur de la ciudad de Nueva York. El “caso del siglo” es, hasta el momento, *NML Capital v. Republic of Argentina*. Sin perjuicio de esto no han sido pocas las voces que señalan la necesidad de establecer mecanismos homogéneos para la renegociación de deuda y la eventual resolución de controversias que deriven de la misma. En la siguiente y última parte de este trabajo se hará un breve *racconto* de las principales propuestas.

IV. PROPUESTAS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA CREAR MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN MATERIA DE DEUDA SOBERANA

Anne O. Krueger es una economista estadounidense que, hacia principios del siglo XXI, ocupaba uno de los cargos de mayor relevancia en el Fondo Monetario Internacional (“FMI”), tras haber sido su Economista jefe, esta profesional era la Primera subdirectora gerente de la entidad nacida durante los acuerdos de Bretton Woods. En el marco de su gestión se produjo la crisis de deuda argentina del 2001. Interpelada por la situación Krueger se hizo la siguiente pregunta: *¿deberían poder declararse en quiebra los países como la Argentina?*⁹¹

A partir de allí comenzó a diseñarse dentro del FMI un proyecto tendiente a crear un procedimiento unificado de tratamiento a las situaciones de *distress* de los Estados. La dispersión de los acreedores y los enormes márgenes de ganancia que supondría una litigación exitosa podría minar para siempre los procesos de reestructuración de deuda. Menciona Guzmán que:

Un negocio tan rentable genera un problema de riesgo moral: además de fomentar el comportamiento de los fondos buitres, aumentan los incentivos de otros tenedores de bonos defaulteados a no participar de

⁹¹ KRUEGER, Anne. “¿Deberían poder declararse en quiebra los países como la Argentina?”, *El País*, 18/01/2002, disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2015/09/28/04/54/vc011802>.

una reestructuración y en su lugar esperar, siguiendo el liderazgo de los fondos buitres, para conseguir un tratamiento del tipo “yo también”⁹².

Tomando nota de esa situación Krueger indica que “*en vez de buscar salidas precipitadas, tenemos que crear mejores incentivos para lograr que los acreedores sigan interesados*”⁹³. Este incentivo estaría en un proceso parecido al que se someten las empresas y las personas cuando atraviesan situaciones de *distress*. Para esto, en primer lugar, la economista indica que no es una novedad la existencia de procesos de “*reorganización*” de entidades de existencia necesaria. El Capítulo 9 de la Ley de quiebras de los Estados Unidos concibe esta situación.⁹⁴

La nota distintiva de la anterior normativa es – sin perjuicio de que solo puede ser aplicable a municipios –⁹⁵ es que no prevé la posibilidad de liquidación de los activos del deudor y su reparto entre los acreedores⁹⁶. Se enseña que “*las funciones de las Cortes de quiebra en la aplicación del Capítulo 9 se limitan a aprobar las peticiones, confirmar el plan de reestructuración de deuda y asegurar su implementación*”⁹⁷.

La iniciativa de Krueger desembocaría en el proyecto “Mecanismo de reestructuración de deuda soberana” (*Sovereign Debt Restructuring Mechanism*; “SDRM”). En lo que concierne al objeto del presente artículo el mismo preveía la creación de un tribunal llamado “Foro de resolución de disputas de deuda soberana” (*Sovereign Debt Dispute Resolution Forum*; “SDDRF”).

Se previó que este foro se conformaría con una lista de doce a dieciséis abogados especialistas en la materia y en el caso de actuación el Presidente (el único con dedicación exclusiva) designaría a cuatro de los listados. Este panel cumpliría distintas funciones como llevar adelante la verificación de créditos, resolver disputas vinculadas con las bases y condiciones de la negociación y,

⁹² GUZMAN, “Análisis..”, p. 42.

⁹³ KRUEGER, “¿Deberían...”, párr. 7.

⁹⁴ KRUEGER, Anne, *A new Approach to Sovereign Debt Restructuring*, International Monetary Fund, Washington DC, 2002, p. 12.

⁹⁵ Y de hecho se aplica, cabe recordar declaración de quiebra de la ciudad de Detroit, Michigan.

⁹⁶ KRUEGER, *A new Approach ...*, p. 13.

⁹⁷ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 669.

fundamentalmente, homologar con fuerza vinculante el acuerdo al que el Estado y sus acreedores arribarían⁹⁸.

Si bien esta propuesta era más que interesante no recibió el apoyo de las economías avanzadas ni las emergentes – en vías de desarrollo, razón por la cual quedó en el olvido.

Otro proyecto, que, si bien no ha pasado de los postulados académicos, es el denominado “Proceso arbitral equitativo y transparente” (*Fair and Transparent Arbitration Process*; “FTAP”). El mismo ha sido bien desarrollado por Kunibert Raffer,⁹⁹ pese a que Thomas Fritz y Phillip Hensel lo plantearan unos años antes.

El FTAP propone una conjunción entre los procesos de renegociación de deuda en el marco del desarrollo de un proceso arbitral equiparable a un procedimiento de insolvencia “tradicional”, con la particularidad de indicar que las cuestiones relativas a los Derechos Humanos nunca deben dejarse de lado. De esta manera, Friz y Hensel indican que:

El panel de FTAP actúa como el magistrado de un procedimiento regular en el que todas las partes interesadas involucradas - acreedores, deudores y otras partes afectadas por la situación de la deuda, por ejemplo, la población del país deudor -puede presentar sus argumentos.¹⁰⁰

Para cumplir con su objetivo de ser “transparente” se permite, como se mencionase con anterioridad, que todo aquél que se ve afectado por la deuda (que en una interpretación amplísima podría incluir a cualquier habitante del Estado) participe en el proceso y no solo sea oído, sino que su opinión sea tenida en cuenta. Es que, sin ello, que constituye en definitiva presión y escrutinio

⁹⁸ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 682.

⁹⁹ RAFFERT, Kunibert, *The Present State of the Discussion on Restructuring Sovereign Debts: Which Specific Sovereign Insolvency Procedure?*, 2005, cit. por. TRESBESCH, Cristoph *et al.*, “Sovereign Debt Restructurings 1950-2010: Literature Survey, Data and Stylized Facts”, *International Monetary Fund Working Papers*, Año 2012, p. 89, disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12203.pdf>.

¹⁰⁰ FRITZ, Thomas – HERSEL, Phillip, *Fair and Transparent Arbitration Processes: A new road to resolve debt crises*”, Berliner Landesarbeitsgemeinschaft, Berlin, 2002, p. 16.

público, “*existe un gran riesgo que las reducciones de la deuda no serán suficientes y que los ingresos no se pueden utilizar para satisfacer las necesidades básicas de la población*”¹⁰¹.

En apretada síntesis se puede decir que el FTAP propone un mecanismo arbitral *ad-hoc* aplicable a todo tipo de canje de deuda. De esta manera, los árbitros serían elegidos para cada caso particular siendo un total de cinco. De ellos, dos serían elegidos, por una parte, las otras dos por la restante mientras que los cuatro árbitros elegirán al quinto, quien actuará como máxima autoridad. La doctrina señala que es un procedimiento similar al que Brasil ha instrumentado en sus bonos, cuya cláusula arbitral está citada *supra*, con la diferencia de que la razón misma de ser del FTAP es la protección del deudor y de su población¹⁰².

Tomando en consideración que un desarrollo lo suficientemente acabado de esta tesis, con todas sus aristas, evolución y debate, es sumamente rico el mismo será tratado en exclusividad en un futuro trabajo.

Finalmente, el último desarrollo en materia de creación de un foro de negociación y resolución de las posibles diferencias que puedan emerger en relación con deuda soberana en *distress* se dio en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”).

A la par del litigio argentino en Nueva York contra los fondos buitres (NML, Aurelius, entre otros) el Estado presentó su caso ante la Asamblea General de Naciones Unidas (“AGNU”). En sentido delegado en Sudáfrica – en su rol del representante del G77 + China – la presentación de un borrador que se convertiría en la Resolución 68/304.

La mencionada resolución reconoció la necesidad de crear una infraestructura organizacional y legal adecuada para la reestructuración ordenada y sustentable de la deuda soberana tomando, como pautas centrales, el restablecimiento del crecimiento sin intervenciones malintencionadas de acreedores fuertemente especulativos¹⁰³.

¹⁰¹ FRITZ – HERSEL, *Fair and...*, p. 48.

¹⁰² COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 689.

¹⁰³ GUIADO LITTERIO, “Problemáticas persistentes...”, p. 12.

En el año 2015 en la AGNU la Resolución “Sobre los principios básicos de los procesos de reestructuración de deuda soberana” se pudo ver las diferencias de criterio entre los países emergentes (con gran necesidad de capital externo) con aquellos que son exportadores de este. Así 135 Estados votaron a favor, 41 se abstuvieron y 6 se opusieron. Aquellos que se manifestaron abiertamente en contra fueron Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Japón, Canadá e Israel. La Unión Europea se abstuvo. Cabe destacar que tanto los Estados Unidos como la UE “*no se resistían al marco jurídico para las reestructuraciones. Sin embargo, se oponían a que el tema se tratase en Naciones Unidas y prefirieron al FMI, en su carácter de organización técnica especializada como foro natural*”¹⁰⁴. En este contexto, Dalich expone los dichos de los representantes del viejo continente:

Seguimos considerando que el Fondo Monetario Internacional (FMI) es la institución apropiada para convocar debates mundiales sobre este tema y que la labor sobre la reestructuración de la deuda soberana debe seguir llevándose a cabo en el marco del FMI. Respaldamos los esfuerzos en curso del FMI, que tienen por objeto contribuir al objetivo de facilitar una reestructuración oportuna y ordenada de la deuda soberana, donde se considere necesario un proceso de esta índole a partir de un enfoque contractual sólido, así como los debates en el Club de París y en el Foro de París sobre la reestructuración de la deuda¹⁰⁵.

Tras no conseguir el apoyo de ninguna de las economías “avanzadas” (salvo Islandia)¹⁰⁶, la propuesta fue mutando hacia un listado de buenas prácticas, un instrumento de *soft law*¹⁰⁷. A modo de cierre tales directrices son:

- Buena fe: participación constructiva con el fin de encontrar una solución que beneficia a las partes
- Imparcialidad

¹⁰⁴ GUIADO LITTERIO, “Problemáticas persistentes...”, p.12.

¹⁰⁵ DALICH, Valentina, *La reestructuración de la deuda soberana: fragmentación legal a nivel internacional*, p. 91, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/8/la-reestructuracion-de-la-deuda-soberana-fragmentacion-legal-a-nivel-internacional.pdf>.

¹⁰⁶ GUIADO LITTERIO, “Problemáticas persistentes...”, p. 14.

¹⁰⁷ COSENTINO *et al.*, *Crisis...*, p. 670.

-
- Transparencia
 - Trato equitativo: los acreedores no pueden sufrir discriminación arbitraria
 - Inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en reestructuración de deuda (que en materia de arbitraje de inversiones no podría argumentarse ya que en los TBIs se hace renuncia expresa a la oposición de esta defensa)
 - Legitimidad
 - Sostenibilidad: la toma de deuda debe ser estable y debe preservar por un lado los derechos de los acreedores y por el otro promover el desarrollo sostenido e inclusivo de los habitantes del Estado deudor en el marco del respeto por los Derechos Humanos¹⁰⁸.

Si bien constituyen una “hoja de ruta” solo la práctica de futuras negociaciones determinará si estos esfuerzos hechos por las economías emergentes en el ámbito de la ONU han decantado en algo real y no solo una expresión de deseo.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente artículo se han analizado diferentes cuestiones relativas a la deuda soberana, en particular, a sus crisis y cómo han sido tratadas en el ámbito del arbitraje de inversiones las controversias que emanan tras la cesación de pagos de bonos soberanos.

La razón de por qué los Estados deben recurrir cada vez más y más al financiamiento “extraordinario” (si entendemos a la tributación como el “ordinario”) mediante la emisión de valores negociables bajo ley y jurisdicción extranjera, encuentra su causa en el aumento de actividades que realizan los países. Mientras que por un lado se evidencia un aumento del gasto público, no se produce un crecimiento equidistante en el lado opuesto de la ecuación, en los ingresos públicos. De allí que, en las cuentas públicas estatales, y fundamentalmente las argentinas, la existencia de *déficit fiscal* sea una regla en la actualidad.

¹⁰⁸ DALICH, *La reestructuración...*, p. 90.

Para cubrir esta diferencia los Estados pueden aumentar los tributos, emitir moneda o acceder al financiamiento, interno y/o externo. Todo tiene un límite, una reforma tributaria que plantee nuevos y/o aumentos en los mismos no solamente es una medida política impopular, sino que también encuentra un punto de quiebre y ya se ha demostrado que no puede decirse que haya una relación lineal entre esto y el aumento de la recaudación que se mantenga perpetuamente. Por otro lado, no puede dependerse únicamente de la emisión monetaria. Los países que han resuelto el gran problema de la inflación han entendido la relación entre la pérdida de valor adquisitivo de una moneda y la cantidad de circulación que hay de la misma y por tanto son cautelosos y prudentes en este sentido. Finalmente, el endeudamiento masivo de un Estado tampoco es beneficioso. Argentina y Grecia son dos ejemplos sumamente claros de que una crisis de deuda trae consigo recesiones de lo más profundo, que golpean a la sociedad en su conjunto y sus efectos perduran años.

Entrar en cesación de pagos es una situación traumática que obliga a las partes interesadas a invertir mucho tiempo y esfuerzo en encontrar el trato que satisfaga a la mayor cantidad posible, en mayor o menor medida, por igual. Si bien cada uno tiene el deber de preservar sus propios intereses, las posturas empecinadas no pueden sino minar todo proceso conciliativo. Pese a que quienes llevan adelante las negociaciones lo hagan de buena fe (al menos en la teoría) y quieran pasar de página, nunca es posible satisfacer a todos. Siempre habrá remisos, ya sea porque no resulta conveniente acordar o porque se persigue un interés netamente especulativo. Las controversias inevitablemente tendrán lugar. Razón por la cual es necesario contar con mecanismos de resolución que funcionen correctamente y que den una respuesta que satisfaga correctamente el caso.

El arbitraje internacional ha quedado por el momento desplazado. La jurisdicción judicial continúa llevando prácticamente la administración y resolución de este tipo de casos de manera monopólica. Los cuatro precedentes llevados ante la órbita del CIADI no son una muestra estadística significativa que permita mover el amperímetro. Pero esto no tiene por qué mantenerse así en el futuro. Aún ningún tribunal se ha expedido sobre el fondo de la cuestión, la viabilidad del sistema todavía está por verse.

En un camino distinto aparecen los sistemas de tratamiento y resolución de disputas previstos por organismos internacionales como el Fondo Monetario

Internacional y Naciones Unidas. El proyecto diagramado por la primera de las entidades a principios del siglo XXI era (y continúa siéndolo) muy interesante y de haberse implementado podría haber sido muy útil. El avance en el ámbito de Naciones Unidas también es sumamente enriquecedor. Pero la falta de apoyo por parte de los participantes de la comunidad internacional que representan los intereses de quienes resultan ser acreedores condenó, aunque espero estar equivocado, a que sus objetivos originarios no puedan ser cumplidos.

La decisión de Brasil, *sui generis*, es la única que pone al arbitraje por encima de la vía judicial. Sin embargo, los resultados que este experimento podría dar no parecerán surgir en el corto plazo. Quizás, el establecimiento de procesos arbitrales *ad-hoc* que pongan a los Derechos Humanos en pie de igualdad con el derecho de los acreedores pueda ser la mejor opción.

Las crisis de deuda y las controversias que de ella deriven no se extinguirán. Por el contrario, lastimosamente, quizás se encuentren más cerca de lo esperado. La pandemia de COVID-19 ha obligado a todos los países a movilizarse para obtener recursos financieros como pocas veces en la historia reciente se había visto. Muchas de las economías de los países emergentes y en vías de desarrollo necesitaron tomar grandes cantidades de deuda para poder dar una respuesta ante la pesadilla sanitaria que atravesó al mundo en el año 2020. No debería sorprender a nadie que en unos años nuevos litigios tengan lugar. El arbitraje tendrá una nueva oportunidad, probablemente única, para demostrar de una vez y por todas si es un mecanismo adecuado para entender y resolver en estas disputas.

Arbitraje de la construcción y un triángulo amoroso: donde el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones chocan – Parte I

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 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

* 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).

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. INTRODUCCIÓN	208
II. EL ARBITRAJE DE LA CONSTRUCCIÓN	209
A. EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN	210
a. <i>Los contratos de construcción del Derecho Privado (también llamados contratos de obra 'civil')</i>	212
b. <i>Los contratos de construcción del Derecho Público</i>	215
B. EL ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN	219
C. LOS DOS EJES PRINCIPALES DE TODO ARBITRAJE (DE CONSTRUCCIÓN): LA LEY APLICABLE Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE	226

I. INTRODUCCIÓN

La industria de la construcción y el arbitraje gozan de una relación bastante íntima. En el plano doméstico, las constructoras prefieren recurrir al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas y así evitar el Poder Judicial local; en el plano internacional, dado que hasta ahora no existe una Corte Internacional que pueda resolver disputas contractuales internacionales,

el Arbitraje Internacional parecería no sólo la más sensata... sino la única opción valedera (a la hora de elegir un mecanismo de resolución de disputas. Y más aún si la disputa envuelve a partes contractuales provenientes de Estados diferentes, con idiomas diferentes, culturas jurídicas diferentes y expectativas de justicia diferentes).

Se erige así el “Arbitraje de la Construcción”, que no es otra cosa que el Arbitraje (en tanto que mecanismo de resolución de controversias) aplicado a un litigio sobre un proyecto de construcción. Pero nada es tan simple. Ni el Arbitraje, ni la Construcción. Por ello, es necesario, primero, ahondar en la noción del Arbitraje de Construcción (II) para poder luego pasar a tratar el problema que atosiga al mismo.

Y es que la industria de la construcción y el Arbitraje Internacional deben ser estudiadas holísticamente (III), lo cual no se refiere a la multiplicidad de actores internacionales en un proyecto de construcción (como bancos de inversión, financistas, bonistas, una *Special Purpose Vehicle* -SPV-, una Sociedad de Objeto Específico -SOE-, los dueños del terreno donde se pretende construir, y un largo etcétera), sino más bien a la verdadera coordinación entre Construcción – Arbitraje Comercial Internacional – Arbitraje de Inversiones.

Dicha coordinación necesaria, ha sido ignorada por demasiado tiempo.

Fruto de esta falta de coordinación es el abuso del derecho en el Arbitraje Internacional y la Construcción (IV).

II. EL ARBITRAJE DE LA CONSTRUCCIÓN

Los proyectos de construcción, como todo proyecto, pueden ser objeto de disputas en lo que duren. Se prefiere utilizar el término proyectos de construcción y no solamente contratos de construcción, porque reducir toda la problemática y simplificar toda la operación económica a un contrato de construcción, que suele suscribirse entre contratante y contratista, sería enfocarse en la luna e ignorar las estrellas.

De hecho, los contratos de construcción van acompañados de contratos de financiamiento de parte del contratista con las personas que verdaderamente financian la obra (bancos de inversión, bonistas, etc.). La financiación de una construcción puede darse, dependiendo de la envergadura del proyecto, desde los recursos propios o financiamiento bancario estándar (caso de la construcción de obras de pequeña a mediana envergadura), recurriendo a métodos clásicos provenientes del *Corporate Finance* (construcción de obras de mediana a gran

envergadura) o también en virtud de métodos de *Project Finance*¹ (construcción de obras de gran envergadura) con intervención de bancos de inversión, inversionistas internacionales y vehículos financieros “*bankruptcy remote*”.

Primero hay que definir, o al menos brindar una noción un tanto precisa, sobre lo que se entiende por Arbitraje de Construcción (b).

Por supuesto, dado que el arbitraje es un mecanismo jurisdiccional de resolución de disputas, es menester diferenciar los dos tipos de relaciones jurídicas principales que pueden originar disputas en la industria de la construcción: esto es, diferenciar (*lato sensu* y con especial énfasis en el derecho paraguayo) una obra pública de una obra “civil” u obra de construcción de puro derecho privado (a).

Por último, en este capítulo se tratarán los dos ejes principales de todo arbitraje de construcción (que es donde, paradójicamente, y como se verá a lo largo de esta disertación, empiezan todos los problemas relativos a la *lis pendens* en construcción (c).

A. *El contrato de construcción*

El contrato de construcción es un acuerdo bilateral en virtud del cual ambas partes prestan su consentimiento para concretar el objeto del contrato, que es la construcción de una cosa determinada. Se ha optado por establecer una noción amplia, que no contenga los sesgos del Derecho Privado ni sea rígida como lo es el Derecho Público.

En suma, todo contrato de construcción es una relación jurídica que tiene por finalidad la ejecución de determinado trabajo por parte de uno de los contratantes (en este ejemplo, de parte del ‘constructor’), el cual se obliga a ejecutar por sí mismo o por encargo a terceros bajo su dirección, las actividades necesarias para obtener la finalidad del contrato, que es la construcción de una obra determinada.

El contrato de obra se diferencia del contrato de prestación de servicios en dos puntos esenciales:

¹ LACASA, Pedro, “La naturaleza jurídica del Project Finance: una oportunidad para incrementar la inversión pública con el sector privado”, *Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Paraguay*, Vol. II, año 2020, pp. 585 – 608, esp. p. 586.

- i) Primero, en el contrato de prestación de servicios, la prestación del servicio es una obligación *intuitu personae* y la obligación a *ser prestada* debe ejecutarse personalmente; en cambio, en el contrato de construcción, dependiendo principalmente de la naturaleza de ‘el cliente’², la personalidad del que ejecuta la actividad constructiva no resulta tan relevante, mientras se cumplan con las disposiciones contractuales pactadas y se construya una obra con las indicaciones de ‘el cliente’, por eso la obligación de ejecución de las actividades en consecución a una obra determinada pueden ser prestadas personalmente por el contratante como no serlo (en ese caso, habrá subcontrato).
- ii) Segundo, en muchos derechos, la prestación del contrato de prestación de servicios *no es cesible*. Este es el caso del derecho paraguayo en el art. 846 del Código Civil y Comercial paraguayo (“CCP”) (que por cierto nada dice de la cesibilidad o no de la posición contractual del que paga por dicho servicio³). En cambio, es muy común, y más aún en los contratos de construcción de obras públicas, la posibilidad de ceder derechos contractuales e incluso de ceder todo el contrato de construcción.

Por un lado, está la parte encargada de la construcción de la obra, i.e., ‘el constructor’. Por otro lado, está el que paga una contraprestación económica por dichos servicios de construcción y que recibe dicha obra construida, i.e., ‘el cliente’ (se optó por el término ‘cliente’ a efectos de simplicidad).

² ¿Por qué ‘dependiendo de la naturaleza de ‘el cliente’?’ Pues porque en las obras públicas, ‘el constructor’ generalmente accedió a celebrar un contrato con la Administración Pública de un Estado, luego de haber ganado un proceso competitivo conocido como *licitación*. Uno de los criterios, a veces hasta vitales, para que dicho oferente haya ganado la licitación es justamente su carácter *intuitu personae*, es decir, su oferta presentada se diferencia de las demás ofertas presentadas por el hecho de su persona (acreditación de experiencia general, experiencia específica, tamaño financiero, etc.) o por el carácter *intuitu personae* de sus *subcontratistas*. Considerar este hecho como ‘irrelevante’, siendo que justamente se *adjudicó* un Contrato Público por razones *intuitu personae*, podría ser, cuanto menos, incoherente.

³ Apartándose el CCP de su antecedente directo, el Anteproyecto del Prof. Luis de Gásperi, el cual expresamente ordenaba la *incesibilidad* de la “*pretensión* del servicio” en su art. 1384.

Naturalmente, las relaciones jurídicas que tienen por objeto la construcción, desde lo simple como una casa, pasando por lo complejo como la construcción de un edificio para centro comercial y hasta para los proyectos de gran envergadura como la construcción de infraestructura pública (e.g. centrales hidroeléctricas, parques de diversiones, autopistas, infraestructura + transporte -como los metros, trenes, aeropuertos, etc.-), aglutinan a más de dos partes en un contrato de construcción.

Son muy comunes en las relaciones jurídicas con objeto de la construcción (tanto en Derecho Privado como en Derecho Público) *los subcontratos*, generalmente celebrados entre i) ‘el constructor’ con los denominados subcontratistas, que suele ser una empresa (o por qué no, una persona física a veces) que se especializa en cierto sector y en determinada prestación y provisión de servicios (como por ejemplo, la construcción y colocación de pilares, la producción y provisión de cal y cemento, la fabricación y ubicación de vidrios, ventanas y espejos, en fin, los ejemplos son más que numerosos) y ii) ‘el constructor’, que ya ha celebrado el contrato de construcción (o contrato base) con ‘el cliente’.

La naturaleza jurídica de ‘el cliente’ es lo que causará la principal bifurcación de los contratos de construcción.

‘El cliente’ puede ser una persona de Derecho Privado, en una relación jurídica puramente privada de B2B (*business to business*). En ese caso, se aplicarán las reglas del Derecho Contractual del Derecho Privado de cada Estado. En Paraguay, se aplicarán las reglas contenidas en el Libro III del CCP. A esta relación jurídica de persona privada + persona privada = contrato de construcción se le llamará “contratos de obra civil” (i).

‘El cliente’ también puede ser una persona de Derecho Público, en una relación de derecho público del tipo B2G (*business to Government*). En este caso, en cambio, se aplicará el Derecho Privado de manera *supletoria*. Primarán las reglas estrictas del Derecho Público, como las normas de la Constitución, de los Tratados Internacionales y de las leyes ordinarias del Derecho Administrativo, en detrimento de principios fundamentales del Derecho Privado como 1) la libertad de contratación; 2) la autonomía de la voluntad; 3) el *pacta sunt servanda*; 4) el consensualismo contractual, 5) la libertad de formas, etc. (ii).

- a. Los contratos de construcción del Derecho Privado (también llamados contratos de obra ‘civil’)

Los contratos de construcción del Derecho Privado pueden tener muchas definiciones, dependiendo principalmente del número de intervinientes en la relación contractual y dependiendo de los efectos legales que un ordenamiento jurídico les dé a dichos intervinientes.

Es suma los caracteres de los contratos de construcción del Derecho Privado son:

- i) Son sinalagmáticos: el contrato de construcción, hasta en su forma más simple, genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes. Por un lado, está el que asume la obligación de la construcción de la obra, ya sea por sí mismo o a través de un tercero. Por el otro lado, está quien recibe la obra construida y paga, en forma de contraprestación, una suma dineraria o ejecuta una prestación que le procura una ventaja económica a la otra parte.
- ii) Son contratos principales: son la fuente primaria de las obligaciones referentes a la *obra* en cuestión, a diferencia de los contratos accesorios o subcontratos que se celebren en virtud de la relación principal del contrato de obra.
- iii) Son contratos de ejecución inmediata: aquí es menester aclarar que ejecución inmediata significa que un contrato produce obligaciones de ejecución y/o prestación inmediatamente después de la celebración del contrato; ‘ejecución instantánea’ es otra cosa, y significa que las prestaciones se cumplen de una sola vez, en cualquier momento pactado por las partes (sea al momento de la contratación o en un momento posterior)⁴. Se piensa equivocadamente que el término opuesto a ‘ejecución inmediata’ es ‘ejecución diferida’, que no es otra cosa que el contrato cuyas prestaciones se efectúan recién transcurrido un plazo acordado por las partes, esto es, se difiere la prestación contractual; en realidad, el término opuesto a ‘ejecución instantánea’ es el contrato ‘de tracto sucesivo’⁵.

⁴ MARTYNIUK BARÁN, Sergio, *Lecciones de contratos. Derecho civil*, Editorial Intercontinental, Asunción, 2011, p. 39.

⁵ Esta aclaración es particularmente importante en el Derecho Paraguayo, en donde la figura de la *imprevisión* rige para los contratos ‘de ejecución diferida’. Reza el art. 672 CCP: “*En el contrato de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de*

-
- iv) Son contratos de tracto sucesivo: los contratos de construcción son todas las veces de tracto sucesivo. Esto es, las prestaciones y servicios contractuales se siguen ejecutando una vez celebrado el contrato (o sea no existe aquí la posibilidad de una ejecución *instantánea* de las obligaciones) y la obligación contractual no acaba hasta finalizada la construcción. Dicho de otra manera, si se deja de ejecutar prestaciones antes de haber finalizado la construcción, sin causa justificante, se estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, pues el objeto del contrato es la construcción de una obra, y éste no finaliza hasta que dicha construcción acabe.
 - v) Son contratos onerosos: No son contratos a título gratuito. Suponen una ventaja económica para aquella parte que *construye* la obra.
 - vi) Son contratos no formales: no están sujetos a ninguna formalidad impuesta por el ordenamiento jurídico. Pueden ser celebrados basándose en la total iniciativa de las partes, en virtud de la libertad de formas.
 - vii) Son contratos consensuales: el contrato produce efectos jurídicos por efecto del solo consentimiento de las partes, en oposición a los contratos ‘reales’.
 - viii) Son contratos nominados: están previstos en el ordenamiento jurídico (en Argentina⁶, Uruguay⁷, Perú⁸, Chile⁹ como en Paraguay¹⁰), i.e., poseen un tipo legal de regulación.

Los contratos de construcción del Derecho Privado cuentan con algunas características que los diferencian de los del Derecho Público, como:

- i) La flexibilidad: a diferencia de los contratos de construcción del Derecho Público, que se caracterizan por su riguroso apego a la frondosa legalidad del Sector Público (que, por supuesto es mucho más detallado y burocrático que un mero consentimiento de partes, pues está en juego el orden público, protegido aquí por el Principio de Legalidad),

cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobreviniera estuviere dentro del álea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable”.

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 1251 y ss.

⁷ Código Civil, Art. 1831 y ss.

⁸ Código Civil, Art. 1771 y ss.

⁹ Código Civil, Arts. 1915 y 1996.

¹⁰ Código Civil y Comercial, Art. 852 y ss.

los contratos de construcción del Derecho Privado son mucho más flexibles y sujetos a la auténtica voluntad de las partes contratantes.

- ii) Son altamente consensuales: el consentimiento real de las partes contratantes se ve reflejado no solamente en el momento de celebración del acto jurídico (firma del contrato) sino después, durante la ejecución y la vida de la obra objeto de construcción; en cambio, los contratos del Derecho Público, si bien una de las partes contratantes es un Estado Soberano o una Agencia Pública de dicho Estado, los funcionarios que celebraron ese contrato y tuvieron la intención de construir, ya no serán los mismos del período siguiente. El cambio en la Administración Estatal es una constante sana, el cambio en el consentimiento contractual que de esto deriva, no lo es. En otras palabras, el consentimiento de los contratos del Derecho Público es potencialmente más cambiante que el de los contratos del Derecho Privado.
- iii) Prima la autonomía de la voluntad: la actividad de la construcción de los contratos del Derecho Privado no se ven afectados por el letargo (a veces extremo) de los trámites burocráticos de los contratos de construcción del Derecho Público, y, por lo tanto, las partes contratantes gozan de mayor libertad para imponer su voluntad en el contrato, lo cual no puede ocurrir siempre en el Derecho Público.
- iv) El *pacta sunt servanda* es sagrado: sin perjuicio de los remedios contractuales para la ‘*non performance*’ del contrato (como *Hardship*, la *Force Majeure* y la Imprevisión), las partes tienen mayor inclinación a honrar lo pactado en el contrato de construcción; en cambio, los contratos de construcción del Derecho Público poseen cláusulas exorbitantes que otorgan legalidad a situaciones de variación totalmente unilateral de parte del contratante estatal (como es la alegación de que ciertas modificaciones contractuales o inclusive la cancelación del contrato se dé en virtud del ‘interés público’).
- v) La libertad contractual cobra sentido literal: en los contratos de construcción del Derecho Privado las partes contratantes *eligen* intercambiar voluntades; *eligen* la forma de dicho intercambio de voluntades y *eligen* con quién llevar a cabo una contratación, subcontratación, etc.; en cambio, en el Derecho Público esto está prohibido, la Administración de un Estado Soberano o de una Agencia Pública *no puede contratar con quien se le antoje*: tiene que contratar con el que más le conviene a la Administración.

b. Los contratos de construcción del Derecho Público

Los contratos de construcción del Derecho Público, si bien prestan conceptos del Derecho Privado, no obstante, encuentran su fuente en el Derecho Público (en Paraguay, el contrato de construcción de Obra Pública es una modalidad de contratación especial del conjunto de Contrataciones Públicas en virtud del art. 42 de la ley 2051/2003, sin hacer un reenvío ni expreso ni tácito al Derecho Privado).

La pretensión constructiva de un Estado Soberano o de una Agencia Pública emanada de dicho Estado depende de la operatividad de empresas privadas que lleven a cabo la construcción de Obras Públicas, claro, sin perjuicio de las empresas públicas pertinentes.

Dicha operatividad está sujeta, a su vez, de un contrato que vincule, por un lado, a la empresa constructora de Derecho Privado, y por el otro lado, a la otra parte contratante pública (ya sea el Estado *per se* o una Agencia de éste).

Los procesos de formación de la ‘voluntad Administrativa’ atinentes a un contrato de construcción son muy burocráticos y toman su tiempo, a diferencia de la ‘voluntad privada’. Entonces, los procesos de formación de los contratos de construcción del Derecho Público son sumamente reglados, a diferencia de los contratos del Derecho Privado, cuya formación no está en ocasiones regulada en absoluto.

En efecto, en la Contratación Pública podría hablarse de una ausencia de la libertad contractual, pues un Estado Soberano (o una emanación de éste) no tiene permitido contratar libremente con la persona (de Derecho Privado o de Derecho Público) que quiere; la Administración (sea el Estado *per se* o una emanación de éste) está obligada a contratar con la persona que cumpla ciertos requisitos y buenas prácticas en la teoría de Compras Públicas.

Como resultado de lo anterior, la Autoridad Pública termina celebrando un contrato con la persona (siguiendo las buenas prácticas de las Adquisiciones Públicas en el Derecho Comparado) que ha resultado ganadora de un proceso competitivo y transparente, generalmente conocido como Licitación Pública¹¹.

¹¹ En el derecho francés se utiliza la denominación de “*marché public*”, reglado por el “*cahier des charges*” (lo que vendría a ser Pliego de Bases y Condiciones). Iguales nociones se encuentran en derecho belga y derecho suizo.

En derecho inglés se prefiere el término “*public procurement*” para denominar a la Contratación Pública; “*tender*” o “*bidding process*” a los procesos competitivos en

Por consiguiente, el ganador de la Licitación Pública es aquel que celebrará un contrato de construcción, dado el caso, con la Administración Pública, goce o no de la simpatía del sector público del momento, i.e., quiera o no esto los funcionarios de la Administración Pública.

Los contratos de construcción de obras públicas y en suma los contratos en donde una de las partes contratantes sea un Estado Soberano o una emanación de éste, gozan de una prerrogativa intrínseca de los *State Contracts* pero impensada en los contratos del Derecho Privado: el *pacta sunt servanda* se ve siempre debajo de la espada de Dámocles conocida como ‘interés público’.

Esta concepción es absolutamente *impensada* en el Derecho Privado. De hecho, el pilar de la consagración del contrato como instrumento operativo por excelencia de todos los negocios jurídicos patrimoniales de una sociedad ha sido siempre la *fuerza vinculatoria de los contratos*¹². El cumplimiento de lo pactado en los contratos es la regla¹³; el incumplimiento de la palabra dada en un contrato es la excepción.

Pero si esta ‘fuerza vinculatoria’ se ve atenuada y hasta relegada por otra voluntad (que se impone en nombre del ‘interés público’), estamos ante una inversión de las reglas: la excepción es la regla (el Estado puede modificar lo pactado o incluso incumplir lo pactado) y la regla es la excepción (El Estado no puede modificar lo pactado ni alegar una causa lícita de incumplimiento contractual).

La excepción convertida en regla se consagró en las cláusulas exorbitantes del Derecho Administrativo respecto a las Contrataciones Públicas (industria de la construcción incluida) altamente compartida en el Derecho Comparado.

La regla convertida en excepción (el Estado no puede alegar *a priori* causas subjetivas de inejecución contractual) también existe y en estos días está más presente que nunca: en los contratos de los Estados Soberanos con

virtud de los “*procurement documents*” o “*bidding terms*” (Pliego de Bases y Condiciones y otros documentos con valor contractual).

¹² Código Civil y Comercial paraguayo, Art. 715; Código Civil y Comercial de la Nación argentina, Art. 959; Código Civil peruano, Art. 1361; Código Civil chileno, Art. 1545; Código Civil uruguayo, Art. 1291.

¹³ MORENO RUFINELLI ha expresado que “*el orden jurídico descansa sobre la base de la obligatoriedad de la ley y del contrato*” en MORENO RODRÍGUEZ, José A., *Código Civil de la República del Paraguay Comentado*, Tomo V., Editorial Intercontinental, Asunción, 2017, p. 310.

Farmacéuticas de Derecho Privado para la adquisición de vacunas, excluye las buenas prácticas de las Contrataciones Públicas y en muchos casos dejan al Estado sin sus prerrogativas contractuales y excluyen a las cláusulas exorbitantes a favor del contratante estatal, no pudiendo éste reclamar ni responsabilizar a su contratante de Derecho Privado por los daños o perjuicios que pudieran ocasionar dichas vacunas. Es decir, se pasó de un extremo a otro.

Con esto no se está exponiendo escuetamente un principio de irresponsabilidad del Estado en los *State Contracts*; pero sí se enfatiza que el derecho habilita a la parte estatal a i) modificar unilateralmente¹⁴; ii) suspender¹⁵ o incluso iii) rescindir¹⁶ las relaciones de un contrato en los *State Contracts*, algo que no es posible de parte del contratante privado.

Lo anterior, no sólo es impensado en el Derecho Privado, sino que, además, en el Derecho Privado paraguayo, está catalogado como estipulaciones leoninas o cláusulas abusivas, especialmente si se hallan en contratos de adhesión¹⁷ (por cierto, los contratos públicos suelen ser tildados de contratos de adhesión por muchísimos autores provenientes de múltiples jurisdicciones diferentes).

Sin embargo, una de las principales características (sino la principal, pues la relevancia de la característica depende del cristal de donde se mire, y en términos jurídicos, depende de la materia jurídica con la que se mire) de los contratos de construcción del Derecho Público (también llamados contratos ‘de obra pública’) es la *irresponsabilidad* del Estado por las tratativas *precontractuales*. Es decir, el Estado o emanación de éste es absolutamente irresponsable por cualquier daño o perjuicio que causare por desistir del negocio jurídico que hubiera sido consagrado en un contrato. Ejemplos de Paraguay lo son el art. 31 de la ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” y el art.63 del decreto 4183/2020 que reglamenta a la ley 510/201 (ley de Alianzas Público-Privadas).

¹⁴ Ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” de Paraguay, Art. 55 inc. b); Ley 5102 (ley de Alianzas Público-Privadas) de Paraguay, Art. 32.

¹⁵ Ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” de Paraguay, Art. 55 inc. c); Ley 5102 (ley de Alianzas Público-Privadas) de Paraguay, Art. 35.

¹⁶ Ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” de Paraguay, Art. 55 inc. c); La ley 5102 (ley de Alianzas Público-Privadas) de Paraguay, Art. 36 inc. b) y Art. 37.

¹⁷ Código Civil y Comercial de Paraguay, Art. 691.

B. *El Arbitraje de Construcción*

El Arbitraje de Construcción es una especie del género Arbitraje (en tanto que mecanismo de resolución de disputas) y puede ser por lo tanto nacional e internacional. Puede perfectamente existir un Arbitraje de Construcción puramente nacional, entre una parte domiciliada en (se utilizará como ejemplo) Paraguay, frente a otra parte domiciliada también en Paraguay, entre las cuales existe un contrato de construcción de obra sometido al derecho paraguayo y previendo la sede del arbitraje en Asunción y bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay (“CAMP”). Inclusive el ejemplo se puede acentuar más si una de las partes es el propio Estado Paraguayo (o una emanación de éste, como un Ministerio) y el contrato de construcción posee conexiones jurídicas solamente con un país: el Paraguay.

En cambio, se puede dar (y es más común en las obras de gran envergadura que se someten a los contratos modelo de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (“FIDIC”) y otros) un caso de Arbitraje Internacional: esto es, una de las partes fue constituida, tiene su domicilio (residencia habitual) o su Casa Matriz en un Estado X y la otra parte tiene su domicilio o está constituida en un Estado Y. El contrato que les une es un contrato de construcción basado en el libro FIDIC, pero adaptado a las circunstancias de contratación, sometido a un derecho que no pertenece ni al Estado X ni al Estado Z (en este ejemplo, un derecho neutral como el derecho suizo), sometido a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y con la sede arbitral en París.

Como al final del día es una especie del género, el Arbitraje de Construcción también puede ser *ad hoc* (bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) por ejemplo) o institucional bajo las reglas de arbitraje de una institución privada como la CCI, la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) o la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC” por sus siglas en inglés).

Ahora bien, el arbitraje es el mecanismo más utilizado en el mundo para resolver disputas en la industria de la construcción¹⁸. Sin embargo, esta relación amorosa entre la construcción y el arbitraje suele tratarse en realidad de un *triángulo amoroso* entre la construcción – Arbitraje Comercial Internacional – Arbitraje de Inversiones. Como toda relación que se piensa monógama y que resulta

¹⁸ HERRADA, Tatiana - PRADO, Diego, “La eficiencia en la conducción del arbitraje de la construcción”, *Revista Derecho y Sociedad*, N°55, 2020, 305 – 323.

derivar en un *triángulo amoroso*, el Arbitraje de Construcción está lleno de abusos de derecho, de mentiras y de engaños.

Pero se abordará a este *triángulo* más adelante. Por el momento, es menester enfocar la atención en la noción sobre el Arbitraje de Construcción.

Los contratos de construcción, principalmente los '*internacionales*', son instrumentos que tratan de sintetizar una relación jurídica en extremo compleja: la construcción de una obra a favor de 'el cliente'. Pero esta *obra* a construirse puede comprender:

1. Una serie de hitos contractuales de construcción (técnica contractual extraída de la práctica, conocida como *tramificación*).
2. Un plazo para la presentación del Proyecto Constructivo (o sea, el Proyecto definitivo de Construcción, adaptado a los insumos documentales proveídos por 'el cliente').
3. Un plazo para la obtención definitiva de financiamiento por parte de 'el constructor' para llevar a cabo la construcción (lo que se conoce como *cierre financiero*).
4. El establecimiento de penalidades por el incumplimiento de los plazos contractuales y por el incumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para ciertos actos o instrumentos.
5. Las modificaciones contractuales que puede soportar la obra; quién o quiénes pueden decidir tales modificaciones contractuales y bajo qué procedimiento, llegado el caso.
6. Las consecuencias legales de una terminación anticipada del contrato:
 - a. Esta terminación anticipada se puede dar antes que se i) construya la totalidad de la obra o antes de que ii) termine la fecha de vigencia del contrato de construcción;
 - b. Las responsabilidades de cada parte contractual frente a la otra parte en un escenario de terminación anticipada;
 - c. El grado de dolo, culpa leve, culpa grave o de responsabilidad de cada parte en la causa principal que originó el evento de terminación anticipada, si es que lo hubiere.
 - d. El *quantum* a pagar (y en qué divisa) a la otra parte y el *quantum* a recibir, el porqué de dichos montos y el plazo para dicho pago.
7. La utilización, a fines del objeto del contrato de construcción (la obra), de vehículos jurídicos e instrumentos financieros que podrían involucrar a más de una jurisdicción estatal: *Special purpose vehicle*

(“SPV”), fideicomisos, emisión internacional de bonos cuyo valor se encuentra sustentado en la construcción (denominados *Project Bonds*), etc.

8. La forma de pago a ‘el constructor’.
9. Cláusulas de liberación de ejecución de las prestaciones contractuales por una o ambas partes del contrato¹⁹:

¹⁹ Es sabido que los sistemas de derecho no conocen los institutos de modificación del *pacta sunt servanda* de otro sistema jurídico: es decir, el *Common Law* (que conoce más de *Hardship* -o renegociación-) no conoce de *imprevisión* en los Estados que lo adoptaron, como Estados Unidos; por su parte, los Estados de *Derecho Civil* conocen de *Fuerza Mayor* o de *imprevisión* en sus ordenamientos jurídicos, pero no conocen de *Hardship*.

Esto ha sido fuente de desacuerdos y hasta disputas a la hora de elaborar instrumentos internacionales que regulen una determinada actividad del comercio internacional, pues se trata de elaborar un instrumento lo más uniforme posible y en ese sentido se evita la utilización de institutos jurídicos muy intrínsecos de un sistema jurídico determinado, como lo es el *Hardship* en el *Common Law* o la *imprevisión* en el *Derecho Civil*.

Un ejemplo de lo anterior es el art. 79 de la Convención de Viena de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, en el que astutamente se eligió el término “exoneración” para evitar hablar así de la *Force Majeure* como del *Hardship*, aunque autoridades doctrinarias han sostenido que el art. 79 se refiere más a un caso de *Force Majeure* que de *Hardship* (la Prof. C. KESSEDIAN ha escrito sobre el punto que “[t]he provision which is the equivalent of a force majeure clause is Article 79”, ver KESSEDIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *International Review of Law and Economics*, Issue 25, 2005, 641-670). Por el contrario, los principios UNIDROIT prevén ambos institutos, contemplando al *Hardship* de forma expresa en su art. 6.2.2 perteneciente al Capítulo 6 “Cumplimiento” mientras que la *Fuerza Mayor* está expresamente prevista en el art. 7.1.7 del Capítulo 7 “Incumplimiento”, diferenciando tajantemente ambos institutos jurídicos y colocándolos en lugares diferentes bajo articulados diferentes, debido a que uno (el *Hardship*) tiene más que ver con el “cumplimiento” y el otro (*Fuerza Mayor*) tiene más que ver con el “incumplimiento”. Ver CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, ECONOMÍA Y POLÍTICA (CEDEP) Y UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales* (2016), Editorial Intercontinental, Asunción, 2019.

Esta falta de uniformidad en el Derecho Transnacional debido a ‘la perspectiva competitiva’ de los institutos jurídicos del *Common Law* y *Derecho Civil* ciertamente no contribuye a la homogeneización de reglas comerciales. Un ejemplo tajante del mismo es el hecho que la *Fuerza Mayor* de los Principios UNIDROIT (aunque sea un instituto cuya cepa pertenece al *Derecho Civil*) aglutina a los institutos de *Frustration*

- a. Cláusulas de Hardship o renegociación de las condiciones pactadas en el contrato. Este deber de renegociación puede ser obligatorio cuando la prestación se vuelve más onerosa de lo prevista por las partes;
- b. Cláusulas de *Force Majeure* o de liberación total de las prestaciones contractuales debido a detalladas y probadas circunstancias, sujetas a unos mecanismos previstos en el propio contrato (notificaciones del evento de *Force Majeure* a la otra parte, peritaje u otros medios de prueba de la contundencia de tal evento de *Force Majeure*, etc.)
- c. Cláusulas de imprevisión²⁰ que liberen del incumplimiento parcial (condiciones de la obra, calidad de la construcción,

y de *Impossibility of Performance* del *Common Law*, como construyendo un *Frankenstein jurídico* en nombre de la uniformidad. Por esta razón, el comentario oficial al art.7.1.7 dice “[...] *Sin embargo, el concepto de Force Majeure no se identifica con ninguna de estas doctrinas*” (en alusión a la *Frustration* y a la *Impossibility of Performance*).

²⁰ En el art. 672 del Código Civil y Comercial paraguayo se especifica que “*En el contrato de ejecución diferida...*” [sic]. Sin embargo, como se pudo apreciar, *ejecución diferida* no es lo mismo que *tracto sucesivo*. La *ejecución diferida* también puede ser una *ejecución instantánea*: *ejecución diferida* solamente significa que la prestación contractual se *trasladará en el tiempo*; no significa que dicha prestación contractual *perdurará en el tiempo*. Podría darse el caso de que una prestación contractual (por ejemplo, la entrega de mercancías en un contrato de compraventa internacional) puede ser trasladada en el tiempo (la Real Academia Española define a “diferir” como “aplazar” -de “retrasar”-) y por tanto ser *diferida*, o sea, será un contrato de *ejecución diferida*. No obstante, una vez recibidas las mercancías puede darse *automáticamente* la obligación de pago como contraprestación a esa prestación contractual de entrega de mercancías; esto es, será un contrato de *ejecución instantánea*. En el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina justamente se especifica: “*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente*”. El término permanente no deja lugar a dudas: la intención claramente apunta a una perduración en el tiempo. El comentario al art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT (Fuerza Mayor) relata: “*la fuerza mayor, como la excesiva onerosidad (hardship), suele tener importancia en los contratos de larga duración*”.

Algunos autores sostienen que contratos de *ejecución instantánea* son los contratos que son ejecutados y cumplidos con *una sola prestación*, como el contrato de compraventa (Facultad de Derecho (doctrina de Perú), “Contratos de ejecución instantánea y de ejecución
periódica”, disponible en:

origen de los materiales, etc., por lado de ‘el constructor’; modalidades de pago, quantum de pago, divisa de pago, estructuración de la obligación monetaria, etc., de parte de ‘el cliente’, por ejemplo) o total (respecto de algunas prestaciones contractuales puntuales), de parte del deudor, sin responsabilidad de la parte incumplidora, si logra demostrar fehacientemente ciertas causales o eventos que den lugar a la justificación de dicho incumplimiento debido a la *excesiva onerosidad injustificada*²¹ que dicho cumplimiento contractual

<https://web.archive.org/web/20200928024803/https://lafacultad.info/areas/civil/contratosdeejecucion.php>.

Otros autores sostienen que el término “de ejecución inmediata” no tiene mucho que ver con una única o múltiple prestación contractual con su contraprestación, sino que tiene que ver con el hecho que las prestaciones contractuales mutuas se cumplan inmediatamente después de la celebración del contrato, y que el término “ejecución diferida” las prestaciones comienzan a cumplirse después de transcurrido cierto plazo, es decir, las partes pueden tener interés en que los efectos de un negocio no se desencadenen luego de la celebración, sino en una fecha posterior; por eso, la clasificación en i) contratos “de ejecución inmediata y de ejecución diferida” no debe confundirse con los ii) contratos “de ejecución instantánea y los contratos de tracto sucesivo” (MARTYNIUK BARÁN, *Lecciones de contratos...*, p. 39).

Pero independiente a que algunos sostengan que se trata de una clasificación con base en el *número de prestaciones* (una prestación o varias prestaciones) y que otros sostengan que se trata de una clasificación en base al *momentum* de cumplimiento de las prestaciones, lo cierto es que la clasificación “*de ejecución instantánea*” no implica una relación jurídica que perdure en el tiempo, como “*el tracto sucesivo*” (el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define a “ejecución diferida” como aquel “*contrato que se considera perfeccionado desde su celebración pero cuya eficacia queda en suspenso o postergada hasta el momento en que sean exigibles los derechos u obligaciones en él contenidas. Ej.: la compraventa con entrega posterior del bien es un contrato de ejecución diferida*”, ver <https://dpej.rae.es/lema/ejecucion-diferida>). Por estos motivos, se considera que el articulado pertinente del Código Civil y Comercial paraguayo está mal redactado, pero su intención apunta a los contratos de *tracto sucesivo*.

²¹ Si se toma a la letra el concepto “*onerosidad excesiva*”, parecería que la imprevisión se asemeja más al Hardship que a la *Force Majeure*. Pareciera ser la versión “tropical” del *Hardship* anglosajón, al menos en el Derecho Civil latinoamericano nutrido en diversas fuentes como el derecho americano, el derecho inglés, el derecho francés, el derecho italiano, el derecho alemán, etc. Resulta entonces crucial, en el derecho civil

paraguayo (a pesar de que el art. 672 del Código Civil y Comercial paraguayo se apartó de su fuente directa, el Anteproyecto del Prof. Luis De Gásperi), por ejemplo, que la prestación contractual se torne “*excesivamente onerosa*” para que se active el instituto de la imprevisión. A diferencia de la *Force Majeure stricto sensu*, la imprevisión paraguaya exige solamente que la prestación contractual se torne “excesivamente onerosa”; no exige que la prestación sea absolutamente imposible ni extremadamente dificultosa; *simplemente basta con probar que la prestación sí es posible, pero desproporcionalmente costosa*.

Pero es posible que un mismo evento pueda generar un *Hardship* y también constituya un caso de *Force Majeure*. En ese caso “*le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (hardship), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias*” (ver comentario 6 al art. 6.2.2 de los Principios UNIDROIT).

Ahora bien, a un litigio de arbitraje internacional en que ocurra un evento que pueda disparar tanto una causal de *Hardship* como de *Force Majeure*, se le suma la posibilidad de elegir una causal de *imprevisión* si el derecho aplicable al fondo del contrato así lo permite. Entonces, se estaría ante la posibilidad de elegir 3 escenarios distintos a raíz del mismo evento.

El derecho paraguayo reza textualmente en su art. 672 “[...] *El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa*”, lo cual da a entender que la imprevisión puede dar lugar a una resolución total del contrato y no solamente excluir a las prestaciones excesivamente onerosas. El art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, disipando toda duda, reza: “[...] *ésta (la parte afectada) tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación*”. En el derecho paraguayo siempre perduraron tres dudas respecto a la *imprevisión*; dudas que se acentuaron en la Pandemia por el COVID-19: i) si la resolución del contrato era ipso facto o debía de primero ser declarada por un juez o árbitro; ii) si el ofrecimiento de modificación o reajuste contractual era una obligación y iii) si esta facultad modificatoria del contrato podía ser ejercida por alguien ajeno a las partes y al contrato, como es el caso de un juez. El derecho argentino no dio claras respuestas a la primera duda, pero expresa fuertes indicios a favor de la declaración por un juez o árbitro para la validez de la terminación contractual. El derecho argentino ignora la cuestión de si es o no una obligación contractual de las partes el ofrecimiento de una modificación o reajuste contractual cuando existe un caso de *imprevisión*, pues al concederle al juez o al árbitro esta potestad modificatoria, ya puede prescindirse de la buena voluntad de las partes contractuales. Por último, el derecho argentino es tajante al pronunciarse sobre la potestad modificatoria del contrato: es una atribución jurisdiccional del juez o de un

acarrearía. En el derecho paraguayo, la ocurrencia de una circunstancia imprevisible y extraordinaria que hiciera la prestación *excesivamente onerosa* da lugar a un derecho de *resolución unilateral* del contrato o de algunas partes del contrato (se prefiere el término rescisión unilateral en este caso) y la parte demandada (i.e., la parte que no se acobija en la imprevisión para justificar su incumplimiento) puede evitar dicha resolución contractual ofreciendo su modificación equitativa.

10. El mecanismo de solución de controversias derivadas del contrato base:
 - a. Si habrá solamente un solo mecanismo individual de resolución de disputas;
 - b. Si habrá varios mecanismos acumulados, lo que se conoce como cláusula escalonada;
 - c. Los límites de el o los mecanismos de resolución de disputas (qué pueden entender, qué no pueden entender, sus competencias y los medios de impugnación a sus decisiones).

Todo mecanismo adjudicador de justicia elegido por las partes en un contrato de construcción podrá o deberá entender sobre estos asuntos. Un árbitro o un tribunal arbitral deberá entender todas las nociones anteriores y muchos aspectos más, relativos a la disputa que se suscitare entre las partes de un contrato de construcción (y más aún si existe una cláusula escalonada, en donde se prevén múltiples mecanismos para la resolución de disputas en el cual, el arbitraje, es el último y el definitivo).

Se ha definido al Arbitraje de Construcción como:

Aquel que involucra la resolución de controversias derivadas de la ejecución de un proyecto de construcción y de ingeniería, así

árbitro (pero, absolutamente nada impide que una de las partes ofrezca una equitativa modificación del contrato a la otra dado un caso de *imprevisión*) alterar las condiciones del contrato, inclusive sin el acuerdo de las partes, alejándose de los criterios de jurisdicciones de *Common Law*. Ver NORTON ROSE FULBRIGHT, “A comparative look at good faith and changed circumstances, hardship and more”, septiembre de 2019, disponible en: <https://www.nortonrosefulbright.com/en-fr/knowledge/publications/759728ff/a-comparative-look-at-good-faith-and-changed-circumstances-hardship-and-more>.

como otros servicios asociados y necesarios para su realización, sea que pertenezcan al ámbito público o al privado.²²

Esta definición aglutina el concepto amplio de construcción y por lo tanto comprende a las Asociaciones Público-Privadas, a los proyectos Llave en mano, a las Concesiones de obra pública, a los contratos de obra a suma alzada, a los contratos con ciertos precios unitarios fijos y otros variables y ajustables, en fin, una variedad riquísima.

C. Los dos ejes principales de todo arbitraje (de construcción): la ley aplicable y la jurisdicción competente

Una disputa derivada de un contrato internacional de construcción se ve forzada a enfrentar dos problemas para arribar a una correcta solución: i) la ley aplicable al fondo (de ese contrato internacional de construcción) y ii) la jurisdicción competente que pueda entender las disputas derivadas de dicho contrato.

En realidad, estos asuntos son también el objeto de estudio del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, a pesar de que las relaciones internacionales sean el *leitmotiv* del Derecho Internacional Privado²³, la ley aplicable y la jurisdicción competente siempre han sido los temas centrales para la resolución de disputas internacionales; no obstante, ambos objetos (la ley aplicable por un lado y la jurisdicción competente por el otro lado) son bien distintos²⁴.

Una persona envuelta en una relación jurídica internacional que considera haber sufrido lesiones en sus derechos se debe dirigir a una jurisdicción determinada para efectuar sus reclamaciones²⁵, sea ésta una jurisdicción judicial o extrajudicial, sea ésta una jurisdicción estatal nacional o una jurisdicción arbitral internacional. Esto es lo que se conoce como “conflicto de jurisdicciones”.

En cambio, el “conflicto de leyes” implica en Derecho Internacional Privado la concurrencia de dos o más ordenamientos jurídicos para reglar una misma

²² HERRADA - PRADO, “La eficiencia...”.

²³ AUDIT, Bernard - D’AVOUT, Louis, *Droit international privé*, 7ª Ed., Economica, Paris, 2013, pp. 4-5.

²⁴ LACASA, Pedro, “Arbitrabilidad y orden público en el comercio internacional – distribución y franquicia”, Tesis de Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Católica de Asunción, 2020, p. 13.

²⁵ AUDIT - D’AVOUT, *Droit international privé*, p. 11.

situación. El objeto central, entonces, del “conflicto de leyes” es encontrar un método que pueda designar a una ley como aplicable a un litigio internacional, según criterios razonables y universales²⁶.

Temas como el reenvío (*renvoi*), la *calificación* de una situación jurídica determinada, el vínculo o *rattachement* con el Foro, las reglas de conflicto bilaterales, las normas de policía, el orden público y el fraude a la ley, junto con los antiguos principios como *lex rei sitae*, *lex loci delicti*, *lex loci executionis*, *lex fori regit processum* y la *lex locus regit actum*, son tributarios del método conflictualista.

El valor jurídico a nivel internacional de los postulados de la *Soft Law* o *Droit Assourdi* (como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad, los Principios de la Haya sobre la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales, la Guía de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, las interpretaciones que efectúan firmas privadas sobre los contratos estándar como de la FIDIC y de la CCI, etc., y se incluye la vieja discusión sobre el valor jurídico de la *Lex Mercatoria* en este punto) que reposan bajo el estandarte de la autonomía de la voluntad, también son cuestiones que conciernen más al “conflicto de leyes”.

En cambio, el valor de la *Res Judicata* en Derecho Internacional, incluidos los laudos arbitrales, la coordinación entre las jurisdicciones diferentes sobre la resolución efectiva de un mismo asunto que podría tener factores de conexión con más de una sola jurisdicción, la *Lis Pendens* y la *Conexidad*, *el Reconocimiento* y la *Ejecución* de las *decisiones de jurisdicciones extranjeras*, sean judiciales o arbitrales, tienen más que ver con el “conflicto de jurisdicciones”.

Como se puede observar, el “conflicto de leyes” presenta una simetría similar al “conflicto de jurisdicciones”, pero dicha semejanza es altamente engañosa²⁷. En realidad, en el marco de un “conflicto de leyes”, la autoridad jurisdiccional de un Estado puede decidir que la ley de otro Estado sea la aplicable al caso que se le presenta, y también decide *a ultima ratio* la interpretación que le debe dar a las provisiones de la ley extranjera. En resumen, un juez puede tener voz sobre los alcances del derecho extranjero y decidir hasta qué punto es aplicable y hasta

²⁶ LACASA, Pedro, “Arbitrabilidad y orden público...”, p. 14.

²⁷ AUDIT - D'AVOUT, *Droit international privé*, p. 14.

qué punto no; también decide si el derecho extranjero es aplicable al caso que se le presenta (*at all*) y decide así el alcance del derecho extranjero.

Sin embargo, en el plano internacional, la autoridad jurisdiccional de un Estado no puede pronunciarse sobre la competencia de otro órgano jurisdiccional, ni hacer algo al respecto. Solamente puede pronunciarse sobre su propia competencia.

En resumen: no puede pronunciarse sobre si procede o no la competencia de otra autoridad jurisdiccional estatal y no puede hacer nada al respecto si es que la otra autoridad jurisdiccional sí se estimó competente y ordenó ciertas medidas procesales respecto al litigio en cuestión.

En suma: si hay ausencia de una acción estatal colectiva que coordine el tráfico judicial ((i) estableciendo reglas obligatorias sobre competencia jurisdiccional, (ii) qué hacer en un caso de litispendencia internacional, (iii) qué hacer en un caso de conexidad internacional, (iv) los métodos de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, etc.) como es el caso de la Unión Europea con Bruselas I BIS, es probable que se den múltiples problemas con situaciones jurídicas internacionales como la litispendencia y la conexidad, o un abuso desmesurado de institutos jurídicos para frenar el tráfico judicial y para invalidar las decisiones extranjeras que pretendiesen ser reconocidas y ejecutadas en otro Foro.

Un ejemplo de esto es la excesiva (y a veces forzada y arbitraria) interpretación de las jurisdicciones estatales, especialmente en Latinoamérica, sobre el *orden público y las leyes de policía*²⁸, solamente para frenar que decisiones extranjeras sean reconocidas y ejecutadas²⁹.

Resumiendo: el tráfico de decisiones judiciales posee todos estos inconvenientes, con una sola excepción: la Unión Europea. ¿Y el tráfico de

²⁸ Institutos jurídicos que, por su vaguedad, imprecisión, amplitud y serio desconocimiento, se han vuelto en verdaderos “cheques en blanco” librados por parte de un ordenamiento jurídico determinado.

²⁹ La práctica del Arbitraje Comercial Internacional también se ha visto golpeada por estas excesivas interpretaciones jurisdiccionales en aspectos diferentes al reconocimiento o ejecución de un laudo (o sea, una sentencia arbitral final, tomada luego de la culminación de un proceso de justicia): a veces, estos “cheques en blanco” sirven de munición a las estrategias dilatorias de una de las partes quien al alegar ante un juez dichos “cheques en blanco”, matan al feto incluso antes de nacer, i.e., atacan a la cláusula arbitral incluso antes de la existencia del arbitraje.

decisiones extrajudiciales como son las decisiones del Arbitraje Internacional? Ahí de veras *no hay nada, rien, nothing*, y es un constante “depende de la seguridad jurídica de cada Estado” y si no hay “seguridad jurídica”, como diría Oppenheimer, *¡sálvese quien pueda!*

La “seguridad jurídica” es un concepto puramente nacional. La “seguridad jurídica” de Argentina no es la misma que la de Francia. La “seguridad jurídica” de Paraguay no es la misma que la de Uruguay y la “seguridad jurídica” de Chile no es la misma que la de Ecuador. Es un concepto altamente local.

Sin embargo, se sostiene, y muy enfáticamente, que el arbitraje internacional constituiría un “orden jurídico trasnacional”³⁰. Pero dejar que la suerte de un orden jurídico verdaderamente “trasnacional” dependiera de la “seguridad jurídica”³¹ doméstica parecería una incoherencia, aunque nadie lo diga en voz alta.

El problema que arranca con la ausencia de un texto legal internacional que propicie a la autonomía del “orden jurídico arbitral trasnacional” desprendido del yugo de la “seguridad jurídica” local de cada Estado Soberano, se acentúa con la ausencia de un texto legal internacional que coordine apropiadamente las clases y tipos de arbitraje internacional disponibles.

El problema de la primera ausencia es un obstáculo, pero superable, pues en aquellos países en donde hay mucha o alta “seguridad jurídica” el arbitraje internacional se sentirá bastante cómodo. No es coincidencia que algunos Estados con muchísima seguridad jurídica como Francia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos sean algunos de los Países con mayor influencia en el arbitraje internacional y que las sedes principales de los litigios arbitrales se encuentren en París, Lausanne, Ginebra, Londres y New York.

³⁰ Para profundizar, GAILLARD, Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de Droit International de la Haye, Países Bajos, 2008.

³¹ Se dice que “la suerte” del orden jurídico arbitral trasnacional podría depender de la seguridad jurídica que presente cada Estado diferente, pues el “resultado” de todo arbitraje internacional es un laudo arbitral, y dicho laudo, para ser efectivo, debe ser reconocido y ejecutado en el Estado en donde la parte imputada de cumplirlo tenga sus bienes; y si esta parte no cumple el laudo “de buena fe”, será necesario un procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional. Es este procedimiento el que está ligado a la noción de “seguridad jurídica” del Estado en donde se pretende obtener un reconocimiento y ejecución.

Dicho de otra manera: así como está el sistema, hay un riesgo de que el arbitraje internacional, en cierta forma, dependa de la “seguridad jurídica” local de cada Estado Soberano. Esto puede ser algo bueno o algo malo. Si se trata de un Estado con alta seguridad jurídica, esto sería algo bueno, pues, en suma, el arbitraje dependería de su “seguridad jurídica”, cuya calidad es bastante alta; ergo, el arbitraje internacional se sentirá ahí bastante cómodo. Es más, incluso en caso de dudas en la interpretación del derecho aplicable a los méritos de la disputa pertinente (que puede ser un derecho extranjero pero familiar, un derecho extranjero totalmente desconocido o el derecho del Foro) y de sus alcances, se estará a favor del proceso arbitral debido al principio *in dubio pro arbitri*.

En cambio, si se trata de un Estado Soberano con escasa, baja o hasta nula seguridad jurídica, es obvio que las decisiones extranjeras de tribunales arbitrales podrían encontrar cierta hostilidad para su reconocimiento y ejecución en dicho Estado, especialmente si dichas decisiones arbitrales imputan culpa o montos dinerarios a pagar a los nacionales de ese Estado a favor de nacionales de otro Estado. Es más, incluso en caso de dudas en la interpretación del derecho aplicable a los méritos de la disputa pertinente (que puede ser un derecho extranjero pero familiar, un derecho extranjero totalmente desconocido o el derecho del Foro) y de sus alcances, ciertamente no se estará a favor del proceso arbitral.

En resumen: si hay mucha “seguridad jurídica”, es algo bueno. Si hay poca o nula “seguridad jurídica”, es algo malo.

El problema es que dejan librada a la “seguridad jurídica” la apropiada coordinación del tráfico arbitral. La “seguridad jurídica”, aparte de que varía de Estado en Estado, se compone básicamente de dos aristas: i) de las leyes y normas de ese Estado determinado y ii) de las Cortes Judiciales de ese Estado determinado. Una vez más, es un tema de “leyes” y un tema de “jurisdicciones”.

El *quid de la cuestión* es que no hay ni “leyes” que regulen el tráfico arbitral ni tampoco “jurisdicciones” confiables y capacitadas para hacerlo. Y esta no es una cuestión latinoamericana. Ocurre en todo el mundo.

Lo que sí existe es una Convención Internacional para el Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros, conocido como el Convención de Nueva York de 1958, con un ratio de ratificación estatal altísimo. Pero la Convención de Nueva York nunca se ha enmendado ni actualizado, y ya han pasado más de 60 años de su existencia.

Y es que la Convención de Nueva York de 1958 ha decidido permanecer en silencio frente a situaciones internacionales que se dan en el arbitraje comercial, como el tema de las Medidas Cautelares, que al final del día, son igual o más importantes que la sentencia misma. Esta falta de regulación ha llevado a algunas Cortes a sostener que:

Parece ser la intención de dicho tratado la de señalar como ejecutable no cualquier providencia judicial, ni tampoco cualquier providencia a las cuales se le atribuya la denominación de “sentencias arbitrales” o, su equivalente, “laudos arbitrales”, sino aquellas que precisamente definan las “diferencias” sometidas a su consideración, que, en últimas, son las diferencias de carácter sustancial o reclamatoria de los derechos en el arbitramento.³²

La Convención de Nueva York³³ tampoco ha interactuado con el Convenio de Washington de 1965 (sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados o Convenio “CIADI”). Tampoco ha interactuado mucho con los miles de Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”) existentes en el mundo.

Pero la segunda ausencia (i.e., la ausencia de un texto legal internacional que coordine apropiadamente las clases y tipos de arbitraje internacional disponibles) siempre es y será algo malo, pues ya no depende de la “seguridad jurídica” de cada Estado Soberano.

No será cada Estado de forma “unilateral” bajo la noción de su “seguridad jurídica” el encargado de reconocer la validez de las decisiones arbitrales dictadas en el extranjero: se requiere aquí, en cambio, una apropiada coordinación de los Centros Arbitrales del Arbitraje de Inversión con los Centros de Arbitraje Comercial Internacional junto con los Estados Soberanos en aras a propiciar un marco jurídico previsible y transparente respecto a los

³² CSJ de Colombia, 26 de enero de 1999, denegación de exéquatur, expte. N. 7474, cit. por JAN DEN BERG, Albert, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, Nº 2, 15.49.

³³ Que, si bien estuvo diseñada para regular el procedimiento de Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros de parte de los Estados, también regula al convenio arbitral (es decir, al procedimiento arbitral *ab initio*) ordenando a los Estados que reconozcan la validez de los convenios arbitrales (a través de un efecto positivo y de un efecto negativo), ver PAULSSON, Marika R. P., *The 1958 New York Convention in action*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2016, pp. 61-96.

diferentes mecanismos de Arbitraje Internacional disponibles para las partes en una relación jurídica determinada.

La cuestión es la siguiente: el Convenio de Washington otorga exclusiva jurisdicción al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Los TBIs que se celebran entre 2 Estados distintos, expresamente otorgan jurisdicción al CIADI para conocer las disputas entorno a una *inversión*. Dicha disputa se resuelve entonces a través de la conciliación o arbitraje del CIADI. Esta es 1 jurisdicción de arbitraje internacional competente para conocer y resolver una determinada disputa.

Pero dicha disputa entre dos partes puede darse en el marco de un contrato internacional. Este contrato internacional previó el *Arbitraje Comercial Internacional* como mecanismo de resolución de disputas (como es el caso de los modelos FIDIC de contratos de construcción). En este ejemplo, el Arbitraje Comercial Internacional será administrado por la CCI y sujeto a las reglas de arbitraje de la CCI, y tendrá su sede en Suiza. Esta es también 1 jurisdicción competente de arbitraje internacional para conocer y resolver una determinada disputa.

¿Qué podría salir mal? Y, mientras que no se recurran concurrentemente a los dos Foros arbitrales (CIADI y Suiza bajo las reglas CCI) todo el proceso arbitral se desarrollará en *una* vía arbitral, pero con la espada de Dámocles de la disponibilidad de la *otra* vía arbitral. Encima, ambas vías arbitrales son un tanto diferentes (el Arbitraje Comercial Internacional y el Arbitraje de Inversiones).

Un contrato de construcción, en donde se supone una fuerte inversión de parte de ‘el constructor’ (que es una firma extranjera) para llevar a cabo el proyecto y en donde ‘el cliente’ es un Estado Soberano que celebró el contrato de construcción luego de un proceso competitivo en donde ‘el constructor’ terminó siendo adjudicado, es efectivamente un *contrato “internacional”*.

Ese proyecto de construcción involucra serios esfuerzos de parte de ‘el constructor’ (que, es una empresa extranjera) hacia el proyecto de construcción a desarrollarse en el Estado Soberano del ejemplo. La obra será para el Estado Soberano y, de hecho, se ha celebrado un *State Contract* (o sea, no se celebró un contrato de Derecho Privado B2B). Por lo tanto, se podría tratar de una *inversión internacional*.

El Estado de origen de ‘el constructor’ tiene celebrado y en vigor un TBI con el Estado Soberano que es ‘el cliente’ y el cual está interesado en que se realice la

obra. Dicho TBI contempla al CIADI como competente para resolver las disputas referentes a las inversiones internacionales entre el nacional de un Estado y el otro Estado, ambos del TBI. El método para resolver las disputas es un arbitraje internacional. Entonces el CIADI es competente para resolver las disputas vía arbitraje (y se aplicarán sus reglas procesales, sus mecanismos de impugnación y sus métodos de ejecución de laudos).

Ahora bien, ese mismo *contrato* de construcción internacional contempla como mecanismo de resolución de disputas entre las partes a un Arbitraje Comercial Internacional CCI con sede en Lausanne, Suiza (por supuesto, será aplicable para resolver los méritos de la disputa la ley que hayan elegido las partes, y será aplicable la *lex arbitri* para el mecanismo de impugnación, i.e., la ley suiza. Y también será aplicable la Convención de New York de 1958 para el momento del reconocimiento y ejecución del laudo, si es necesario).

Este problema de concurrencia de dos Arbitrajes Internacionales (por un lado, el Arbitraje de Inversiones y, por otro lado, el Arbitraje Comercial Internacional) se da más comúnmente en relaciones jurídicas que impliquen una i) relación contractual bajo la cual el contrato prevé un mecanismo de Arbitraje Comercial Internacional pero que también ii) dicha relación jurídica pueda encajar en una definición de *inversión* a la vista del derecho internacional. Por estas razones, este problema de concurrencia de competencias es tan común en la industria de la construcción.

¿Y cómo es posible que suceda esto? Pues, como ejemplo se citará a la definición (bastante amplia) de *inversión* del Tratado sobre la Carta de la Energía³⁴ (art. 1 (6)), que ha sido replicado en varios Estados de la Unión Europea³⁵:

“Inversión” se entenderá como cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

- a) Bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;

³⁴ Disponible en:

<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

³⁵ COLLINS, David, *An introduction to international investment law*, Cambridge University Press, Londres, 2017, p. 75.

- b) Una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;
- c) Créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionados con una inversión;
- d) Propiedad intelectual;
- e) Rendimientos;
- f) Cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía

Los cambios en los modos de invertir los bienes no afectan a su carácter de inversión y la palabra “inversión” incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado para la Parte Contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte Contratante en el área en la que se haga la inversión.

Se pudo observar la claridad de la redacción del inc. c) del art. 1 (6) del Tratado sobre la Carta de la Energía “*créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionados con una inversión*”. El mismo Tratado impone que un derecho contractual sea considerado una *inversión*.

La doctrina creyó agotar esta problemática con la teoría de *Contract claims vs. Treaty claims*, pero en verdad, no se trata de un problema de reclamos. No tiene nada que ver la naturaleza del reclamo, lo que en verdad importa es la capacidad de cada órgano arbitral en declararse él mismo competente y las reglas de coordinación del sistema jurisdiccional arbitral transnacional cuando algún órgano arbitral (sea un tribunal arbitral CIADI, sea un tribunal arbitral comercial internacional con sede en una ciudad determinada) lo haga.

No es la naturaleza del reclamo lo que le da jurisdicción al adjudicador; es la propia interpretación de las circunstancias, de parte única y exclusivamente del adjudicador, lo que le da competencia. Un adjudicador internacional solamente se puede pronunciar sobre su propia competencia, pero no puede decidir sobre la competencia o incompetencia de *otros* adjudicadores.

Entonces: cuando coexisten dos adjudicadores diferentes de Arbitraje Internacional, uno de Arbitraje de Inversiones y otro de Arbitraje Comercial Internacional... ¿qué pasa? Y nada, no hay reglas claras al respecto. Ni de parte del Arbitraje de Inversiones o sus principales Centros ni de parte del Arbitraje Comercial Internacional o sus principales Centros, ni de parte de la doctrina en Arbitraje Internacional, ni de parte de los Institutos de Enseñanza, ni de parte de los practicantes y litigantes en Arbitraje, ni de parte de los Congresos. De parte de nadie.

Otro ejemplo más claro respecto a la confusión de dos procesos de Arbitraje Internacional sobre una misma disputa (y este caso se especifica a los proyectos de construcción) se puede extraer del TBI de Canadá – Jordania del año 2009³⁶:

Investment means:

- (i) An enterprise
- (ii) Shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise,
- (iii) Bonds, debentures, and other debt instruments of an enterprise,
- (iv) A loan to enterprise
- (v) Notwithstanding subparagraphs (c) and (d) above, a loan to or debt security issued by a financial institution is an investment only where the loan or debt security is treated as regulatory capital by the Party in whose territory the financial institution is located,
- (vi) An interest in an enterprise that entitles the owner to a share in income or profits of the enterprise.
- (vii) An interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution,

³⁶ Disponible en (texto en inglés únicamente):

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/787/canada---jordan-bit-2009->

-
- (viii) Interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of the Party to economic activity in such territory, such as under
 - a. Contracts involving the presence of an investor property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or
 - b. Contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise,
 - (ix) Intellectual property rights, and
 - (x) Any other tangible or intangible, moveable or immovable, property and related property rights acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit under business purpose.

El inc. viii (a) del TBI es sumamente claro: todo contrato de construcción (sea Llave en mano, una Concesión de obra pública o una Asociación Público-Privada) que implique la presencia de bienes de una persona en el territorio de otro Estado es una *inversión*.

Es el propio TBI el que propicia los “*Contract claims*” en el marco de un Arbitraje de Inversión. Por más que la doctrina y los litigantes se hallen divididos en dos corrientes bien opuestas (por una parte, quienes consideran que un *Treaty-based arbitral tribunal* sí tiene jurisdicción sobre *reclamos puramente contractuales* cuando la provisión sobre *inversión y jurisdicción* de dicho Tratado está redactada con amplitud suficiente para *extender* la jurisdicción de un Arbitraje de Inversiones a reclamos contractuales; por otro lado, y partiendo de un sentido más restringido, están quienes sostienen que una provisión amplísima de un Tratado no es suficiente para justificar la jurisdicción de un tribunal de Arbitraje de Inversión sobre reclamos contractuales³⁷), siguen siendo dos corrientes, i.e., una *dicotomía*.

No hay uniformidad en este punto.

Pero no importa (tanto) la postura que tomen los doctrinarios y los litigantes, lo que importa es la postura que tome el propio tribunal arbitral (de Arbitraje de

³⁷ GAILLARD, Emmanuel, “Treaty-Based jurisdiction: Broad disputes resolution clauses”, *New York Law Journal*, Vol. 234, Nº68, 2005.

Inversión) cuando se enfrenta a esta cuestión, en otras palabras, importa la jurisprudencia, que actúa en virtud del *compétence-compétence*, un tribunal arbitral es quien decide sobre su propia competencia, nadie más.

Una de las primeras decisiones de un tribunal arbitral de Arbitraje de Inversión sobre este punto fue el fallo (sobre la jurisdicción del tribunal arbitral) en *Salini vs. Marruecos*³⁸ en el año 2001. El tribunal arbitral, compuesto por Robert Brimer, Bernardo Cremades e Ibrahim Fadlallah concluyó que:

...The Terms of Article 8³⁹ are very general. The reference to expropriation and nationalization measures, which are matters coming under the unilateral will of a State, cannot be interpreted to exclude a claim based in contract from the scope of application of this Article.⁴⁰

En esta oportunidad, se ha optado por decidir que una provisión amplia en un Tratado podría extender la competencia de un Arbitraje de Inversión a reclamos puramente contractuales⁴¹. Una postura similar fue adoptada en *Impreglio vs. Pakistán*⁴² “*el cual, así como en la decisión Salini vs. Marruecos, se entiende que la situación hubiere sido diferente si el contrato era celebrado no por una emanación autónoma e independiente del Estado, sino por el Estado per se*”⁴³.

Pero quizá uno de los fallos en donde más se aprecia la claridad de la postura de algunos tribunales de Arbitraje de Inversión de que sí poseen jurisdicción

³⁸ Laudo disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

³⁹ El TBI entre Italia y Marruecos, en su art. 8, ofrecía una opción de Foro sobre (en inglés): “*All disputes or differences, including disputes related to the amount of compensation due in the event of expropriation, nationalization, or similar measures, between a Contracting Party and an Investor of the other Contracting Party concerning an investment of the said investor on the territory of the first Contracting Party...*”

⁴⁰ *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI N°ARB/00/4 (Decision on jurisdiction), 23 de julio de 2001, párr. 59. Traducción libre del autor: “*Los términos del artículo 8 son bastante amplios. La referencia a las medidas de expropiación o nacionalización, las cuales dependen de la voluntad unilateral de un Estado, no puede ser interpretada a favor de la exclusión de un reclamo basado en un contrato*”.

⁴¹ GALLARD, Emmanuel, “Treaty-Based jurisdiction...”.

⁴² *Impreglio S.P.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N°ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 de abril de 2005, esp. párr. 214.

⁴³ GALLARD, Emmanuel, “Treaty-Based jurisdiction...”.

sobre reclamos provenientes de un contrato es el fallo en *Vivendi vs. Argentina*⁴⁴:

En segundo lugar, el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias “relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”. Son aquellas diferencias las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el Artículo 11 del TBI, que se refiere a una diferencia “relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo”, o con el Artículo 1116 del TLCAN, que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje bajo el Capítulo Once “una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida” en disposiciones específicas de dicho Capítulo. En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra “una diferencia relativa a inversiones”, tal como se interpreta en el TBI, entonces se aplica el Artículo 8 (2).

A pesar de que exista una *dicotomía* en el asunto de concurrencia jurisdiccional (y que las partes estén obligadas a tomar una u otra posturas contrarias), lo cierto y concreto es que ni los doctrinarios, ni los litigantes ni la jurisprudencia arbitral se han pronunciado abiertamente sobre el verdadero problema: la existencia de una dicotomía jurisdiccional *que no esté coordinada legalmente*⁴⁵ (y que por ende, dependa de la “buena fe” de las partes y de la postura de un tribunal arbitral sobre su propia competencia).

En ese caso, no les queda otra a las partes que sufrir en silencio, y como diría la Prof. Kessedjian “*tant pis pour elles*”.

Y en el caso del “Arbitraje de Construcción” esta ausencia del tema es aún más llamativa. Todos los estudios y doctrinas del tema se centran en la ley aplicable

⁴⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. Argentina*, Caso CIADI N°ARB/97/3, Decisión sobre la anulación, 3 de julio de 2002.

⁴⁵ Esto es, la ausencia de un texto internacional sea *Hard Law* o al menos *Soft Law* que intente coordinar a ambos tipos de Arbitraje Internacional.

y en los complejos elementos de un proyecto de construcción internacional. Pero no se fijan en este asunto jurisdiccional.

Las partes en una relación jurídica concerniente a un proyecto de construcción internacional poseen, entonces, dos Foros arbitrales internacionales a entera disposición: por un lado, i) el Foro designado por el TBI que exista entre los Estados de origen de las partes (si es que lo hay, y más que menos, los hay) i.e., un Arbitraje de Inversión, y ii) el Foro de Arbitraje Comercial Internacional si es que existe una cláusula compromisoria dentro de ese contrato que vincula jurídicamente a las partes y que designa a un Foro de Arbitraje Comercial Internacional la resolución de disputas (sea *ad hoc* o institucional).

Las partes, en un contrato internacional, pueden en virtud de la autonomía de la voluntad y en virtud del principio de buena fe, acordar libremente un Foro de Arbitraje Comercial Internacional para resolver las disputas que surjan entre ellas. Esta opción es una elección libre de las partes.

En cambio, la disponibilidad de un Arbitraje de Inversión, en virtud de una provisión contenida en un TBI entre los Estados de origen de las partes, no es su elección.

El TBI es un acto de Derecho Internacional Público y celebrado por los Estados Contratantes, no por las partes de una relación jurídica. Y en virtud de la célebre *pirámide de Kelsen* que profesa la prelación de las normas en todo ordenamiento jurídico, una norma inferior no puede dejar sin efecto a una norma superior. Esto es, un acuerdo de partes en un contrato (que ni siquiera es ley ordinaria) difícilmente pueda dejar sin efecto una disposición imperativa de un Tratado Internacional. Un simple acuerdo de partes difícilmente derogue a una norma superior, como una ley. Ni hablar de un Tratado Internacional⁴⁶.

En resumen: las partes tienen voz y voto para pactar (o para no pactar) un Arbitraje Comercial Internacional, no así para pactar (o excluir) un Arbitraje de Inversiones en virtud de un TBI.

La verdadera *libre disposición* de pactar (o en cambio, de no pactar) un Arbitraje Internacional *gracias a la pura autonomía de libertad de las partes* es la primera

⁴⁶ Ver Constitución de la Nación Argentina, Art. 75 inc. 22; Constitución Nacional de Paraguay, Art. 137; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Art. 410; Constitución Política de la República de Chile, Arts. 5 y 54 (1).

diferencia entre la Teoría Arbitral de ambos tipos de Arbitrajes Internacionales. Pero estas diferencias serán tratadas en una segunda parte de este trabajo.

Arbitraje internacional en tiempos de pandemia COVID-19: un análisis del debido proceso y los retos que implican las audiencias remotas

Ana Sofía Vargas Hernández* & Tomás Geuna†

Resumen- La pandemia generada por el COVID-19 ha representado un desafío para toda la humanidad, pero también ha representado la apertura de nuevas oportunidades en todo el mundo. En el arbitraje internacional, los árbitros, las partes y todos aquellos que forman parte de un procedimiento arbitral, se han visto forzados a adaptarse a una nueva realidad, las audiencias remotas. El objeto del presente artículo es analizar este tipo de audiencias desde una perspectiva del debido proceso, lo anterior con el fin de abordar interrogantes tales como: ¿Las audiencias remotas se sustancian con las reglas del debido proceso? ¿Cuáles son las principales ventajas? ¿Qué podemos esperar para el futuro? Lo anterior, será abordado y concluido a lo largo de este artículo.

Abstract- The pandemic generated by COVID-19 has represented a challenge for all sectors and for humanity as a whole, but it has also opened up new opportunities around the world. In international arbitration, arbitrators, parties and all those involved in arbitration proceedings have been forced to adapt to a new reality, the reality of remote hearings. The purpose of this article is to analyze remote hearings from a due process perspective, in order to answer questions, such as, do remote hearings guarantee due process? What are the principal advantages of remote hearings? What can we expect in the future? The above will be addressed and concluded throughout this article.

* Alumna de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. anasofiavarh@gmail.com

† Abogado por la Universidad de San Andrés. Asociado en Allende & Brea. Buenos Aires, Argentina. tom.geuna@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN	242
II. EL CONCEPTO DE AUDIENCIAS REMOTAS.	244
III. BALANCE SOBRE AUDIENCIAS REMOTAS.	246
A. CONSIDERACIONES NEGATIVAS DESDE EL DEBIDO PROCESO.....	246
a. <i>Manejo de los testigos y el derecho a defensa.....</i>	<i>247</i>
b. <i>Ciberseguridad y derecho a la confidencialidad.....</i>	<i>249</i>
c. <i>Problemas técnicos y el derecho de presentar el caso debidamente.</i>	<i>252</i>
B. ELEMENTOS POSITIVOS.	254
a. <i>Flexibilidad y eficiencia procesal.....</i>	<i>254</i>
b. <i>Sustentabilidad.</i>	<i>255</i>
IV. HACIA UN ARBITRAJE CON MODALIDAD HÍBRIDA: PRESENTE Y FUTURO.....	257
V. CONCLUSIÓN.....	260

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo del 2020, la OMS declaró al brote del virus Covid-19 como una pandemia mundial, llamando a todos los Estados a tomar medidas de acción urgente para mitigar sus efectos.¹ Sin embargo, pese a los vastos esfuerzos de la población en general y de las autoridades gubernamentales, el Covid resultó en un impacto global que afectó varios frentes.

La administración ordinaria de justicia y la solución alternativa de conflictos, entre las cuales se encuentra el arbitraje internacional, no fueron ajenas a estas consecuencias, siendo una de las actividades con mayor impacto.

Ante este panorama de incertidumbre generalizada, en el arbitraje internacional se recurrió a la utilización de audiencias remotas como herramienta para la

¹ WHO, World Health Organization, “WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19”, 11/03/2020, Disponible en: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

resolución de controversias. Ello con motivo de prevenir la dilación de justicia y conforme a dos de los pilares fundamentales del arbitraje: la flexibilidad y eficiencia procesal. Sin embargo, pese que el uso de esta herramienta era una posibilidad desde mucho antes de la llegada del Covid, tras la llegada de este último, la utilización de esta posibilidad se tornó masiva² revelando nuevos retos, desafíos, y también, beneficios, que no habían sido explorados en profundidad hasta ese momento.

Uno de los retos principales que supuso esta situación fue la readecuación de los reglamentos de las instituciones arbitrales³ con motivo de la inclusión de la regulación tendiente a la celebración de audiencias remotas, lo cual hasta ese momento había sido omitido. Si bien, esto permitió morigerar la afectación causada por la crisis sanitaria en la resolución de disputas, al mismo tiempo puso de manifiesto una serie de cuestiones que al día de hoy siguen siendo objeto de discusión.

Con ello en mente, y lejos de brindar respuesta a todas estas cuestiones, a lo largo de este trabajo abordaremos dichos supuestos, de modo tal que permita brindar un análisis más acabado de estos.

Para ello, este trabajo se estructurará de la siguiente forma: En el capítulo I, se definirá el concepto de audiencias remotas y su diferenciación con las audiencias online. En el capítulo II, se presentará un balance acerca de los principales aspectos positivos, negativos e inciertos en torno a la ejecución de audiencias remotas. En el capítulo III, se expondrán consideraciones relativas al modelo de arbitraje híbrido como presente y futuro de esta práctica. Por último,

² QUEEN MARY, University of London et al., “2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world”, 2021, disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), p. 5.

³ Entre ellas, pueden mencionarse: Cámara Internacional de Comercio (ICC); Chartered Institute of Arbitrators (CIARB); The China Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC); The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association’s International center for Dispute Resolution (AAA/ICDR); London Court of International Arbitration (LCIA); Corte de Arbitraje de Madrid (CAM).

en el capítulo III contendrá las consideraciones finales del análisis aquí presentado.

II. EL CONCEPTO DE AUDIENCIAS REMOTAS

Las audiencias remotas, -las cuales, según Scherer son las más comunes en la actualidad⁴, pueden definirse como “la tecnología que permite que desde distintas ubicaciones se pueda interactuar simultáneamente por video y audio transmisión, facilitando la comunicación, teniendo interacción personal entre las respectivas ubicaciones”⁵. Según la misma autora, estas audiencias pueden ser llevadas a cabo por teléfono, videollamada u otras plataformas que pudieran presentarse⁶.

Este tipo de audiencias puede subdividirse genéricamente en dos supuestos: Por un lado, las audiencias completamente remotas, y por el otro, las audiencias semi-remotas. La primera de ellas supone un procedimiento en el cual todas las partes del proceso se encuentran en latitudes diferentes, es decir, no existe en el marco de este procedimiento un lugar principal, sino que cada parte interviniente del proceso puede participar en él en la medida que cuente con un micrófono, cámara y conexión a internet estable. Si bien las audiencias semi-remotas comparten sus rasgos principales con las primeras, se diferencian toda vez suponen el establecimiento de un lugar principal donde se ha de llevar a cabo el arbitraje con el objeto de llevar alguna etapa del proceso o reuniones de manera presencial⁷.

En lo que respecta a la conceptualización de audiencias remotas, resulta primordial establecer su diferenciación respecto a otro tipo de audiencias que también emplean el uso de tecnología. En particular, debe diferenciarse este tipo

⁴ SCHERER, Maxi, “The Legal Framework of Remote Hearings”, en SCHERER, Maxi - BASSIRI, Niuscha, *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2020.

⁵ SCHERER, “The Legal ...”.

⁶ SCHERER, “The Legal ...”.

⁷ FERNANDEZ DEL VALLE, Roberto - KING, Luis Alberto - MORENO, José Antonio, “El Arbitraje Comercial y la Mediación: alternativas eficientes y eficaces para la resolución de controversias en tiempos de pandemia”, *Boletín Informativo del capítulo mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, ICC México Pauta 95*, 03/2016.

de audiencias de las audiencias online, también conocido como *Online Dispute Resolution (ODR)*.

Si bien ambos procesos tienen aspectos comunes, en tanto las ODR son definidas desde una concepción amplia que engloba a todo proceso de solución de disputas que incorpora el uso de cualquier tecnología como parte de su proceso⁸, tienen matices que los separan. En particular, esta diferencia se traza en el hecho de que en las ODR no es condición necesaria la simultaneidad de las partes a lo largo del proceso. Ello toda vez que, en este tipo de procesos, tanto los argumentos como las pruebas y decisiones se pueden enviar sin que el remitente y el destinatario estén virtualmente conectados al mismo tiempo.

En conclusión, habida cuenta de estas características, las audiencias remotas han de entenderse como aquellas en las cuales las partes llevan a cabo el procedimiento de resolución de disputas mediante la utilización de tecnología y de modo simultáneo.

Aún sin un marco regulatorio específico al inicio de la pandemia, las partes del procedimiento arbitral y los tribunales arbitrales se inclinaron a que las audiencias se llevarán a cabo de manera remota ante la voluntad de una de las partes. Como un claro ejemplo de lo mencionado, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong ('HKIAC')⁹, tercera institución más utilizada en todo el mundo¹⁰, menciona que entre abril y mayo del 2020 como consecuencia de la situación de crisis sanitaria desatada por la pandemia, el 85% de todas las audiencias llevadas a cabo requirieron de servicios de audiencias remotas. Asimismo resalta que, en el periodo de febrero a septiembre del 2020, 65% de todas las solicitudes que recibía involucraban la asistencia en audiencias remotas. De igual manera, mencionan que los usuarios que hacen uso de sus

⁸ CNUDMI, "Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea", *Secretaría de la CNUDMI, Vienna International Centre*, p. 4, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf

⁹ Desde ahora es citado como HKIAC.

¹⁰ Hong Kong International Arbitration Centre, *Arbitraje HKIAC*, 13/06/2021, disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/arbitration/hkiac-arbitration/>

servicios, prefieren llevar a cabo e incorporar audiencias remotas en lugar de posponerlas¹¹.

En un caso resuelto por la Corte de Australia, *Capic v. Ford Motor Company of Australia*¹², el cual versaba sobre cajas de cambio defectuosas, la demandada solicitó un aplazamiento por la pandemia Covid-19 en virtud de que habrían dificultades esenciales en el juicio, incluidas separación de equipos jurídicos, separación de testigos e incapacidad de contra interrogarlos debidamente y limitaciones tecnológicas, entre otras. Sobre esto, el Juez Perram resolvió que la salud de los miembros que formaban parte del proceso debía anteponerse y que, por lo tanto, las decisiones que tomará la corte, no podían contribuir a aumentar las probabilidades de propagación del virus entre ellas. Asimismo, resolvió que, ante la incertidumbre de fecha cierta para llevar a cabo las audiencias sin riesgo de transmisión, era necesario intentar realizar las audiencias de manera remota para que no se viera afectada la economía procesal ni la impartición de justicia, ya que, si se aplazaba la audiencia hubiese sido por un periodo indeterminado de tiempo.

III. BALANCE SOBRE AUDIENCIAS REMOTAS

Habiendo conceptualizado el concepto de las audiencias remotas, este capítulo presentará de forma sistemática sus principales elementos positivos y negativos.

A. *Consideraciones negativas desde el debido proceso*

Sin lugar a dudas, las audiencias remotas han implicado una transformación sustancial en la dinámica procedimental del arbitraje internacional. Si bien estas han traído elementos positivos, los cuales pondremos de manifiesto en el acápite subsiguiente, también han conllevado aspectos negativos pasibles de generar afectaciones al debido proceso.

¹¹ MOSER, Michael, “Virtual Hearings at HKIAC: Services and Success Stories”, *Hong Kong International Arbitration Centre Blog*, 06/05/2020. disponible en: <https://www.hkiac.org/news/virtual-hearings-hkiac-services-and-success-stories>,

¹² FCA 468, “*Capic v Ford Motor Company of Australia Ltd (Adjournment)*”, 15/06/2020, NSD 724 2016.

En particular, analizaremos su potencial afectación a: a) Manejo de los testigos y el derecho a defensa; b) Ciberseguridad y derecho a la confidencialidad; c) Problemas técnicos y derecho a ser oído.

a. Manejo de los testigos y el derecho a defensa

Según lo señalado por Gary Born, existen doctrinarios que argumentan que tanto las audiencias remotas como los interrogatorios y contrainterrogatorios de testigos restringen indebidamente la capacidad de las partes para presentar su caso adecuadamente, y por lo tanto no cumplirían con ciertas legislaciones nacionales de arbitraje o normas de instituciones arbitrales¹³.

No obstante, en el primer caso resuelto por una Corte Suprema en todo el mundo respecto a audiencias remotas en arbitraje, procedimiento arbitral que tuvo como sede Viena y era administrada por el Centro Internacional de Arbitraje de Viena (VIAC), se resolvió que el adoctrinamiento de testigos en audiencias remotas tiene los mismos riesgos insubsanables que las audiencias presenciales como influenciar y adoctrinar al testigo antes de las audiencias. Sin embargo, los otros riesgos existentes en audiencias remotas, pueden ser fácilmente abordados con medidas preventivas como: que todos los participantes observen en pantalla a persona que va a ser examinada de manera frontal y muy cerca, que se grabe la sesión, que se instruya al testigo de ver a la cámara en todo momento y que tenga ambas manos visibles- impidiendo que pueda leer o enviar mensajes-, y que muestre el área donde va a testificar, para que se pueda corroborar que no hay ninguna persona presente¹⁴.

Sobre la impartición de justicia virtual y el manejo de testigos, en el caso, *Capic v. Ford Motor Company of Australia*, el Juez Perram hizo una observación donde resaltaba lo siguiente.

“Mi impresión de esas plataformas ha sido que estoy mirando al testigo a un metro de distancia y mi percepción de las expresiones faciales del testigo es de las expresiones faciales del testigo es mucho mayor que en el tribunal. *Lo que es diferente -y significativo- es que la tecnología de*

¹³ BORN, Gary, “*International Commercial Arbitration*”, t. II, 3ª Ed., Kluwer Law International, Países Bajos, 2021, p. 2433.

¹⁴ Suprema Corte Australiana, Caso No. ONc 3/20s, 23/07/2020.

enlace de vídeo tiende a reducir la química que puede desarrollarse entre el abogado y el testigo. Esto va unido a la sensación general de que se ha producido una de que ha habido una reducción de la formalidad en los procedimientos. Esto es ciertamente así y no es deseable. A estos problemas hay que añadir las dificultades que pueden surgir al tratar las objeciones.”¹⁵

Conforme lo señalado por el 40% de los participantes del estudio realizado en conjunto por *White & Case y the School of international arbitration of the Queen Mary University*, una de las principales desventajas suscitadas por las audiencias remotas es la dificultad en el manejo de los testigos y la evaluación de su credibilidad¹⁶.

Esta suspicacia por parte de los encuestados se relaciona con la imposibilidad de poder percibir todos los aspectos del proceso de manera interpersonal, en particular lo relativo al lenguaje corporal, expresiones faciales y el tono de voz de los testigos. Asimismo, otro riesgo no menos preocupante de estos procesos es la manipulación y asistencia de los testigos realizada por la contraparte. Es que, en efecto, al no estar presente en el mismo espacio físico, las sospechas de que el testigo sea *coacheado* por detrás de cámara o que su declaración esté guionada por un escrito pre-redactado están a la orden del día¹⁷.

Todo ello merece especial atención, toda vez que es pasible de generar una afección en los recursos argumentativos de las partes y afectar la decisión final de los árbitros a la hora de emitir el laudo, lo que guarda estrecha relación con el derecho a defensa de las partes. Esto reviste especial interés, ya que bajo ciertas legislaciones¹⁸, las partes bien podrían solicitar la anulación del laudo con motivo de ello, aludiendo a que su derecho a prueba no pudo ser

¹⁵ FCA 468, “*Capic v Ford Motor Company of Australia Ltd (Adjournment)*”, 15/06/2020, NSD 724 2016. Traducción y énfasis propios

¹⁶ QUEEN MARY, “2021 International Arbitration...”.

¹⁷ WALKER, Janet., “Virtual Hearings: An Arbitrator’s Perspective”, 2020, disponible en: <https://int-arbitrators.com/wp-content/uploads/2020/03/Virtual-Hearings-An-Arbitrators-Perspective.pdf>

¹⁸ Véase: Código de Comercio de México, Art. 1457, Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la República Argentina, Art. 99; Decreto legislativo N° 1071 de arbitraje en Perú, Art. 63; Ley de Arbitraje 13129/2015 de la república del Brasil, Art. 32; Ley 60/2003 de España, Art. 41.

adecuadamente ejercitado y que consecuentemente no se le permitió presentar de manera suficiente su derecho a defensa.

Si bien estos riesgos y desventajas podrían mitigarse a través de mecanismos tales como la colocación de una cámara de alta definición que permita una visión panorámica de 360° y el bloqueo temporal de acceso a cualquier aplicación comunicativa externa¹⁹, lo cierto es que aún estos mecanismos no se encuentran lo suficientemente estandarizados de modo tal que puedan brindar garantía a las partes de un correcto desempeño sin riesgo alguno. Así las cosas, estas circunstancias deben ser unas a la cuales se tengan en cuenta a la hora fijar esta modalidad de audiencias.

Sobre el punto anterior, resulta preciso traer a colación el caso *Sino Dragon Trading Ltd v. Noble Resources International Pte Ltd*, donde la demandante buscaba que se anulara un laudo arbitral bajo el argumento de que por cuestiones técnicas durante un interrogatorio y el manejo de un testigo, no se le dio oportunidad de presentar su caso debidamente. Sin embargo, la Corte Federal de Australia determinó que no había razones para anular el laudo bajo la premisa de que: *“La modalidad de toma de evidencia por teléfono o videoconferencia, aunque no sea la ideal en comparación con la presencia física de un testigo, no produce en sí misma una "injusticia real" o una "verdadera injusticia práctica”*²⁰.

No obstante, somos optimistas en que las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial podrán brindar en un futuro próximo posibles soluciones que ayuden a mitigar estas situaciones. Así, consideramos que esto contribuirá a que se permita agilizar el proceso mediante el desarrollo virtual del examen y contraexamen de testigos, mientras que al mismo tiempo se brinden garantías a las partes sobre su derecho a defensa en este proceso.

b. Ciberseguridad y derecho a la confidencialidad

En el mismo estudio previamente citado, se menciona que un 30 % de los encuestados expresó que una de las desventajas principales de las audiencias

¹⁹ WALKER, Janet., “Virtual Hearings...”.

²⁰ FCA 1131, “Sino Dragon Trading Ltd. v. Noble Resources International Pte Ltd”, 13/09/2016, NSD 1333 of 2016.

remotas es el riesgo que suponen para la ciberseguridad de las partes y su derecho a la confidencialidad.

Esto ha sido explicitado por diferentes autoridades arbitrales. En palabras de Olga Hamama y Daniel Herrman: “*Al desplegar cada vez más soluciones tecnológicas, la comunidad de resolución de disputas también tiene que considerar cuidadosamente y abordar las preocupaciones relacionadas con la protección de datos y la ciberseguridad*”²¹.

De esta manera, las preocupaciones que se suscitan en torno a las audiencias remotas podrían dividirse en dos principales cuestiones: Por un lado, el riesgo en torno a la seguridad de datos, es decir la ciberseguridad, más específicamente la preocupación de que terceros no autorizados accedan a la audiencia a distancia y obtengan información sensible de las partes. Mientras que, por otro lado, se encuentra el riesgo en torno a la privacidad o confidencialidad de los datos. Este último riesgo se relaciona con la idea de que cualquier implicado en el proceso arbitral, ya sea las partes, árbitros o auxiliares, almacene o transmita los datos para su utilización indebida fuera del procedimiento arbitral²².

En efecto, estas preocupaciones encuentran sustento en el hecho de que muchas de las plataformas utilizadas en la actualidad, pudiendo mencionar entre ellas zoom, no ofrecen un cifrado total para sus usuarios²³. Esto reviste especial importancia por las características propias del arbitraje, en particular su procedimiento litigioso y la asiduidad de compartir información comercial confidencial y datos regulados a los fines de resolver la disputa, por lo cual que se suscite un incidente de este tipo implicaría consecuencias sumamente negativas para las partes.

²¹ HAMAMA, Olga - HERMANN, Danielle, “COVID-19 and Technology, Media and Telecommunication Disputes”, SCHERER, Maxi - BASSIRI, Niuscha, *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2020, p. 292.

²² SCHERER, “The Legal ...”, pp. 92-93.

²³ NOVET, Jordan, “Zoom CEO explains stance on encryption, says he wants to ‘work together’ with law enforcement”, *CNBC*, 03/06/2020, disponible en: <https://www.cnb.com/2020/06/03/zoom-ceo-eric-yuan-on-encryption-working-with-law-enforcement.html>.

Conforme surge del reporte realizado por la *International Court for Commercial Arbitration, the New York City Bar Association y International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, una afectación a la ciberseguridad o confidencialidad podría causar:

- Pérdidas económicas para los individuos cuya información comercial o datos personales se vea comprometida;
- Pérdida de la integridad de los datos, o dudas sobre la fiabilidad y exactitud de los datos, debido a un incidente de ciberseguridad;
- Indisponibilidad de datos, redes, plataformas o sitios web debido a la interrupción causada por un incidente de ciberseguridad;
- La posible responsabilidad en virtud de la legislación aplicable y otros marcos normativos, incluidos los regímenes de protección de datos;
- Daños a la reputación de las partes, los árbitros, las instituciones administradoras y terceros, así como al sistema de arbitraje en general.

Sin embargo, pese a las razonables preocupaciones que pudiesen suscitarse por parte de los miembros de la comunidad arbitral, lo cierto es que han sido numerosas las instituciones arbitrales que han emitido lineamientos tendientes a mitigar estos posibles riesgos y de otorgar garantía a las partes a la hora de celebrar sus audiencias de manera remota²⁴.

En conclusión, si bien al momento esto representa una desventaja de las audiencias remotas en relación con las presenciales, no descartamos que en la medida que surjan nuevas medidas técnicas que otorguen una mayor seguridad de los datos, y consecuente una mayor garantía del derecho a la confidencialidad, esto pueda ser revertido y ser una ventaja de las audiencias remotas.

²⁴ Entre ellos: La Cámara Internacional de Comercio (ICC), *Korean Commercial International Board (KCIB)*, *International Centre for Dispute Resolution*, *International Bar Association (IBA)*, entre otros.

c. Problemas técnicos y el derecho de presentar el caso debidamente

No es una afirmación novedosa que el derecho a presentar el caso debidamente es una pieza esencial para el debido proceso en cualquier procedimiento, ya sea judicial o arbitral. En efecto, se ha mencionado que, en el contexto del arbitraje comercial internacional, este derecho resulta de particular importancia ya que funge como un control esencial a los amplios poderes del tribunal que gestiona un proceso arbitral²⁵. En el contexto arbitral se ha dicho que las audiencias remotas elevan un sinnúmero de problemas tanto técnicos como de procedimiento²⁶. Antes de proceder a la explicación de la problemática que pudiera resultar derivado de las audiencias remotas con respecto a estos dos derechos, y la consecuente afectación al debido proceso, resulta necesario definir estos principios esenciales.

Esto se haya receptado por la inmensa mayoría de los ordenamientos normativos en el mundo. Un ejemplo de ello es lo establecido por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su artículo 18, el cual establece específicamente el deber de tratar a las partes con igualdad y otorgar a cada una de ellas la plena oportunidad de hacer valer el ejercicio de sus derechos²⁷. Aunado a esto, doctrinarios como Kaufmann y Schultz mencionan que este derecho significa que el tribunal arbitral tratará a las partes de manera equitativa más no de manera idéntica, sino que este principio protege el hecho de que ninguna de las partes esté en desventaja respecto de cómo se conducen los procedimientos arbitrales.²⁸

En esta línea, es condición necesaria del procedimiento arbitral que ninguna de las partes tenga más derechos, poderes, posibilidades que otra de las partes²⁹. Asimismo, en lo que respecta al cumplimiento del derecho a ser escuchado, se

²⁵SGCA 12, “China Machine New Energy Corp v. Jaguar Energy Guatemala LLC (Judgement)”, 05/07/2020, No 94 of 2018.

²⁶MOSER, “Virtual Hearings...”.

²⁷Ley Modelo de la CNUDMI para el Derecho Mercantil Internacional

²⁸KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle - SCHULTZ, Thomas, “The Use of Information Technology in Arbitration”, parr. 178, 05/12/2005, disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/The-Use-of-Information-Technology-in-Arbitration.pdf>

²⁹LOZANO CORREA, Laura, “Spanish Arbitration Act, Article 24, Principles of equality, right to be heard and contradiction” en GONZÁLEZ-BUENO, Carlos, *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Dykinson, S.L., 2016, p. 156.

requiere como condición necesaria dar a las partes un tiempo adecuado para preparar su caso, que todas las partes tengan oportunidad en los mismos supuestos para argumentar sus pretensiones y darles permiso de presentar toda la evidencia relevante.³⁰

Tomando en consideración todo lo anteriormente expuesto, se debe de analizar si las audiencias remotas y los problemas técnicos que estas puedan conllevar, suponen una afectación a derechos insoslayables de las partes del proceso.

Una de las mayores preocupaciones de las partes del procedimiento arbitral remoto es el riesgo de fallas técnicas, dicese falla en sus micrófonos, videos o incluso hasta en su conectividad³¹, que pudiera obstaculizar el correcto desempeño del proceso en general y posicionarlo en una posición desventajosa en relación a su contraparte. Esto se vio explicitado en tanto un 35% de personas participantes del reseñado relevado, manifestaron que una de las principales desventajas de este tipo de audiencias son los problemas o limitaciones técnicos, incluyendo en ello la falta de acceso a la tecnología necesaria³².

Esta preocupación sería pasible de verse materializada en la práctica en la medida que una de las partes se viese en una posición significativamente desaventajada en relación con la otra en lo que respecta a sus herramientas comunicativas. Es decir, que ambas partes no tengan una igualdad de recursos no constituirá *per se* una afectación a derechos de alguna de las partes, sino que esta afectación se vería materializada cuando una de las partes no pudiese alcanzar el piso mínimo necesario para ejercer sus defensas producto de circunstancias técnicas, mientras que la otra parte lo hiciese en condiciones de normalidad³³. No obstante lo dicho, la determinación de esta situación ha de ser evaluada casuísticamente por el tribunal de acuerdo a las circunstancias particulares de los actores en cada procedimiento arbitral.

No obstante, debemos de recordar que los elementos esenciales de una audiencia son la oralidad y la sincronía al momento de intercambiar argumentos

³⁰ LOZANO CORREA, Laura, “Spanish Arbitration Act...”, p. 156

³¹ WALKER, Janet., “*Virtual Hearings....*”

³² QUEEN MARY, “2021 International Arbitration...”, p. 7.

³³ VERGARA OLMOS, Ricardo, “Uso de Realidad Virtual y Realidad Aumentada en el Arbitraje Internacional”, *Latin American Journal of Trade Policy*, Nº7, 2020.

o evidencia para sustentar las peticiones³⁴, es por ello que si se pueden garantizar estas últimas dos a ambas partes, se cumpliría con el principio de igualdad de las partes. A lo anterior podemos añadir que incluso el Tribunal Arbitral podría evacuar o reprogramar una instancia si a lo largo de alguna actuación se ven mermado estos derechos por problemas de conectividad, tal como se ha adoptado en reglamentos arbitrales³⁵.

De esta manera, la Corte Suprema de Viena determinó que el hecho de que un Tribunal Arbitral decidiera que la audiencia sería conducida de manera remota, no transgrede el derecho fundamental de las partes de ser oídos o de ser tratados de manera justa e igualitaria³⁶.

En conclusión, consideramos que, si bien las audiencias remotas suponen un cambio en la dinámica, no suponen necesariamente en todos los casos una afectación del derecho a ser oído y del trato igualitario.

B. Elementos positivos

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, la pandemia ha supuesto un cambio en la dinámica de la realización de las audiencias arbitrales, pasando de un modelo presencial a uno remoto. Si bien desde su utilización masiva se han discutido múltiples consideraciones en torno a las consecuencias negativas que estas conllevan, no son menores los elementos positivos que estas suponen para la dinámica arbitral. Entre los beneficios podemos destacar algunos como la: (a) flexibilidad que permite la eficiencia procesal y (b) la sustentabilidad, entre otras.

a. Flexibilidad y eficiencia procesal

Como ha sido señalado a lo largo de este artículo y por diversos doctrinarios, uno de los objetivos más importantes dentro del arbitraje es la flexibilidad³⁷. Dentro de esta libertad sobre el procedimiento, las partes pueden pactar lo que

³⁴ SCHERER, “The Legal...”, pp. 74-75.

³⁵ Nota sobre Audiencias virtuales Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Art. 3.2 (11).

³⁶ Suprema Corte Australiana, Caso No. ONc 3/20s, 23/07/2020

³⁷ BORN, *International Commercial Arbitration*, p 2278.

consideran que sea más conveniente para dirimir su controversia, jugando con las posibilidades y creando procedimientos más eficientes y expeditos como pudieran serlo las audiencias remotas³⁸.

Se han discutido numerosas veces en el mundo arbitral las maneras mediante las cuales se pueden reducir los costos y los tiempos en los procedimientos arbitrales ya que estos suelen tener costos elevados y estos suelen elevarse cada vez más según la complejidad del asunto.³⁹ En el caso de las audiencias remotas es probable que en muchos casos sea menor el costo del pago de los servicios de videoconferencias de las instituciones arbitrales que los costos de viajes y la renta de una sede para llevar a cabo una audiencia⁴⁰.

También el hecho de no tener que fijar una fecha específica para que todos los participantes de la audiencia puedan viajar, supone que pueda haber más fechas disponibles entre los mismos participantes brindando más opciones y una oportunidad de resolver la disputa de manera más rápida.

Aunque de la misma manera habría que tomar en consideración que en el arbitraje internacional hay participantes con distintos husos horarios y los periodos de atención en las audiencias remotas son más cortos, lo que implicaría el agregar más recesos durante audiencias o prolongar los días en los cuales se llevan a cabo las mismas.

b. Sustentabilidad.

Actualmente en todas las industrias, profesiones, mercados y prácticas, se busca crear un entorno más sustentable que nos permita proteger nuestros recursos naturales en todo el planeta para mantenerlos para futuras generaciones y aumentar el nivel de calidad de vida de todos los seres humanos. El mundo del arbitraje no es la excepción, ya que es un tema que sigue en discusión y de cual

³⁸ BASSIRI, Niuscha, “Conducting Remote Hearings: Issues of Planning, Preparation and Sample Procedural Orders” en SCHERER, Maxi - BASSIRI, Niuscha, *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2020, pp. 105-120.

³⁹ ICC Commission on Arbitration established a Task Force in 2005 to study ways of effectively reducing time and costs in international arbitration.

⁴⁰ BORN, *International Commercial Arbitration*, p. 2437.

incluso se han creado campañas que promuevan la agenda sustentable en el arbitraje internacional⁴¹.

El incremento del uso de herramientas tecnológicas para la resolución de disputas y las audiencias remotas posibilitan mayores oportunidades mientras que, al mismo tiempo, promueven y benefician la agenda de sustentabilidad⁴² ya que hay un menor impacto ecológico, en virtud de que se disminuyen los viajes de testigos, abogados, expertos, árbitros, a la sede del arbitraje y disminuye el uso del papel⁴³.

En el caso del uso de audiencias presenciales se ha comprobado que del total de emisiones de carbono en un -arbitraje mediano-, un 41% son derivadas de los viajes, refiriéndose a vuelos y medios de transporte como taxis y un 2% a materiales utilizados como papel para imprimir⁴⁴ y es por esto que en los protocolos para arbitrajes *eco-friendly*, encontramos que se sugiere la utilización de medios electrónicos para el envío de documentos, al igual que se recomienda que las sesiones en general sean de manera remota en una plataforma virtual y que se digitalicen todos los procedimientos⁴⁵.

Es por lo anterior que el que las audiencias discurran de manera remota, pudiera ser una solución hacia un arbitraje más verde, reduciendo el uso de papel

⁴¹ Por ejemplo, *The Green Pledge*, *The World Mediators Alliance on Climate Change*, entre otras.

⁴² SHAUGHNESSY, Patricia Louise, "Initiating and Administering Arbitration Remotely", en SCHERER, Maxi - BASSIRI, Niuscha, *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2020, p. 27.

⁴³ ROSS, Alison, "Green Campaign Launches as Pandemic Forces Rethinking", *Global Arbitration review*, 22/04/2020, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/green-campaign-launches-pandemic-forces-rethinking>.

⁴⁴ HODGES, Paula - TEVENDALE, Craig, "Inside Arbitration Perspectives on Cross Border Disputes", *Herbert Smith*, 08/2020, disponible en: <https://hsfnotes.com/arbitration/2020/03/02/inside-arbitration-issue-9-perspectives-on-cross-border-disputes/>.

⁴⁵ *Green Protocol for Arbitration Conferences*, disponible en: <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols/arbitration-conferences>.

utilizado y sin emisiones de carbono en volumen considerable con viajes que en muchas ocasiones no son indispensables.

IV. HACIA UN ARBITRAJE CON MODALIDAD HÍBRIDA: PRESENTE Y FUTURO

Los apartados anteriores han demostrado que las audiencias remotas no pueden ser consideradas de manera absoluta como algo positivo o negativo en términos generales. En síntesis, estas han supuesto tanto ventajas como desventajas de acuerdo a las partes y de acuerdo al contexto de ciertos procedimientos arbitrales. Sin embargo, no cabe duda que este tipo de audiencias ha llegado para quedarse al mundo arbitral, ya sea en menor o mayor medida que los tiempos actuales, pero pasando a ser una práctica que tendrá un lugar en el porvenir de este tipo de procesos.

Con esto en mente, este capítulo expondrá una serie de consideraciones, a modo de propuesta, tendientes a repensar la dinámica del procedimiento arbitral a partir de las enseñanzas brindadas por las audiencias remotas y con el objetivo de hacer de él, un proceso más eficiente para los actores.

Un porcentaje que oscila entre el 44% y 60% de personas señalan que preferiría un sistema que combine lo presencial y lo remoto en diferentes etapas del proceso⁴⁶. Tal como dijera el ex presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en una crisis se trata de tener presente los riesgos, pero también las oportunidades.

Por lo cual, y en aras a la flexibilidad e innovación que históricamente ha caracterizado al arbitraje como método de resolución de disputas, entendemos que este escenario mundial resulta una inigualable chance para el establecimiento de un modelo que combine tanto elementos remotos como presenciales. De esta manera, a través de un proceso híbrido, consideramos que el arbitraje podría verse significativamente beneficiado.

De esta forma, adoptando un modelo de este tipo, podría obtenerse los beneficios mencionados de la virtualidad a través del establecimiento de reuniones remotas en lo que respecta a partes del proceso que no revistan carácter sustantivo, tales como reuniones procedimentales o de logística, y al

⁴⁶ QUEEN MARY, “2021 International Arbitration...”.

mismo tiempo sortear las desventajas de la virtualidad, estableciendo que las etapas del proceso sustantivas sean llevadas a cabo de manera presencial, lo cual daría un cierto margen de certeza a todos los actores acerca del respeto de sus garantías procesales.

Lejos de ser un planteamiento disruptivo, esto ya ha sido implementado incluso por algunos centros de arbitraje en el mundo. En particular, *The Maxwell Chambers in Singapore, the International Dispute Resolution Centre in London, and the Arbitration Place in Toronto* y *The Ottawa* formaron una alianza destinada a ofrecer un sistema de audiencias híbridas de modo tal que todos los actores del proceso puedan participar plenamente⁴⁷.

Así las cosas, consideramos que en la medida que los usuarios sigan incrementando su uso y familiaridad con las herramientas tecnológicas, la demanda por este tipo de audiencias aumentará aún más. Por lo cual, resulta fundamental que el arbitraje en su conjunto tome nota de manera anticipada a ello, y encamine sus procedimientos hacia un sistema híbrido, de modo tal de poder satisfacer una futura demanda y seguir consolidándose como uno de los métodos más preferidos para la resolución de disputas.

Por otro lado, pero conectado a lo anteriormente expuesto, en el relevamiento de la universidad Queen Mary previamente destacado, una importante porción de los entrevistados consideró que, a la hora de elegir un centro arbitral, el soporte en cuanto a logística para las audiencias remotas sería uno de los mayores atractivos, sino el más, para su elección de una institución arbitral donde llevar a cabo el procedimiento.

Esto representa también una gran oportunidad para el desarrollo de los centros de arbitraje Latinoamericanos. Es que, en efecto, los centros arbitrales de nuestra región podrían cobrar protagonismo en la medida que se pongan a la cabeza de esta demanda, y empiecen a adquirir tecnología de última generación que permita ofrecer a todos los actores participantes del proceso la utilización

⁴⁷ IACA, “Leading ADR-service rivals from England, Singapore, and Canada launch International Arbitration Centre Alliance”, *International Arbitration Centre Alliance*, 12/05/2020, disponible en: https://535cd9d4-973f-4347-89a8-31e706b5d2e7.filesusr.com/ugd/673944_f3a53ec7965944c8a760c93a44ecb05c.pdf.

de estas instalaciones para llevar a cabo la audiencia, lo cual a su vez, despejaría las preocupaciones de las partes a la hora de llevar a cabo sus audiencias remotas. Si bien históricamente los servicios de estos centros de arbitraje han estado en la administración de su espacio físico, este nuevo giro comercial podría resultar en un mayor número de casos sometidos ante ellos.

Esto ha sido implementado exitosamente por *The Arbitration Place in Canada*⁴⁸ y por *The Australian Disputes Centre*⁴⁹, quienes han desarrollado espacios donde cualquier tipo de disputa o resolución pueda ser llevada a cabo remotamente, poniendo a disposición recursos de software y hardware para el correcto desarrollo de videoconferencias, plataformas que permiten la visualización y el uso compartido de documentos, servicios de transcripción y demás.

De esta manera, a través de la puesta a disposición de tecnología de última generación, tal como cámaras panorámicas 360° para el examen y contraexamen, softwares que ofrezcan un cifrado absoluto, apoyos técnicos que permitan uso compartido de documentos en vivo y servicios de transcripción⁵⁰, entre otros, los centros de arbitraje podrían pasar a ocupar un lugar protagónico en la dinámica de los arbitrajes internacionales.

Así las cosas, la oportunidad proporcionada por la crisis desatada por la pandemia, y la consecuente aceleración de la llegada de los procesos tecnológicos a muchos ámbitos donde no se vislumbraba un pronto arribo de ellos, nos presenta no solo una oportunidad valiosa para el desarrollo del arbitraje hacia un sistema híbrido, sino también para el desarrollo de una región que tiene mucho que ofrecer a la comunidad arbitral.

⁴⁸ ARBITRATION PALACE, “Hybrid Services”, *Arbitration Palace*, disponible en: <https://www.arbitrationplace.com/services/hybrid>.

⁴⁹ ADC virtual, “Australian Disputes Centre”, disponible en: <https://disputescentre.com.au/adc-virtual/>.

⁵⁰ HUSSEIN, Emad, “The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities”, *SOAS L.J.*, Vol. 7, 2020.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente artículo hemos podido apreciar que, habiendo ya pasado más de un año desde la implementación masiva de las audiencias remotas, estas siguen despertando un sin fin de consideraciones en los actores del procedimiento arbitral. Es que, ciertamente, la situación presenta un alto grado de complejidad y que debe ser analizado por todos los actores del proceso a la luz de una óptica amplia que englobe la mayor cantidad de elementos para realizar una valoración adecuada.

Como hemos visto, resulta inconveniente realizar una ponderación de esta modalidad desde una perspectiva binaria, es decir, valorándolas como positivas o negativas en su totalidad. Ello toda vez que, conforme lo expuesto a lo largo de este trabajo, este tipo de audiencias ha supuesto por un lado ventajas en lo referente a la flexibilidad, eficiencia procesal y el aspecto ambiental, mientras que al mismo tiempo, ha creado una serie de potenciales riesgos pasibles de generar una situación de desventajas para los actores del proceso.

El aspecto central es que las audiencias remotas- ya sea en menor o mayor medida que en la actualidad- han llegado para ocupar un lugar preponderante en la dinámica de funcionamiento de la práctica arbitral y por lo cual, debemos sacar de ello el mejor provecho posible. Si bien no desconocemos las potenciales desventajas que esta modalidad podría generar sobre los actores del proceso, entendemos que la resiliencia que históricamente ha caracterizado a este tipo de procesos nos demanda encontrar una solución acorde para ellos, de modo tal que permita hacer del arbitraje un proceso aún más eficiente y que atraiga un mayor número de actores.

En este marco, entonces, entendemos que esta solución podría venir dada de la mano del impulso de un modelo híbrido que combine la presencialidad y lo remoto en diferentes etapas del proceso. Esto podría ser alentado por las instituciones arbitrales, quienes al mismo tiempo que contribuyen a este proceso, podrían obtener un rédito económico al proveer servicios de tecnología a los actores para el desarrollo de las etapas del proceso que se lleven a cabo de manera remota.

En el mismo sentido, consideramos que esta situación podría representar una gran oportunidad para el desarrollo de las instituciones arbitrales

Latinoamericanas en específico. Ello toda vez que, si las instituciones adquiriesen servicios de tecnología que pudieran ser ofrecidos en conjunto con un soporte técnico, y sumado al valioso capital humano de los profesionales con los que cuenta nuestra región, esto podría repercutir en una significativa preferencia de los actores del proceso por someter sus casos a estas instituciones.

Estimamos que, si bien la pandemia ha conllevado múltiples perjuicios, ha supuesto también un desafío sin precedentes al acelerar los tiempos previstos para una *tecnologización* del arbitraje. En tales circunstancias, si el objetivo de los actores del mundo arbitral es situar a esta práctica como el método predilecto de resolución de disputas, entendemos se debe acudir a soluciones creativas que sean capaces de potenciar aún más los múltiples aspectos positivos propios del arbitraje en un contexto adverso para todas las formas de administración de justicia.

Arbitraje internacional: una herramienta para resolver controversias ambientales

Andrea Cointa Lamas Bernal*, Antonio Ochoa Quintana† & Luisa Renata Del Carmen Duarte‡

Resumen- El creciente interés en contrarrestar el impacto ambiental del hombre ha generado una cultura de protección al medio ambiente que ha incidido en el sector de las inversiones. La falta de consenso en la adopción de medidas ecológicas ha traído como consecuencia una serie de disputas complejas que también involucran a la materia ambiental. Para ello se requiere de un mecanismo idóneo que garantice una resolución expedita y especializada, características que son propias del arbitraje internacional. En este artículo se presentará el arbitraje como una herramienta para resolver cuestiones ambientales en el contexto de disputas en materia de inversión. Se explicará la manera en la que el procedimiento arbitral puede utilizarse como una solución apropiada para dirimir este tipo de conflictos.

Abstract- The increasing interest in battling the environmental impact of human activity has created a culture of environmental protection, which has had an impact on the investment sector. The lack of consensus in the adoption of ecological measures has brought a series of complex disputes involving environmental issues. A suitable mechanism is required, in order to guarantee an expeditious and specialized resolution, these are distinctive characteristics of international arbitration. This article will introduce arbitration as a tool for solving environmental issues in the context of investment disputes. It will

* *Alumna* de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. Correo electrónico: aclamas14@gmail.com.

† *Alumnus* de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. Correo electrónico: antonio.ochoa@up.edu.mx.

‡ *Alumna* de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. Correo electrónico: delcarmenluisa@gmail.com.

explain how the arbitration procedure can be used as an appropriate solution to settle this type of conflicts.

I. INTRODUCCIÓN	263
II. MARCO JURÍDICO	265
A. REGLAS DE FONDO	265
B. REGLAS PROCEDIMENTALES	268
III. POSIBLES CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	269
A. PROBLEMÁTICA	269
B. ¿CÓMO ENTRAN EN JUEGO LOS DERECHOS CON CONTENIDO AMBIENTAL?	270
a. <i>Trato justo y equitativo</i>	273
b. <i>Estándar de protección y seguridad plena</i>	274
c. <i>Protección contra la expropiación y otras medidas discriminatorias</i> 274	
IV. RECONVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL 275	
A. CUESTIONES JURISDICCIONALES.....	276
a. <i>Disposición expresa en el acuerdo o tratado de inversión</i>	276
b. <i>Las reglas de arbitraje aplicables</i>	278
c. <i>Acuerdo expreso entre las partes</i>	280
B. ADMISIBILIDAD	280
C. PRECEDENTES EN MATERIA AMBIENTAL	281
a. <i>Burlington v. Ecuador</i>	281
b. <i>Perenco v. Ecuador</i>	281
V. CONCLUSIÓN.....	282

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el cuidado del medio ambiente ha incrementado con el paso del tiempo. Su importancia recae en la coexistencia necesaria entre el

ser humano y éste. Desde los años 70, los países se han ocupado en crear legislación y mecanismos que permitan alcanzar los fines a los que se han comprometido mediante tratados y acuerdos internacionales.

El medio ambiente se define como la totalidad de condiciones externas que afectan la vida, desarrollo y supervivencia de un organismo¹. En este sentido, la Real Academia Española (“RAE”) lo define como el “*conjunto de componentes físicos, químicos y biológicos externos con los que interactúan los seres vivos*”², los cuales se ven afectados por la actividad diaria del ser humano. A la suma del uso de recursos junto con la contaminación causada por cada persona, se le denomina huella ecológica³. Este impacto ha causado un cambio rápido y extensivo de los ecosistemas en los últimos cincuenta años, mayor a cualquier periodo de tiempo comparable⁴.

Aunado a ello, el fenómeno de la globalización ha demostrado que la contaminación y el cambio climático sobrepasan las fronteras⁵. Por ello, las naciones han acordado virar la estrategia de desarrollo hacia uno más sustentable. Este concepto se consagró en el Reporte de Brundtland de 1987, en el que se explica que la humanidad debe de lograr un desarrollo que procure

¹ OECD, “Environment”, *Glossary of Environment Statistics, Studies in Methods*, Series F, N°67, New York, 2005, 14/02/2021, disponible en <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=813>.

² Real Academia Española, “medioambiente”, 30/06/2021, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/medioambiente>.

³ ANTON, Donald K. - SHELTON, Dinah L., "Report of the U.N. High Commissioner on Human Rights and Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN. 4 / 2005 / 91 (Feb. 15, 2005)", Environmental Protection and Human Rights, Cambridge University Press, United Kingdom, 2011, p. 891, 17/10/2020, available through ProQuest eBook Central <http://ebookcentral.proquest.com/lib/updf-ebooks/detail.action?docID=691853>.

⁴ ANTON, Donald K. - SHELTON, Dinah L., "Report of the U.N. High Commissioner on Human Rights...", p. 4.

⁵ BROWN, Edith, *apud*. NANDA, Ved, - PRING, George, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century*, 2nd Revised Edition, Brill, 2012, p. 33, a través de ProQuest Ebook Central, 19/10/2020, disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/updf-ebooks/detail.ac>.

recursos para las presentes y futuras generaciones⁶. Sin embargo, dicho objetivo requerirá de una adecuada redistribución de recursos en cada uno de los países y en las áreas sociales y económicas existentes⁷.

No obstante, las políticas y acuerdos con contenido ambiental requieren de mecanismos para lograr su ejecutabilidad. En el presente trabajo se propone el arbitraje de inversión como una de las medidas adecuadas para promover la aplicabilidad de la regulación. Primero se abordará el marco jurídico aplicable, y se explicará el contexto normativo bajo el cual se debe de analizar un conflicto de inversión (II). Seguido, se analizarán los conflictos en los que el estado ha incumplido con sus obligaciones y por ende, ha afectado al inversionista (III); así como aquellos conflictos donde el inversionista ha causado un daño ambiental, y la posibilidad del estado de reconvenir en un arbitraje (IV).

II. MARCO JURÍDICO

Al presentarse cuestiones ambientales en el marco de una disputa de inversión, diversas regulaciones confluyen para poder llegar a una solución. Por una parte, existen acuerdos internacionales de inversión (“AII”) que regulan las relaciones entre el Estado y el inversionista. No obstante, dichos tratados, deberán someterse a los principios del medio ambiente a los que se compromete el estado en tratados internacionales. Por ello, esta primera sección se dedicará a explicar la naturaleza de dichos instrumentos y la regulación de las relaciones inversionista-estado.

A. Reglas de fondo

En materia de fondo, la ley aplicable son los AII, acuerdos diseñados con el propósito de proteger y promover la inversión extranjera (“IE”) en un país, mediante la inclusión de mecanismos de defensa en caso de cualquier disputa

⁶ UNITED NATIONS, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, párr. 27, 15/02/2021 disponible en <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.

⁷ DOGARU, Lucretia, “The importance of Environmental Protection and Sustainable Development”, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Issue 93, 2013, p. 1344, 19/10/2020, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2013.10.041>.

que pueda originarse derivado de la relación entre el estado y el inversionista⁸. Los principios a los cuales se suele hacer referencia en las disputas son el trato justo y equitativo con relación a la protección y seguridad plena, así como la expropiación directa e indirecta.

Por lo que respecta a la primera, existe una disputa doctrinal para definir el trato justo y equitativo, ya que existen diferentes teorías para definirlo⁹. Por ejemplo, algunas acciones que constituyen violación al principio: no tener acceso a mecanismos judiciales, falta al principio de transparencia dentro de estos mecanismos, arbitrariedad manifiesta, conductas abusivas contra los inversionistas, o cualquier violación de otro elemento de trato justo¹⁰.

Los tribunales suelen interpretar a la par con el principio anterior, otro que se denomina de protección y seguridad plena. Este es “aplicable principalmente cuando la [IE] ha sido afectada por conflictos de carácter civil o violencia social. La obligación de vigilancia ha sido considerada como derivada del derecho internacional consuetudinario”¹¹.

Por último, otro de los principios que suelen ser invocados en las disputas de inversión, es la protección contra la expropiación. Es uno de los riesgos más grandes que se asumen al momento de hacer una inversión. Si el país receptor llegara a cambiar la ideología del gobierno, legislación o alguna crisis

⁸ SECRETARÍA DE ECONOMÍA, “International Investment Agreements”, *Trade and Investment*, 30/06/2021, disponible en: <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/trade-and-investment/foreign-trade/international-trade-negotiations/international-investment-agreements>.

⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, “Fair and Equitable Treatment”, *International Investment Agreements: Key Issues*, vol. I., p. 212, 30/06/2021 disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410_en.pdf.

¹⁰ Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea, Art. 8.10.2.

¹¹ DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal - GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica, *Trato Justo y equitativo en materia de inversión extranjera*, Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2007, p. 34, disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1.

económica¹², este podría modificar los términos bajo los cuales el inversionista pueda seguir teniendo sus activos en el país. Es por ello que, para que una expropiación pueda ser considerada legal, deben de cumplirse tres requisitos: que sea por interés público, no discriminatoria, y a cambio de una compensación¹³.

Sin embargo, en el presente trabajo se plantea la posibilidad de iniciar controversias de inversión con base en los principios medioambientales. Si bien es cierto, algunos AII incluyen dentro de sus textos la obligación de protección¹⁴. El problema recae en que la obligación se encuentra redactada de la manera más amplia posible. Esto se traduce en que, al momento de la ponderación entre los derechos de los inversionistas contra la protección del ambiente, siempre prevalecerán los primeros.

Es por ello que se necesita darle contenido a la obligación de “tender a un desarrollo más sustentable”, con los principios del derecho medioambiental. La importancia de estos principios es que han sido considerados la guía a la cual se debe someter el actuar de un estado¹⁵. Aquellos que han sido discutidos en disputas de inversión han sido: el que contamina paga, el principio de prevención, precaución y el de evaluación de impacto ambiental. El primero se refiere a la responsabilidad que contrae aquel que contamine de resarcir el daño¹⁶.

Por otra parte, el principio de prevención tiene como fin evitar el daño ambiental transfronterizo, reducir el impacto ambiental, y prevenir la contaminación desde

¹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, “Taking on property”, *International Investment Agreements: Key Issues*, vol. I., p. 236, 30/06/2021 disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/iteit200410_en.pdf.

¹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, “Taking on property”, p. 235.

¹⁴ E.g.: T-MEC, Canadá-Burkina Faso, UE-Georgia, UE-Moldavia, La Confederación Suiza- China, Austria-Nigeria; véase MARISI, Flavia, “Chapter 4: Treaty Mechanisms Addressing Environmental Concerns”, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 51, 2020, pp. 103-111.

¹⁵ MARISI, Flavia, “Chapter 3: Environmental Law Principles”, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 51, 2020, p. 34.

¹⁶ MARISI, Flavia, “Chapter 3: Environmental Law Principles”, p. 48; Principio 21 del Protocolo de Estocolmo.

el origen¹⁷. A diferencia de ese, el principio de precaución recae en la obligación de actuar siempre en pro de la naturaleza, aún cuando no exista suficiente claridad científica sobre los posibles efectos o daños ambientales de la acción que se va a tomar¹⁸. Por último, las evaluaciones de impacto ambiental son los instrumentos que usan las autoridades estatales para poder verificar y aceptar las actividades que pudieran llegar a tener un impacto ambiental¹⁹, el cual puede ser requerido a los inversionistas para poder iniciar el proyecto planeado.

B. Reglas procedimentales

Con lo que respecta a las normas de procedimiento, la institución más recurrida para resolver este tipo de controversias es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), dedicado a la resolución de conflictos en materia de inversión internacional. Los Estados han acordado que dicha institución sea el foro para solución de controversias de inversión-estado, contratos y legislación de dicha materia²⁰.

Mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”), los estados miembros se someten a la conciliación y arbitraje en materia de inversión de dicha institución. El Convenio se encuentra complementado por el Reglamento y las Reglas del CIADI, que incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero, así como las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, “The Preventive and Precautionary Principles”, *Workshop on EU Legislation, Principles of EU Environmental Law*, 2012, 30/06/2021, disponible en:

https://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/principles/9%20Preventive%20and%20Precautionary%20Principles_revised.pdf.

¹⁸ Consejo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. *Guidelines for Applying the Precautionary Principle to Biodiversity Conservation and Natural Resource Management. As approved by the 67th meeting of the IUCN Council 14-16 May 2007, 2007, 30/06/2021, disponible en:* https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/In250507_ppguidelines.pdf.

¹⁹ MARISI, Flavia, “Chapter 3: Environmental Law Principles”, p. 87.

²⁰ CIADI, “Acerca del CIADI”, disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca>.

Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje, así como las últimas enmiendas ²¹.

III. POSIBLES CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El arbitraje internacional se ha vuelto la solución alternativa más recurrida por los inversionistas, para proteger sus intereses frente a un estado receptor²². Con la creciente importancia del cuidado al medio ambiente y el desarrollo sustentable, no resulta extraño que las controversias ambientales en el marco del arbitraje de inversión vayan en aumento. La flexibilidad y la internacionalidad inherentes al arbitraje, lo convierten en un método de solución de controversias adecuado para resolver disputas relacionadas con el medio ambiente y sustentabilidad en el marco de una inversión²³.

A. Problemática

Si bien existen más de 3,000 AII, no todos ofrecen una solución eficaz para resolver disputas con carácter ambiental²⁴. Este tipo de conflictos, conocidos como controversias ambientales mixtas, pueden surgir a partir de Tratados Multilaterales de Inversión (“TMI”) y Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”), así como Tratados de Libre Comercio (“TLC”)²⁵.

²¹ Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, Introducción.

²² GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en aumento”, *Newsletter News*, 22/11/2019, disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/arbitraje-de-inversion-y-desarrollo-sostenible-los-conflictos-en-torno-al-medio-ambiente-van.

²³ FIELD, Susan – LAUFER, Helin “Climate Change, the Environment and Commercial Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 09/03/2020, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/09/climate-change-the-environment-and-commercial-arbitration/>.

²⁴ BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog* 24/07/2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/human-rights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>.

²⁵ Permanent Court of Arbitration, *Solución de Controversias Ambientales*, disponible en <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/>.

Como se mencionó anteriormente, la falta de mecanismos adecuados para tratar reclamaciones y reconveniones en materia ambiental en el marco de una inversión es una deficiencia palpable. Por ello, se requiere de una serie de elementos para establecer “*un sistema de arbitrabilidad*” idóneo que permita la reparación de daños, derivados de disputas ambientales²⁶.

Los tribunales arbitrales suelen ser reacios a abrir la puerta a los arbitrajes que versan sobre disputas con contenido ambiental, ya sea forma directa o indirecta. Los tribunales no siempre abordan controversias ambientales mixtas debido a retos de distinta índole, como pueden ser los de carácter jurisdiccional, la falta de consenso en la legislación aplicable, el contenido de los derechos protegidos, la posible responsabilidad de los inversionistas, la participación de terceros en el procedimiento, por mencionar algunos²⁷.

B. ¿Cómo entran en juego los derechos con contenido ambiental?

Las referencias a la protección ambiental y desarrollo sustentable se encuentran cada vez más presentes en los tratados de inversión. Esto se realiza de diversas maneras. En primer lugar, estableciendo el cuidado al medio ambiente de forma general como un objetivo en el preámbulo junto con otras disposiciones relacionadas con la promoción y protección a la inversión. También se puede lograr a manera de excepción o lenguaje derogatorio, como parte del poder regulador del estado, o incluso mediante la incorporación de obligaciones medioambientales en la responsabilidad social de las empresas²⁸.

Respecto a la inclusión del cuidado al medio ambiente como un objetivo en el preámbulo, esto se establece junto con otras disposiciones relacionadas a la

²⁶ DE LUIS GARCÍA, ELENA, “Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos”, *THEMIS-Revista de Derecho* N° 77, 2020, pp. 505-515, p. 505.

²⁷ BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

²⁸ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang?”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, Colombia, Vol. 10, 2017, p. 7, disponible en <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4295/429552542012/429552542012.pdf>.

promoción y protección de la inversión²⁹. En cuanto a las referencias a manera de excepción o lenguaje derogatorio, las disposiciones de los tratados de inversión pueden reconocer que la promoción de la inversión no da lugar a la laxitud de normas ambientales³⁰. De esta manera se establece un marco legal en el que el estado pueda tener un espacio para ejercer su poder regulatorio sin comprometer el propósito del tratado. Finalmente, mediante la inclusión de estándares, directrices y obligaciones para el inversionista las cuales tienen un rol complementario al derecho internacional privado para promover dichos valores³¹.

Para que un tribunal arbitral pueda discutir temas de derecho ambiental, debe tener jurisdicción para conocer el contenido de dichos derechos, y la ley aplicable a la sustancia debe cubrir estas materias³².

Demandas de este tipo se pueden presentar por una variedad de supuestos, entre ellas las presentadas por inversionistas contra estados receptores como consecuencia de haber perdido su inversión o la reducción de su valor, la cancelación de proyectos debido a denegación o retraso de licencias y/o permisos, incluyendo los ambientales. También lo relativo a reformas legislativas como fue el reciente caso en México³³, cambios en políticas

²⁹ Algunos ejemplos incluyen el Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ruanda sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Popular de China para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y el Acuerdo de cooperación y facilitación de la inversión entre el Gobierno de la República Federativa de Brasil y el Gobierno de la República de Mozambique.

³⁰ Algunos ejemplos incluyen el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y Acuerdo entre la Unión Económica Belga-Luxemburguesa y el Gobierno de la República de Mozambique sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

³¹ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 22.

³² BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

³³ Ver DEL CARMEN DUARTE, Luisa Renata – LAMAS BERNAL, Andrea Cointa, “Economic and Environmental Considerations in light of Mexico’s reform to the Electric Power Industry Law, *American Bar Association*, Nº 59, 2021, pp. 7-9.

públicas, cancelaciones de proyectos relacionados con derechos humanos o protección de comunidades locales o indígenas³⁴.

Respecto a la cuestión de jurisdicción, existe una variedad de disposiciones para la resolución de conflictos en los AII, algunos ofreciendo una protección más amplia que otros. Mientras más amplia sea la cláusula compromisoria, resultará más viable para el actor entablar una demanda con contenido ambiental³⁵. Por ejemplo, en el caso *Biloune v. Ghana*, cuya cláusula arbitral proveía que “*cualquier controversia entre el inversionista extranjero y el Gobierno con respecto a una empresa aprobada*”, el tribunal resolvió que carecía de jurisdicción para conocer de las reclamaciones por la detención arbitraria del inversionista sirio por parte de las fuerzas del Estado, ya que las palabras “*con respecto a*” suponían una limitación a disputas comerciales en virtud del contrato³⁶.

En segundo lugar y después de haber superado el tema de jurisdicción, el actor con pretensiones con contenido ambiental debe identificar una norma sustantiva, estándar de protección violado o algún tipo de obligación dentro del ámbito de la ley aplicable a la controversia³⁷.

Esto ocurre cuando el inversionista invoca una violación a sus derechos y pueden surgir por violaciones del Estado a (a) garantizar un trato justo y equitativo, (b) búsqueda de protección y seguridad plena y (c) protección a la nacionalización u expropiación y otras medidas discriminatorias³⁸. Por otro lado, se pueden dar demandas reconventionales de los estados contra

³⁴ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

³⁵ BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

³⁶ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, 95 ILR 184, 202, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 27 de octubre de 1989, disponible en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3004/CLA-056_Eng.pdf; BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

³⁷ BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

³⁸ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”; BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9.

inversionistas por incumplir con obligaciones ambientales como se abordará la siguiente sección³⁹.

Cabe señalar que el arbitraje de inversión, los tribunales usualmente tienen una amplia discreción para determinar la ley aplicable. Por ejemplo, el artículo 42(1) del Convenio CIADI señala que “*A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”⁴⁰. Por otra parte, los TBIs también contienen una lista de fuentes de derecho aplicables, incluyendo el mismo tratado, la legislación doméstica del Estado anfitrión y principios del derecho internacional⁴¹.

a. Trato justo y equitativo

Primero, respecto al incumplimiento a la obligación de garantizar un trato justo y equitativo, los precedentes han señalado que el estado debe de actuar con coherencia, sin ambigüedades y con transparencia, para que el inversionista pueda conocer la normatividad aplicable antes de invertir⁴². La aplicación de dicho estándar depende de una evaluación del caso concreto⁴³ y en todo caso, el inversionista será responsable de acreditarlo⁴⁴.

En dichos supuestos, los inversionistas podrán demostrar que el estado receptor no cumplió con la obligación de impedir la frustración de sus expectativas legítimas y razonables⁴⁵. Esto puede suponer la falta de transparencia sobre las consecuencias ambientales de la inversión. Para demostrar si las expectativas

³⁹ Ver título IV.

⁴⁰ Convenio CIADI, Art. 42(1); BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”.

⁴¹ BALTAG, Crina (ed.), “Human Rights and Environmental Disputes...”. No obstante, existe debate sobre si las normas en materia Ambiental podrían considerarse como principios de Derecho Ambiental.

⁴² GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

⁴³ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI N°ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad, *Exhibit CLA-79*, 30 de Julio 2010, párr. 188.

⁴⁴ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

⁴⁵ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

del inversionista son justas, se deben analizar de forma objetiva, atendiendo a las circunstancias y tomando en cuenta los derechos del estado receptor⁴⁶.

b. Estándar de protección y seguridad plena

En segundo lugar, las violaciones de protección y seguridad plena pueden presentarse cuando los inversionistas alegan actuaciones u omisiones del estado, que puedan considerarse como obstrucción por la ausencia injustificada de cooperación y protección, por ejemplo, al no realizar sus mejores esfuerzos en la obtención de un permiso. No obstante, este tipo de pretensiones no siempre prosperan ya que se consideran obligaciones de medios, más que de resultados⁴⁷.

Lo anterior es un claro ejemplo del poder regulatorio que suele implicar consideraciones ambientales. En dichos supuestos, cabe señalar que las obligaciones del estado receptor parten de los términos aplicables al tratado de inversión y no a las expectativas que los inversionistas puedan tener⁴⁸.

c. Protección contra la expropiación y otras medidas discriminatorias

Por su parte, respecto a controversias sobre expropiación, nacionalización u otras medidas discriminatorias, la doctrina y jurisprudencia han considerado que cuando el estado receptor las aplica en aras a objetivos legítimos de interés social como la protección a la salud y seguridad, medio ambiente, restricciones de zonificación, nuevos regímenes fiscales, concesión o retiro de subsidios, por

⁴⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Caso CIADI N° ARB/03/15, 31 de octubre de 2011, párrs. 356 y 358.

⁴⁷ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

⁴⁸ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión sobre solicitud de anulación, 21 de marzo 2007, párr. 67

mencionar algunos ello no constituye expropiación⁴⁹. No obstante, la medida debe de ser razonable⁵⁰.

Una solución para erradicar la problemática relacionada con protección de derechos ambientales en los arbitrajes de diferencia inversionista-estado es cambiar el lenguaje de los acuerdos internacionales de inversión para abordar cuestiones ambientales, así como el desarrollo de un marco jurídico internacional vinculante a través del cual se pueda tener en cuenta la conducta empresarial que viole los derechos humanos o el derecho ambiental. Habrá que ver como el arbitraje de inversión continúa conciliando la necesidad de los inversionistas y de los Estados receptores, para adaptar proyectos a los objetivos de desarrollo sostenible en esta “*era verde*”⁵¹.

IV. RECONVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL

A pesar de que las demandas reconventionales o contrademandas entabladas por un Estado en el contexto de un arbitraje de inversión son muy poco comunes, en estos últimos han sido aumentado⁵², aunque al día de hoy han sido solo dos los casos en los que el tribunal arbitral las han concedido⁵³. Principalmente, el reto al que se enfrentan las demandas reconventionales en el arbitraje de inversión son cuestiones jurisdiccionales y de admisibilidad. Una

⁴⁹ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9; *Marvin Feldman v. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 103.

⁵⁰ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration...”, p. 9.

⁵¹ GARRIGUES COMUNICA, “Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible...”.

⁵² ANTANASOVA, Dafina - MARTÍNEZ, Adrián - OSTŘANSKÝ, Josef, “The Legal Framework for Counterclaims” en *Investment Treaty Arbitration*, Vol. 31, Issue 3, Journal of International Arbitration, 2014, pp. 357-391.

⁵³ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI N° ARB/08/6, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)).

vez abordadas estas cuestiones se profundizará acerca de los dos importantes casos en los que fueron concedidos daños al estado vía reconvencción.

A. Cuestiones jurisdiccionales

Existen tres supuestos en los que un tribunal arbitral puede determinar su jurisdicción en una reconvencción planteada por un Estado en un arbitraje de inversión: (a) cuando el acuerdo o tratado de inversión aplicable permite u otorga expresamente al Estado el derecho a presentar un reclamo contra el inversionista, (b) cuando las reglas de arbitraje aplicables permiten expresamente las reconvencciones y (c) por acuerdo entre las partes⁵⁴.

a. Disposición expresa en el acuerdo o tratado de inversión

Tratándose de inversiones transfronterizas, sin duda el instrumento más importante es el AII, ya que éste delimita los términos de la inversión y las disputas que pueden ser sometidas al arbitraje. Teniendo en cuenta que la naturaleza del arbitraje es esencialmente consensual, la jurisdicción del tribunal arbitral dependerá del consentimiento de las partes, pero también de la materia de acuerdo con los límites establecidos en el AII.

En el contexto de un AII, el estado realiza una oferta de arbitraje, la cual es aceptada por el inversionista nacional del otro estado al momento de iniciar su reclamación. Hecho lo anterior, la posibilidad de plantear una contrademanda dependerá de la redacción del AII, ya sea un TBI o un TMI. Al respecto, se hacen dos anotaciones.

Por un lado, la posibilidad de entablar una reconvencción existe mientras que el lenguaje del AII lo permita, es decir que mientras la redacción de tratado sea lo suficientemente amplia o no excluya expresamente la posibilidad de entablar una reconvencción, no debería existir impedimento alguno. Por otro lado, esta posibilidad también existe cuando hay una disposición expresa en en el AII que lo permita.

⁵⁴ MARSI, Flavia. “Chapter 7: Environmental Counterclaims”, en *Environmental Interests in Investment Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volumen 51, Kluwer Law International, 2020, pp. 237 - 254.

Para ejemplificar estos supuestos se exponen los siguientes AII: el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España (“TBI Argentina-España”), Tratado relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y Uruguay (“TBI EE.UU-Uruguay”) y el Acuerdo de Inversión para el Mercado Común Oriente y África del Sur (“COMESA”).

El Art. IX.1 y 2 del TBI Argentina-España establece que:

1. — Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos.
2. — Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones será sometido, a petición de cualquiera de las dos partes, a un Tribunal de Arbitraje.

Siendo que el lenguaje del TBI es amplio e incluso refiere en el segundo párrafo que la solución vía arbitraje puede ser a petición de cualquiera de las partes, cabría la posibilidad de entablar una reclamación por parte del Estado vía reconvencción.

Diferente sería si se excluyen expresamente las reconvencciones, como es el caso del TBI EE.UU-Uruguay, que en su Art. 28(7) señala lo siguiente:

El demandado no declarará como defensa, reconvencción o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, en virtud de un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los presuntos daños.

En el caso de la redacción de este TBI, al ser excluyente se advierte que el Estado no estaría posibilitado a entablar una contrademanda por así estar expresamente pactado⁵⁵.

⁵⁵ Aunque existe cierta controversia respecto del alcance de esta disposición, ya que se refiere a seguros o contratos de garantía específicamente. Véase HAMIDA, Walid B.

Por último, existen otros AII como el COMESA que permite expresamente reconvenir. Tal y como se ve reflejado en su Art. 28(9):

Un Estado miembro contra el que un inversionista COMESA presente una reclamación bajo este Artículo puede hacer valer como defensa, contrademanda, derecho de conjunto u otra reclamación similar, que el inversionista de COMESA que presenta la reclamación no ha cumplió con sus obligaciones en virtud de este Acuerdo, incluidas las obligaciones de cumplir con todas las medidas nacionales aplicables o que no ha tomado todas las medidas razonables para mitigar posibles daños.⁵⁶

De la lectura del citado precepto se desprende que a través del AII se puede acordar expresamente que el Estado puede reconvenir, lo que daría lugar a disipar por completo la duda acerca de su procedencia.

b. Las reglas de arbitraje aplicables

Las reglas de arbitraje aplicables juegan un papel importante al momento de determinar la jurisdicción del tribunal sobre una reconvencción planteada por el Estado. Algunas de las más relevantes son el Convenio y Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”) y las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”).

Por ejemplo, el Art. 46 del Convenio CIADI establece que:

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

L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu: Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé?, International Law, Forum du droit international, 2005, pp. 261-269.

⁵⁶ Traducción libre.

A su vez, el Art. 40(1) de las Reglas CIADI señala que:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvencción que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

De forma muy similar, el Art. 47(1) del Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI establece que:

Salvo que las partes acuerden otra cosa, cualquiera de ellas podrá presentar una reclamación incidental o adicional o una reconvencción, siempre que tal reclamación subsidiaria esté comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes.

Por su parte, el Reglamento de la CNUDMI, respecto de demandas reconventionales en su Art. 4(2)(e) señala lo siguiente:

2. La respuesta a la notificación del arbitraje podrá contener asimismo: [...] e) Una breve descripción de toda reconvencción a la demanda que se vaya a presentar o de toda pretensión que se vaya a hacer valer a efectos de compensación, indicándose también, cuando proceda, las sumas reclamadas y la materia u objeto que se demandan; [...]

El contenido de todas estas disposiciones confirma la posibilidad que tiene un estado receptor para entablar una demanda reconvenccional, sujeto a la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la reclamación principal y bajo el alcance de la cláusula compromisoria del AII. Respecto de la jurisdicción, especialmente cuando se trate de un arbitraje CIADI tendrán que tomarse en cuenta los elementos establecidos en el Art. 25(1) del Convenio CIADI, principalmente al momento de acreditar la relación directa de la demanda reconvenccional con la inversión en disputa⁵⁷.

⁵⁷ Artículo 25(1): “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado

c. Acuerdo expreso entre las partes

Otra forma en la que un Estado puede plantear una demanda reconvenicional es mediante un acuerdo expreso entre las partes, es decir, entre inversionista y Estado. Esto ocurrió en el caso *Burlington c. Ecuador*, en la que Burlington aceptó la reconvenición planteada por Ecuador bajo un acuerdo por separado. Se abordará más a detalle este caso en los siguientes apartados.

B. Admisibilidad

La admisibilidad de la contrademanda se ve condicionada principalmente por su relación con la reclamación principal. Esto se ve confirmado, por ejemplo, en los pronunciamientos del tribunal arbitral en los casos *Metal-Tech v. Uzbekistán* y *Oxus v. Uzbekistán* en los que se ha dicho que la conexión entre demandas reconvenicionales y reclamaciones principales es cuestión de admisibilidad, y que dicha conexión es suficiente para acreditarla⁵⁸.

Siendo esta una cuestión de admisibilidad, la doctrina ha debatido si esta relación o conexión de trata de un tema fáctico o legal⁵⁹. Por un lado, en los casos de *Saluka v. República Checa* y *Paushok v. Mongolia*, se determinó que la reconvenición del Estado deber compartir la misma base legal con la reclamación principal⁶⁰. Por otro lado, existen casos como *Inmaris v. Ucrania* y *Goetz v. Burundi* en los que se sostuvo que las demandas reconvenicionales

Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado [...]”.

⁵⁸ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI N°ARB/10/3, Award, 4 de octubre de 2013, párr. 407. *OxusGold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 17 de diciembre de 2015, párr. 940.

⁵⁹ DUDAS, Stefan - BALTAG Crina “Chapter 14: Treaty Counterclaims under the ICSID Convention” en *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, pp. 390-391.

⁶⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, párr. 79; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL párr. 694.

del Estado eran admisibles debido a que se referían a los mismos aspectos fácticos que la demanda principal⁶¹.

La crítica que hace la doctrina respecto de este punto es que la conexión legal es innecesariamente estricta y que debe optarse por una conexión fáctica más que una legal⁶².

C. Precedentes en materia ambiental

Como se ha referido anteriormente, solo existen dos casos en los que se han concedido daños al Estado vía reconvencción por reclamos en materia ambiental. Esos casos son *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*.

a. *Burlington v. Ecuador*

En este caso desarrollado bajo el marco del CIADI, Ecuador reclamó a Burlington vía reconvencción, violaciones a la ley ambiental nacional y que este debía remediar los suelos contaminados o como alternativa restablecer el ecosistema, reclamando daños por un valor de 2.6 billones de dólares (“USD”). Después de un extenso análisis del significado legal de “daño ambiental” bajo la ley ecuatoriana falló a favor de Ecuador en el tema de la reconvencción, ordenando a Burlington a pagar más de USD 41.7 millones a Ecuador⁶³.

b. *Perenco v. Ecuador*

En este otro caso, que se llevó a cabo en paralelo con el de *Burlington*, el tribunal confirmó la reconvencción de Ecuador, ordenando a Burlington a pagar

⁶¹ *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, Caso CIADI N°ARB/95/3; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, Caso CIADI N°ARB/08/8, Award, 1de marzo de 2012, párr. 432.

⁶² VEENSTRA-KJOS, Hege, E, “Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of Transnational Dispute Management*, 2007, pp. 43-47.

⁶³ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI N°ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*).

USD 54 millones a Ecuador por la restauración del medio ambiente y la infraestructura en los dos bloques petroleros involucrados en la disputa⁶⁴.

V. CONCLUSIÓN

La protección del medio ambiente es un tema que le concierne a todos. Por ello, se ha intentado desarrollar mecanismos que permitan ejecutar las disposiciones que se han creado con ese fin. En materia de inversión, los AII se han hecho a la tarea de regular la materia ambiental a través de preámbulos y obligaciones generales. Esto ha causado que cuando los derechos de los inversionistas se contrapongan a la protección ambiental, los primeros sean los que prevalezcan por la falta de contenido de los segundos. Por lo que se propone que se utilicen los principios de derecho ambiental, para constituir obligaciones tanto a los estados como a los inversionistas al momento de desarrollar proyectos y establecer las medidas a las que se van a someter los mismos.

Como se señaló, existen diversas formas de introducir derechos con contenido ambiental en el marco de un arbitraje de inversión como: la inclusión en preámbulos y en objetivos generales, a manera de excepción y con la incorporación de obligaciones medioambientales por parte de las empresas. Lo anterior, siempre y cuando se cumpla con las cuestiones de jurisdicción y legislación aplicable. Este tipo de demandas se pueden presentar por supuestos que atenten contra los principios de la inversión extranjera como violación al trato justo y equitativo, protección y seguridad plena y la no expropiación.

Acercas de las demandas reconventionales, estas fungen como un instrumento de importancia para defender los intereses del estado receptor de la inversión, incluyendo por supuesto, intereses ambientales. No obstante, nuevamente, deberán tomarse en cuenta aquellas consideraciones relevantes para asegurar la jurisdicción del tribunal arbitral acerca del reclamo reconvenional. Para esto, deberá ponerse especial atención a la normativa aplicable, incluyendo el AII y reglas de arbitraje aplicables. Es importante tomar en cuenta que cualquier término del AII que limite esta posibilidad pondrá en riesgo el éxito de la contrademanda. A pesar de esto, los precedentes que existen resultan

⁶⁴ *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador*, Caso CIADI N°ARB/08/6, Decision on Perenco's Application for Dismissal of Ecuador's Counterclaims.

alentadores para un desarrollo eventual y satisfactorio en el sistema de resolución de disputas inversionista-estado.

Apuntes para el estudio y comprensión de los mecanismos de protección del convenio arbitral regulados en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje Peruana.

Luis Alonso Cáceres López*

Resumen- El Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje Peruana, ha regulado en sus artículos 16 y 41 los llamados mecanismos de protección del convenio arbitral, siendo estos el principio *kompetenz-kompetenz*, el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral y la excepción de convenio arbitral. Es muy común que en la estructura de los cursos sobre arbitraje que se dictan en las diversas facultades de derecho se prevea una sesión donde se traten a estos mecanismos. No obstante, es muy poca la doctrina y comentarios que se han elaborado al respecto. Es por ello que este artículo pretende explicar cada una de estas instituciones del arbitraje, desarrollando su regulación en la ley y en los reglamentos arbitrales de las principales instituciones arbitrales del país, legislación extranjera, su aplicación práctica, las decisiones jurisdiccionales que se hayan tomado al respecto y algunos comentarios discrepantes sobre la doctrina peruana que los haya desarrollado.

Abstract- Legislative Decree No. 1071, Peruvian Arbitration Law, has regulated in its articles 16 and 41 the so-called protection mechanisms of the arbitration agreement, these being the exception of arbitration agreement, the *kompetenz-*

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, Lima, Perú. Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Asistente de Cátedra del curso Arbitraje dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Miembro del grupo de investigación de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

kompetenz principle and the principle of separability or autonomy of the arbitration agreement. It is common that in the structure of the courses on arbitration that are dictated in the diverse faculties of law a session where these mechanisms are treated. However, doctrine and comments on this subject are scarce. For this reason, this article aims at explaining each of these arbitration institutions, developing their regulation in the law and in the arbitration regulations of the main arbitration institutions of Perú, foreign legislation, their practical application, the jurisdictional decisions that have been taken in this regard and explain some dissenting comments on the Peruvian doctrine that has developed them.

I. INTRODUCCIÓN	285
II. EL PRINCIPIO <i>KOMPETENZ</i> – <i>KOMPETENZ</i>.....	287
A. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.....	287
B. CONCEPTO, EFECTOS, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO.....	288
C. ¿QUÉ CARÁCTER TIENE UNA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS SOBRE COMPETENCIA?.....	292
III. EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD O AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	294
A. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.....	294
B. CONCEPTO, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO.....	295
IV. LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL	298
A. FUNDAMENTOS PREVIOS	298
B. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.....	298
C. CONCEPTO, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO.....	299
V. CONCLUSIÓN.....	303

I. INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe que el arbitraje en el Perú en los últimos 10 años ha experimentado un crecimiento abismal. En gran medida, dicho crecimiento

se debe a las bondades que nos ofrece este sistema alternativo de solución de controversias, tales como la celeridad, la especialidad de los árbitros, la confidencialidad, entre otros.

Sin embargo, el arbitraje posee una característica esencial sin la cual no es posible siquiera que este se inicie. Esta característica es el acuerdo por el cual las partes acuerdan que los conflictos que entre ellas surjan respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza que las convoque, se solucionen en la vía arbitral. Dicho pacto lleva el nombre de convenio arbitral, cláusula arbitral, compromiso de arbitraje, contrato de arbitraje, etc.

Ahora bien, en muchos casos la parte que no desea acudir al arbitraje intenta “*tinterillar*” o impedir el correcto desarrollo del proceso acudiendo, por ejemplo, al Poder Judicial a someter ante este órgano del Estado la solución de una controversia derivada de un contrato que contiene un pacto arbitral. En ese orden de ideas, deben existir ciertas herramientas, mecanismos o principios por los cuales el arbitraje y el convenio arbitral alcancen su máxima eficacia tanto en sede arbitral como judicial, impidiendo que la parte renuente al arbitraje obstaculice el proceso y este no cumpla el fin por el cual se ha pactado.

En las próximas líneas, desarrollaré los llamados mecanismos de protección del convenio arbitral siendo estos el principio *kompetenz – kompetenz*, el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral y la excepción de convenio arbitral o de arbitraje. Quiero enfatizar que estas reflexiones constituyen opiniones propias formadas a través de la práctica en el arbitraje que he venido desempeñando en los últimos años.

Cabe señalar que el presente artículo académico surge de la carencia de un trabajo que reúna todas estas instituciones en un solo texto, lo cual tiene por objeto brindar a un estudiante las nociones necesarias sobre estas. Asimismo, no pretendo dar al lector una visión histórica, sino más bien ideas básicas, prácticas y útiles de su aplicación.

II. EL PRINCIPIO *KOMPETENZ – KOMPETENZ*

A. *Tratamiento legislativo*

El principio *kompetenz – kompetenz* ha sido recogido de manera expresa en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje Peruana¹ (“Ley de Arbitraje”) que en su artículo 41(1) prescribe lo siguiente:

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

A su vez, la Ley Modelo CNUDMI² para Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo”), recoge este principio en su artículo 16(1), que indica lo siguiente:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje...

Asimismo, los reglamentos arbitrales de las principales institucionales arbitrales del Perú, han regulado esta figura. Por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el artículo 27(1) de su reglamento vigente³, establece lo siguiente:

El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre cualquier excepción relativa a la existencia,

¹ Puede acceder al texto de esta norma a través de este link: [Decreto Legislativo N° 1071 | Gobierno del Perú \(www.gob.pe\)](http://www.gob.pe/1071).

² Puede acceder a este texto a través de este link: [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](http://www.un.org/esa/secretariat/commission).

³ Puede acceder a este texto a través de este link: [reglamento y estatuto de arbitraje.pdf \(camaralima.org.pe\)](http://www.camaralima.org.pe).

la validez, la eficacia o el alcance del convenio arbitral o sobre cualquier otra circunstancia que le impida conocer el fondo de la controversia.

B. Concepto, efectos, aplicación y fundamento

El principio *kompetenz – kompetenz* permite a los árbitros ser los únicos competentes para decidir acerca de su propia competencia para resolver la controversia sometida a su conocimiento. Reitero, los árbitros son los únicos que pueden resolver cualquier tipo de cuestionamiento a su competencia.

La doctrina nacional también se ha pronunciado sobre la importancia de este principio. Entre los autores más importantes, encontramos la opinión del doctor Cantuarias Salaverry quien señala lo siguiente:

Este principio tiene por finalidad evitar que se intente paralizar el desarrollo del arbitraje, simplemente recurriendo al Poder Judicial para que se pronuncie de forma previa acerca de la validez del convenio arbitral o sobre la procedencia de las pretensiones que las partes desean someter a conocimiento de los árbitros.

El principal efecto de esta disposición es que, salvo supuestos excepcionales, serán los árbitros los competentes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del propio convenio arbitral, así como acerca de si la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable, correspondiendo al Poder Judicial la última palabra recién en la etapa de anulación del laudo arbitral.⁴

De otro lado, es común encontrar en diversos trabajos doctrinarios, que el principio *kompetenz – kompetenz* implica dos efectos. En primer lugar, el llamado efecto positivo que consiste en que corresponde a los árbitros ser los únicos competentes para pronunciarse sobre su competencia, otorgándoles una competencia primaria para ello. En segundo lugar, el efecto negativo que señala que el Poder Judicial o los jueces deben limitarse a respetar que sean los árbitros los primeros en decidir cualquier tipo de cuestión relativa a su competencia, correspondiéndoles luego el papel revisor de la decisión que adopten aquellos sobre su competencia de manera posterior mediante el recurso

⁴ CANTUARIAS, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, p. 121.

de anulación de laudo. A esto también se le conoce como la regla de temporalidad de competencia que desarrollaré líneas abajo.

En el artículo 41(1) de la Ley de Arbitraje, se puede establecer la siguiente clasificación sobre los aspectos que abarca el principio bajo comentario:

- (i) Competencia de los árbitros para decidir sobre excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral.
- (ii) Competencia de los árbitros para decidir sobre excepciones u objeciones de las partes por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida (Competencia por materia o de pacto).
- (iii) Competencia de los árbitros para decidir sobre cualquier otra objeción o excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, entendiéndose comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

En cuanto al punto (i), podemos señalar que los árbitros serán competentes para decidir sobre cualquier tipo de cuestionamiento al convenio arbitral, siendo en su mayoría a la eficacia y existencia de este. En este caso, podríamos señalar como ejemplo, que la parte demandada alegue que el convenio arbitral adolece de un vicio de voluntad como el error o el dolo. En tal situación, lo común sería que un juez primero determine si dicho convenio arbitral es válido o no y solo en caso sea válido, recién podría iniciarse el arbitraje o proseguir las actuaciones arbitrales. No obstante, ello iría en contra de la naturaleza y dinámica del arbitraje, al permitirse que la parte que cuestiona el convenio acuda primero al Poder Judicial a que se determine la validez del acto. Por ello, sabiamente el principio *kompetenz – kompetenz* permite a los árbitros ser los únicos competentes para resolver cualquier tipo de cuestionamiento referido a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral.

En lo que respecta al punto (ii), opino que en este caso la excepción que formule la parte sería una de inexistencia de convenio arbitral para iniciar el arbitraje u otra donde se cuestione que la materia que se desea someter a arbitraje no está pactada en el convenio arbitral. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 13

de la Ley de Arbitraje, las partes podrían acordar que solo ciertas controversias derivadas de la relación jurídica que las vincula puedan ser sometidas a arbitraje. Por ejemplo, las partes en un contrato de suministro de bombas eléctricas podrían acordar que solo las controversias derivadas de la interpretación de dicho contrato sean resueltas mediante arbitraje, no así las relativas a su celebración o ejecución del contrato.

Sobre el punto (iii), se deduce que el legislador ha querido otorgar las facultades más amplias a los árbitros para resolver acerca de su propia competencia al señalar “*cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*”. En efecto, hubiera sido perjudicial que el principio se limite a otorgar la facultad solo en los casos en los que se cuestione la validez del convenio arbitral o cuando la materia no haya sido pactada para ser resuelta mediante arbitraje, pues la práctica me ha demostrado que la parte renuente en acudir al arbitraje puede “*bombardear*” el proceso presentando cuestionamientos de todo tipo.

En esa misma línea, se ha pronunciado Santistevan de Noriega, quien ha indicado que el principio *kompetenz – kompetenz*, no se limita a facultar a los árbitros a decidir acerca de su propia competencia, sino también sobre cualquier cuestionamiento que tenga por objeto impedir las actuaciones arbitrales y la resolución final que vayan a tomar los árbitros en el laudo⁵.

A manera de ejemplo, puedo referirme en líneas generales a un caso que pude estudiar hace un tiempo atrás. Fue un arbitraje de jurisdicción que involucraba como demandante a un Consorcio integrado por dos personas jurídicas, y como demandando al Estado Peruano. La génesis del arbitraje era un contrato de obra suscrito entre las partes. El convenio arbitral pactado distinguía dos supuestos bajo los cuales debía iniciarse un arbitraje *ad hoc* o uno institucional bajo un criterio de nacionalidad del contratista. El demandante inició un arbitraje *ad hoc* reclamando mayores costos por impacto en la productividad de la obra o mayores costos por *disruption*. Esta parte se consideraba un contratista nacional, por lo que de acuerdo con el convenio arbitral que manejaba el arbitraje debía ser uno nacional, de derecho y *ad hoc*. El Estado contestó la solicitud de arbitraje formulando oposición al mismo, manifestando que el arbitraje no debía

⁵ SANTISTEBAN, Jorge, “La Inevitabilidad del Arbitraje ante la Nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N°7, Lima, 2008. p. 106.

ser uno *ad hoc*, sino un arbitraje internacional, institucional, administrado por un prestigioso centro de arbitraje extranjero y bajo su reglamento.

En realidad, este hecho causó suma preocupación en la parte demandante, pues el motivo por el cual el demandado formuló la oposición fue porque manejaba una versión de convenio arbitral distinta a la del demandante. El lector diría que es extraño, pero sí. Lo que había ocurrido es que, respecto de un mismo contrato, las partes firmaron dos versiones diferentes de cláusula arbitral, las cuales presentaban diferencias sustanciales para su aplicación y el tipo de arbitraje que debía iniciarse.

Es el hecho que, si bien el arbitraje inició por un reclamo de mayores costos por *disruption*, se convirtió en un arbitraje de jurisdicción donde las partes acordaron que el Tribunal Arbitral compuesto por tres grandes juristas peruanos debía determinar lo siguiente: (i) qué versión de convenio arbitral vinculaba a las partes; y, (ii) si a partir de dicha determinación, el Tribunal Arbitral que se había constituido era o no competente para conocer de la pretensión de fondo (reclamo de mayores costos por *disruption*).

Para la parte demandada, el Tribunal Arbitral no podría hacer uso del principio *kompetenz – kompetenz* pues según su entendimiento, este principio no los facultaría a determinar que convenio arbitral es aplicable cuando existan dos versiones de este y ambas están firmadas por las partes. Por su parte, el demandante alegó que el Tribunal Arbitral sí podría hacer uso del principio al encontrarnos en una controversia enmarcada dentro del llamado efecto positivo.

El Tribunal Arbitral emitió el laudo de jurisdicción declarándose competente para conocer de los dos puntos controvertidos señalados anteriormente, pues a criterio del Colegiado, el artículo 41(1) de la Ley de Arbitraje Peruana, otorga facultades suficientes a los árbitros para decidir acerca de cualquier cuestión que les impida conocer el fondo de la controversia, esto es que bajo cualquier escenario los árbitros pueden decidir acerca de su propia competencia. En este caso, el hecho de que existan dos versiones de convenio arbitral distintas respecto de un mismo contrato y que estas estuvieran firmadas por las partes, era una incidencia que a todas luces impedía que el Tribunal Arbitral decidiera sobre el fondo de la controversia sin que previamente se pronuncie sobre su propia competencia, máxime si el convenio arbitral que resultase aplicable

establecía ciertos requisitos de nacionalidad para el tipo de arbitraje que debía iniciarse.

Para concluir, debe tenerse presente que, si bien la norma nos habla de excepciones u objeciones, también deben tenerse por incluidas las oposiciones al arbitraje, cuestiones previas u cualquier otro, pues lo que debe deducirse de estas es el objetivo de impedir el desarrollo del arbitraje.

En la actualidad, el arbitraje en Perú está muy *procesalizado*, en el sentido que los abogados y algunos árbitros asimilan en muchos casos a este mecanismo de solución de disputas con el ritualismo del proceso civil tradicional, utilizando términos y normativa proveniente de códigos procesales y normativa procesal civil en general. Si bien este fenómeno está cambiando, esperemos que en los próximos años exista mayor cultura arbitral imitándose estándares internacionales y, sobre todo impulsando mejores prácticas en el arbitraje local, las cuales ya se vienen implementando por parte de los árbitros y de los centros arbitrales.

No corresponde al objeto de este trabajo emitir un comentario sobre las excepciones típicas señaladas en el artículo limitándome a indicar que tienen por objeto impedir la discusión sobre el fondo de la controversia.

C. ¿Qué carácter tiene una decisión de los árbitros sobre competencia?

La Ley de Arbitraje no ha establecido una lista taxativa de las decisiones que pueden tomar los árbitros durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, pueden destacarse las decisiones sobre reglas del proceso, los puntos controvertidos, admisión de pruebas, objeciones a las pruebas, decisiones cautelares, entre otras. Estas decisiones podrían ser cuestionadas por las partes mediante el recurso de reconsideración⁶. Existe, sin embargo, una decisión dentro del proceso arbitral distinta al laudo arbitral que es definitiva, esta es la decisión a la que lleguen los árbitros, la institución arbitral que administra el

⁶ Este recurso ha sido regulado en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje. Es un recurso impugnatorio impropio y sin efecto suspensivo, pues lo resuelven los propios árbitros y no un órgano superior a estos y su interposición no suspende los efectos de la decisión que se impugna.

arbitraje o la Cámara de Comercio correspondiente sobre la recusación de uno de los miembros del Tribunal Arbitral⁷.

En ese orden de ideas, podemos señalar que en el arbitraje existen decisiones impugnables y decisiones definitivas.

Normalmente, la decisión mediante la cual los árbitros resuelven un cuestionamiento a su competencia es a través de un laudo arbitral, pudiendo ser este parcial o final si junto a este también se resolverán las pretensiones planteadas por el demandante en su demanda o del demandado vía reconvencción. Ello no quiere decir que, si los árbitros lo estiman conveniente y las partes no presenten objeción alguna, dicha decisión pueda ser tomada mediante una resolución, orden procesal u orden arbitral simple.

En todos los casos, según el artículo 41 (4) y (5) de la Ley de Arbitraje, dicha decisión podrá ser cuestionada mediante el recurso de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial. En efecto, la facultad de que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia responde al respeto por el convenio arbitral acordado por las partes, siendo que la decisión de competencia siempre recaerá en primer lugar, en los árbitros y luego de finalizado el proceso arbitral, corresponderá al Poder Judicial revisar dicha decisión a través del único medio de revisión del Laudo Arbitral, el recurso de anulación.

Esta regla de tiempo sobre una decisión de competencia de los árbitros es compartida por la doctora Gonzales Arrocha, quien ha señalado lo siguiente:

...Es importante resaltar que la decisión arbitral en cuanto a su competencia no es final ya que las leyes aplicables del lugar donde se desarrolla el proceso arbitral generalmente prevén formas de revisión estatal a través de las Cortes Nacionales.⁸

⁷ Ley de Arbitraje, Artículo 29(7): “La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo”.

⁸ GONZÁLES, Katherine, “El Principio Kompetenz Kompetenz”, *ICC Bulletin*, 1995, p. 4.

En esa misma línea, también se ha pronunciado el profesor Guzmán – Barrón, quien indica lo siguiente:

El kompetenz-kompetenz establece una regla de tiempos: primero deciden sobre su competencia los propios árbitros, pero esta decisión no es definitiva, podrá ser revisada por los jueces vía anulación. Esto permite que el tribunal arbitral prosiga con el arbitraje hasta emitir el laudo.⁹

III. EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD O AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

A. *Tratamiento legislativo*

El principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral también se regula de manera expresa en la Ley de Arbitraje que, en su artículo 41(2) indica lo siguiente:

El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

También, la Ley Modelo, recoge este principio en su artículo 16(1), que indica lo siguiente:

...A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

⁹ GUZMÁN-BARRÓN, César, *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*, Colección Lo Esencial del Derecho N°16, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2017, p. 52.

Asimismo, el principio ha sido recogido, por ejemplo, por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana – AMCHAM, que en el artículo 31(2) de su Reglamento de Arbitraje¹⁰ que se estará vigente a partir del 1 de julio de 2021, ha establecido lo siguiente:

Para efectos de determinar su validez, el convenio arbitral se considera independiente al documento contractual que lo contenga. Si el tribunal arbitral admite la validez del convenio arbitral, conserva su competencia para determinar el derecho de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones, incluso en caso de inexistencia, nulidad o ineficacia del contrato que lo contiene.

B. Concepto, aplicación y fundamento

El principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral es aquel que nos dice que el convenio arbitral se considera un acuerdo independiente respecto del contrato que lo contiene, por lo tanto en caso el contrato principal adolezca de algún vicio, este no alcanzaría necesariamente al convenio arbitral, por lo tanto los árbitros también serían competentes para conocer de una controversia relativa a la inexistencia, nulidad, anulabilidad o invalidez del contrato principal que contiene el convenio arbitral.

La doctrina nacional se ha pronunciado sobre este principio y lo que implica, señalando lo siguiente:

Lo que ocurre aquí es que el convenio arbitral tiene vida propia, independientemente de la nulidad del propio contrato dentro del cual se encuentre inserto ese convenio o cláusula arbitral porque, en realidad, el propio proceso arbitral podría versar sobre una controversia relativa a la nulidad del propio contrato...

Es decir, se trata aquí de la separabilidad absoluta del convenio arbitral con respecto a las demás cláusulas del contrato en el cual se encuentra inserto...¹¹

¹⁰ Puede acceder a este reglamento a través de este link: [Reglamento-2021.pdf \(amcham.org.pe\)](https://www.amcham.org.pe/Reglamento-2021.pdf)

¹¹ CASTILLO, Mario - SABROSO, Rita - CHIPANA, Jhoel - CASTRO, Laura, *La Ley de Arbitraje, Análisis y Comentarios a Diez Años de su Vigencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, pp. 584-585.

Este principio cobra relevancia cuando la parte que no quiere acudir al arbitraje cuestiona que el contrato que contiene el convenio arbitral adolece de alguna causal de nulidad, anulabilidad, invalidez o inexistencia y, por lo tanto, no es posible llevar a cabo el proceso arbitral. Si aceptásemos tal afirmación, el arbitraje perdería total eficacia como mecanismo alternativo de resolución de controversias y las partes terminarían acudiendo a las manos de los jueces para que determinen primero la validez del contrato del que forma parte el convenio arbitral para que luego, de declararse que no existe vicio alguno, recién pueda iniciarse el arbitraje.

La doctrina internacional ha desarrollado de manera clara la razón de ser de este principio, en el sentido siguiente:

El principio de autonomía, también conocido como separabilidad o independencia, tiene origen en una doble razón de ser: una jurídica y una fáctica.

La razón jurídica tiene que ver con vencer el indeseable resultado, tanto jurídico como lógico, que acarrearía el que el contrato que incluye una cláusula arbitral estuviera viciado ya sea de invalidez o de inexistencia: la invalidez o inexistencia del acuerdo arbitral mismo...

La razón fáctica tiene que ver con la inconveniente situación que resultaría de la existencia de un vicio en el contrato: la imposibilidad de que se resolviera mediante arbitraje...¹²

A una persona no familiarizada con el arbitraje puede parecerle que este principio es una contravención a la teoría general de los contratos en cuanto a que no podría concebirse que una cláusula o acuerdo de estos es independiente de las demás. En efecto, aquí corresponde reflexionar que el arbitraje como tal no es un medio de solución de controversias relacionado a abogados y los conocimientos de derecho que ellos tengan.

El arbitraje tiene mucha utilidad para resolver problemas del comercio, donde sus operadores en la mayoría de casos no son hombres de derecho sino de negocio que esperan contar con un medio ágil de solución de disputas que vaya acorde con la dinámica del ciclo de sus transacciones comerciales. Es por ello que, en muchas ciudades y países, quienes impulsan al arbitraje son los gremios

¹² GONZÁLEZ, Francisco, *Arbitraje*, 3ª Ed., Editorial Porrúa. México, 2011, p. 227.

de comerciantes y empresarios, como las cámaras de comercio, colegios profesionales, entre otros.

Pues bien, corresponde hacer una interpretación de la norma peruana que regula el principio de separabilidad del convenio arbitral, esto es el artículo 41(2) de la Ley de Arbitraje:

En primer lugar, la norma señala que “*El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*”. Sobre ello, en estas dos primeras líneas del artículo encontramos al concepto del principio, que ya he comentado líneas arriba.

En según lugar, se precisa que:

La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste.

No obstante, esta parte del artículo no puede dejar de interpretarse conjuntamente con la siguiente que indica:

En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

Al respecto, corresponde indicar que la norma pretende hacer una salvedad, en el sentido que si bien puede decirse que el contrato que contiene el convenio arbitral contenga un vicio de validez u otro que le afecte, ello no necesariamente alcanza al convenio arbitral. Aquí, el legislador lo que busca es preservar la competencia de los árbitros para que se pronuncien sobre cualquier tipo de cuestionamiento sobre la validez del contrato principal.

Una característica muy importante de esta norma es que al igual que el principio *kompetenz-kompetenz*, se quiere otorgar a los árbitros facultades sumamente amplias en cuanto a vicios del convenio arbitral o el contrato principal se pueda alegar. En efecto, por ejemplo, la Ley Modelo no ha sido tan extensa en cuanto a este punto.

Los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia me relevan de mayor comentario en tanto corresponde acudir al Código Civil y a la jurisprudencia que se haya emitido al respecto, para entender en el caso concreto la aplicación de estas instituciones.

IV. LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

A. *Fundamentos previos*

En cualquier tipo de proceso, se admiten tanto las defensas de forma como las de fondo. Bajo las primeras, se cuestiona aspectos relacionados a defectos en la relación jurídica procesal, y en las segundas el petitorio de lo querido por el accionante en su demanda, petición u otro.

La defensa en un proceso no debe limitarse al aspecto de fondo. En efecto, es muy común ver que abogados pudieron haber ganado un caso no por haber desplegado una excelente defensa respecto de la materia que se discute, sino que el proceso pudo haber culminado con una decisión de competencia, ya sea por prescripción, falta de agotamiento de vía previa, entre otros. Sin embargo, recomiendo que la defensa de forma no debe agotar la de fondo, es decir que, sin perjuicio de deducir una excepción o cuestión previa, también deben rebatirse las pretensiones formuladas y de ser el caso, formular una reconvencción.

La excepción de convenio arbitral es una típica defensa de forma. Con ella se busca cuestionar la competencia del juez ordinario de conocer una controversia sometida por las partes al arbitraje. Más adelante, me referiré a este punto.

B. *Tratamiento legislativo*

La excepción de convenio arbitral ha sido regulada en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, el cual establece lo siguiente:

Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Por su lado, el Código Procesal Civil Peruano, aprobado a través del Decreto Legislativo N° 768, ha regulado en su artículo 446, lo siguiente:

Excepciones proponibles. -

Artículo 446.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

...13. Convenio Arbitral...

Al tratarse de una figura típica del derecho procesal, su regulación no ha sido recogida por reglamentos arbitrales.

C. Concepto, aplicación y fundamento

La excepción de convenio arbitral es aquella herramienta procesal prevista tanto en la Ley de Arbitraje, como por el Código Procesal Civil, a través de la cual se cuestiona el inicio de una acción ante la jurisdicción ordinaria respecto de una materia sometida a arbitraje por las partes.

Esta excepción es una defensa de forma que busca cuestionar la competencia del Poder Judicial para conocer de una controversia que debe ser discutida en sede arbitral. La competencia al ser aquel presupuesto procesal referido a la aptitud que tiene el juez de conocer determinada disputa, si se ha establecido de manera defectuosa en el proceso, su consecuencia será la ausencia de una relación jurídica procesal válida.

Sobre este punto, es importante señalar que autorizada doctrina nacional, ha indicado que la excepción de convenio arbitral no cuestiona la competencia del juez, sino el interés para obrar de quien interpuso la demanda judicial. En efecto, el doctor Adrián Simons, ha indicado lo siguiente:

...En este caso, me parece que el defecto procesal que se debería advertir al momento de su postulación es la ausencia de interés procesal (interés para obrar) o sea una condición de la acción, ya que ese estado de necesidad para obtener tutela jurídica frente a un derecho reclamado ha sido dirigido de manera errónea (juez en lugar de árbitro). Por ende, no considero que el impedimento procesal esté referido a la falta de competencia del juez o, como erróneamente se menciona, también, a la “falta de jurisdicción” ...¹³

Si bien la posición del doctor Simons es respetable, no la comparto. En mi opinión, lo que se busca con la excepción bajo análisis es cuestionar la capacidad del juez para conocer la controversia. En efecto, con la presentación de esta defensa, se busca que (i) el juez se declare incompetente; y, (ii) declare nulo todo lo actuado en el proceso judicial. Considero que la noción del interés para obrar está referida a un estado de necesidad de tutela del derecho lesionado que no ha podido ser satisfecho a través de otros medios de solución de controversias, y no queda más remedio que acudir al órgano jurisdiccional.

Habiendo hecho esta introducción previa, pasaré a interpretar cada una de las disposiciones del artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

En primer lugar, el artículo indica que:

¹³ SIMONS, Adrián, “Comentario al artículo 16 de la Ley de Arbitraje”, en SOTO, Carlos A. y BULLARD, Alfredo (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, t. I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pp. 264-265.

Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

Con este primer numeral, la norma ha regulado en líneas generales el concepto del mecanismo.

En segundo lugar, se establece que:

La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

Aquí dos comentarios muy breves. Primero, al ser una figura netamente procesal, su interposición debe darse en los plazos previstos para el tipo de proceso judicial en el que se esté, por ejemplo, si se tratase de un proceso de conocimiento, el plazo para interponerla será de diez días¹⁴, mientras que, en un proceso de ejecución, será de cinco días¹⁵.

Segundo, la norma sabiamente ha regulado qué medio probatorio es el idóneo para sustentar la excepción. En efecto, el numeral establece que, (i) se debe acreditar la existencia del convenio arbitral, y en este punto debería acompañarse los documentos suficientes que acrediten el mismo, que en la mayoría de casos será el contrato que vincula las partes donde en una de sus cláusulas se haya acordado al arbitraje como medio de solución de controversias; y, (ii) se deberá acreditar el inicio del arbitraje, lo cual está referido al numeral siguiente y sobre ello, podría aportarse el cargo de recepción de la solicitud de arbitraje por parte del demandado o del centro de arbitraje.

En el numeral tercero, la norma indica:

La excepción de convenio arbitral sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

¹⁴ Código Procesal Civil Peruano, Art. 478(3).

¹⁵ Código Procesal Civil Peruano, Art. 690-D.

En este punto, corresponde señalar que la regulación ha querido ser muy estricta en cuanto al análisis que deberá llevar a cabo el juez sobre la excepción deducida. No existe margen para que el juez pueda analizar el acuerdo arbitral de manera extensa y profunda sobre sus requisitos de validez u otros. Por ello, la excepción será fundada por solo acreditar la existencia del convenio arbitral. Ello es una manifestación del principio *kompetenz – kompetenz*, pues se ha querido que sean los árbitros quienes analicen la validez del convenio arbitral antes de los jueces.

Ahora bien, si no existiera un arbitraje en curso, el juez podría tener una facultad un poco más amplia para analizar la validez del convenio arbitral. En este caso, el juzgador debería observar si el acuerdo arbitral podría estar afectado de algún vicio que sea tan evidente que lo haga nulo. Creo que un buen ejemplo sería un convenio arbitral celebrado por un menor de edad. Es decir, solo puede denegarse la excepción si el convenio está afectado de una nulidad que no amerite desplegar una actividad probatoria extensa, sino que del propio documento se infiera o verifique el vicio.

El numeral 4 es el más extenso:

En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

El comentario sobre el numeral me limita a indicar que, (i) debemos tener en cuenta que este aplica solo para arbitrajes internacionales, y para ello debemos remitirnos a los supuestos del artículo 5 de la Ley de Arbitraje; (ii) al tratarse de un arbitraje internacional, el juez debe analizar las normas pactadas por las partes para regular el convenio arbitral y en su defecto, a la ley del fondo de la controversia. Es común que en este tipo de arbitrajes se pacten leyes distintas para regular ambos aspectos y es a partir de ellos que el juez puede analizar la nulidad manifiesta del convenio arbitral; (iii) Sin perjuicio del pacto de las

partes sobre las normas aplicables, existe la prevalencia del derecho peruano en cuanto a que si bajo este el convenio arbitral no resultase manifiestamente nulo, la excepción deberá ser declarada fundada; y, (iv) el concepto de orden público internacional es muy variado y en mi opinión deberá ser analizado a partir de la casuística sobre este punto.

Finalmente, el último numeral ha regulado lo que considero la no interrupción de las actuaciones arbitrales como consecuencia de la inevitabilidad del arbitraje. En efecto, se señala:

Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

El supuesto de la norma abarca tanto a si la excepción ha sido deducida de manera previa como después de iniciado el arbitraje. El legislador ha querido que sean los árbitros quienes decidan si deben continuarse las actuaciones arbitrales y dictarse el laudo, pero siempre apelando a un criterio razonable. Considero que lo recomendable es que el tribunal arbitral evalúe la situación tomando todas las posibles contingencias y, de ser el caso, suspender o no las actuaciones. La decisión debe tomarse bajo una mirada de respeto a los derechos de las partes y de otro, la eficacia del arbitraje respecto a una posible actuación dilatoria.

V. CONCLUSIÓN

El arbitraje como medio de solución de controversias cuenta con mecanismos que garantizan su plena eficacia frente a cuestionamientos sobre el convenio arbitral, la materia sometida a arbitraje, entre otros.

El principio *kompetenz-kompetenz* es una regla de prioridad en el tiempo. Los árbitros son los llamados a decidir sobre su propia competencia y luego el Poder Judicial controlará dicha decisión.

La separabilidad del convenio arbitral debe ser entendida a partir de la génesis comercial del arbitraje y no necesariamente desde una óptica legal.

La competencia del juez es lo que se pretende cuestionar con la excepción de convenio arbitral, más no el hecho de acudir a la sede judicial en busca de tutela jurídica de derechos presuntamente lesionados.

Los tres mecanismos comentados pueden enmarcarse en la llamada inevitabilidad del arbitraje, permitiendo que este y el convenio del cual nace alcancen su máxima eficacia.

El arbitraje como mecanismo hacia la instauración de la cultura de paz en Bolivia

Francisco Fermin Zenteno Santivañez*

Resumen- La Constitución Política define a Bolivia como un Estado pacifista, el cual debe promover el derecho y la cultura de paz. A fin de cumplir con dicha finalidad, fue promulgada la Ley de Conciliación y Arbitraje, la cual busca fomentar la mencionada cultura de paz y aligerar la carga procesal. Sin embargo, pese a la creciente popularidad del arbitraje, todavía existe cierto recelo y desconocimiento en cuanto a su uso, razón por la que todavía no se ha podido alcanzar las finalidades deseadas. En virtud a dichos antecedentes, la presente investigación pretende determinar si el arbitraje verdaderamente coadyuvaría a la superación de la cultura litigiosa por una cultura de paz, por lo que se buscará comprobar si el arbitraje cuenta con el respaldo de la dogmática constitucional, estudiando si las características de este son acordes a los derechos y lineamientos establecidos por la Constitución.

Abstract- The Political Constitution defines Bolivia as a pacifist State that promotes the law and the culture of peace. In order to fulfill this purpose, the Conciliation and Arbitration Law was passed to promote such culture of peace and lighten the procedural burden. However, despite the growing popularity of arbitration, there is still some mistrust and unawareness towards its application, which is why it hasn't been able to achieve the desired goals yet. Due to this, the present research aims to determine whether arbitration would truly contribute to overcoming the litigious culture for a culture of peace, so it will seek to verify whether arbitration has the support of constitutional dogma,

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana "San Pablo", Regional La Paz ("UCB"). Entrenador y ex Orador del Equipo de Arbitraje de la UCB. Investigador independiente. Orcid.org/0000-0002-6209-1003. Contacto: franciscozntenosanti@gmail.com

studying whether the characteristics of arbitration are consistent with the rights and guidelines established by the Constitution.

I. INTRODUCCIÓN	306
II. LA CULTURA DE PAZ Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN EL CONTEXTO MUNDIAL	308
A. CULTURA DE PAZ	308
B. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	310
C. ARBITRAJE	311
III. LA CULTURA DE PAZ Y EL ARBITRAJE EN LA NORMATIVA BOLIVIANA	314
IV. CONCLUSIÓN.....	318

I. INTRODUCCIÓN

Con el nacimiento del Derecho Internacional Contemporáneo como resultado de las dos Guerras Mundiales a mediados del siglo XX, los Estados entendieron la importancia de propagar e instaurar en sus relaciones internacionales e internamente la cultura de paz, concibiendo a la misma no sólo como la ausencia de conflictos, específicamente conflictos de carácter bélico, sino también como la solución pacífica de los mismos. Consecuentemente, la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos (“MASC”) ganaron bastante popularidad, ya que los mismos permiten a las partes resolver sus controversias por medios que menos lesivos que la vía judicial, priorizando el arreglo pacífico de los mismos por sobre la cultura del litigio, la cual predomina especialmente en los países latinoamericanos.

En consideración a la referida coyuntura internacional, Bolivia no ha sido ajena a la promoción e instauración de mecanismos alternativos a la vía judicial para la resolución de determinados conflictos. Dicha promoción ganó más fuerza como resultado de la promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado (“CPE”), la cual establece como una finalidad del Estado Boliviano la instauración y fomentación de la cultura de paz en el país, debiendo

privilegiarse la solución pacífica de controversias por encima de la conflictividad que surge en la vía judicial y la aplicación de los instrumentos violentos. Con la intención de contribuir al cumplimiento de dicha finalidad, el 2015 fue promulgada la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje (“Ley 708”), normativa que además tiene el objetivo de coadyuvar a aligerar la sobrecarga procesal y dar frente a los demás problemas que aquejan a la vía ordinaria en la actualidad.

La Ley 708 define el arbitraje como un medio alternativo a la resolución judicial de las controversias al cual pueden optar las partes, siempre y cuando dichas controversias versen sobre temas que no se encuentra prohibidos por la Constitución Política del Estado¹. Cabe agregar la importancia de la voluntad de las partes como uno de los ejes centrales del arbitraje, ya que para someter sus conflictos a la potestad de un árbitro o tribunal arbitral y excluir a los órganos estatales de administración de justicia, las partes deben haber pactado previamente dicha posibilidad, ya sea mediante una cláusula o un convenio arbitral, por el cual estas, además de obligarse a resolver sus controversias únicamente por vía arbitral (efecto positivo), también renuncian a someter las mismas a la justicia ordinaria (efecto negativo). El referido árbitro único o tribunal arbitral *“asume el papel de juez y resuelve con su juicio el problema que previamente le han sometido las partes”*².

Considerando las características del arbitraje, este surge como un mecanismo o instrumento al que pueden acudir los particulares para establecer un sistema de administración de justicia que les permita resolver el conflicto apartándoles de la conflictividad judicial³. Este medio alternativo de solución de controversias ha ganado una creciente popularidad durante los últimos años, llegando inclusive a extenderse el alcance del arbitraje, ampliándose las materias para las cuales puede pactarse válidamente una cláusula arbitral. Caivano considera que dicho crecimiento de la arbitrabilidad objetiva⁴ es uno de los aspectos que

¹ Ley 708 de Conciliación y Arbitraje (Bolivia), Art. 39.

³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos A. “Introducción al derecho de arbitraje peruano”, *Vniversitas*, Vol. 52, N°106, 2003, pp. 147-175.

³ CAIVANO, Roque, “El arbitraje, nociones introductorias”, *Derecho-comercial*, 2012, p. 1, disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.

⁴ Se considera la arbitrabilidad objetiva como la susceptibilidad de una materia de ser resuelta por arbitraje.

demuestran la evolución que ha sufrido el arbitraje, llegando al punto que hoy en día en varios países las cuestiones no arbitrables son excepcionales⁵.

Lastimosamente, pese a la referida popularidad y crecimiento del arbitraje, su aplicación en Bolivia todavía es menor en cuanto a las finalidades que buscaba en su instauración como mecanismo alternativo con la promulgación de la Ley 708, esto debido a la desconfianza en su aplicación, la cual nace y es resultado del desconocimiento en cuanto a la eficacia del mismo para solucionar un conflicto, el procedimiento y los beneficios que conlleva. Dicho desconocimiento no solo se da en personas ajenas al derecho, sino también dentro del área jurídica, ya que, si bien el arbitraje es bastante popular en la nueva camada de abogados, todavía existe recelo en el área legal en cuanto a su efectividad. De igual manera, pese a la evolución y creciente popularidad del arbitraje y otros MASC a nivel mundial, actualmente la paz sigue siendo una finalidad u objetivo a conseguir en diferentes países y la instauración de la cultura de paz parecería ser un sueño.

Con base en los referidos antecedentes, en la presente investigación se analizará si el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, efectivamente contribuiría a la puesta en práctica de la cultura de paz como valor constitucional dentro del país, permitiendo instaurar dicha cultura de paz en pro de la superación de la cultura litigiosa que actualmente rige en la realidad nacional, alejando a las personas de la conflictividad judicial. Para ello, se estudiará si las características del arbitraje, establecidas en la Ley 708, son compatibles y acordes a los principios, valores y lineamientos establecidos por la Constitución Política.

II. LA CULTURA DE PAZ Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN EL CONTEXTO MUNDIAL

A. *Cultura de paz*

Como punto de partida, es necesario entender a la cultura de paz dentro del derecho, para después entender a la misma como una finalidad del Estado. La promoción de la cultura de paz nace como resultado de las dos Guerras

⁵ CAIVANO, Roque, “La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos”, *El Derecho (ED)*, 2013.

Mundiales y las consecuencias de las mismas en el siglo XX. Con la instauración de las Naciones Unidas una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, inicialmente se consideró la paz como la ausencia de conflicto, específicamente conflicto bélico, pero bajo la nueva percepción del Derecho Internacional Contemporáneo, no se promueve únicamente *“la prohibición general de las guerras y la institucionalización del ius ad bellum –tal como lo señala la Carta de las Naciones Unidas- sino también promueve la solución pacífica de controversias y el mantenimiento de la paz”*⁶.

Es así que, en 1993 en el documento 142 EX/12 “Programa de Acción para Promover una Cultura de Paz”, presentado por el entonces Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (“UNESCO”), se da un avance en cuanto al entendimiento del concepto de cultura de paz, señalando que la misma:

Debe ser entendida como un proceso que surge de la propia población y se desarrolla de manera diferente en cada país, en función de su historia, sus culturas y sus tradiciones. Sin embargo, es evidente que una cultura de paz debe estar basada en el reconocimiento del valor fundamental de la paz y de la solución pacífica de los conflictos⁷.

Posteriormente, los Estados miembros de las Naciones Unidas en la resolución A/RES/53/243 de 1999, definieron a la cultura de paz como el *“conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en: (...) d) el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos”*⁸. La *“Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”*⁹ establece que el desarrollo de una cultura de paz se encuentra integralmente vinculado a: *“a) la promoción del arreglo pacífico de los conflictos; (...) d) la posibilidad de que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el dialogo, la*

⁶ ROJAS DÁVILA, Roberto, “La cultura de paz en el derecho internacional público: Una breve introducción”, OAS, disponible en

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Roberto_Rojas_Davila.pdf.

⁷ Programa de Acción para Promover una Cultura de paz, UNESCO.

⁸ Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz.

⁹ La Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz fue aprobada en la referida resolución A/RES/53/243, por la [Asamblea General de las Naciones Unidas](#) el 13 de octubre de 1999.

negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias”¹⁰.

B. Medios alternativos de solución de conflictos

Con la aprobación de la “Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, se reconoce que la paz no supone únicamente la ausencia de conflictos, sino que la misma requiere además “*un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos, en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos*”¹¹. Es en ese sentido, que se empezó a promover la instauración y aplicación de medios alternativos de solución de controversias como herramientas para alcanzar la añorada paz, no sólo en la relación entre Estados, sino también entre la población y a nivel colectivo.

Las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (“OEA”) han promovido durante los últimos años la instauración de los MASC dentro de los sistemas judiciales de los países, en virtud a los beneficios que suponen y como herramientas de acceso y mejoramiento de la justicia. Para el Consejo Permanente de la OEA, “*los MASC constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica*”¹².

Los MASC son definidos como procedimientos diferentes a la vía ordinaria tradicional, a través de los cuales se busca solucionar conflictos de manera extrajudicial, tratando de reducir los conflictos a su mínima expresión¹³. Los mismos pueden ser utilizados para resolver conflictos de manera flexible, amigable y evitando acudir a métodos adversariales¹⁴.

¹⁰ Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, Art. 3.

¹¹ PÉREZ SAUCEDA, José B., “Cultura de paz y resolución de conflictos: la importancia de la mediación en la construcción de un estado de paz”, *Ra Ximhai*, Vol. 11, Nº 1, 2015, pp. 109-131.

¹² Informe 77/01 de 3 de diciembre, 2001, OEA.

¹³ MARQUEZ ALGARA, María Guadalupe – DE VILLA CORTÉS, José C., “Medios alternos de solución de conflictos”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2013.

¹⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa. México, 2011, p. 25.

Binder considera que lo ‘alternativo’ no hace referencia al aspecto judicial, considerando que los MASC son parte del eje principal de la actividad judicial; sino a la necesidad de ampliar la perspectiva y el marco de referencia, ya que este no puede quedar limitado únicamente a la vía tradicional¹⁵. El referido criterio se encuentra plasmado en la jurisprudencia constitucional boliviana, la cual señala que el arbitraje, al ser una vía delegada por el Órgano Judicial, es una expresión de la jurisdicción formal¹⁶.

Durante los últimos años la aplicación de MASC ganó bastante popularidad, promoviéndose su instauración en virtud a que se considera que los mismos, al ser menos formales que la vía judicial, son más simples, rápidos, efectivos, e inclusive más confiables. Esto, a consecuencia de los elevados índices de corrupción a los que se tienen que enfrentar las partes dentro de la justicia ordinaria (especialmente en Latinoamérica), a la burocracia administrativa que conlleva la misma y al desplazamiento de las pretensiones de las partes durante el proceso¹⁷.

La inclusión de MASC fue encomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, instando a los Estados a “[utilizar], cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”¹⁸.

C. Arbitraje

Como ha sido señalado previamente, el arbitraje es un MASC heterocompositivo, por el cual un tercero imparcial (árbitro o tribunal arbitral)

¹⁵ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2004.

¹⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Tercera, “Sentencia Constitucional Plurinacional 2472/2012”, 28/11/2012.

¹⁷ MAIER, Julio B., “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica”, *Reformas Procesales en América Latina*, Chile, 1993.

¹⁸ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, Resolución 40/34.

asume el papel de juez y emite un veredicto (laudo arbitral) sobre dos pretensiones contrarias, resolviendo el conflicto entre partes. A fin de someter sus conflictos a la decisión de un tribunal arbitral, las partes voluntariamente deberán haber acordado previamente una cláusula arbitral. Es así que se define al mismo como *“la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrables”*¹⁹.

Consecuentemente, el arbitraje supone *“la exclusión de los órganos estatales de administración de justicia para la resolución de uno o más conflictos determinados”*²⁰. Dicha exclusión es consecuencia de lo pactado por las partes, expresado en la cláusula o convenio arbitral, pero también puede ser establecida por el legislador, cuando este cree conveniente la remisión de determinados conflictos en los que considera que la vía judicial no es adecuada. Empero, dicha exclusión no es total o absoluta, ya que existen diversas situaciones en las que se debe recurrir a un juez ordinario, buscando apoyo judicial, entre las que se encuentran: la aplicación de medidas cautelares, el ejercicio de coerción para producir determinada prueba, la ejecución del laudo arbitral, etc.

El veredicto o fallo dictado por el árbitro único o el tribunal arbitral en el ejercicio del *ius dicere*²¹, que le confiere tanto la legislación como la voluntad de las partes, es el Laudo Arbitral. El mismo, al ser vinculante y tener calidad de cosa juzgada, es de obligatorio cumplimiento para las partes. Es mediante el Laudo Arbitral que se soluciona el conflicto, ya que al gozar del mismo valor que una sentencia pronunciada por un juez ordinario, ambos veredictos conllevan el mismo resultado, siendo el criterio final que resuelve la controversia de intereses entre partes, al imponer a las mismas una solución final para sus discrepancias.

Finalmente, en cuanto a su naturaleza jurídica, la misma ha sido un tema de persistente debate doctrinal a lo largo de los años, no hallando un consenso en

¹⁹ MATHEUS LÓPEZ, “Introducción al derecho de arbitraje peruano”, p. 151.

²⁰ CAIVANO, “El arbitraje, nociones introductorias”, p. 1.

²¹ Facultad de decidir.

cuanto al mismo y existiendo diferentes teorías, entre las que destacan la teoría contractualista y la teoría jurisdiccional.

La teoría contractualista considera que el origen, la existencia y regulación del arbitraje dependen de la voluntad de las partes, es decir, del contrato. Ésta corriente doctrinal considera que el procedimiento arbitral, al estar sometido a la voluntad de las partes, tiene carácter contractual y por ende privado²². La misma conclusión se refuerza en el hecho de que la cláusula que origina el procedimiento arbitral es un acuerdo contractual.

Por ende, esta teoría mantiene que *“el árbitro no es juez ni forma parte de la jurisdicción y tampoco está facultado para ejecutar sus propias decisiones, dado que la función ejecutiva, propia de toda autoridad judicial, no le es atribuible”*²³. Igualmente, esta teoría refuta la existencia de control del Estado sobre el arbitraje, en razón a que la esencia del mismo radicaría en la voluntad de las partes²⁴.

Por otro lado, los partidarios de la teoría jurisdiccional consideran irrefutable la naturaleza rigurosamente jurisdiccional del arbitraje. Caivano considera que *“para comprender el significado del arbitraje como sistema de resolución de conflictos, debe partirse de una premisa: la jurisdicción (entendida como la función de administrar justicia resolviendo controversias) no es monopolio de los órganos del Estado”*²⁵. A su vez, el propio Caivano señala que si bien consolidar la justicia es un fin y objetivo que tiene el Estado, esto no supone que debe ejercerla por sí mismo y de forma monopólica²⁶; razón por la cual el legislador estableció la posibilidad de acudir a mecanismos en los que la función jurisdiccional sea personificada por particulares, en casos en que no exista cuestiones de orden público.

²² GUTIÉRREZ, Brian H., *Ensayos de derecho arbitral*, EDOBOL, La Paz, 2012.

²³ GUTIÉRREZ, Brian H., *Ensayos de derecho arbitral*, p. 45.

²⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*, Universidad Iberoamericana, México, 2008.

²⁵ CAIVANO, Roque, “El arbitraje, nociones introductorias”, p. 2.

²⁶ CAIVANO, Roque, “El arbitraje, nociones introductorias”.

Además, esta corriente considera que es deber del Estado “*controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar en su jurisdicción*”²⁷, debido a que la función jurisdiccional, concebida como la resolución de conflictos por medio de la interpretación y aplicación del derecho, es una función ordinariamente practicada por el Estado por medio de los tribunales nacionales que instauró. Por ende, “*si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita*”²⁸.

III. LA CULTURA DE PAZ Y EL ARBITRAJE EN LA NORMATIVA BOLIVIANA

En consideración a los mencionados antecedentes del Derecho Internacional Contemporáneo, Bolivia no fue exenta a la promoción y búsqueda de la instauración de la referida cultura de paz. Es así que, la Constitución Política promulgada en 2009 define a Bolivia como un Estado pacifista, el cual “*promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz*”²⁹. De igual manera, la carta magna establece como deberes de todos los bolivianos “*defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz*”³⁰.

Consecuentemente y buscando la aplicación de los referidos valores y obligaciones constitucionales, el 2015 fue promulgada la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje (“Ley 708”), la cual buscaba actualizar el régimen de ambos medios alternativos de solución de controversias. Dentro de la exposición de motivos de la Ley 708, se reconoce la necesidad de adoptar medios y prácticas pacíficas y dialogadas de resolución de controversias, por lo que se considera que tanto la conciliación y el arbitraje “*tienen un papel importante debido a (...) [que] generan la convivencia social dentro de una cultura de paz inmersa en un Estado Constitucional de Derecho*”³¹.

Además, en la mencionada exposición de motivos, se considera a la conciliación y al arbitraje como soluciones frente a los problemas que aquejan a la vía ordinaria, en virtud a que los mismos facultan un acceso informal y simple a la

²⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*, p. 14.

²⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*, p. 14.

²⁹ Constitución Política del Estado, Art. 9.

³⁰ Constitución Política del Estado, Art. 108.

³¹ Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, Exposición de motivos.

justicia, a diferencia de los procedimientos judiciales tradicionales que se caracterizan por su formalismo, complejidad y lentitud. Igualmente, se considera que la importancia de ambos mecanismos se centra en que *“coadyuvan a aligerar la carga procesal judicial”*³².

Es así que, bajo el entendido de que el principio de cultura de paz tiene como finalidad encarar todo problema o conflicto de forma no violenta, es que se considera al arbitraje como una manifestación de esta nueva tendencia constitucional³³. Este criterio se ve reflejado en el Auto Supremo 681/2017, el cual, citando a Christian Tarifa, analiza la adecuación de la conciliación dentro de la CPE, situación que el referido autor señala, puede ser aplicada de igual manera para el arbitraje. En la referida jurisprudencia se hace énfasis en tres artículos de la norma suprema:

(1) El artículo 1, el cual señala que *“Bolivia se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico”*³⁴, entendiendo por el mismo que dentro del Estado coexisten más de un régimen jurídico, por tanto *“no solo la conciliación, sino todos los medios alternos de solución de controversias pueden ser incluidos en el denominado pluralismo jurídico (...) [como] la conciliación extrajudicial y el arbitraje (para citar los más importantes)”*³⁵.

(2) El artículo 8 párrafo I, al indicar que *“el Estado asume y promueve como principio ético-moral de la sociedad plural el principio del: (...) ñandereko (vida armoniosa)”*³⁶, haciendo referencia a que el Estado privilegia la solución pacífica de controversias mediante el diálogo, por encima de la confrontación.

(3) Y por último, el artículo 108 en su numeral cuarto, el cual instaura el deber de todos los bolivianos de *“defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz”*³⁷.

³² Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, Exposición de motivos.

³³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Penal, “Auto Supremo 681/2017”, 08/09/2017.

³⁴ Constitución Política del Estado, Art. 1.

³⁵ TARIFA FORONDA, Cristian, *Conciliación y mediación en el derecho boliviano: Promoviendo la cultura de paz*, Arte y Papel, La Paz, 2010, pp. 33-35.

³⁶ Constitución Política del Estado, Art. 8.I.

³⁷ Constitución Política del Estado, Art. 108.4.

De igual manera, la Sentencia Constitucional 2472/2012 refiere que el arbitraje se encuentra respaldado por la dogmática constitucional, haciendo ahínco una vez más en la pluralidad jurídica establecida en el artículo 1 de la CPE y ampliando dicho respaldo a diferentes principios constitucionales, entre los cuales destacan: (1) los principios de armonía, dignidad y cultura de paz, establecidos en los artículos 7.II y 10.I de la CPE; (2) los principios de equidad, celeridad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos proclamados por el artículo 178.I de la carta magna; y (3) los principios de eficacia y eficiencia, los cuales son característicos de la jurisdicción ordinaria (CPE, artículo 180.I)³⁸.

Dentro de la mencionada Sentencia Constitucional, se determina que todos estos principios estructuran un esquema constitucional, el cual busca poner al alcance de la población mecanismos que los aparten de la conflictividad de las vías judiciales tradicionales, *“con el objetivo superior de encontrar paz individual e irradiarla a la sociedad para generar un medioambiente social consonante con la cultura de la paz que permita el ejercicio equilibrado de los derechos individuales”*³⁹. De igual manera, la Ley 708 establece el principio de cultura de paz como una de las directrices en las que se funda el arbitraje, haciendo referencia además a que *“los medios alternativos de resolución de controversias contribuyen al Vivir Bien”*⁴⁰.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje en Bolivia, la jurisprudencia constitucional establece su naturaleza jurisdiccional, al considerar a la misma como *“una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por el órgano Judicial”*⁴¹, siendo necesario hacer énfasis al ya mencionado respaldo que posee el arbitraje en el postulado de pluralismo jurídico establecido por la CPE. Por lo que, si bien es un medio alternativo a la vía tradicional, la misma se encuentra respaldada tanto por los lineamientos constitucionales, como por el mismo Estado, al tener este el deber

³⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Tercera, *“Sentencia Constitucional Plurinacional 2472/2012”*, 28/11/2012.

³⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Tercera, *“Sentencia Constitucional Plurinacional 2472/2012”*, 28/11/2012.

⁴⁰ Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, Art. 3.

⁴¹ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Tercera, *“Sentencia Constitucional Plurinacional 2472/2012”* 28/11/2012.

de regular los arbitrajes cuando se presenta un recurso de apelación frente al Laudo Arbitral, asegurándose que el mismo no sea contrario al derecho, además de apoyar en aquellos casos que requieran la ayuda de algún juez ordinario, como en la aplicación de medidas cautelares o la ejecución del Laudo.

Por último, sobre la capacidad del árbitro único o tribunal arbitral para solucionar los conflictos puestos a su conocimiento, la jurisprudencia nacional define a la cosa juzgada como “*lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por resolución firme, contra la cual, no se admite recurso alguno de impugnación, salvo algunos casos excepcionales*”⁴². En virtud a la referida definición, la Ley 708 indica que, si el recurso de nulidad contra el Laudo Arbitral no es presentado dentro del plazo señalado por la norma o es declarado improcedente, el Laudo Arbitral quedará ejecutoriado, obteniendo el valor de sentencia pasada en cosa juzgada y siendo de obligatorio e inexcusable cumplimiento⁴³. Cabe recalcar que el recurso de nulidad es el único medio de impugnación establecido en la Ley 708 contra el Laudo.

La jurisprudencia constitucional también reafirma la calidad de cosa juzgada del Laudo Arbitral, al establecer que un juez o tribunal arbitral no puede impugnar ni modificar el veredicto del tribunal arbitral, debido a que la naturaleza jurídica del proceso arbitral supone el revestimiento de la calidad de autoridad de cosa juzgada del laudo⁴⁴. Siguiendo la referida línea, el Auto Supremo 487/2013 establece que el Laudo Arbitral tiene carácter de sentencia ejecutoriada y, por analogía al proceso civil, no es posible interponer un recurso de casación contra el mismo, “*al tratarse de aspectos que se convierten en ejecución de sentencia*”⁴⁵.

Es así que, el Laudo Arbitral ejecutoriado supone un criterio final al conflicto, frente al que no existe ningún otro recurso previsto en la ley (cosa juzgada formal) y conlleva la imposibilidad de iniciar nuevos procesos sobre el mismo asunto (cosa juzgada material), por lo que su cumplimiento y ejecución se

⁴² Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Tercera, “*Sentencia Constitucional Plurinacional 0450/2012*”, 29/06/2012

⁴³ Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, Art. 109.

⁴⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Primera Especializada, “*Sentencia Constitucional Plurinacional 0457/2013*”, 09/04/2013.

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Civil. “*Auto Supremo 487/2013*”, 18/09/2013.

encuentran plenamente garantizados. Consecuentemente, se considera el arbitraje es idóneo para la solución de conflictos, además de ser compatible con los principios y valores constitucionales.

IV. CONCLUSIÓN

Es necesario recalcar que, por lo establecido en la CPE, el Estado Boliviano es un estado pacifista, el cual debe privilegiar la solución pacífica de conflictos mediante mecanismos menos lesivos y conflictivos que la vía ordinaria, además que la instauración y aplicación de la cultura de paz en el país es una obligación que recae tanto en el Estado como en todos los bolivianos.

Se considera además, que para la instauración y práctica de dicha cultura de paz dentro del país, es necesario cambiar una cultura acostumbrada a solucionar sus controversias a través de vías litigiosas y de confrontación, por una cultura que pondere la solución pacífica de conflictos y las relaciones personales por encima de las vías tradicionales. Por lo que, en la presente investigación se analizó si el arbitraje es un medio idóneo para la puesta en práctica de la referida cultura de paz, estudiando si la naturaleza y forma del arbitraje establecida en la Ley 708 son acordes con los principios y lineamientos constitucionales.

Es así que se determinó que el arbitraje se encuentra respaldado por la dogmática constitucional, ya que el mismo es acorde a los principios de: (1) pluralismo jurídico, al ser un medio alternativo a la vía ordinaria, el cual posee naturaleza jurisdiccional y es una expresión de la jurisdicción formal; (2) vida armoniosa, ya que dentro del mismo se prioriza la reparación del daño evitando la conflictividad judicial y contribuyendo al vivir bien; y (3) cultura de paz, ya que el arbitraje es un medio ajeno a la cultura litigiosa y conflictiva tradicional, el cual se enmarca además en otros principios constitucionales como la dignidad, celeridad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Además, su aplicación supondría beneficios tanto para las partes como para la administración de justicia, ya que permitiría alivianar la sobrecarga procesal que pesa en los juzgados ordinarios y por ende reducir la retardación de justicia, permitiendo que las demás personas encuentren fin a sus conflictos dentro de los plazos señalados por ley.

En cuanto a la capacidad de poner fin al conflicto, la vía arbitral conlleva el dictado de un criterio final sobre el conflicto por medio del Laudo Arbitral, el cual además de ser de obligatorio cumplimiento para las partes, supone también la imposibilidad de interponer dicha causa al discernimiento de otro juzgado o vía ordinaria, en virtud a que el laudo ejecutoriado goza de la calidad de sentencia basada en cosa juzgada.

Con base en estos antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, se evidencia que la naturaleza del arbitraje establecido como un medio alternativo de solución de controversias por la Ley 708, no sólo es acorde y se encuentra respaldado por la dogmática constitucional, ya que se funda en diferentes principios y valores constitucionales, sino que además, su aplicación supone una verdadera puesta en práctica de la vida armoniosa y la cultura de paz, siendo estas finalidades y obligaciones que el Estado asumió desde la promulgación de la CPE.

Por tanto, bajo el entendido de que el desarrollo pleno de una cultura de paz está ligado a *“la posibilidad de que todas las personas en todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias”*⁴⁶, es que se llega a la conclusión de que la instauración y promoción del arbitraje supone la puesta en práctica del principio constitucional de cultura de paz, dado que por medio del mismo se pone al alcance de la población un mecanismo además de ser más beneficioso que la vía ordinaria, también permite alejarla de la conflictividad y burocracia judicial, en pro de la superación de la cultura litigiosa por una cultura de paz.

⁴⁶ Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz.

II

REPOSITORIO DE
JURISPRUDENCIA

VOCES: ORDEN PÚBLICO – ARBITRABILIDAD OBJETIVA – DERECHOS MORALES DE AUTOR COMO MATERIA ARBITRABLE – ALCANCE DEL ACUERDO ARBITRAL – ARBITRAJE Y PROPIEDAD INTELECTUAL – EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.

CANADÁ

*Les Éditions Chouette inc. et
Christine L'Heureux v. Hélène
Desputeaux*

*Romar Miguelangel Tahay Batz**

Fecha: 21 de marzo de 2003

Tribunal: Corte Suprema de Canadá

Hechos: La disputa surgió entre las coautoras de un personaje literario de libros para niños llamado Caillou.

La demandante en la vía arbitral, Hélène Desputeaux, pintó al personaje y la codemandada Christine L'Heureux escribió los textos de 8 libros. Las coautoras asignaron derechos de reproducción de su creación a la Editorial *Chouette* cuya socia mayoritaria y gerente era igualmente L'Heureux. También autorizan a la editorial a otorgar sublicencias a terceros sin su aprobación.

* Trainee en Arbitraje Comercial Internacional en ECIJA INTEGRUM, Guatemala. Pensum terminado de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar campus de Quetzaltenango, Guatemala. Participante y Entrenador en la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil, así como del 28th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.

Una enmienda firmada en 1994 estipula que en caso de que Desputeaux produjera ilustraciones destinadas a uno de los proyectos de uso de Caillou, se le pagaría una suma fija correspondiente al trabajo requerido.

En 1996, ante dificultades de interpretación y aplicación del contrato de licencia de explotación, la editorial Chouette presentó una solicitud para que se reconocieran sus derechos de reproducción. Desputeaux presentó una solicitud de excepción declinante destinada a remitir a las partes a un árbitro según lo dispuesto en el art. 37 de la Ley de la Condición Profesional de los Artistas Plásticos, Artesanos y Literarios y sus Contratos con los Presentadores ante las dificultades de interpretación y aplicación del contrato de licencia de explotación.

El Tribunal Superior, al considerar que la existencia del contrato no estaba en duda y que no existía alegación relacionada con su validez, remitió el asunto a arbitraje. El árbitro decide que su mandato incluye la interpretación de todos los contratos y la enmienda. Según el árbitro, Caillou es un trabajo creado en colaboración por Desputeaux y L'Heureux.

Con respecto al acuerdo de licencia y la enmienda, el árbitro concluye que *Éditions Chouette* posee los derechos de reproducción y que ella es la única autorizada para usar Caillou en cualquier forma y medio, siempre que un tribunal acuerde la validez de los contratos.

Después de proferido el laudo arbitral, este fue confirmado por el Tribunal de Primera Instancia, pero anulado por la Corte de Apelaciones de Quebec, por considerarse inarbitrable la materia.

La Corte concluyó que el derecho a recibir los créditos por la autoría de un trabajo, al igual que el derecho sobre el nombre de una persona, otorgaba una connotación puramente moral a la dignidad y el honor del creador de la obra. Así mismo, la decisión tomada por el árbitro afectaba, según la Corte, no solo los derechos de propiedad intelectual sobre una obra, sino que también era oponible a las personas no involucradas en la controversia sometida al arbitraje.

Preensión: Según los recurrentes, el laudo arbitral es válido. En su opinión, la Corte de Apelaciones adoptó un enfoque jurídico que contradice las orientaciones adoptadas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos

modernos en cuanto a la definición de la función del arbitraje civil y comercial y el reconocimiento de su función: autonomía de decisión.

En particular, incluso en el campo del derecho de propiedad intelectual, los derechos modernos utilizan con frecuencia el arbitraje como método para resolver disputas. Sobre este punto, los recurrentes subrayan los riesgos de la decisión del Tribunal de Apelación y la necesidad de salvaguardar el papel del arbitraje.

En esencia, *Chouette* y la Sra. L'Heureux primero argumentan que el Art. 37 de la Ley de Derechos de Autor no prohíbe el arbitraje sobre cuestiones de propiedad o propiedad de los derechos de autor, o sobre el ejercicio de los derechos morales relacionados. Las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil tampoco prohíben al árbitro tratar estas cuestiones.

Además, el árbitro puede y debe pronunciarse sobre cuestiones de orden público que le sean remitidas o que se relacionen con su misión. La revisión de su decisión se limita estrictamente a los motivos previstos en el Código de Procedimiento Civil. Este último sólo autoriza la nulidad del laudo por violación del orden público cuando el resultado del arbitraje lo perjudique.

No basta con que se haya cometido un error en la interpretación y aplicación de una norma de orden público para que el tribunal judicial pueda invalidar la decisión del árbitro. Los recurrentes añaden que el árbitro se ocupó de la cuestión de la situación de los coautores. También llevó a cabo el arbitraje de acuerdo con las normas pertinentes, y la ley lo dejó al mando del procedimiento.

Contestación:

El demandado ataca la definición dada por el árbitro a su misión. Por un lado, se habría extendido indebidamente al pronunciarse ante el problema de la propiedad de los derechos de autor.

Por otro lado, lo restringió erróneamente al no aplicar las normas imperativas de la *Ley de Respeto a la Condición Profesional de los Artistas*, omitiendo así pronunciarse sobre la validez de los contratos en litigio.

La Sra. Desputeaux también critica el desarrollo del procedimiento arbitral. Critica al árbitro por haberse pronunciado sin pruebas sobre el problema del derecho de autor, así como el de los derechos morales que de él se derivan. En su opinión, el Art. 37 únicamente permite someter a arbitraje las cuestiones puras de interpretación y aplicación de los contratos.

Finalmente, la Demandada sostiene que el laudo está teñido de errores de esta naturaleza, cuya presencia justifica su anulación. Por tanto, solicita que se desestime el recurso. La Unión y la RAAV apoyan sus reclamos sobre la naturaleza de los derechos de autor, la jurisdicción arbitral y la implementación del orden público.

Decisión:

Alcance del acuerdo arbitral

La Corte Suprema de Canadá, en primer lugar, basándose en los objetivos del acuerdo de arbitraje que habían concluido las partes con posterioridad al surgimiento de la disputa. La Corte concluyó que el asunto de la autoría del personaje estaba intrínsecamente relacionado con las temáticas abordadas en el acuerdo de arbitraje en forma explícita.

Para comprender el alcance del mandato del árbitro, no es suficiente realizar un análisis puramente textual de las comunicaciones entre las partes. El mandato del árbitro no debe interpretarse de manera restrictiva limitándolo a lo expresamente establecido en el acuerdo de arbitraje. El mandato también se extiende a todo lo que tiene vínculos estrechos con este último, o, en otras palabras, a las cuestiones que tienen una "*conexión entre la cuestión decidida por los árbitros y la controversia que se les somete*".

Arbitrabilidad de los derechos morales de autir

Seguidamente, la Corte entró a analizar si esta materia era inarbitrable. Para ello indagó si tal restricción pudiera desprenderse del citado Art. 37 de la Ley de Derechos de Autor canadiense. La exclusión alegada no podía presumirse, a menos que hubiera sido consagrada explícitamente. A mayor abundamiento, la jurisdicción arbitral formaba parte del sistema judicial provincial de Quebec, por lo cual tenía que ser considerada cubierta por el tenor literal del Art. 51. En

cambio, si el Parlamento hubiese querido establecer la inarbitrabilidad de los derechos de autor lo habría consagrado en forma expresa.

Arbitrabilidad y orden público

Finalmente, la Corte analizó si los derechos de autor constituían una materia de orden público, lo que eventualmente transformaría el asunto en inarbitrable. Al respecto, expresó las pautas de interpretación que guiaron su análisis de la noción del orden público: *“Interpretando y aplicando este concepto en el contexto del arbitraje voluntario, debemos tomar en consideración la política legislativa que acepta esta forma de resolución de disputas y hasta busca su expansión. Por tal razón, con el fin de preservar la autonomía de la toma de decisiones dentro del sistema de arbitraje, es importante evitar una aplicación extensiva del concepto por los tribunales. Un recurso amplio al orden público en el contexto de arbitraje pondría en peligro dicha autonomía, contrariamente al enfoque legislativo expreso y la política judicial basada en él”*.

Para determinar si las cuestiones relativas a la autoría del derecho de autor quedan fuera de la jurisdicción arbitral, como concluyó la Corte, es necesario definir con mayor claridad la noción de orden público en el contexto del arbitraje, donde puede intervenir de diversas formas, notablemente, para circunscribir el dominio material del arbitraje. Por tanto, un asunto puede quedar excluido del ámbito del arbitraje por su naturaleza, como "asunto de orden público". El concepto también interviene para definir y, en ocasiones, restringir el campo de las iniciativas jurídicas individuales o el de la libertad contractual.

La naturaleza variable, proteica y evolutiva del concepto de orden público, sin embargo, dificulta cualquier intento de definir su contenido de manera precisa o exhaustiva. El desarrollo e implementación del concepto de orden público deja espacio para una gran discreción judicial en la apreciación de los valores y principios fundamentales de un sistema legal.

Por tanto, la interpretación y aplicación de este concepto en el campo del arbitraje convencional debe tener en cuenta la política legislativa que acepta esta forma de solución de controversias y que incluso pretende promover su desarrollo. Por ello, para preservar la autonomía de decisión de la institución

arbitral, es importante evitar un uso extensivo de este concepto por parte de los tribunales.

El orden público interviene principalmente a la hora de evaluar la validez del laudo arbitral. Sin embargo, los límites de su función deben definirse adecuadamente. En primer lugar, como hemos visto, con frecuencia se requiere que los árbitros examinen cuestiones de orden público y legislación para resolver la disputa que tienen ante sí. Esta revisión por sí sola no anula el laudo.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/2048/index.do> Consultado el 18/09/2021.

VOCES: CONVENCION DE NUEVA YORK – REQUISITO DE LA FIRMA –
TEORIA DE ESTOPPEL DE BENEFICIOS DIRECTOS.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Everett contra Paul Davis
Restauración, Inc. No. 771 F.3d 380,
Expediente 12-3407 y 13-1036, 2014.

*Scarlett Jaqueline Loayza Orellana**

Fecha: 3 de noviembre de 2014

Tribunal: U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit.

Hechos: El Señor Everett y EA Green Bay (EAGB) celebraron un contrato de franquicia con Paul Davis Restauración, Inc. (PDRI), en fecha 01 de septiembre de 2004. Los acuerdos de franquicia de PDRI requerían que los propietarios de la franquicia formen una entidad corporativa para operar dicho negocio. Por

* Licenciada de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (2020). Árbitro extranjero de la Peruvian Chamber of Business (2021). Diplomada en Arbitraje Nacional e Internacional por la Peruvian Chamber of Business (2021). Diplomada en Derecho Bancario por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (2021). Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara de Comercio de Bolivia (2019). Cursante de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés (2021). Investigadora independiente. Participante de la Competencia Nacional de Arbitraje, organizada por la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz - Bolivia, con mención a la mejor memoria (2019). Participante (2019) y oradora (2020) de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Bolivia. Actualmente, trabaja como Paralegal en PPO Legal Abogados.

ello, el Señor Everett formó EAGB para cumplir con el requisito de franquicia de PDRI.

El Señor Everett firmó el acuerdo en nombre de EAGB como empresa franquiciada e individualmente en su propia capacidad como propietario principal al 100% de EAGB. Sin embargo, los registros mostraron que EAGB tenía como propietaria del 50% a la Señora Everett desde el 11 de junio de 2004.

En ese sentido, independientemente de cuándo la Señora Everett se convirtió en propietaria, el contrato de franquicia establecía que antes de transferir la propiedad, los Señores Everett debían obtener el consentimiento de PDRI, además, se requería que la Señora Everett firmara el contrato de franquicia a título personal como propietaria adicional de EAGB. Lineamientos que nunca cumplieron, pese al conocimiento de los mismos.

El año 2010, PDRI rescindió el contrato de franquicia por causa justificada. Dicho contrato contenía una cláusula en la que prohibía competir con PDRI durante un lapso de dos años.

El Señor Everett, le transfirió el 45% de EAGB a la Señora Everett. De manera que el conflicto se suscitó cuando la Señora Everett, quien era propietaria del 95% de EAGB continuó operando bajo el nombre de Building Werks, es decir cuando quitaron el nombre de PDRI y eliminaron al Señor Everett como propietario principal. Esta empresa atendió a los mismos clientes, desde el mismo lugar comercial y negociaba en base a la reputación construida por PDRI.

Ante ello, PDRI inicio un arbitraje, dentro del cual se determinó que la Señora Everett estaba obligada por el acuerdo de franquicia bajo la doctrina de estoppel de beneficios directos, pues se evidenció que las actuaciones por los Señores Everett tenían como fin evitar las disposiciones de no competencia. El tribunal arbitral emitió un laudo unánime contra la Señora Everett.

En razón de ello, PDRI acudió al tribunal de distrito y solicitó la ejecución del laudo arbitral, y, paralelamente a esa situación, la Señora Everett solicitó la anulación del laudo arbitral. Para sorpresa de PDRI, dicho tribunal sostuvo que la Señora Everett no se benefició directamente de la franquicia y, por lo tanto, no estaba obligada por la cláusula de arbitraje. Es así que, el tribunal anuló el

laudo arbitral y consideró que el beneficio para la Señora. Everett era indirecto porque fluía a través de su participación en la propiedad de EAGB y su relación con el Sr. Everett, pero no directamente con ella.

Pretensión: PDRI apela la decisión del tribunal de distrito de anular el laudo arbitral. PDRI sostiene que dicho laudo obliga a la Señora Everett, ya que el hecho de que no haya firmado el contrato de franquicia no limita la obligación de arbitrar. Pese a que existía una obligación de firmar dicho contrato, que era de conocimiento de la Señora Everett.

Además, sostiene que la Señora Everett recibió beneficios económicos directos que no habrían existido de no ser por el contrato de franquicia y, que su nuevo negocio Building Werks no existiría si no fuera por la franquicia de PDRI.

Contestación: La Señora Everett sostiene que la cláusula de arbitraje contenida en el contrato de franquicia es inválida en razón de la Ley de Wisconsin (WDFL). Por otro lado, señala que, la cláusula arbitral fue inconcebible.

También sostiene que hubo una vulneración al debido proceso y finalmente argumenta que el tribunal arbitral excedió sus facultades y mostró una inclinación a favor de PDRI, basándose en dos factores: primero, que la estructura del tribunal exhibió sesgo porque estaba compuesto por propietarios de franquicias de PDRI, y segundo, que las comunicaciones ex parte entre las partes y los miembros del panel de arbitraje perjudicaron el procedimiento.

Decisión:

Para resolver este caso, es necesario determinar si la Señora Everett recibió un beneficio directo del contrato de franquicia o si, como determinó el tribunal de distrito, algún aspecto de la relación de la Sra. Everett con la franquicia o su esposo, hizo que algún beneficio que ella recibiera fuera indirecto.

Bajo esa línea, la doctrina del estoppel de beneficios directos, una parte no signataria no puede evitar el arbitraje si "busca a sabiendas los beneficios del contrato que contiene la cláusula de arbitraje", es decir, para activar la doctrina, el beneficio recibido por el no signatario debe derivar directamente del acuerdo. Por tanto, un beneficio derivado del propio acuerdo es directo. Sin

embargo, un beneficio derivado de la explotación de la relación contractual de las partes de un acuerdo, pero no el acuerdo en sí, es indirecta.

Para ilustrar los beneficios indirectos, el tribunal de distrito se basó en Thomson – CSF v. American Arbitration Association: *“Dos empresas acordaron comerciar exclusivamente entre sí. Un competidor externo obtuvo una de las empresas con la intención de sacar a la otra empresa del negocio. El signatario no adquirido ahora estaba obligado contractualmente a comerciar solo con la subsidiaria de su competidor, y el tercer competidor explotó entonces el contrato comercial y se negó a comerciar con la otra empresa. Si bien el acuerdo comercial fue crucial para el beneficio que obtuvo el tercero al cerrar su competencia, el acuerdo no fue la fuente directa del beneficio; más bien, la fuente del beneficio fue la capacidad del tercero para explotar la relación contractual”*.

En ese sentido, el tribunal determinó que, como esposa y copropietaria del Señor Everett, tenía derecho a compartir las ganancias de la franquicia, pero que los beneficios eran indirectos ya que se derivaban de su esposo y la corporación.

Sin embargo, consideramos que esta es una interpretación demasiado estrecha de la preclusión de beneficios directos. Pues, la Señora Everett no estaba simplemente explotando la relación contractual entre EAGB, el Señor Everett y PDRI, sino más bien el beneficio del contrato en sí, es decir, poseía y operaba la franquicia de PDRI, de manera que la Señora Everett recibió los mismos beneficios que su esposo.

Por lo que, se sostiene que este caso no es análogo al de Thomson, puesto que el hecho de que los Señores Everett evitaran incluir a la Señora Everett al contrato de franquicia para quedar libres de las obligaciones, demuestra que buscaban obtener los beneficios del contrato de franquicia para ambos, sin dejar de poder evitar algunas de las obligaciones al tergiversar la propiedad y el interés operativo de la Señora Everett en EAGB.

Por lo tanto, la conclusión del tribunal de distrito de que cualquier beneficio que la Señora Everett obtuvo del contrato de franquicia se filtró a través de su participación en la propiedad de EAGB y, por lo tanto, se consideraría indirecto es inapropiado. Pues, se evidencia claramente que EAGB existía únicamente debido al contrato de franquicia, ya que PDRI requirió que el Señor Everett

creara EAGB para calificar para el acuerdo de franquicia y además estipuló que EAGB solo podría usarse para administrar la franquicia. Por ello, decir que los beneficios de la franquicia fueron indirectos al fluir primero a EAGB y luego a la Señora Everett es una interpretación errónea de la doctrina de la preclusión de beneficios directos.

Ahora bien, sobre las alegaciones que realiza la Señora Everett, en relación a que la cláusula es inválida, es claro que el acuerdo de franquicia incorporó la ley de Wisconsin mediante una enmienda al acuerdo, y adoptó específicamente las protecciones de la WDFL. Como resultado, no hay duda de que la WDFL rige cualquier arbitraje que surja del acuerdo. Sin embargo, esto no significa, como argumenta la Sra. Everett, que la cláusula de arbitraje sea automáticamente invalidada por la incorporación de la WDFL.

Respecto a que el acuerdo es inconcebible, cabe aclarar que dicho acuerdo no es el típico contrato de consumo que involucra a una parte muy sofisticada y sin sofisticación. En cambio, los términos del acuerdo aquí fueron negociados por dos partes sofisticadas. Sugerir, como lo hace la Señora Everett, que el equilibrio de poder entre PDRI y el Señor Everett, un hombre de negocios experimentado, era tan unilateral que privó al último de cualquier elección significativa, o que los términos eran tan irrazonables como para estar fuera de cualquier noción de relaciones comerciales normales es malinterpretar la doctrina de la falta de conciencia.

En relación a una supuesta violación al derecho de debido proceso de la Señora Everett, es evidente que ninguna de las partes involucradas son actores estatales y, que el caso en el que se sostiene la Señora Everett enmarca la violación al debido proceso dentro del contexto de discriminación racial.

Finalmente, la afirmación sobre que existió un favoritismo por parte del tribunal arbitral hacia PDRI, no es aceptable, puesto que la evidencia de sesgo debe demostrar que los árbitros tenían un interés personal en el resultado del arbitraje, simplemente mostrar una relación financiera entre los árbitros y una de las partes no es suficiente. Y tampoco pudo demostrar que las comunicaciones ex parte entre los árbitros y las partes perjudicaran el procedimiento de alguna manera.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: https://casetext.com/case/renee-everett-bldg-werks-of-wi-llc-v-paul-davis-restoration-inc-2?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_jUhlL6u7O9wdAU744UmtWfZn1vNIjEoCY5W05TB9ybE-1631742424-0-gqNtZGzNAmWjcnBszQu9 Consultado el 15/09/2021.

VOCES: CORRUPCIÓN – CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN –
ARBITRABILIDAD – CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Laudo CCI N°10518

*Marianne G. Castro Coste**

Fecha: 2002

Tribunal: Tribunal arbitral con sede en Nueva York.

Hechos: El demandante (contratista) y el demandado (propietario) celebraron un contrato para la construcción de una instalación industrial en un país del Asia Sudoriental. El contrato estaba regido por la ley de Nueva York. Entre las partes surgieron controversias relacionadas a la ejecución del contrato.

Durante los procedimientos de arbitraje iniciados para resolver dichas controversias, el demandado planteo una cuestión previa al alegar que el demandante no podía obtener reparación por haber conseguido el contrato sobornando a los asesores del demandado y por haber omitido información acerca de los sobornos y comisiones secretadas pagadas a los mismo.

En la fase inicial del arbitraje, el tribunal arbitral consideró esas alegaciones y procedió a dictar un laudo parcial en el que concluía que la existencia de soborno no hacía inejecutable el contrato ni impedía al demandante continuar con sus demandas. En una segunda fase, el tribunal arbitral dictaminó que la

* Abogada de la División de Litigios e Inmobiliario de la oficina de abogados Puello Herrera | Alies | Pascal (APH Abogados), en la República Dominicana. Licenciada en Derecho, abogada de los Tribunales de la República Dominicana, maestrante en la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid – España, en Derecho Penal Económico. Asociada en Arbitraje Alumni.

solución apropiada era permitir que el demandante recuperara sus desembolsos realizados en dinero de bolsillo, pero sin ningún beneficio.

El remedio para el soborno: Las partes más allá del conflicto, debían elegir conforme a la Ley de Nueva York, cuál era el remedio apropiado a aplicar por el soborno y que todas las partes estuviesen de acuerdo.

La postura inicial del demandado era que el único remedio permitido bajo la Ley de Nueva York es completar el rechazo del reclamo que busca la culpabilidad de este. El tribunal declinó esta posición en su laudo parcial fase I. En fase II, el demandado solicita y sugiere un remedio alternativo en virtud del “Gerzof case”. Este remedio se trata de compensar al demandante solo por los gastos inesperados, con el fin de que el demandante no se beneficiara de lo contaminado.

El remedio propuesto por el demandante permitiría recuperar el costo de su trabajo más cualquier beneficio, sujeto solamente a la deducción de ese importe de los sobornos pagados. El abogado de la parte demandante argumentó sobre el caso “Donemar Inc v. Molloy, et al, 212, NY, 360, 1930) donde indicaba que Donemar decía que sacas la comisión secreta y te quedas con el precio neto”

Así es como, el abogado de la parte demandante establecía que el remedio era permitir a su defendido recuperar lo que le correspondía de su contrato sin el monto sobornado.

La evolución de la Ley de Nueva York respecto al soborno: Tanto las cortes como las legislaciones de Nueva York han tenido que lidiar con el soborno comercial. En el año 1905, la legislación consideró como una falta el soborno. Detrás de esta acción por parte de los legisladores se encuentra el caso “Sorlin v. The Fourteenth Street Store, 108, NY, 830, 833-34”, el cual establecía lo siguiente:

La práctica corrupta de ofrecer secretamente a sirvientes, agentes y empleados para inducirlos a realizar un contrato para sus amos o empleadores, se haya expandido en este Estado hasta un punto tan alarmante que las tendencias del vicio, deshonestidad e inmoralidad atrajeron la atención de la legislación y su sesión en el 1905 para

declarar como una falta el recibir o aceptar un soborno de cualquier naturaleza.

La legislación se refirió al caso anteriormente mencionado, por igual en el código penal, artículo o180, el cual determinaba que:

La persona que culpable de un soborno comercial de segundo grado cuando ofrece o confiere o acuerda a conferir cualquier beneficio para su empleador, agente o fiduciario sin el consentimiento de un empleador de mayor rango, con intención de influenciar su conducta en dicho empleador, agente o fiduciario de rango mayor.

La decisión del caso “Gerzof”: En el 1968, la corte de apelación decide sobre este caso de “Gerzof. Vs Sweeney, et al, 22, NY, 2d 297” Este caso en el cual el tribunal arbitral basó su laudo parcial fase I, parte de la regla de *Sirkin-McConnel* en la que se permitía que al que habían sobornado recibiera y recuperara parte de dicho fraude.

En la búsqueda de este resultado, el Juez presidente Fuld tomo en consideración a la unanimidad en la corte y los casos anteriores a este. En decidir cuál era el remedio más apropiado, el tribunal seguiría el derecho común y el sentido común.

Este caso fue interpuesto por un contribuyente frente al alcalde de un pueblo de zona franca y la empresa de manufactura Nordberg. Este último vende un generador de 5,000 kilowatt al pueblo, el cual tenía originalmente un generador de 3,500 kilowatt.

La venta fue realizada porque la manufactura Nordberg había convencido a la junta del pueblo que eran necesario este cambio. Como eran los únicos con un generador tan amplio, el pueblo aceptó por el monto de 757,625. El juicio demostró que Nordberg debía devolver ese monto y que el pueblo se quedaría con el generador de 5,000 kilowatts. La corte de apelación modifico esto último y permitió que Nordberg retirara el generador luego de devolver el dinero.

La postura de las partes frente al remedio: El demandado propuso un remedio que tendría el efecto de limitar cualquier recuperación de parte del demandante

a el “de los gastos inesperados”. Este remedio pudiera privarlo de cualquier beneficio.

El demandante ha propuesto que el remedio sea simple, la reducción del balance del contrato que el pertenece al demandando por haber sido el monto de soborno, y la devolución del dinero neto de dicho contrato. En cuanto a los argumentos a su favor, el abogado de la parte demandante dividió sus argumentos en tres puntos importantes:

1. Demandado y Demandante son ambos responsables: El primer argumento del demandante es que el plan de soborno fue iniciado por un tercero, el presidente de la empresa demandante y otro tercero quien presuntamente laboraba para la parte demandante.

Se determinó que a pesar de que el tercero pudo iniciar el soborno, no fue este el autor de dicho plan de soborno. La posición fue llenada por un nuevo sospecho a través del caso. El tribunal concluye que el demandante no ha establecido la evidencia de que el demandado o cualquiera de sus empleados ha tenido que ver con el plan de soborno.

2. Los daños actuales al demandado son pequeños: otro de los puntos expresados por la parte demandante es que si bien es cierto no existió un daño grave, los montos del contrato son excesivamente altos y esas pérdidas se pudieron evitar para el pueblo.

3. La defensa comparativa de la mala conducta: Este último argumento se establece con una pregunta retórica: ¿Dónde está el conocimiento de responsabilidad del demandado frente a sus ejecutivos? ¿Si aceptamos que ambas partes son corruptas, cual es el sentido de esta disputa?

Lo que el tribunal arbitral consideró como irrelevante para el caso pues no tiene conexión con el acto en sí. Si el demandante hubiese establecido quien realmente era el autor o coautor el resultado sería otro.

El caso Gezof no controla: En fase II, este caso no controla la disputa. En esta fase, la parte demandante sugiere que el tribunal debe encontrar el remedio de este soborno en “*Donemar, Inc. V. Malloy, 252, NY 360 (1930)*” Este establece que:

Donemar dice que se saca la comisión secreta (lo pagado por el soborno) y permitir a la parte recuperar lo neto del contrato.

El abogado de la parte demandante se mantiene firme en este remedio para el caso.

El remedio elegido por el tribunal: El tribunal encuentra que el remedio propuesto por la parte demandante, la cual permitiría que esta recupere los costos y beneficios más no los montos sobornados, es inconsistente frente a los precedentes en Nueva York.

El caso de Donemar no apoya la postura de la demandante, ya que, en ese caso el comprador demandado al vendedor para recuperar el monto de un alegado soborno que había sido pagado por el vendedor a un empleado del comprador con el fin de obtener un acuerdo favorable. En el tribunal de primera instancia entendía que el vendedor tenía daños nominales.

La corte concluye que el comprador había sufrido daños y reenvió el caso a un tribunal de primera instancia para determinar un acuerdo.

Después de haber considerado los argumentos presentados por las partes y los hechos de este caso, el tribunal de manera unánime concluye que el remedio apropiado es el propuesto por la parte demandada, el cual es basado en el caso de Gerzof, y en efecto, permitiría al demandante recuperar los gastos inesperados del proyecto, pero no los beneficios. Este resultado es consistente con la esencia de Gerzof en que es lo justo para la víctima.

Disidencia: No hubo disidencia ya que resolvió un árbitro único.

Ubicación del precedente: ICC ICArb. Bull. sup. (2013, p. 39)

VOCES: ARBITRAJE DE MATERIAS RELACIONADAS A LA LIBRE COMPETENCIA – OBLIGACIÓN DEL CONGRESO DE EXCLUSIÓN EXPRESA DE LA ARBITRABILIDAD DE MATERIAS RELACIONADAS A LA LIBRE COMPETENCIA.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler
Chrysler-Plymouth, Inc.*

*César Quiñones Costa**

Fecha: 2 de julio de 1985

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América

Hechos: El demandante y contrademandado (el “Demandante”), una empresa japonesa que produce automóviles (“Mitsubishi Motors”), es el producto de un joint venture entre Chrysler International S.A. (“CISA”) y una empresa japonesa (“Mitsubishi Heavy Industries”). El Demandante tenía como giro de negocios la distribución de sus automóviles a través de dealers de Chrysler fuera de Estados Unidos continental. El demandado y contrademandante (el “Demandado”), una empresa puertorriqueña, celebró un contrato de venta y distribución (el “Contrato”) con CISA. El Contrato, del que el Demandante también era parte, contenía una cláusula que preveía el arbitraje de todas las disputas relacionadas a ciertas cláusulas del Contrato ante la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón. Así, cuando los intentos de solucionar amigablemente una controversia relacionada al bajo nivel de ventas de nuevos

* Practicante de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia en Indecopi. Estudiante de décimo segundo ciclo de derecho en la Universidad de Lima. Con estudios de intercambio en la Universidad de Salamanca y en la Universidad Católica de Colombia.

automóviles fallaron, el Demandante detuvo el embarque de automóviles al Demandado, que refirió que no era responsable por aquellos.

El Demandante inició un procedimiento en una Corte de Distrito Federal de los Estados Unidos de América (la “Corte de Distrito”) bajo la Federal Arbitration Act (la “Ley Federal de Arbitraje”) y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (la “Convención de Nueva York”), buscando una orden para obligar a arbitrar determinadas disputas bajo el convenio arbitral contenido en el Contrato. El Demandado contestó la demanda y presentó una contrademanda, aseverando, entre otras cosas, causas de acción bajo la Sherman Act (la “Ley Sherman”) y otras leyes. La Corte de Distrito ordenó el arbitramiento de la mayor parte de las cuestiones levantadas por la demanda y la contrademanda, incluidas determinadas cuestiones relacionadas a regulación de libre competencia federal.

A pesar de la doctrina de *American Safety Equipment Corp. c. J. P. Maguire & Co.*, seguida uniformemente por las Cortes de Apelaciones, que refiere que los derechos conferidos por las leyes de libre competencia no son idóneos para su tutela en la vía arbitral, la Corte de Distrito, guiándose en el precedente *Scherk c. Alberto-Culver Co.*, sostuvo que el carácter internacional de la empresa en cuestión requería la ejecución de la cláusula arbitral inclusive para las pretensiones relacionadas a la libre competencia. La Corte de Apelaciones para el Primer Circuito de los Estados Unidos de América (la “Corte de Apelaciones”) revirtió el fallo de la Corte de Distrito, en el extremo de permitir el arbitraje sobre asuntos relacionadas a libre competencia.

Pretensión: Se pide a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (la “Corte Suprema”) que determine si la Ley Federal de Arbitraje permite la arbitrabilidad de reclamaciones derivadas de la Ley Sherman, en el contexto de una cláusula arbitral en un contrato que viabiliza una transacción comercial internacional.

Contestación: El Demandado sostiene que i) en tanto el convenio arbitral no contempla expresamente la posibilidad de arbitrar cuestiones derivadas de la ley (*statutory claims*), deberá entenderse que el convenio arbitral no permite la posibilidad de arbitrar cuestiones derivadas de la ley; ii) las controversias relacionadas a la libre competencia no son arbitrables de acuerdo a lo

establecido en la Ley Federal de Arbitraje, de acuerdo al razonamiento adoptado por la Corte de Apelaciones.

Decisión:

1. La Ley Federal de Arbitraje no contiene una presunción en contra de la arbitrabilidad de cuestiones derivadas de la ley o reclamaciones legales.

No hay razones para apartarse de la política federal que favorece el arbitraje cuando una parte de un convenio arbitral presenta una reclamación con base en un derecho otorgado por la ley. Por tanto, el argumento bajo el cual el hecho de no haber pactado expresamente la arbitrabilidad de reclamaciones derivadas de la ley connotaría que las partes han excluido dicha posibilidad carece de asidero, debiendo limitar en cambio el ámbito objetivo de la cláusula arbitral en cuestión para obtener la exclusión de la posibilidad de arbitramiento.

Debe tenerse en cuenta que la cláusula arbitral del Contrato establecía que *“Todas las disputas, controversias o diferencias que pudieran surgir entre [Mitsubishi] y [Soler] respecto o con relación a los Artículos I-B a V de este Contrato o por su incumplimiento, serán finalmente resueltas por arbitraje en Japón, de acuerdo a las reglas y reglamentos de la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón”*¹.

Asimismo, la Corte Suprema refirió en este extremo que *“Soler razona que, en atención a que se encuentra dentro de la clase a la que la normativa federal y local de libre competencia beneficia, y en tanto que la cláusula arbitral en cuestión no menciona dichas leyes o a las leyes en general, la cláusula no puede ser leída en el sentido de que contempla la arbitrabilidad de estas cuestiones legales. Nosotros no estamos de acuerdo, puesto que no encontramos orden en la Ley Federal de Arbitraje que permita inferir que*

¹ Traducción propia de *“all disputes, controversies or differences which may arise between [Mitsubishi] and [Soler] out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association”*.

en todo contrato bajo su influencia exista una presunción en contra del arbitramento de cuestiones legales”².

Agrega la antedicha corte que se encuentra muy lejos del tiempo en el que “*la suspicacia judicial de la deseabilidad del arbitraje y de la competencia de los tribunales arbitrales impedían el desarrollo del arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de controversias*”³ y que “*al acceder a arbitrar una cuestión legal, una parte no renuncia al derecho sustantivo otorgado por la ley; solo la somete a su resolución en sede arbitral, en vez de judicial. Intercambia los procedimientos y la oportunidad de revisión de la corte judicial por la simplicidad, informalidad y rapidez del arbitraje. (...) Al haberse aceptado arbitrar, la parte debe ser obligada a hacerlo salvo que el mismo Congreso haya manifestado su intención de impedir la renuncia de remedios judiciales de los derechos legales en cuestión. Nada, mientras tanto, detiene a una parte de excluir reclamaciones legales del ámbito [objetivo] de un acuerdo para arbitrar*”⁴.

2. Los cuestionamientos del Demandado relacionados a la libre competencia son arbitrables de acuerdo a la Ley Federal de Arbitraje.

² Traducción propia de “*Soler reasons that, because it falls between the class for whose benefit the federal and local antitrust laws and dealers’ Acts were passed, but the arbitration clause at issue does not mention these statutes or statutes in general, the clause cannot be read to contemplate arbitration of these statutory claims. We do not agree, for we find no warrant in the Arbitration Act for implying in every contract within its ken a presumption against arbitration of statutory claims*”.

³ Traducción propia de “*when judicial suspicion of the desirability of arbitrations and of the competence of arbitral tribunals inhibited the development of arbitration as an alternative means of dispute resolution*”.

⁴ Traducción propia de “*by agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum. It trades the procedures and opportunity for review of the courtroom for the simplicity, informality, and expedition of arbitration. (...) Having made the bargain to arbitrate, the party should be held to it unless Congress itself has evinced an intention to preclude a waiver of judicial remedies for the statutory rights at issue. Nothing, in the meantime, prevents a party from excluding statutory claims from the scope of an agreement to arbitrate*”.

Las preocupaciones de la comunidad internacional respecto a la jurisdicción de tribunales extranjeros o transnacionales, así como la importancia de la necesidad de predictibilidad en la resolución de disputas del sistema de comercio internacional requieren la ejecutabilidad de la cláusula arbitrar en cuestión, aun si un resultado contrario pudiera ser esperado en un contexto local o doméstico.

La presunción a favor de la libre negociación del foro del arbitraje es reforzada por la política federal a favor de la resolución de controversias a través del arbitraje, política que adquiere especial relevancia en el terreno del comercio internacional. Sobre este punto, la Corte Suprema refiere que “*debe ponderar las preocupaciones de American Safety contra una fuerte creencia en la eficacia del procedimiento arbitral para la resolución de controversias comerciales internacionales, y un compromiso equivalente con la ejecutabilidad de cláusulas de selección de foro libremente negociadas*”⁵. La simple apariencia de una controversia relacionada a la libre competencia no supone en sí misma la invalidación del foro elegido por las partes, por la presunción no probada de que la cláusula arbitral sería nula.

Asimismo, la potencial complejidad de las cuestiones relacionadas a la libre competencia no es motivo suficiente para impedir el arbitraje, ni la existencia de un panel arbitral supone un riesgo demasiado grande respecto a las limitaciones a la conducta de mercado que impone el derecho de la libre competencia. Sobre estos puntos la Corte Suprema refiere que “*la adaptabilidad y el acceso a expertos son contrastes del arbitraje. La anticipación de la materia de la controversia puede ser tomada en consideración cuando los árbitros son elegidos, y las reglas arbitrales típicamente prevén la participación de expertos bien empleados por las partes o elegidos por el tribunal*”⁶ así como que “*se niega a favorecer la*

⁵ Traducción propia de “*we must weigh the concerns of American Safety against a strong belief in the efficacy of arbitral procedures for the resolution of international commercial disputes and an equal commitment to the enforcement of freely negotiated choice-of-forum clauses*”.

⁶ Traducción propia de “*adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration. The anticipated subject matter of the dispute may be taken into account*

*presunción según la cual las partes y el cuerpo arbitral conduciendo un procedimiento son incapaces o no están dispuestos a retener árbitros competentes, conscientes e imparciales*⁷.

Por último, la importancia del remedio de daños (*private damages remedy*) para garantizar el cumplimiento del régimen del derecho de la libre competencia no permite inferir la conclusión de que dicho remedio no pueda ser solicitado o requerido fuera de una corte de Estados Unidos. Sobre esta sección, la Corte Suprema sostiene que “*no hay razón para asumir al inicio de la disputa que el arbitraje internacional no provee un mecanismo adecuado*”⁸ para solicitar un remedio de daños. Añade la antedicha corte que “*para estar seguros, el tribunal arbitral internacional no le debe lealtad a las normas legales de los Estados particulares; por tanto, no tiene una obligación directa de hacer valer sus disposiciones normativas. El tribunal, sin embargo, se encuentra obligado a hacer efectiva la intención de las partes. Donde las partes han acordado que el cuerpo arbitral debe decidir acerca de un conjunto de reclamos que incluye, como en estos casos, algunos relacionados a la aplicación del derecho de la libre competencia americano, el tribunal en consecuencia estará obligado a decidir dicha disputa de acuerdo a la ley nacional que la fundamenta*”⁹. Finalmente, la Corte Suprema refiere que el hecho de que permita que el arbitraje continúe no elimina la posibilidad de revisión de lo decidido. Así, “*las cortes nacionales de Estados Unidos tendrán la oportunidad al momento de la ejecución del laudo para asegurarse de que*

when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal”.

⁷ Traducción propia de “*we decline to indulge the presumption that the parties and arbitral body conducting a proceeding will be unable or unwilling to retain competent, conscientious, and impartial arbitrators*”.

⁸ Traducción propia de “*there is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism*”.

⁹ Traducción propia de “*to be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties. Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim*”.

*los legítimos intereses relacionados a la aplicación de las leyes de libre competencia se hayan amparado”.*¹⁰

Disidencia: Sí hubo disidencia. La opinión disidente no está de acuerdo con la forma en la que la Corte de Apelaciones interpretó la cláusula arbitral, ni con la posición de la Corte Suprema respecto a la interpretación de la legislación federal. En opinión de los disidentes, i) la cláusula arbitral no alcanzaría la reclamación estatutaria según la que los productores de automóviles conspiraron en violación de la formativa de libre competencia, i) una cláusula arbitral no debería ser interpretada de manera normal en el sentido de que cubre un remedio legal que no identifica expresamente, ii) el Congreso no pretendió que la sección 2 de la Ley Federal de Arbitraje aplique a controversias relacionadas a la libre competencia, y iii) el Congreso no pretendió que la Convención de Nueva York se aplique a controversias que no estén cubiertas por la Ley Federal de Arbitraje.

Ubicación del precedente: Disponible en <https://www.loc.gov/item/usrep473614/>. Consultado el 12 de septiembre de 2021.

¹⁰ Traducción propia de “*the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed*”.

VOCES: APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK A
ÓRDENES PROVISIONALES.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Plubicis Communicaton y Plubicis SA
v. True North Communications INSC.
No. 97 C 8263, Expediente 99-1199 y
99-3424, 2000.*

*Scarlett Jaqueline Loayza Orellana**

Fecha: 14 de marzo de 2000

Tribunal: U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit.

Hechos: Plubicis Communication era una empresa de publicidad con sede en París, cuya empresa matriz, Plubicis S.A. tenía sede en Francia. Y True North Communications, era una empresa de publicidad con sede en Chicago. En 1986,

* Licenciada de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (2020). Árbitro extranjero de la Peruvian Chamber of Business (2021). Diplomada en Arbitraje Nacional e Internacional por la Peruvian Chamber of Business (2021). Diplomada en Derecho Bancario por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (2021). Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara de Comercio de Bolivia (2019). Cursante de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Mayor de San Andrés (2021). Investigadora independiente. Participante de la Competencia Nacional de Arbitraje, organizada por la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz - Bolivia, con mención a la mejor memoria (2019). Participante (2019) y oradora (2020) de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Bolivia. Actualmente, trabaja como Paralegal en PPO Legal Abogados.

decidieron formar una empresa conjunta de publicidad, en la cual acordaron arbitrar cualquier disputa que surja de su separación ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil.

Después de unos años, en 1997, ambas empresas decidieron separarse por existir desacuerdos. Entre ellos, cuando True North le solicita la entrega de los registros de impuestos a Publicis.

Dentro de dicho arbitraje, el presidente del tribunal arbitral, Allan Philip, emite una orden en fecha 30 de octubre de 1998, la cual es firmada por y en nombre de los Árbitros, que obliga a Publicis a proporcionar a True North la información fiscal de los años 1994 a 1996 hasta antes del 23 de noviembre de 1998.

Ante el incumplimiento por parte de Publicis, True North acudió al Tribunal del Distrito Norte de Illinois para confirmar la decisión arbitral. La jueza Joan Gottschall confirmó dicha decisión bajo la aplicación de la Convención de Nueva York.

Lo irónico del caso, radica en que, ya en esta instancia, True North confirma que recibió todos los registros fiscales que quería y que está satisfecho. Sin embargo, Publicis insiste en que, pese a que True North se encuentra satisfecho, aún no entregó todos los registros descritos expresamente en la orden emitida por el tribunal arbitral y por tanto no se cumplió a cabalidad con la decisión de la jueza Gottschall.

Pretensión: Publicis apela la sentencia de la jueza Gottschall, dictada en el Distrito Norte de Illinois. Publicis sostiene que la orden emitida por el tribunal arbitral es una orden provisional y al no ser definitiva, no puede confirmarse bajo la Convención de Nueva York y, por tanto, enmarca que solo los laudos arbitrales son definitivos y solo esos son sujetos a confirmación.

Además, sostiene que la orden emitida no es definitiva porque no fue firmada por todos los miembros del tribunal arbitral, sino solamente por el presidente.

Contestación: True North sostiene que la Convención permite la confirmación judicial de las sentencias finales, ya sean denominadas laudos u órdenes, e

insiste en que la orden provisional emitida por el tribunal arbitral el 30 de octubre fue definitiva.

Lo anterior en consonancia a que True North buscó la emisión de una decisión y se limitó a buscar reparación del propio tribunal arbitral sobre los registros fiscales, pero el tribunal calificó su decisión como una orden en lugar de laudo.

Decisión:

Para resolver este caso, es necesario determinar si la orden del tribunal arbitral respecto a los registros fiscales fue definitiva o no. Si la decisión del tribunal arbitral del 30 de octubre de 1998 era definitiva, la jueza Gottschall tenía la autoridad para confirmarla, pero si la decisión de los árbitros no fue definitiva, la jueza se apresuró en emitir la decisión.

Bajo esa línea, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, comúnmente conocida como la Convención de Nueva York rige la confirmación judicial de decisiones de arbitraje como esta que surgen de acuerdos entre un ciudadano estadounidense (True North) y un ciudadano de una nación extranjera como Francia que firmó la convención (Publicis). El tribunal confirmará el laudo a menos que encuentre uno de los motivos de denegación o aplazamiento del reconocimiento o ejecución del laudo especificado en dicho Convenio. El artículo V (1) (e) de la convención especifica varias excepciones a la ejecución judicial, incluidos laudos que aún no son vinculantes para las partes.

De manera que, la posición de Publicis es que un fallo arbitral puede ser definitivo en todos los aspectos, pero a menos que el documento contenga la palabra laudo, no es definitivo y no se puede hacer cumplir. Este es un formalismo extremo e insostenible. La Convención de Nueva York, las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas y el uso constante por parte de los comentaristas de la etiqueta laudo cuando se discuten las decisiones arbitrales finales no confieren un significado trascendental al término. Su tratamiento de laudo como intercambiable con final no significa necesariamente que sinónimos como decisión, opinión, orden o fallo no puedan ser también definitivos. El contenido de una decisión, no su nomenclatura, determina la finalidad.

En ese sentido, en cuanto a si Publicis tuvo que entregar los registros de impuestos de True North de 1994 a 1996, la orden del tribunal de arbitraje del 30 de octubre parece definitiva, pues el tribunal resumió la posición de True North en base a que su reclamo es extremadamente urgente y está bien fundado, y que el argumento de Publicis de que no existe urgencia y que el asunto puede decidirse junto con los otros reclamos no es aceptable

Es así que, la orden del tribunal resolvió la disputa planteada por True North, pues la entrega de los documentos no era solo una cuestión de procedimiento, era el mismo tema que True North quería que se arbitrara. El tribunal indicó que la entrega de los documentos no debe esperar la confirmación final en el laudo definitivo. Pues, al no permitir que True North haga cumplir una decisión que el tribunal calificó de urgente frustraría el propósito de la orden del tribunal. Ya que, un fallo sobre un asunto discreto y urgente puede ser definitivo y estar listo para su confirmación, aunque los árbitros aún deben abordar otras reclamaciones posteriormente.

Por otro lado, al igual que su argumento formalista sobre la diferencia entre un laudo y una orden, Publicis considera que la decisión del tribunal del 30 de octubre no puede ser definitiva porque fue firmada solo por el presidente del tribunal arbitral Philip. Sin embargo, según las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas, se supone que los laudos finales deben estar firmados por los tres árbitros y, en caso contrario, deben explicar cualquier firma que falte.

Dicho argumento carece de fundamento. En primer lugar, el presidente del tribunal, Philip, firmó la decisión "por y en nombre" de los demás árbitros. A instancias de la jueza Gottschall, los otros dos árbitros también firmaron posteriormente la decisión.

Si la decisión del tribunal no fue definitiva, si el tribunal realmente no tenía la intención de finalizarla hasta eones después, si True North tuvo que esperar para hacer cumplir este asunto urgente hasta que todos los demás asuntos fueran arbitrados hasta el final, entonces la decisión del 30 de octubre fue una pérdida de tiempo sin sentido. A pesar de algunas posibles fallas técnicas superficiales, ya pesar de su designación como una "orden" en lugar de un "laudo", la decisión del tribunal de arbitraje, en cuanto a esta parte del caso, fue definitiva. Y este es nuestro juicio final.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/206/206.F3d.725.99-3424.99-1199.html> Consultado el 14/09/2021.

VOCES: NO SIGNATARIOS DEL ACUERDO ARBITRAL – ACUERDO ARBITRAL – CONSENTIMIENTO – BENEFICIO INDIRECTO DEL NO SIGNATARIO.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Thompson CSF v. American Arbitration Association. No. 1565, Expediente 94-9118, 1995.

*María Eugenia Ferreyra**

Fecha: 24 de agosto de 1995

Tribunal: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit.

Hechos: Rediffusion Simulation Limited (Rediffusion) era una empresa británica dedicada al negocio de la construcción de simuladores de vuelo para la formación de pilotos. En 1986, Rediffusion celebró un "Acuerdo de trabajo" con Evans Sutherland Computer Corporation (ES), ubicado en Salt Lake City, Utah.

El 31 de diciembre de 1993, se vendió Rediffusion a Thomson, que lo rebautizó como "Thomson Training and Simulation Limited" (Thomson). En el momento en que Thomson comenzó a contemplar públicamente la adquisición de

* Asociada en Arbitraje Comercial Internacional en ECIJA INTEGRUM, Guatemala. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Facultad de Derecho U.N.C para el Moot UBA. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad San Carlos de San Marcos, Guatemala para el Moot CRECIG, Guatemala y Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad Rafael Landívar Guatemala para el Moot Cross Examination.

Rediffusion, ES informó a Thomson que, que al comprar Rediffusion, tanto la división de sistemas de capacitación y simulación de Rediffusion como de Thomson tendrían que comprar todo el equipo de imagen generado por computadora necesario de ES.

En respuesta, Thomson escribió a ES para que renunciara a esas disposiciones del Acuerdo de trabajo que ES cree que es vinculante para Thomson. Thomson, sin embargo, no admitió estar vinculado por el Acuerdo de trabajo de Rediffusion. De hecho, cuando quedó claro que Thomson y ES no podían llegar a ningún acuerdo antes de la adquisición de Rediffusion por parte de Thomson, Thomson informó explícitamente a ES que no estaba adoptando el Acuerdo de trabajo y no se consideraba obligado por el Acuerdo de Rediffusion que Thomson no había negociado ni firmado.

A pesar de la falta de definición de "partes" en el Acuerdo de Trabajo, el tribunal de distrito determinó que el término "partes" tenía la intención de significar "ES y Redifusión " y que también tenía la intención de incluir a los afiliados de las partes. En consecuencia, la cláusula de arbitraje en el Acuerdo de Trabajo pretendía vincular no solo a Rediffusion, sino también a sus afiliadas, a saber, Thomson (dado que Thomson controlaba indiscutiblemente a Rediffusion).

Pretensión: Thomson-CSF, SA ("Thomson") apela la sentencia del tribunal de distrito, dictada en el *U.S. District Court for the Southern District of New York*, Thomson afirma que el tribunal de distrito lo obligó de manera imprevista a arbitrar contra ES basándose en un acuerdo de arbitraje entre ES y la subsidiaria de Thomson, del cual Thomson no era signatario.

Contestación: ES sostiene que Thomson está obligado al arbitraje, basándose en un acuerdo de arbitraje entre ES y la subsidiaria de Thomson, Rediffusion.

Que Thomson incorporó a Rediffusion en su propia estructura organizativa y de toma de decisiones y que Thomson se benefició de esa incorporación.

A primera vista, estos hallazgos fácticos parecen suficientes para vincular a Thomson a la cláusula de arbitraje de su subsidiaria.

El acuerdo de trabajo disponía que Rediffusion compraría equipos de imágenes generados por computadora exclusivamente de ES y, a cambio, ES suministraría

su equipo de imágenes solo a Rediffusion. ES admite que Thomson nunca ha adquirido, ni buscado adquirir, equipos de imágenes de ES. Más bien, ES afirma una teoría del beneficio bajo el Acuerdo de Trabajo que en esencia equivale a una violación antimonopolio. Según ES, Thomson compró Rediffusion (su único competidor serio en la industria de la simulación de vuelo) para evitar que Rediffusion compita; al incorporar Rediffusion en su propia estructura, Thomson pudo eliminar del mercado todos los simuladores que utilizan equipos de imágenes ES. Debido a que ES estaba obligado por contrato a suministrar sólo a Rediffusion con equipos de imagen, se le excluyó efectivamente del mercado. Por tanto, ES sostiene que Thomson se benefició del acuerdo de trabajo al eliminar a ES como competidor.

Decisión:

I. Bases tradicionales para la vinculación de no signatarios.

Esta Corte ha reconocido una serie de teorías según las cuales los no signatarios pueden estar sujetos a los acuerdos de arbitraje de otros. Esas teorías surgen de los principios del derecho consuetudinario del derecho contractual y de agencia. En consecuencia, hemos reconocido cinco teorías para obligar a los no signatarios a los acuerdos de arbitraje: 1) incorporación por referencia; 2) asentimiento tácito; 3) agencia; 4) levantamiento del velo / alter ego; y 5) Estoppel.

A. Incorporación por referencia

Un no firmante puede obligar a ir a arbitraje a una de las partes de un acuerdo de arbitraje cuando esa parte ha entrado en una relación contractual separada con el no firmante que incorpora la cláusula de arbitraje existente. Como señaló el tribunal de distrito, ES no ha intentado demostrar que el Acuerdo de trabajo se incorporó a ningún documento adoptado por Thomson. Por tanto, Thomson no puede estar sujeto a una teoría de incorporación.

B. Asentimiento Tácito

En ausencia de una firma, una parte puede estar obligada por una cláusula de arbitraje, si su conducta posterior indica que está asumiendo la obligación de arbitrar. Si bien Thomson era consciente de que el Acuerdo de trabajo pretendía

vincularlo como "filial" de Rediffusion, Thomson no manifestó en ningún momento la intención de quedar vinculado por ese Acuerdo. De hecho, Thomson rechazó explícitamente cualquier obligación derivada del Acuerdo de trabajo y presentó esta acción buscando una declaración de no responsabilidad en virtud del Acuerdo. En consecuencia, no se puede decir que Thomson asumiera la obligación de arbitrar.

C. Agencia

Los principios tradicionales de la ley de agencia pueden obligar a un no signatario a un acuerdo de arbitraje. Debido a que el Acuerdo de Trabajo se firmó mucho antes de que Thomson comprara Rediffusion. Thomson no podía estar sujeto a una teoría de agencia.

D. Perforación del velo / Alter Ego

En algunos casos, la relación corporativa entre una matriz y su subsidiaria es lo suficientemente cercana como para justificar la perforación del velo corporativo y responsabilizar legalmente a una corporación por las acciones de la otra. Sin embargo, como cuestión general, una relación corporativa por sí sola no es suficiente para vincular a un no signatario a un acuerdo de arbitraje.

ES no ha demostrado que Thomson ejerciera el grado de control sobre Rediffusion necesario para justificar la perforación del velo corporativo. Si bien el tribunal de distrito determinó que "*Thomson tiene propiedad común con Rediffusion; que Thomson en realidad controla Rediffusion;.. Y que Thomson incorporó a Rediffusion en su propia estructura organizativa y de toma de decisiones*", el tribunal de distrito no encontró un abandono de la estructura societaria. ES no ha mostrado una ausencia de formalidades corporativas, ni ha mostrado una mezcla de finanzas corporativas y dirección. Más bien, como determinó el tribunal de distrito, Rediffusion continuó funcionando como una entidad distinta incorporada estrechamente a la estructura corporativa existente de su empresa matriz, Thomson. En consecuencia, a la luz de la totalidad de las circunstancias, Thomson no puede estar obligado por el acuerdo de arbitraje de Rediffusion bajo una teoría de la perforación del velo / alter ego.

E. Estoppel

El tribunal de distrito no analizó el caso en cuestión bajo una teoría de preclusión, el tribunal determinó específicamente que:

Thomson había recibido notificación del Acuerdo de trabajo antes de completar la compra de Rediffusion, que ES expresó la intención de vincular a Thomson con el Acuerdo antes de completar la compra de Rediffusion, que Thomson incorporó Rediffusion en su propia estructura organizativa y de toma de decisiones, y que Thomson se benefició de esa incorporación.

A primera vista, estos hallazgos fácticos parecen suficientes para vincular a Thomson a la cláusula de arbitraje de su subsidiaria. Sin embargo, tras una inspección más cercana, la determinación del tribunal de distrito de que Thomson obtuvo un beneficio directo del Acuerdo de Trabajo es errónea.

Ya que ES admite que Thomson nunca ha adquirido, ni buscado adquirir, equipos de imágenes de ES.

Si Thomson se hubiera beneficiado directamente del Acuerdo de trabajo al tratar de comprar equipos de ES o al hacer cumplir las disposiciones de exclusividad del Acuerdo, no podría evitar el arbitraje. El beneficio que ES afirma, sin embargo, se deriva directamente de la compra de Rediffusion por parte de Thomson, y no del Acuerdo de Trabajo en sí; Thomson no recibió ningún beneficio del acuerdo de trabajo (a diferencia de la adquisición). Por lo tanto, Thomson no está obligada por el acuerdo de arbitraje de su subsidiaria.

Varios tribunales de apelación han reconocido una teoría alternativa de impedimento legal que requiere el arbitraje entre un signatario y un no signatario.

En estos casos, un signatario estaba obligado a arbitrar con un no signatario ante la insistencia del no signatario debido a *"la estrecha relación entre las entidades involucradas, así como la relación de los supuestos agravios con las obligaciones y deberes del no signatario en el contrato... y el hecho de que las reclamaciones estaban 'íntimamente fundadas y entrelazadas con las obligaciones contractuales subyacentes"*.

El tribunal de distrito determinó que la administración de Rediffusion y Thomson estaban estrechamente relacionadas. Además, ES sostiene que las

alegaciones contra Thomson están "*íntimamente fundadas y entrelazadas*" con el Acuerdo de trabajo. No obstante, Thomson no puede estar obligado a arbitrar bajo esta línea de casos.

Porque el arbitraje es estrictamente una cuestión de contrato; si las partes no han acordado arbitrar, los tribunales no tienen autoridad para ordenar que lo hagan. En la línea de casos discutidos anteriormente, los tribunales sostuvieron que las partes no podían evitar el arbitraje porque habían celebrado acuerdos de arbitraje por escrito, aunque con los afiliados de esas partes que afirmaban el arbitraje y no los partidos mismos. Sin embargo, no se puede impedir a Thomson negar la existencia de una cláusula de arbitraje de la que es signatario porque no existe tal cláusula. En ningún momento Thomson indicó su voluntad de arbitrar con E S. Por lo tanto, el tribunal de distrito determinó correctamente que estos casos de impedimento legal eran inapropiados e insuficiente justificación para obligar a Thomson a un acuerdo que nunca firmó.

Además, todos estos casos de impedimento legal involucran reclamos que están integralmente relacionados con el contrato que contiene la cláusula de arbitraje. No se puede decir lo mismo del caso que nos ocupa. Como se discutió anteriormente, las reclamaciones de ES contra Thomson equivalen a la afirmación de que Thomson compró Rediffusion para eliminarlo como competidor. Si bien una causa de acción puede estar en contra de Thomson por tales supuestas prácticas comerciales predatorias, la violación difícilmente puede caracterizarse como surgida o relacionada integralmente con el Acuerdo de Trabajo entre ES y Rediffusion. Por lo tanto, la analogía con esta línea de casos de estoppel nuevamente debe fallar.

Un no firmante no puede estar obligado a arbitrar, excepto según lo dicte alguna teoría aceptada en virtud de la ley de agencia o de contrato.

Este beneficio indirecto que ES afirma y el tribunal de distrito adopta implícitamente no es el tipo de beneficio que este Tribunal concibió como base para impedir que un no firmante evite el arbitraje. Si Thomson se hubiera beneficiado directamente del Acuerdo de trabajo al tratar de comprar equipos de ES o al hacer cumplir las disposiciones de exclusividad del Acuerdo, no podría evitar el arbitraje. El beneficio que ES afirma, sin embargo, se deriva directamente de la compra de Rediffusion por parte de Thomson, y no del Acuerdo de Trabajo en sí; Thomson no recibió ningún beneficio del acuerdo de

trabajo (a diferencia de la adquisición). Por lo tanto, Thomson no está obligada por el acuerdo de arbitraje de su subsidiaria.

El arbitraje es estrictamente una cuestión de contrato; si las partes no han acordado arbitrar, los tribunales no tienen autoridad para ordenar que lo hagan.

En consecuencia, la sentencia del tribunal de distrito se revierte y se remite para procedimientos consistentes con lo anterior.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: <https://casetext.com/pdf-sent?returnPath=case%2Fthomson-csf-sa-v-american-arbitration-assn>
Consultado el 22/05/2021.

**VOCES: NO SIGNATARIOS DEL ACUERDO ARBITRAL – ASSIGNMENT –
CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.**

FINLANDIA

Laudo CCI N°13085

*Kevin Alarcón Chunga**

Fecha: 2005.

Tribunal: Árbitro Único con sede en Helsinki.

Hechos: El Proveedor suscribió un contrato con el Cliente (“Acuerdo con el Cliente”). La Cláusula 14.1 del Acuerdo con el Cliente señalaba que las controversias que surjan entre las partes debían ser resueltas mediante negociación entre las partes. En caso la negociación no tenga resultados, las controversias deberían ser dirimidas ante una Comisión de Paridad, cuyos miembros serían designados por las partes.

Por otro lado, la Cláusula 14.2 señalaba que, si la Comisión de Paridad no podía resolver las controversias en el plazo de 15 días desde su constitución, entonces la controversia sería resuelta en Arbitraje ante la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio y Negocios de la Federación Rusa.

Luego de la firma del Acuerdo con el Cliente, el Proveedor suscribió un subcontrato de suministro de equipos con el Subcontratista (el “Subcontrato”). En el Subcontrato se pactó que el Acuerdo con el Cliente resultaba aplicable al Subcontrato, pero con algunas modificaciones. Una de esas modificaciones estaba contenida en la Cláusula 14.2 del Subcontrato, la que señalaba que todas las controversias que se deriven o que tengan relación con el Subcontrato

* Asociado de Baxel Consultores, Lima, Perú. Entrenador de la Universidad ESAN para la Competencia Internacional de Arbitraje.

deberían ser resueltas en Arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional con sede en Helsinki, Finlandia.

Los derechos y obligaciones del Subcontratista en el marco del Subcontrato fueron cedidos posteriormente al Subcontratista Cesionario, como consecuencia de la cesión de una parte del negocio del Subcontratista al Subcontratista Cesionario.

Por otro lado, el Proveedor obtuvo un aval bancario de un banco (“Primer Banco”) como garantía para el cumplimiento por parte del Subcontratista Cesionario de sus obligaciones en virtud del Subcontrato (la “Garantía”). Posteriormente, el Proveedor cedió los derechos relacionados con la Garantía a un banco, el Banco Cesionario, que se encargó de la gestión de esta (“Acuerdo de Cesión”).

Diez días antes del vencimiento de la Garantía, el Proveedor celebró un acuerdo de prenda (el “Acuerdo de Prenda”) con el Banco Cesionario en relación con su cuenta bancaria en el Banco Cesionario, incluyendo los fondos de la cuenta bancaria con el Banco Cesionario y los fondos que debían abonarse a la misma, así como los créditos del Proveedor frente al Primer Banco en virtud de la Garantía.

El mismo día, el Proveedor y el Banco Cesionario también celebraron un acuerdo sobre los derechos del Proveedor en virtud del Subcontrato (el “Acuerdo de julio”).

Cuatro días después, el Proveedor, a través del Banco Cesionario, solicitó al Primer Banco un pago por la Garantía. La solicitud de pago se basaba en la afirmación del Proveedor de que el Subcontratista Cesionario no había cumplido sus obligaciones del Subcontrato. El Primer Banco pagó la cantidad solicitada a la cuenta bancaria del Proveedor en el Banco Cesionario.

Otros cuatro días después, el Subcontratista Cesionario obtuvo un embargo de los bienes muebles e inmuebles del Proveedor por el importe de la Garantía, tanto contra el Banco Cesionario como el Proveedor. El embargo fue ordenado por el Tribunal de la ciudad de Helsinki. La mediana cautelar se convirtió posteriormente en una orden definitiva. Dos meses después, el Subcontratista

Cesionario obtuvo otro embargo por e monto de la Garantía. Este embargo también se convirtió en una decisión definitiva.

Seis meses después, el Proveedor fue declarado en quiebra por una decisión del Tribunal de Distrito.

El Subcontratista Cesionario inició un procedimiento de arbitraje ante la CCI. En su solicitud indicó que tanto el Proveedor como el Banco Cesionario serían demandados, señalando que el Banco Cesionario, aunque no era signatario del Subcontrato, estaba obligado por la cláusula de arbitraje de arbitraje como consecuencia de la cesión del Subcontrato por parte del Proveedor. La CCI nombró un Árbitro Único.

Pretensión: En cuanto a los aspectos de jurisdicción, el Subcontratista Cesionario solicitó que el Árbitro Único declare que sí tiene competencia para dirimir controversias entre este y el Banco Cesionario por las siguientes razones:

- El Proveedor cedió todos sus derechos derivados del Subcontrato al Banco Cesionario y este último es el principal beneficiario de este contrato. Entonces, el Banco Cesionario está vinculado por la cláusula arbitral del Subcontrato.
- La cesión de todos los derechos se produjo como efecto de la celebración de la Garantía, el Acuerdo de julio y el Acuerdo de prenda. En virtud del Acuerdo de Cesión, el Proveedor cesión la Garantía y todos sus derechos relacionados a esta al Banco Cesionario; bajo el Acuerdo de julio, el Proveedor le cedió los derechos exclusivos e irrevocables para decidir acerca de todos los derechos derivados del Subcontrato, además de que sería el principal beneficiario (en relación de 70/30). Bajo el Acuerdo de Prenda, el Proveedor le cedió todos los derechos derivados de la Garantía al Banco Cesionario.
- Por tanto, independientemente de la redacción de algunos términos contractuales, la intención y la interpretación global de los acuerdos demuestran que el Banco Cesionario tiene todo el poder de decisión sobre los derechos del Proveedor bajo el Subcontrato en relación con el Subcontratista Cesionario y que legalmente la posición del Banco Cesionario es la de un subrogante.

Contestación: Por un lado, el Banco Cesionario rechazó ser parte del convenio arbitral contenido en el Subcontrato por las siguientes razones:

- El Subcontrato no fue cedido al Banco Cesionario. Este contrato tiene una prohibición expresa de cesión.
- El Proveedor ha dado al Banco Cesionario una prenda en los créditos del Proveedor frente al Subcontratista Cesionario, pero, como está pactado, el Banco Cesionario no está obligado por el acuerdo de arbitraje entre el Proveedor y el Subcontratista, a menos que se acuerde lo contrario.
- El Banco cesionario no ha suscrito ningún acuerdo en el sentido de que el Banco cesionario sea parte en el procedimiento arbitral iniciado por el Subcontratista Cesionario.
- La cesión no era una cesión de "la garantía y todos los derechos relacionados con ella", como afirma el Subcontratista Cesionario. Por el contrario, la cesión se limitaba a "el producto de cualquier reclamación en virtud de la Garantía" y que se hizo con fines colaterales, es decir, el Proveedor únicamente concedió al Banco Cesionario un derecho de prenda sobre la Garantía".

Por otro lado, el Proveedor también sostuvo que el Banco Cesionario no era una parte del Subcontrato que contenía el convenio arbitral invocado para iniciar el presente procedimiento por las siguientes razones:

- El Banco Cesionario no había suscrito ningún acuerdo de arbitraje con el Subcontratista Cesionario.
- El Banco Cesionario es solo el acreedor prendario, ya que el Proveedor le dio una prenda sobre los créditos del Proveedor frente al Subcontratista Cesionario.
- Como acreedor el Banco Cesionario no está vinculado por el acuerdo arbitral, salvo que así se haya pactado expresamente, lo que no ha sucedido en este caso.

Decisión:

El Árbitro Único no estuvo de acuerdo con la afirmación del Subcontratista Cesionario de que el Proveedor había cedido todos sus derechos del Subcontrato

al Banco Cesionario en virtud del Acuerdo de Cesión, Acuerdo de Prenda y el Acuerdo de julio (los “Acuerdos”) y que, en consecuencia, se haya cedido el acuerdo arbitral. Por tanto, concluyó que no tenía competencia para resolver controversias entre el Banco Cesionario y el Subcontratista Cesionario.

Las razones de la decisión del Árbitro Único fueron las siguientes:

- Los Acuerdos únicamente fueron compromisos o acuerdos para asuntos secundarios del Subcontrato.
- En particular, el Acuerdo de Cesión fue un compromiso regular y que el Acuerdo de Julio, si bien fue más allá de un acuerdo regular, fue porque el estado financiero del Proveedor lo justificaba.
- Además, como principio general del derecho contractual, la cesión de obligaciones en virtud de un acuerdo requiere el consentimiento de la otra parte, salvo que el acuerdo disponga lo contrario. En este caso, no había ningún indicio de que el Proveedor y el Subcontratista Cesionario hubieran acordado que los derechos y obligaciones del Proveedor en virtud del Subcontrato fueran cedidos al Banco Cesionario.
- La cuestión restante era si el Banco Cesionario, como acreedor de la Garantía, estaba obligado por la cláusula de arbitraje del Subcontrato. El Árbitro razonó que el principio de autonomía de la voluntad de las partes dicta que la aplicabilidad de una cláusula de arbitraje no puede extenderse más allá de lo que las partes hayan acordado explícitamente.
- En este caso, no se había demostrado que el Banco Cesionario, al aceptar la prenda, aceptara también quedar obligado por la cláusula de arbitraje del Subcontrato.
- Por lo tanto, el árbitro concluyó que no existía un acuerdo de arbitraje entre el Subcontratista Cesionario y el Banco Cesionario y que carecía de jurisdicción sobre la disputa entre estas dos partes.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en Arnaldez, Jean-Jacques; Derains, Yves &. *Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

VOCES: EXÁMEN JURISDICCIONAL DE OFICIO – FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL – ORDEN PÚBLICO – COMPROMISO ARBITRAL – TÉRMINOS DE REFERENCIA – LEY APLICABLE AL CONTRATO – LEY APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL – CALIFICACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD.

FRANCIA

Laudo CCI N°1110

*María Eugenia Ferreyra**

Fecha: 1963

Tribunal: ICC. Gunnar Lagergren, designado como Árbitro Único.

Hechos: El Sr. X, demandante, es un ingeniero de nacionalidad argentina y desde mediados de la década de 1930 un activo empresario en Buenos Aires con grandes intereses comerciales e industriales.

La Demandada es una filial de propiedad total de la Compañía B, cuyas acciones pertenecen a la Compañía C.

Las partes están de acuerdo en que existe una promesa de la Demandada de pagar una comisión al Sr. X para cubrir cualquier contrato obtenido, sobre la base de una oferta hecha por la Demandada el 30 de octubre de 1950.

* Asociada en Arbitraje Comercial Internacional en ECIJA INTEGRUM, Guatemala. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Córdoba. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Facultad de Derecho U.N.C para el Moot UBA. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad San Carlos de San Marcos, Guatemala para el Moot CRECIG, Guatemala y Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad Rafael Landívar Guatemala para el Moot Cross Examination.

Sin embargo, el 30 de octubre de 1951, el contrato para una estación no fue adjudicado a la Demandada sino a un consorcio alemán competidor. Poco después, el Sr. X dirigió sus esfuerzos a obtener para la Demandada un contrato para la construcción e instalación de una central termoeléctrica para el Gran Buenos Aires.

En octubre de 1957 se adjudicó un contrato para el suministro e instalación del equipo eléctrico para una central termoeléctrica con una capacidad de 600.000 KW a una empresa ad hoc, asociación entre Empresa E y Empresa G. A la Demandada, al mismo tiempo se le adjudicó sólo un contrato para un anillo de subestaciones e interconexiones.

Los contratos se firmaron en 1958. La Compañía E británica es una subsidiaria de propiedad total de la Compañía F británica, cuyas acciones pertenecen a la Compañía C, la misma compañía que posee las acciones de la Compañía B e indirectamente también los de la Demandada.

El Sr. X en una carta del 9 de julio de 1958 dirigida al Demandado exigió que la comisión acordada se pusiera a su disposición. Después de la negativa de la Demandada de pagar dicha comisión, las partes acordaron someter su disputa a arbitraje según lo establecido en un documento, firmado en Londres y París.

Pretensión: Antes de la intervención de la Demandante, la Demandada ocupaba un cargo completamente secundario en Argentina. Ansioso por mejorar esa posición, la Demandada se acercó a la Demandante, quien iba a abrirle las puertas al mercado argentino. A tal efecto, se contrató a la Demandante para que actuara como agente comercial y financiero de la Demandada. Las actividades de la Demandante en tal calidad no debían limitarse a un proyecto especial como la estación, sino que debían abrazar el proyecto general contemplado por las autoridades para el suministro de energía eléctrica en la Argentina. Su actividad, finalmente, dio lugar a los contratos de 1958.

La Demandante acordó en 1950 actuar como agente de la Demandada en Argentina y lo hizo hasta junio de 1955, cuando se vio obligado a trasladarse a Alemania por graves razones médicas, permaneciendo allí inmovilizado hasta julio de 1958. Antes de su partida en junio de 1955 se dedicó a considerables esfuerzos y actividad para influir en la colocación de pedidos para la construcción e instalación de centrales eléctricas con la Demandada, y los

contratos de 1958 se relacionaron con planos que eran el mero desarrollo de los proyectos anteriores a los que la Demandante había dedicado sus esfuerzos.

Es cierto que una parte del negocio se adjudicó a la sociedad ad hoc constituida por la Compañía E y Compañía G. La primera empresa y la Demandada, sin embargo, eran partes integrantes de la misma organización, Empresa C, y por lo tanto, a los efectos del pago de la comisión, los pedidos en su totalidad deben considerarse adjudicados a la Demandada.

Además, la competencia entre la sociedad ad hoc y la Demandada había sido sólo en apariencia, y la Demandada, que voluntaria y deliberadamente había pasado una parte de las órdenes a dicha sociedad, no podía privar a la Demandante de ninguna comisión.

Contestación: Las actividades de la Demandada en Argentina, comerciando allí desde 1914, ya eran considerables antes de la intervención del Sr. X.

El Sr. X no fue en ningún momento el agente financiero o comercial de la Demandada, y su conexión con la Demandada se limitó al uso de su influencia, reconocida y considerable, con los designados políticos del régimen de Perón para promover los intereses de la Demandada en relación con asuntos específicos: el proyecto en 1950-1951 y otro proyecto en 1953 que nunca se realizó.

Se prometió al Demandante una comisión a una tasa del 10 por ciento del valor FOB de cualquier contrato celebrado. De hecho, si la Demandante hubiera tenido éxito a través de sus esfuerzos en obtener para la Demandada un contrato para el proyecto, previsto en 1953, la Demandada, por supuesto, le habría pagado una comisión del 10 por ciento.

Los contratos finalmente adjudicados a la sociedad ad hoc y la Demandada se referían a un proyecto totalmente diferente al que tenían las partes en la mente cuando se redactaron las notas de la comisión o en el momento en que se firmó el acuerdo de julio de 1953. El nuevo proyecto tenía el doble del tamaño del proyecto de 1953 y estaba planificado de manera diferente. El Sr. X ni siquiera estaba presente en Argentina cuando se anunció por primera vez el nuevo proyecto en 1956, y aunque parte de este proyecto fue adjudicado a la Demandada, este resultado no puede atribuirse de ninguna manera a ningún

esfuerzo o actividad realizada por el Demandante. Si el Sr. X hubiera permanecido en Argentina después de la revolución de septiembre de 1955, ciertamente no habría sido persona grata con el nuevo régimen.

El argumento de la Demandante de que la competencia entre la Demandada y la sociedad ad hoc formada por la empresa E y la empresa G era sólo en apariencia no concuerda con los hechos. Además, la Compañía H y su subsidiaria Compañía G son compañías que no tienen asociación alguna con la Demandada, Compañía B, Compañía F, Compañía E o Compañía C ya sea financiero, técnico, gerencial o de otro tipo. Por lo tanto, la Demandante no podría en ningún caso tener derecho a ninguna comisión por parte de los pedidos realizados con la sociedad ad hoc y, en particular, no por parte de la Compañía G.

La Demandada impugna ahora el derecho de la Demandante de basar subsidiariamente su reclamación en la promesa de 1953, presentando así un nuevo caso contra la Demandada. Un caso tan nuevo no estaría cubierto por el acuerdo (compromiso) del 6 de julio de 1959 para someterse a arbitraje ni estaría dentro del mandato del 8 de marzo de 1961.

Decisión: No tengo que averiguar el verdadero significado del acuerdo de julio de 1953. Sin embargo, en vista de la estrecha conexión que existe entre los fundamentos de la reclamación principal y la subsidiaria de la Demandante, y dado que la Demandada ha tenido una oportunidad justa para la defensa también con respecto a la reclamación subsidiaria, soy de la opinión de que *los términos de referencia por sí mismos no son un obstáculo para mi jurisdicción.*

Ambas partes afirmaron el efecto vinculante de sus compromisos contractuales y mi competencia para considerar y decidir su caso de conformidad con los términos de referencia. Sin embargo, en presencia de un contrato en disputa de la naturaleza que se expone a continuación, condenado por la decencia y la moral públicas, no puedo, en interés de la debida administración de justicia, evitar *examinar la cuestión de la jurisdicción de oficio.*

En virtud de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el reconocimiento y la ejecución de un laudo pueden denegarse de oficio si la autoridad competente del país donde se solicita el reconocimiento y la ejecución

determina que (a) el objeto de la diferencia no puede resolverse mediante arbitraje de conformidad con la legislación de ese país, o (b) el reconocimiento o ejecución del laudo fuera contrario al orden público de ese país.

Las partes han alegado que no puedo negarme a tener jurisdicción sobre el fondo, ya que el posible delito sería contra el orden público extranjero argentino y no contra el orden público francés. El contrato entre las partes tuvo lugar en Argentina y no tenía relación alguna con Francia, donde se desarrolla el procedimiento arbitral.

Por supuesto, hay algunas buenas razones en este caso para tratar el compromiso del 6 de julio de 1959 y los términos de referencia como acuerdos separados y distintos de la relación contractual de las partes sobre el fondo, y para hacer que estos acuerdos procesales se rijan por Derecho francés.

La referencia a la ley francesa también puede derivarse de las siguientes disposiciones del artículo 16 de las *Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*:

Las reglas por las que se regirá el procedimiento arbitral serán estas Reglas y, en caso de que no se establezca en estas Reglas, las de la ley de procedimiento elegida por las partes o, en su defecto, las de la ley del país. País en el que el árbitro lleva a cabo el procedimiento.

En este Reglamento no se da ninguna disposición relativa a la presente cuestión, es decir, si el caso es arbitrable, y las partes no han elegido ninguna ley de procedimiento; pero aún puede haber dudas sobre si la cuestión de la arbitrabilidad debe calificarse como perteneciente al Reglamento que rige el procedimiento según lo establecido en este artículo.

Además, según la ley francesa, los árbitros no sólo tienen impedimento para conocer de casos reservados a los tribunales ordinarios, sino que tampoco, de manera general, como los tribunales, prestarán su ayuda para hacer cumplir contratos basados en delitos graves a bonos mores. Ya sea cometido en Francia o en el extranjero (cf. Jean Robert, *Arbitrage Civil et Commercial*, 3ª ed., 1961., pág. 36).

En este contexto, también podría ser interesante mencionar que, en virtud de los artículos 1108, 1131 y 1133 del Código Civil francés, no se puede dar ningún efecto a los contratos prohibidos por la ley o contrarios a las buenas costumbres y al orden público.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y con respecto a la naturaleza de la aventura en la que se han involucrado las partes en esta controversia, el derecho francés no puede admitir que este caso se resuelva mediante arbitraje, independientemente de si la aventura tuvo lugar en Francia o en otro lugar.

Sin embargo, el problema que ahora se está debatiendo también podría considerarse desde otro punto de vista.

De la misma manera que las *Resoluciones del Institut de Droit International* orientan a los tribunales internacionales en el campo del derecho internacional público, son en el campo del derecho internacional privado de gran valor para los árbitros que tienen que resolver controversias internacionales. *La Resolución de Ámsterdam del Instituto de septiembre de 1957 sobre El Arbitraje en derecho internacional privado*, dispone en el artículo 5 que la ley que rige el fondo del caso es la ley que determina si el caso es arbitrable o no, es, en mi opinión, razonable.

Las partes han acordado que la ley argentina es la ley propia del acuerdo de la comisión, y si su elección de la ley, que solo se hizo durante el curso del procedimiento de arbitraje, no es por sí sola vinculante para mí, no tengo dudas sobre la exactitud de su conclusión al respecto (cf. Batiffol, *Les Conflits de Lois en Matière de Contrats*, París 1938, núm. 304.)

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 5 de la Resolución de Ámsterdam, la cuestión de si el objeto de la controversia puede resolverse mediante arbitraje debe regirse por la legislación argentina.

El Código de Procedimiento argentino estipula en el artículo 768: 5 que todas las cuestiones que afecten las buenas costumbres (la moral y buenas costumbres) están excluidas del arbitraje. De acuerdo con esta disposición y en vista de la naturaleza de la presente controversia, como se expone a continuación, obviamente no hay lugar para ninguna jurisdicción arbitral en este caso, un punto de vista que parece ser compartido por las partes (ver también

los artículos 256 et seq. de la Ley Penal Argentina que tipifica como delito el cohecho).

Cabe señalar también que el artículo 502 del Código Civil argentino establece que una obligación contraria a la ley o al orden público no puede tener efecto y el artículo 1891 del mismo Código establece que un mandato relativo a un acto ilícito, imposible o inmoral no otorga al principal cualquier causa de acción contra el mandatario ni este último cualquier causa de acción contra el principal.

Finalmente, no se puede negar que existe un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas según el cual los contratos que violan gravemente los bonos mores o el orden público internacional son inválidos o al menos inaplicables y que no pueden ser sancionados por tribunales o árbitros (cf. *Oscanyan c. Winchester Arm. Co.*, citado anteriormente). Este principio es especialmente apto para ser utilizado ante tribunales de arbitraje internacional que carecen de una "*ley del foro*" en el sentido ordinario del término.

Ahora, volviendo a los hechos en este caso. Como era de esperar, los documentos redactados parecen a primera vista legales y tienen la apariencia de documentos comerciales ordinarios. Sin embargo, a mi juicio, está claramente establecido por las pruebas que yo he obtenido que el acuerdo entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con el fin de obtener el negocio esperado.

La comisión, si se hubiera ganado, habría ascendido a 352 100 libras esterlinas; para el proyecto de 1953, si se hubiera obtenido, las cifras de la comisión habrían sido de aproximadamente 1.300.000 libras esterlinas; y el Sr. X ahora reclama £ 2.696.213,80.

Aunque estas comisiones no debían utilizarse exclusivamente para sobornos, una parte muy sustancial de ellas debió haber sido destinada a tal uso. Sea que se adopte el punto de vista del buen gobierno o el de la ética comercial, es imposible cerrar los ojos ante el destino probable de cantidades de esta magnitud y el efecto destructivo de los mismos sobre el patrón empresarial con el consiguiente deterioro del progreso industrial. Tal corrupción es un mal internacional; es contrario a las buenas costumbres y a una política pública internacional común a la comunidad de naciones.

Después de sopesar todas las pruebas, estoy convencido de que un caso como este, que involucra tan flagrantes violaciones a las buenas costumbres y al orden público internacional, no puede tener cabida en ningún tribunal ni en la Argentina ni en Francia, ni tampoco en ningún otro. Otro país civilizado, ni en ningún tribunal arbitral. Por lo tanto, la jurisdicción debe declinarse en este caso. De lo anterior se desprende que al concluir que no tengo jurisdicción, se ha buscado la orientación de los principios generales que niegan a los árbitros tratar disputas de esta naturaleza en lugar de cualquier norma nacional sobre arbitrabilidad. Las partes que se alían en una empresa de la naturaleza actual deben darse cuenta de que han perdido todo derecho a solicitar la asistencia de la maquinaria de la justicia (cortes nacionales o tribunales arbitrales) para resolver sus controversias.

Se rechaza la objeción de la Demandada de que, si alguna parte de la demanda de la Demandante constituiría una reclamación por daños y perjuicios, esa parte de la demanda, así como la demanda subsidiaria de la Demandante, no entran dentro del alcance de los términos de referencia. Las demandas principales y subsidiarias de la Demandante son rechazadas por falta de jurisdicción. Cada parte sufragará sus propios costos.

Disidencia: No hubo disidencia ya que resolvió un árbitro único.

Ubicación del precedente: Disponible en: www.trans-lex.org/201110 . Consultado el 22/05/2021.

VOCES: TEORÍA DEL GRUPO DE SOCIEDADES – PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

FRANCIA

Laudo Parcial CCI N°4134

*Raquel Molina Arraya**

Fecha: 1982.

Tribunal: Tribunal arbitral con sede en Francia

Hechos: En 1965, DOW CHEMICAL (Venezuela) celebró un contrato con la empresa francesa Boussois-Isolation, cuyos derechos y obligaciones fueron posteriormente cedidos a ISOVER SAINT GOBAIN, para la distribución en Francia de equipos de aislamiento térmico. Posteriormente, la propia DOW CHEMICAL (Venezuela) cedió el contrato a DOW CHEMICAL A.G. (Demandante n.º 3), una subsidiaria de DOW CHEMICAL COMPANY (Demandante n.º 1).

En 1968, DOW CHEMICAL EUROPE (Demandante n.º 4), una subsidiaria de DOW CHEMICAL AG, celebró un segundo acuerdo de distribución con otras tres empresas (incluida Boussois Isolation) cuyos derechos y obligaciones fueron posteriormente cedidos a ISOVER SAINT GOBAIN (Demandado) para la distribución de esencialmente los mismos productos en Francia.

Tanto los acuerdos de 1965 como los de 1968, que contenían cláusulas de arbitraje ICC, disponían que las entregas podían ser realizadas por DOW CHEMICAL FRANCE o cualquier otra subsidiaria de DOW CHEMICAL

* Asociada en el área de arbitraje y litigios constitucionales en Guevara & Gutiérrez S.C., Bolivia. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, regional La Paz.

COMPANY. DOW CHEMICAL FRANCE efectivamente efectuó las entregas contempladas en los contratos.

Se entablaron varias acciones (no descritas en el laudo parcial) ante los tribunales franceses contra empresas del Grupo DOW CHEMICAL relacionadas con dificultades en relación con uno de los productos ("Roofmate").

Sobre la base de la cláusula de arbitraje contenida en los contratos con DOW CHEMICAL AG y DOW CHEMICAL EUROPE (Demandantes n.º 3 y 4), las Demandantes iniciaron un procedimiento arbitral contra la Demandada alegando que la Demandada era la única responsable de los daños resultantes del uso de Roofmate en Francia.

La Demandada planteó dos objeciones preliminares, formuladas de la siguiente manera:

(1) ¿Tiene competencia el tribunal arbitral para dictar un laudo entre DOW CHEMICAL FRANCE y DOW CHEMICAL COMPANY, por un lado, e ISOVER SAINT GOBAIN, por el otro?

(2) En caso de que el tribunal arbitral no tenga jurisdicción con respecto a DOW CHEMICAL FRANCE y DOW CHEMICAL COMPANY (las dos primeras Demandantes), ¿no debería entonces rechazar la reclamación de DOW CHEMICAL AG y DOW CHEMICAL EUROPE (las Demandantes bajo 3 y 4) por falta de interés directo en la causa de la acción?

En una audiencia preparatoria se decidió que el tribunal arbitral dictaría en primer lugar un laudo parcial sobre estas dos cuestiones.

Decisión:

"C. La terminación de los contratos

Con respecto a la celebración y ejecución de los acuerdos de distribución, DOW CHEMICAL FRANCE jugó un papel esencial en la terminación del contrato de 1968, que había sido sustituido por el contrato de 1965; y estos factores

permiten concluir que DOW CHEMICAL FRANCE era parte de cada uno de estos contratos y, en consecuencia, de las cláusulas arbitrales que contenían;

Se llega a la misma conclusión con respecto a DOW CHEMICAL COMPANY (EE. UU.) en razón de su propiedad de las marcas registradas bajo las cuales se comercializan los productos, y su control absoluto sobre las de sus subsidiarias que estuvieron directamente involucradas o podrían estar bajo los contratos se han visto involucrados en la celebración, ejecución o terminación de los acuerdos de distribución en litigio.

La aplicación de las cláusulas arbitrales a DOW CHEMICAL COMPANY (USA) también puede estar justificada por el hecho de que los contratos que contienen estas cláusulas se refieren, en el contexto de un grupo de sociedades, una sociedad matriz y algunas de sus filiales el mismo hecho podría justificar, en su caso, la aplicación de la cláusula arbitral a DOW CHEMICAL FRANCE.

D. El grupo de sociedades

Es indiscutible - y de hecho no se discute - que DOW CHEMICAL COMPANY (USA) tiene y ejerce control absoluto sobre sus subsidiarias habiendo firmado los contratos pertinentes o, como DOW CHEMICAL FRANCE, ha participado de manera efectiva e individual en su celebración, su desempeño y su terminación;

Independientemente de la identidad jurídica distinta de cada uno de sus miembros, un grupo de empresas constituye una y la misma realidad económica (une réalité économique unique) que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando se pronuncia sobre su propia jurisdicción con sujeción al artículo 13 (versión de 1955) o el artículo 8 (versión de 1975) de las Reglas de la CPI.

La cláusula arbitral expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debe vincular a las demás sociedades que, en virtud de su papel en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contengan dichas cláusulas, y de conformidad con la mutua intención de todas las partes en el procedimiento, parezcan haber sido verdaderas partes de estos contratos o haber sido principalmente afectados por ellos y las controversias que pudieran suscitar.

Los tribunales arbitrales de la ICC ya se han pronunciado en este sentido (véanse los laudos en el caso núm. 2375 de 1975, *Journal du droit international* 1976.973; y en el caso núm. 1434 de 1975, *id* en 978). Las decisiones de estos tribunales generan progresivamente una jurisprudencia que debe ser tenida en cuenta, porque extrae conclusiones de la realidad económica y se ajusta a las necesidades del comercio internacional, a las que deben responder las normas propias del arbitraje internacional, elaboradas sucesivamente.

En otro laudo (Caso núm. 2138 de 1974, *Journal du droit international* 1975.934) el tribunal arbitral se negó a extender una cláusula arbitral firmada por una empresa a otra empresa del mismo grupo. Sin embargo, al hacerlo se basó en el factor 'que no se estableció que la Compañía X' (que el tribunal había determinado que no era signataria ni parte del contrato) 'habría aceptado la cláusula de arbitraje si hubiera firmado el contrato directamente'.

Un tribunal arbitral estadounidense llegó recientemente a un resultado similar, refiriéndose a las decisiones de los tribunales nacionales de EE. UU. Y observando que 'no es sensato ni práctico excluir (de la jurisdicción arbitral) las reclamaciones de empresas que tienen un interés en la empresa y que son miembros de la misma familia corporativa'. (*Society of Maritime Arbitrators, Inc.*, Nueva York, Laudo final parcial núm. 1510, 28 de noviembre de 1980, VII *Yearbook Commercial Arbitration, American Awards*, p. 151 (1982)).

El tribunal asumió jurisdicción sobre la demanda presentada no solo por DOW CHEMICAL AG (Zürich) y DOW CHEMICAL EUROPE, sino también por DOW CHEMICAL COMPANY (USA) y DOW CHEMICAL FRANCE.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en: https://www.trans-lex.org/204131/ /icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/#toc_6

Consultado el 14/09/2021.

INGLATERRA Y GALES

*Riverrock Securities Limited v.
International Bank of St Petersburg.
Case N° CL-2020-000283.*

*Jesús Hernández Peña**

Fecha: 23 de septiembre del 2020

Tribunal: High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court

Hechos: Entre el 31 de enero y el 3 de julio de 2018, Riverrock Securities Limited (en adelante, RSL) e International Bank of St. Petersburg (en adelante, IBSP) celebraron 9 contratos sustancialmente similares ("los Contratos") en virtud de los cuales RSL vendió valores a IBSP en forma de pagarés vinculados al crédito que habían sido emitidos por UBS AG ("UBS") a través de su Sucursal de Londres ("los Bonos"). Cada uno de los contratos involucraba la venta de un pagaré por un valor nominal de US\$ 15'000,000.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y con especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Es abogado asociado del área de competencia y arbitraje de BuenoLercari Consultores y ha sido autor de publicaciones relacionadas a temas contractuales y arbitraje. Árbitro en la Competencia Internacional de Arbitraje y en la XII Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil: Moot Madrid 2021.

Los contratos tuvieron el siguiente convenio arbitral: *"Cualquier disputa bajo el Acuerdo o en conexión con él será referida y finalmente resuelta por arbitraje bajo las Reglas de la LCIA, las cuales se considerarán incorporadas por referencia a esta cláusula. El número de árbitros será tres (3). El Vendedor designará un árbitro, el Comprador designará el segundo árbitro y los árbitros designados por las Partes designarán al tercer árbitro que será el presidente del arbitraje. La sede o lugar legal del arbitraje será Londres, Inglaterra."*

Tras una revisión realizada por el Banco Central de Rusia (en adelante, CBR) sobre el cumplimiento de IBSP con la legislación bancaria rusa, la autoridad de la administración del IBSP se suspendió el 15 de octubre de 2018, y la Agencia de Seguro de Depósitos de la Corporación Estatal de Rusia (en adelante, DIA) fue designado como nuevo administrador.

El 12 de noviembre del 2018, los procedimientos de quiebra se iniciaron contra IBSP ante los tribunales de San Petersburgo. Posteriormente, IBSP fue declarado insolvente el 24 de septiembre de 2019 y la DIA fue designada como su administrador judicial oficial de quiebras.

En el contexto del procedimiento de quiebra, IBSP demandó a RSL ante los tribunales de San Petersburgo a fin invalidar los Contratos sobre la base de que los mismos contenían un esquema transaccional destinado a desviar fraudulentamente los activos de IBSP. De esta manera, la insolvente buscaba un reembolso de todos los montos pagados a RSL.

El 7 de mayo del 2020, RSL solicitó una medida anti-proceso a los tribunales de Londres a efectos de suspender el trámite de los procesos judiciales iniciados por IBSP para invalidar los Contratos, por vulnerar el convenio arbitral contenido en los mismos.

Pretensión: RSL alega que los procedimientos iniciados por IBSP en San Petersburgo se encuentran dentro del alcance del convenio arbitral y, por ende, corresponde que los mismos sean dilucidados por un Tribunal Arbitral en Londres, Inglaterra.

Contestación: IBSP sostiene que no es posible otorgar la medida anti-proceso debido a que las acciones judiciales iniciadas contra los Contratos no han sido interpuestas por dicha empresa sino por la DIA, su administradora. Asimismo,

el convenio arbitral de los Contratos no cubriría las reclamaciones presentadas en dichos procesos judiciales y, en caso fuese así, dichas pretensiones no son arbitrables.

Decisión:

Respecto a los requisitos de una medida anti-proceso

La Corte dispuso que aquella tiene la facultad de otorgar medidas anti-proceso contra aquellos procedimientos iniciados en violación de un convenio arbitral, aun cuando el arbitraje no haya iniciado, en función al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El solicitante debe demostrar una "alta probabilidad de éxito" de que la persecución del procedimiento extranjero implica un incumplimiento del convenio arbitral. Esto implica establecer tanto (i) la existencia de un acuerdo de arbitraje vinculante entre el solicitante y el demandado, como (ii) que el objeto del procedimiento extranjero se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral y versa sobre materias arbitrables.
- b) En caso se cumpla con acreditar lo anterior, le corresponde al demandado mostrar una "razón sólida" por la que no se debe otorgar la medida cautelar en cuestión. De esta manera, la posibilidad de decisiones inconsistentes que afecten derechos de terceras partes podría ser una razón sólida para no suspender los procedimientos iniciados en favor del arbitraje.
- c) Finalmente, debe ser justo y conveniente el otorgamiento de una medida anti-proceso.

Respecto a si las reclamaciones realizadas por el síndico judicial de quiebra son realizadas a título personal o a favor de la empresa insolvente

La Corte consideró que el síndico judicial de quiebras o liquidador, generalmente, suplanta la gestión anterior, por lo que no tiene ningún poder de acción independiente respecto a los contratos celebrados por la empresa

insolvente. De esta manera, las acciones realizadas por ellos, en el marco del procedimiento de insolvencia, son imputables a la empresa administrada.

Respecto al alcance de un convenio arbitral

A criterio de la Corte, el análisis efectuado por la Corte de Apelaciones de Singapur en el caso *Larsen*, respecto a la presunción de que un acuerdo de arbitraje no debe extenderse a reclamaciones que solo surgen por la insolvencia de una empresa, no es parte de la ley inglesa. Por el contrario, se debe adoptar un enfoque generoso para la interpretación de las controversias incluidas en los convenios arbitrales, lo que deja poco margen para limitaciones implícitas del tipo citado en *Larsen*.

En ese sentido, las acciones iniciadas por IBSP son, en esencia, reclamaciones de naturaleza contractual y están comprendidas dentro del convenio arbitral de los Contratos, ya que se trata de reclamos para invalidar los mismos sobre la base de que la contraprestación pagada estaba infravalorada y/o que los Contratos fueron celebrados con el ánimo de perjudicar a los acreedores de IBSP.

Respecto a la arbitrabilidad de asuntos relacionados a procedimientos de insolvencia

Para la Corte, hay ciertas clases de reclamaciones que, incluso si se encuentran dentro del alcance de un convenio arbitral, se tratan según la ley pertinente como incapaces de someterse a arbitraje. La consecuencia práctica de que una reclamación en particular no sea arbitrable es que la ley en cuestión no hará cumplir el convenio arbitral en dicho extremo, ni reconocerá o ejecutará un laudo que resuelva dicha disputa.

Una disputa puede no ser arbitrable per se (de manera que la reclamación completa no sea arbitrable, aunque su determinación involucre elementos que, considerados de forma aislada o en otros contextos, serían arbitrables) o puede ser que solo una parte de ella no lo sea- por ejemplo, la decisión de otorgar una forma particular de reparación -. En ese sentido, la compensación solicitada por IBSP, en virtud de la ley de quiebras, es una compensación que debe considerarse también como una compensación por insolvencia desde la

perspectiva de la ley inglesa; mas ello no hace que todas las reclamaciones de IBSP sean automáticamente no arbitrables.

De esta manera, en la medida que las reclamaciones busquen una reparación que el Tribunal Arbitral pueda otorgar y no comprometan los intereses de terceros, salvo para beneficiar a cualquier acreedor de una empresa insolvente, las mismas serán arbitrables.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: La sentencia puede encontrarse en el siguiente link: newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=6366&opac_view=2. Consultado el 14 de septiembre del 2021.

VOCES: LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL – CONEXIÓN CON EL CONTRATO – LEY DE LA SEDE – LEX CAUSE – SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

INGLATERRA Y GALES

Sulamerica Cia. Nacional de Seguros S.A. v. ENESA Engenharia S.A.

*Raquel Molina Arraya**

Fecha: 2012.

Tribunal: Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (División Civil). Voto de Lord Justice Moore-Bick.

Hechos:

El caso trata de un recurso de apelación contra la orden de Cooke J. continuando con un amparo judicial que restringe a las recurrentes, Enesa Engenharia SA y otros asegurados (el "Asegurado"), de proseguir los procesos contra los demandados, Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA y otras aseguradoras (las "Aseguradoras"), en los tribunales de Brasil.

La disputa entre las partes tiene su origen en dos pólizas de seguro contra diversos riesgos derivados de la construcción de una central hidroeléctrica en Brasil conocida como Jirau Greenfield Hydro Project. En marzo de 2011 ocurrieron ciertos incidentes que llevaron al asegurado a realizar reclamaciones bajo las pólizas, pero las aseguradoras rechazaron la cobertura por no estar aseguradas o excluidas por términos expresos de las pólizas y porque hubo una

* Asociada en el área de arbitraje y litigios constitucionales en Guevara & Gutiérrez S.C., Bolivia. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo", regional La Paz.

alteración material en las circunstancias reveladas a éstas al inicio, de los cuales no habían sido notificadas como lo requiere la condición 3 de cada una de las pólizas. Dado que las pólizas están sustancialmente en los mismos términos, es conveniente referirse a ellas simplemente como "la póliza", como hizo el juez a continuación.

La póliza contiene una cláusula de arbitraje de Londres, pero también contiene una elección expresa de la ley brasileña como la ley que rige el contrato y una cláusula de jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales de Brasil. El 29 de noviembre de 2011 el Asegurado notificó el arbitraje. En respuesta, el Asegurado inició un procedimiento en Brasil para establecer que las Aseguradoras no tenían derecho a someter la disputa a arbitraje y obtuvo del tribunal de São Paulo una orden judicial que impedía a las aseguradoras recurrir al arbitraje a fin de presentar una reclamación por una declaración de que no eran responsables bajo la póliza. En respuesta, las aseguradoras presentaron una solicitud sin previo aviso al Tribunal de Comercio solicitando una orden judicial para impedir que el Asegurado prosiguiera con el procedimiento en Brasil. Stadlen J. otorgó una orden en esos términos que Cooke J. continuó posteriormente después de escuchar los argumentos de ambas partes.

El juez hizo las siguientes conclusiones sobre las circunstancias en las que se había celebrado la póliza:

5. Las Condiciones Generales que forman parte de la póliza incluyen lo siguiente:

“7. Ley y jurisdicción

Se acuerda que esta Póliza se registrará exclusivamente por las leyes de Brasil.

Cualquier disputa que surja bajo, fuera de o en conexión con esta póliza estará sujeta a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil.

12. Arbitraje

En caso de que el Asegurado y el Asegurador (es) no lleguen a un acuerdo sobre el monto a pagar en virtud de esta Póliza a través de la mediación, como se indicó anteriormente, dicha disputa se remitirá a arbitraje según las Reglas de

Arbitraje ARIAS. El Tribunal de Arbitraje estará compuesto por tres árbitros, uno que será designado por el Asegurado, otro que será designado por el Asegurador (es) y el tercero será designado por los dos árbitros designados. El Tribunal quedará constituido a partir del nombramiento del tercer árbitro.

La sede del arbitraje será Londres, Inglaterra ”.

Ante el juez, las Aseguradoras alegaron que habían iniciado un procedimiento arbitral válido de conformidad con la condición 12, habiendo rehusado el Asegurado a participar en una mediación contemplada en la condición 11. También alegaron, sin embargo, que la condición 11 era ineficaz para crear una obligación vinculante o imponer una condición al comienzo del arbitraje. El Asegurado argumentó que no estaba obligado a arbitrar porque el acuerdo de arbitraje se regía por la ley de Brasil, en virtud de la cual solo podía invocarse con su consentimiento. También argumentaron que el derecho a someter las controversias a arbitraje surgió solo después de que se hubieran cumplido los requisitos de la condición 11. Dichos requisitos no se cumplieron en este caso y, en cualquier caso, el alcance de la cláusula arbitral se limitó a disputas sobre la cuantía de la responsabilidad de los aseguradores y no abarcó disputas sobre derechos y obligaciones sustantivos del tipo que los aseguradores habían intentado remitir.

Decisión:

La ley adecuada del acuerdo de arbitraje.

No se sugirió que el enfoque que debe adoptar el tribunal para resolver los problemas de construcción que surgen en relación con las condiciones 11 y 12 de la póliza se vea afectado por la elección de la ley adecuada. Sin embargo, dado que los Asegurados dicen que bajo la ley de Brasil el convenio arbitral no es exigible en su contra sin su consentimiento, es una cuestión que debe ser determinada, ya que es un factor esencial que el tribunal debe tener en cuenta para decidir si para continuar con la medida cautelar. Si bien el juez no se pronunció sobre la posición bajo la ley brasileña (porque no era necesario), si el argumento del Asegurado fuera correcto, la referencia al arbitraje sería ineficaz y la medida cautelar tendría que ser dispensada.

El juez sostuvo que la ley propia del acuerdo de arbitraje en este caso era la ley inglesa, sin perjuicio de la elección expresa de la ley brasileña como ley que rige las políticas y la conexión obvia de la política con Brasil. Consideró que la cuestión clave era el peso que debía darse a la elección de Londres como sede del arbitraje. Señaló que la elección de la sede del arbitraje determina la ley curial y la jurisdicción supervisora de los tribunales del país donde se ubica la sede, en este caso Inglaterra. Eso lo llevó a la clara conclusión de que la ley con la que el acuerdo de arbitraje tenía su conexión más estrecha y real era la ley de Inglaterra.

La ley adecuada del acuerdo de arbitraje debe determinarse de acuerdo con las reglas establecidas del derecho consuetudinario para determinar la ley adecuada de cualquier contrato. Estos requieren que el tribunal reconozca y dé efecto a la elección de las partes de la ley adecuada, expresa o implícita, en su defecto, es necesario identificar el sistema de ley con el que el contrato tiene la conexión más cercana y real: ver Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 14a ed., Párrafo 16R-001. También se reconoció que un acuerdo de arbitraje que forma parte de un contrato sustantivo es separable, en el sentido de que tiene una existencia separada de la del contrato en el que se encuentra.

En *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2007] UKHL 40, [2008] 1 Lloyd's Rep. 254, la Cámara de los Lores volvió a enfatizar tanto la presunción de que las partes de un contrato que han incluido un arbitraje pretenden que todas las cuestiones que surjan de su relación se determinen de acuerdo con el procedimiento elegido y la separabilidad de los acuerdos de arbitraje que permitan que su intención sea efectiva.

El caso del Asegurado es que las partes han elegido implícitamente la ley de Brasil como la ley que rige el convenio arbitral. En apoyo de eso, se basan en tres factores principales: la elección expresa de la ley de Brasil como la ley que rige la póliza, junto con el acuerdo de que los tribunales de Brasil deben tener jurisdicción exclusiva con respecto a cualquier disputa que surja de, fuera de, o en conexión con la póliza; la estrecha conexión comercial entre la póliza y el estado de Brasil (las partes, el objeto del seguro y la moneda de la póliza son brasileños y el idioma en el que está escrito es portugués); y la inclusión de una disposición, que a su vez se rige por la ley de Brasil, que requiere que las partes intenten la mediación como condición previa a cualquier referencia al arbitraje. De estos, la mayor parte del énfasis se puso en la elección expresa de la ley de

Brasil para regir la póliza, pero el asegurado también se basó en el contexto comercial y legal más amplio en el que se establece el acuerdo de arbitraje. Aunque reconocieron que las partes no habían elegido expresamente la ley adecuada para regir el acuerdo de arbitraje, sostuvieron que el juez no consideró si habían elegido implícitamente la ley adecuada. Si lo hubiera hecho, habría llegado a la conclusión de que las partes tenían la intención de que el acuerdo de arbitraje, al igual que todos los demás aspectos de la política, se rija por la ley de Brasil. Las Aseguradoras, por otro lado, se basaron en gran medida en la separabilidad del acuerdo de arbitraje y la elección de Londres como sede del arbitraje para justificar la decisión del juez de que la ley adecuada del acuerdo de arbitraje era la ley inglesa.

Es común que las partes hagan una elección expresa de la ley que rija su contrato, pero es inusual que hagan una elección expresa de la ley para regir cualquier acuerdo de arbitraje contenido en el mismo; y cuando no lo han hecho, la inferencia natural es que pretendían que la ley adecuada elegida para regir el contrato sustantivo también rija el acuerdo de arbitraje.

Eso es coherente con el caso *Black Clawson International Ltd contra Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1982] 2 Lloyd's Rep. 446 cuando se analiza la posibilidad de que diferentes sistemas jurídicos puedan regir el contrato sustantivo, el acuerdo de arbitraje, la remisión individual y el procedimiento arbitral:

“Donde las leyes divergen en absoluto, uno encontrará en la mayoría de los casos que la ley que gobierna el acuerdo continuo [sc. el acuerdo de arbitraje] es el mismo que la ley sustantiva del contrato en el que está incorporado y que la ley de la referencia es la misma que la *lex fori* ”. (página 455); y en la página 456, col. 1:

“De la forma habitual, este [sc. la ley adecuada del acuerdo de arbitraje] probablemente seguiría la ley del contrato sustantivo ”.

Sin embargo, cabe señalar que en ese mismo caso *Mustill J.* (como entonces) se inclinó a considerar la elección de Zúrich por las partes como el lugar del arbitraje como una indicación de la intención de que la ley que rige el acuerdo de arbitraje debería ser la ley de Zurich.

En *Sumitomo Heavy Industries Ltd v Oil & Natural Gas Commission* [1994] 1 Lloyd's Rep. 45, Potter J. (como era entonces) expresó la opinión de que la elección de la ley que regirá el contrato sustantivo será generalmente decisiva para determinar la ley adecuada del acuerdo de arbitraje (página 57, col. 1) y en *Leibinger v Stryker Trauma GmbH* [2005] EWHC 690 (Comm) Cooke J. sostuvo que la ley adecuada de un acuerdo de arbitraje en Londres era la ley alemana porque las partes había elegido expresamente el derecho alemán como derecho propio del contrato sustantivo, al que se adjuntaba el acuerdo de arbitraje, aunque figuraba en un documento separado.

La elección de la ley curial (*lex arbitri*) normalmente se hace identificando la sede del arbitraje. En el pasaje de su discurso en *Channel Tunnel Group v Balfour Beatty*, Lord Mustill reconoció que es más común que la ley curial del arbitraje difiera de la ley adecuada del contrato sustantivo, como resultado de que las partes acuerden arbitrar en un país distinto de aquél cuya ley han elegido para regir su acuerdo, de lo que corresponde a la ley adecuada del acuerdo de arbitraje diferir de la ley adecuada del contrato sustantivo. No explicó por qué debería ser así, pero se sugieren dos razones. Una es que no es nada raro en ciertos tipos de arbitraje internacional, especialmente aquellos que involucran contratos gubernamentales, que la sede del arbitraje se elija por motivos (a menudo el deseo de un foro neutral) que difieren de los que subyacen a la elección de la ley que rija el contrato sustantivo. Otra es que las partes que celebran un contrato, ya sea que contenga un acuerdo de arbitraje o no, es probable que tengan la intención de que la totalidad de su relación, incluido el acuerdo de arbitraje, se rija por el mismo sistema legal.

Puede encontrarse apoyo para esa opinión en varios comentarios muy respetados. Dicey, Morris & Collins, "*The Conflict of Laws*", 14ª ed. contiene los siguientes párrafos:

“Se sostiene que en la mayoría de los casos la solución correcta se encontrará en la construcción del acuerdo en cuanto a la elección de la ley por las partes. Esto respeta el hecho de que se trata de una cuestión contractual, en la que las partes gozan de autonomía de elección de la ley, ya sea en virtud del derecho consuetudinario o de la Convención de Roma. Si no se puede discernir tal elección, expresa o implícita, entonces a menudo se dará el caso de que el acuerdo de arbitraje se encuentre más estrechamente relacionado con la ley del

lugar donde el arbitraje tiene su sede, que es también el lugar donde el premio debe ser laudo como "elaborado" a los efectos de la Convención de Nueva York.

La ley elegida por las partes. Si existe una elección expresa de la ley para regir el acuerdo de arbitraje, esa elección será efectiva, independientemente de la ley aplicable al contrato en su conjunto. Si existe una elección expresa de la ley para regir el contrato en su conjunto, el acuerdo de arbitraje también se regirá normalmente por esa ley: esto es así, se estipule o no la sede del arbitraje, e independientemente del lugar de la sede."

Las Aseguradoras inicialmente pusieron un énfasis considerable en el hecho de que un acuerdo de arbitraje es separable del contrato sustantivo para argumentar que su conexión más cercana y real era con la ley del lugar de la sede, aquí la ley inglesa. Sin embargo, como demuestran los casos, tanto el concepto de separabilidad como los principios para determinar la ley adecuada del acuerdo de arbitraje están bien establecidos y lo han estado durante algún tiempo.

En un caso similar, el tribunal confirmó su decisión sobre la base de que la elección de la sede del arbitraje también implicaba una elección de foro para los recursos que buscan impugnar cualquier laudo. Era necesario "descubrir la ley con la que el acuerdo de arbitraje tiene la conexión más cercana y real":

En opinión de Lord Mustill: "Por lo tanto, uno se queda con su dictamen en el caso de Black Clawson International (con el que estaría de acuerdo respetuosamente) de que sería raro que la ley del acuerdo de arbitraje (separable) fuera diferente de la ley de la sede del arbitraje. El motivo es que un acuerdo de arbitraje normalmente tendrá una conexión más estrecha y real con el lugar donde las partes han elegido arbitrar que con el lugar de la ley del contrato subyacente en los casos en que las partes han elegido deliberadamente arbitrar en un lugar disputado que han surgido en virtud de un contrato regido por la ley de otro lugar".

A la luz de los pasajes citados anteriormente del fallo de Mustill J. en el caso de Black Clawson International, puede valer la pena señalar que el dictamen al que se refería Longmore LJ parece ser un resumen del siguiente pasaje en la página 453 Col. 1 :

"... creo que se ha aceptado generalmente que en un caso de arbitraje con un elemento extranjero, tres sistemas jurídicos son potencialmente relevantes. A saber: (i) La ley que rige el contrato sustantivo. (ii) La ley que rige el acuerdo de arbitraje, y la ejecución de dicho acuerdo. (iii) La ley del lugar donde se realiza la referencia: la *lex fori*.

Sin embargo, las autoridades establecen dos proposiciones que no fueron controvertidas pero que proporcionan el punto de partida para cualquier investigación sobre el derecho propio de un acuerdo arbitral. La primera es que, incluso si el acuerdo forma parte de un contrato sustantivo (como suele ser el caso), su derecho propio puede no ser el mismo que el del contrato sustantivo. La segunda es que la ley adecuada se determinará mediante la realización de una investigación en tres etapas sobre (i) elección expresa, (ii) elección implícita y (iii) conexión más cercana y real. En principio, esas tres etapas deben iniciarse por separado y en ese orden, ya que debe respetarse cualquier elección de las partes, pero se ha dicho en muchas ocasiones que en la práctica la etapa (ii) suele confluir en etapa (iii), porque la identificación del sistema legal con el que el acuerdo tiene su conexión más cercana y real probablemente sea un factor importante para decidir si las partes han hecho una elección implícita de la ley adecuada: ver Dicey, Morris & Collins , op. cit. párrafo 32-006.

En casos recientes se ha prestado mucha atención a la conexión más cercana y real, pero, por las razones expuestas anteriormente, es importante no pasar por alto la cuestión de la elección implícita de la ley adecuada, particularmente cuando las partes han elegido expresamente un sistema de ley. para regular el contrato sustantivo del que forma parte el convenio arbitral.

En esas circunstancias, la importancia de la elección de Londres como sede del arbitraje sería abrumadora. Sin embargo, cuando el acuerdo de arbitraje forma parte de un contrato sustantivo, la elección expresa de la ley adecuada para regir ese contrato es un factor importante que debe tenerse en cuenta. La diferencia de énfasis entre las opiniones expresadas en las autoridades anteriores y las que se encuentran en los casos más recientes se debe principalmente a los diferentes grados de importancia que se le ha dado a la elección expresa de las partes de la ley adecuada para gobernar el contrato sustantivo, reforzado por una conciencia más aguda de la naturaleza separable del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el concepto de separabilidad en sí mismo simplemente refleja la presunta intención de las partes de que el procedimiento acordado para resolver controversias siga

siendo efectivo en circunstancias que harían ineficaz el contrato sustantivo. Su propósito es dar efecto legal a esa intención, no aislar el acuerdo de arbitraje del contrato sustantivo para todos los propósitos. En ausencia de cualquier indicación en contrario, una elección expresa de la ley que rige el contrato sustantivo es una fuerte indicación de la intención de las partes en relación con el acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, es probable que la búsqueda de una elección implícita de la ley adecuada para regir el acuerdo de arbitraje (como indican los dictados en los casos anteriores) lleve a la conclusión de que las partes tenían la intención de que el acuerdo de arbitraje se rija por el mismo sistema de derecho que el contrato sustantivo, a menos que existan otros factores presentes que apunten a una conclusión diferente. Estos pueden incluir los términos del acuerdo de arbitraje en sí o las consecuencias para su efectividad de elegir la ley adecuada del contrato sustantivo: consulte XL Insurance contra Owens Corning.

En el presente caso, las partes acordaron expresamente que la política se regiría exclusivamente por la ley de Brasil. Aunque el asegurado no intentó argumentar que eso equivalía a una elección expresa de la ley que rige el acuerdo de arbitraje, por las razones expuestas anteriormente, creo que es un fuerte indicador hacia una elección implícita de la ley de Brasil como la ley adecuada de ese acuerdo. Sin embargo, el asunto no termina ahí. Como reconoció el juez, la condición 12 de la política forma parte de un procedimiento de resolución de disputas que incluye un acuerdo de mediación y los dos deben leerse conjuntamente. Es difícil creer que las partes pretendieran que las disposiciones relativas a la mediación se rijan por cualquier sistema de derecho que no sea el de Brasil, pero el cuarto párrafo de la condición 11 contiene condiciones que afectan directamente el derecho a someter controversias a arbitraje. El Sr. Wolfson sostuvo que si el acuerdo de arbitraje se regiera por la ley inglesa, las diferentes partes de la condición 11 se regirían por diferentes leyes propias, lo que no puede haber sido la intención de las partes.

Estoy de acuerdo en que sería inusual (aunque no creo que imposible) que diferentes partes de una cláusula compuesta se rijan por diferentes leyes propias, pero no creo que sea una consecuencia necesaria de sostener que la ley inglesa es la ley adecuada del acuerdo de arbitraje. La condición 11 se refiere a la mediación y el cuarto párrafo simplemente explica lo que sucederá si el proceso de mediación falla. Le dice a uno que en esas circunstancias cualquiera de las partes puede remitir la disputa a arbitraje, pero no contiene el acuerdo sustantivo para arbitrar, que se encuentra en la condición 12. Ese seguiría siendo el caso

incluso si la condición 11 pudiera dar lugar a una condición previa efectiva para el arbitraje. Por tanto, no hay ninguna razón por la que la totalidad de la condición 11 no deba regirse por la ley de Brasil, a pesar de que la condición 12 se rige por la ley de Inglaterra.

Sin duda, el convenio arbitral tiene una relación estrecha y real con el contrato del que forma parte, pero su naturaleza y finalidad son muy diferentes. Un acuerdo para resolver disputas mediante arbitraje en Londres, y por lo tanto de acuerdo con el derecho arbitral inglés, no tiene una conexión jurídica estrecha con el sistema de derecho que rige la póliza de seguro, cuyo propósito no está relacionado con el de la resolución de disputas; más bien, tiene su conexión más cercana y real con la ley del lugar donde se llevará a cabo el arbitraje y que ejercerá la jurisdicción de apoyo y supervisión necesaria para asegurar que el procedimiento sea efectivo. Su conexión más cercana y real es con la ley inglesa.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> Consultado el
14/09/2021.

VOCES: NO SIGNATARIOS DEL ACUERDO ARBITRAL – CLÁUSULA ARBITRAL – LEVANTAMIENTO DE VELO SOCIETARIO.

PERÚ

**LANGOSTINERA CALETA
DORADA S.A.C Y OTRAS
*Expediente 451-2009.***

*María Fernanda Rojas Sangüesa**

Fecha: 5 de marzo de 2013

Tribunal: Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial.

Hechos:

Technology Service Group, en adelante, TSG, celebró un contrato de prestación de servicios, con Harinas Especiales y Langostinera Caleta Dorada S.A.C., en adelante Caleta Dorada. En el cual, Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era dotado por TSG. De igual forma, Harinas Especiales señaló ser la arrendataria de dos plantas de fabricación de harina y aceite de pescado, mismas que se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quién brindó su consentimiento en dicho contrato de prestación de servicios, el cual, contenía una *cláusula arbitral*.

Asimismo, Harinas Especiales dio a conocer que, sobre los referidos establecimientos recaían derechos administrativos como ser la licencia de

* Licenciada en Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Árbitro en Peruvian Chamber of Business. Asociada en Gudiño & Asociados. Entrenadora del equipo de arbitraje de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

funcionamiento y licencia de operaciones a nombre de Pesquera Industrial Katamarán S.A.C., en adelante Katamarán.

Posteriormente, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Pesquera Industrial Chicama S.A.C, en adelante Chicama, y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a TSG. Sin embargo, al cabo de un tiempo, Chicama decidió resolver el contrato con TSG porque no le habría pagado una factura. A su vez, TSG también decidió resolver el contrato por incumplimiento contractual, valorizado en 1 millón de dólares.

Razón por la cual, TSG, en virtud a la cláusula arbitral existente, acudió a la vía arbitral y demandó a Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante las demandadas), pretendiendo la resolución del contrato y el pago de la indemnización.

TSG alegó que, si bien no todas las empresas demandadas habían suscrito la cláusula arbitral, todas ellas estaban vinculadas económicamente y que además, habían participado en una serie de acciones fraudulentas con el fin de burlar la deuda existente a su favor. Por su parte, las demandadas, impugnaron la competencia del Tribunal Arbitral alegando la inexistencia de la cláusula arbitral.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral emitió un laudo estableciendo que las demandadas, efectivamente eran parte del arbitraje y que, además, tenían responsabilidad solidaria frente a TSG. El Tribunal determinó que las demandadas se encontraban vinculadas en aplicación de doctrina y jurisprudencia que reconoce la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias.

De igual forma, el laudo precisaba que existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o empresas que, si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la demandada principal, es decir la parte signataria, sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral.

El Tribunal Arbitral alegó que si se descubría vinculación entre las empresas demandadas y común voluntad fraudulenta, se debía considerar que la empresa signataria (Caleta Dorada), y las demás empresas, conforman una misma parte. Por lo cual, los árbitros tienen competencia para pronunciarse frente a las partes signatarias y no signatarias; el Tribunal Arbitral, hizo énfasis en que no se encontraba frente a terceros ajenos a la cláusula arbitral, sino más bien, frente a partes.

En este sentido, el Tribunal Arbitral, decidió que era válido recorrer el velo societario a fin de encontrar la común voluntad de las empresas vinculadas. A partir de las pruebas aportadas por las partes, y en aplicación al levantamiento del velo societario, el Tribunal llegó a la conclusión que se trataba de empresas que aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas “de fachada” carentes de patrimonio ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente pero que en realidad responde a una misma voluntad.

En consecuencia, considerando que existían los indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas, el Tribunal Arbitral concluyó que Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C., eran parte de un mismo acuerdo arbitral, por ende, tenían responsabilidad solidaria con TSG por tener una voluntad común. Además, declaró resuelto el contrato, ordenando el pago de la indemnización a favor de TSG y conminó a las demandadas a correr con todos los gastos del arbitraje.

Ante esta decisión, las demandadas, interpusieron recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, alegando inexistencia del acuerdo arbitral, violación al debido proceso y que además, el Tribunal Arbitral se emitió un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a arbitraje.

La Corte Superior centró su atención en la inexistencia del acuerdo arbitral, y concluyó que no existía un acuerdo arbitral que vincule a las demandadas. Anuló el laudo arguyendo que debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse a la vía arbitral, de lo contrario, se violaría el derecho a acudir libremente a la jurisdicción ordinaria. Además, señaló que la

incorporación de partes no signatarias no tiene un fundamento legal, y que se debía resolver conforme al derecho peruano y no así en doctrina o jurisprudencia internacional.

No obstante, TSG interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema, afirmó que la Corte Superior cometió un grave error al considerar que el Tribunal Arbitral era inferior frente a la jurisdicción ordinaria y que en virtud a ese razonamiento, negara la competencia del Tribunal Arbitral, en este sentido, hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006- PI/TC, la cual establece que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales, y que el Poder Judicial no goza de monopolio jurisdiccional. También añadió que un Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre materias como grupo de sociedades y situaciones de fraude que requieran el levantamiento del velo societario.

De este modo, anuló la decisión de la Corte Superior y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar. En este segundo razonamiento, la Corte Superior reconoció que los árbitros, en virtud al principio *competence-competence*, pueden aplicar el levantamiento del velo societario. Asimismo, alegó que, bajo el mismo principio, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse respecto a las partes que deben concurrir a arbitraje, y si es necesario, extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Finalmente, reconoció que en el caso en concreto, el Tribunal Arbitral no trajo a terceros al arbitraje, por el contrario, valiéndose del principio *competence-competence*, evitó que una parte signataria, aproveche de la existencia de partes no signatarias para cometer acciones fraudulentas y posteriormente, argüir desconocimiento respecto al acuerdo arbitral que eran completamente conscientes que existía. Igualmente, la Corte Superior alegó que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral.

Decisión:

TSG interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema, afirmó que la Corte Superior cometió un grave error al

considerar que el Tribunal Arbitral era inferior frente a la jurisdicción ordinaria y que en virtud a ese razonamiento, negara la competencia del Tribunal Arbitral, en este sentido, hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006- PI/TC, la cual establece que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales, y que el Poder Judicial no goza de monopolio jurisdiccional. También añadió que un Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre materias como grupo de sociedades y situaciones de fraude que requieran el levantamiento del velo societario.

De este modo, anuló la decisión de la Corte Superior y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar. En este segundo razonamiento, la Corte Superior reconoció que los árbitros, en virtud al principio competence-competence, pueden aplicar el levantamiento del velo societario. Asimismo, alegó que, bajo el mismo principio, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse respecto a las partes que deben concurrir a arbitraje, y si es necesario, extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Finalmente, reconoció que en el caso en concreto, el Tribunal Arbitral no trajo a terceros al arbitraje, por el contrario, valiéndose del principio competence-competence, evitó que una parte signataria, aproveche de la existencia de partes no signatarias para cometer acciones fraudulentas y posteriormente, argüir desconocimiento respecto al acuerdo arbitral que eran completamente conscientes que existía. Igualmente, la Corte Superior alegó que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:
http://forseti.pe/media_forseti/revista-articles/19.pdf Consultado el
15/09/2021.

SINGAPUR

*Larsen Oil and Gas Pte Ltd v.
Petroprod Ltd. Civil Appeal N° 122 of
2010.*

*Jesús Hernández Peña**

Fecha: 11 de mayo del 2011

Tribunal: Singapore Court of Appeal

Hechos: El 21 de diciembre del 2006, Petroprod Ltd (en adelante, Petroprod), una empresa constituida en las Islas Caimán, y sus 4 subsidiarias, celebraron un Acuerdo de Administración con Larsen Oil and Gas Pte. Ltd. (en adelante, Larsen) a fin que éste último le preste los servicios de gestión y administración de empresas. Producto de este acuerdo y subsiguientes adendas, Larsen obtuvo el control financiero de Petroprod y sus subsidiarias.

El 17 de julio del 2009, Petroprod fue puesta oficialmente en liquidación por orden del Gran Tribunal de las Islas Caimán y, posteriormente, fue puesto en

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y con especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Es abogado asociado del área de competencia y arbitraje de BuenoLercari Consultores y ha sido autor de publicaciones relacionadas a temas contractuales y arbitraje. Árbitro en la Competencia Internacional de Arbitraje y en la XII Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil: Moot Madrid 2021.

liquidación forzosa en Singapur por orden del Alto Tribunal de dicha jurisdicción.

El 3 de septiembre del 2009, los liquidadores singapurenses de Petroprod iniciaron una serie de procedimientos judiciales contra Larsen a fin de evitar que la empresa liquidada le realice una serie de pagos presuntamente equivalentes a operaciones y/o transacciones desleales bajo la Ley de Quiebras. Adicionalmente, estos procedimientos también estaban destinados a evitar que las 4 subsidiarias le realicen pagos a Larsen debido a que ello podría ser un intento de fraude en contra de Petroprod, también acreedor de las subsidiarias.

El 2 de diciembre del 2009, Larsen presentó una citación a efectos de solicitar la suspensión de los procedimientos judiciales iniciados por los liquidadores de Petroprod debido a que el Acuerdo de Administración, del cual nacían todas las deudas cuyo pago se pretendía suspender, contenía un convenio arbitral que a la letra decía lo siguiente: *“Este Acuerdo se interpretará y aplicará de acuerdo con las leyes de Singapur. Las controversias que no puedan resolverse de manera amistosa se resolverán mediante arbitraje en Singapur de conformidad con las disposiciones del Capítulo 10 de la Ley de Arbitraje de Singapur.*

Pretensión: Larsen alegó que las pretensiones de los liquidadores de Petroprod debían de analizarse en el fuero arbitral debido a que estaban dentro del alcance del convenio arbitral del Acuerdo de Administración.

En efecto, a criterio de Larsen, Petroprod solo podía demostrar que los pagos realizados eran fraudulentos si los mismos no se condecían con lo expresamente pactado en el contrato. De allí que las pretensiones de Petroprod estén íntimamente vinculados al Acuerdo de Administración y, por ende, dentro de los alcances de su convenio arbitral.

Contestación: N/A

Decisión: En última instancia, la Corte de Apelaciones desestimó el pedido de Larsen debido a que, a su criterio, las reclamaciones de Petroprod no estaban vinculadas al Acuerdo de Administración, o a algún incumplimiento del mismo, sino a cuestiones estrictamente vinculadas a la Ley de Quiebras de Singapur y, por ende, fuera del alcance del convenio arbitral. De esta manera, el referido contrato solo constituía evidencia de los pagos realizados y de su aparente

legitimidad, mas no era un elemento crucial para determinar si los mismos eran fraudulentos bajo la norma de insolvencia singapurense.

Respecto al alcance de un convenio arbitral

A criterio de la Corte, el alcance de cualquier convenio arbitral se fundamenta en la voluntad de las partes y es concebible interpretar que aquellas acuerden, en forma amplia, que todas sus disputas se resuelvan mediante arbitraje. En efecto, luego del caso *Premium Nafta*, los tribunales pasaron de un análisis estricto del convenio arbitral a uno donde se prefiere una interpretación amplia del mismo a fin incluir cualquier disputa relacionada al contrato que lo contenga, salvo que el lenguaje empleado excluya expresamente una disputa en particular.

De esta manera, la Corte entendió que era razonable que Larsen y Petroprod hubiesen pactado que todas las controversias derivadas del Acuerdo de Administración se resolvieran mediante arbitraje. Sin embargo, no era posible interpretar que el convenio arbitral alcanzaba a aquellas pretensiones vinculadas a procedimientos de insolvencia. Más aún si el convenio arbitral fue celebrado en un contexto previo a la insolvencia de Petroprod y las reclamaciones de dicha empresa versaban sobre pretensiones estrictamente vinculadas a la Ley de Quiebras de Singapur.

Respecto a la arbitrabilidad de asuntos relacionados a procedimientos de insolvencia

Si bien no fue parte de la discusión judicial en primera instancia, la Corte de Apelaciones entendió que, aun en el supuesto que los reclamos de Petroprod estén cubiertos por el convenio arbitral del Acuerdo de Administración, estos no eran arbitrables y, por ende, no era posible conceder la solicitud de suspensión. De esta manera, se precisó que las partes solo podían someter a arbitraje aquellas disputas que sean arbitrables bajo la legislación correspondiente, ya que el arbitraje no es una finalidad en sí misma sino un medio para obtener un laudo ejecutable; decisión que, en caso de versar sobre cuestiones no arbitrables, podría ser anulado.

Dicho esto, la Corte de Apelaciones determinó que aquellos conflictos vinculados a la aplicación de la Ley de Quiebras no son arbitrables debido a su importante tenor público. Adicionalmente, la Corte estableció que aquellos litigios vinculados a los derechos y obligaciones contractuales de las empresas, en forma previa a su insolvencia, son arbitrables siempre y cuando no afecten los derechos sustanciales de los demás acreedores involucrados en el procedimiento de insolvencia.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: La sentencia puede encontrarse en el siguiente link: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2011-sgca-21.pdf>

Fecha de consulta: 13 de septiembre del 2021.

**VOCES: ESTADOS NO SIGNATARIOS DEL ACUERDO ARBITRAL –
ACUERDO ARBITRAL – CONSENTIMIENTO- BENEFICIO INDIRECTO
DEL NO SIGNATARIO.**

SUIZA

Caso 4A_636/2018

Romar Miguelangel Tahay Batz*

Fecha: 24 de septiembre de 2019

Tribunal: Tribunal Federal Suizo.

Hechos: La disputa subyacente surgió de un contrato suscrito en 2006 entre una *joint venture* que consta de dos empresas turcas y una entidad libia de propiedad estatal para llevar a cabo un importante proyecto de infraestructura, el "Gran río artificial", destinado a llevar agua dulce desde el sur del país al norte más densamente poblado, a lo largo del Mediterráneo.

En abril de 2005, el contrato en relación con la fase III del proyecto se adjudicó a la *joint venture* y tenía como finalidad construir una tubería de concreto de 383 kilómetros de longitud, es decir, excavar el canal a una profundidad de 7 metros y 6,5 metros de ancho y adecuarlo con más de 50.000 elementos prefabricados de tubería de hormigón. Dicho contrato contenía una cláusula arbitral que preveía arbitraje en inglés según las reglas de las ICC con sede en Ginebra.

* Trainee en Arbitraje Comercial Internacional en ECIJA INTEGRUM, Guatemala. Pensum terminado de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar campus de Quetzaltenango, Guatemala. Participante y Entrenador en la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil, así como del 28th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.

Tras los disturbios en Libia en 2011 y en especial, después de la batalla de Bengasai entre el ejército leal al líder libio Muamar Gadafi y los rebeldes, el proyecto se detuvo después de que se hubiera completado aproximadamente el 70% del trabajo. Sin que se reiniciarán posteriormente.

En junio de 2015 los recurrentes finalmente iniciaron los procedimientos de arbitraje de la ICC con sede en Ginebra contra la entidad libia de propiedad estatal y el Estado de Libia como parte no signataria.

En un laudo parcial emitido por una decisión mayoritaria, el Tribunal Arbitral declaró que carecía de jurisdicción con respecto a Libia.

Pretensión: Los demandantes recurrieron al Tribunal Federal para que anule el laudo de jurisdicción y devuelva el asunto al Tribunal Arbitral.

A ese respecto, argumentan que la empresa libia de propiedad libia y el Estado eran funcionalmente la misma entidad y que el gobierno había interferido en la formación y ejecución del contrato, hasta el punto de que, podía ser considerada una verdadera parte del contrato.

Al ser la entidad de propiedad estatal un órgano del Estado o un auxiliar del Estado se argumenta que es idéntico al Estado o que el Estado había intervenido en las negociaciones del contrato o en la ejecución del contrato de tal manera que las Demandantes tenían derecho, de buena fe, a considerarla parte del contrato y obligada por el arbitraje cláusula.

Contestación: El Estado de Libia en su contestación, solicita al Tribunal Federal que desestime la Apelación en la medida en que el asunto sea susceptible de apelación.

Decisión:

El Tribunal Federal Suizo desestimó la apelación afirmando que, en virtud de la *lex arbitri* suiza, las entidades constituidas en virtud de:

1. Derecho público y fundados por el Estado se consideran jurídicamente independientes. Por lo que el acuerdo de arbitraje celebrado por la

entidad de propiedad estatal no puede extenderse al Estado que la controla, si no suscribieron el convenio respectivo.

2. En referencia a su jurisprudencia sobre el artículo 178 PILA, la Corte Suprema señaló que existen constelaciones, donde una cláusula de arbitraje puede ser vinculante para las personas que no la firmaron, es decir, en el caso de (i) una cesión de reclamaciones, (ii) una asunción de deuda, (iii) una transferencia de contrato, y (iv) una interferencia contractual. En la última situación mencionada, un tercero que interfiere continua y repetidamente en la ejecución de un contrato que contiene una cláusula de arbitraje se considera que se ha unido al contrato y se ha sometido a la cláusula de arbitraje si manifiesta expresamente su voluntad o da la impresión bajo el principio de buena fe de ser parte de la cláusula arbitral.
3. En cuanto a la supuesta identidad de la entidad de propiedad estatal con el Estado de Libia, el Tribunal Arbitral señala que dicha entidad no fue financiada exclusivamente por el Estado, sino más bien, y en particular, también obtuvo financiamiento financiero ingresos por venta de agua; Además, el "Comité General del Pueblo" no interfirió con la organización de licitaciones y celebración de contratos, contrariamente a lo que afirman los Apelantes, sino que dejó esto en manos del "Comité Popular" que tenía jurisdicción sobre la entidad de propiedad estatal, y cuyas resoluciones simplemente adoptó. De conformidad con las conclusiones del Tribunal Arbitral, los Apelantes exageraron la autoridad soberana que supuestamente había sido delegada a la entidad suscriptora del contrato.
4. De conformidad con las conclusiones del Tribunal Arbitral, fueron las órdenes y direcciones del "Comité General del Pueblo" y no de la entidad estatal, que fueron dirigidos a los municipios y representantes del gobierno y fueron capaces de proporcionar tropas, etc., de modo que no era evidente cómo dicha entidad podría haber ejercido autoridad soberana. Además, era necesario involucrar al ministro de Agua en el arreglo discusiones, porque se preveía que el Estado debía indemnizar la pérdida del máquinas e instalaciones que habían sido destruidas en la Revolución. Finalmente, el poder otorgado al fiscal en los procedimientos paralelos del Tratado de Inversión no prueba nada, porque la entidad estatal no es parte en esos procedimientos.

-
5. En conclusión, El Tribunal Federal estableció que no se demostró ninguna circunstancia desde la cual pudieran vincularse a Libia a la cláusula de arbitraje interfiriendo en la ejecución del contrato.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-636-2018> Consultado el
17/09/2021.

VOCES: FALTA DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL – CLÁUSULA ARBITRAL – CONTRATO DE CONCESIÓN – TERCEROS BENEFICIARIOS – NO-SIGNATARIOS – EXTENSIÓN DE CLÁUSULA ARBITRAL.

TURQUÍA

Laudo Parcial CCI N°17669

*Luis Enrique Serrano Nikolaus**

Fecha: 2012

Tribunal: Tribunal arbitral con sede en Turquía.

Hechos: Un proveedor de servicios turco (Demandante) celebró un contrato de concesión con una entidad pública turca (Demandado 3) para el establecimiento y funcionamiento de un determinado servicio (Primer Contrato de Concesión).

Posteriormente, el Primer Contrato de Concesión fue reemplazado por un Segundo y por un Tercer Contrato de Concesión, que la Demandante había decidido celebrar con una entidad pública diferente (Demandado 1) por el mismo servicio contratado con el Demandado 3.

Ambos Contratos de Concesión –el Segundo y el Tercero– establecían que las controversias relativas al alcance, la implementación y la terminación del Contrato de Concesión se resolverían preliminarmente mediante negociaciones ante un Comité. Sin embargo, si las negociaciones fracasaban, la disputa sería

* Asociado enfocado en la práctica del arbitraje en Altra Legal, Paraguay. Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Entrenador del equipo de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción para la Competencia Internacional de Arbitraje.

remitida ante la Corte de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Turquía, bajo la aplicación del derecho sustantivo turco.

La Demandante estaba obligada a pagar un porcentaje por las ventas netas a otra entidad pública turca (Demandado 2) y un porcentaje por sus ventas brutas al Demandado 1, con excepción de los intereses por demora en el pago de los montos pagados a sus clientes y otros impuestos indirectos derivados de obligaciones fiscales, tales como tasas, aranceles, entre otros. Una ley posterior especificó que un tercer porcentaje de lo atribuido al Demandado 2 debería ser pagado directamente al Demandado 3.

Además, ambos Contratos de Concesión también obligaban a la Demandante a pagar intereses por mora si no pagaba al Demandado 2 en los tiempos acordados. Si aquello ocurría dos veces en un mismo año, el Demandado 1 estaba facultado a imponer una multa a la Demandante.

En julio del año x, el Demandado 1 solicitó el pago de los montos pendientes a favor del Demandado 2 y del Demandado 3, conforme al informe remitido por el Departamento de Auditoría, más los intereses por mora. La Demandante pagó únicamente una parte de estos montos. En octubre, el órgano de decisiones del Demandado 1 (la Junta) impuso una multa a la Demandante como consecuencia del atraso en los pagos.

En noviembre, la Demandante expresó por escrito al Demandado 1 que había cumplido con la totalidad de las obligaciones de pago con los Demandados 2 y 3 y, por tanto, no estaba obligado al pago de la multa. De ser rechazada la objeción, solicitó que la comunicación fuera considerada como una invitación para negociar ante el Comité según lo previsto por el Contrato de Concesión 3.

Por su parte, el Demandado 2 manifestó que no aceptaba la objeción y solicitó a la Demandante el pago del monto total pendiente, más los intereses por mora y la multa fijada por la Junta.

En una reunión del Comité celebrada en noviembre, se llegó a la conclusión de que aún no había surgido controversia alguna. Sin embargo, en diciembre la Demandante informó al Demandado 1 que, de no resolverse la disputa dentro de los 15 días, solicitaría el inicio del arbitraje.

Vencido el plazo de 15 días la Demandante presentó la solicitud de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional con sede en Turquía.

Pretensión: La Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que declare lo siguiente: (1) que la cláusula de arbitraje en el Tercer Contrato de Concesión era vinculante para los Demandados 1, 2 y 3; (2) que la Demandante no adeuda suma bajo ningún concepto; (3) Por tanto, no existe base para la sanción impuesta por la Junta; (4) Además, los ingresos de un servicio diferente y ciertos descuentos hechos a los clientes deben deducirse de las ventas brutas de la Demandante conforme a lo previsto por el Contrato de Concesión.

Manifestó, en general, que los Demandados no tienen derecho a los montos solicitados en el informe de la Junta, así como tampoco al pago de multas.

Contestación: Los Demandados 2 y 3 argumentaron que el Tribunal Arbitral carecía de jurisdicción sobre ellos porque no eran partes del Contrato de Concesión.

Decisión: Entre las cuestiones de jurisdicción más importantes que fueron abordadas por el Tribunal se encuentran las siguientes:

1. Terceros beneficiarios

El Tribunal Arbitral señaló que el efecto de la cláusula arbitral en el Contrato de Concesión debe determinarse individualmente respecto al Demandado 2 y al Demandado 3.

La cláusula 8¹ del Contrato de Concesión claramente mencionaba que el Demandado 2 recibiría un porcentaje de las ventas brutas. Incluso, había cobrado dicho porcentaje durante muchos años, por lo que admitió estar

¹ Cláusula 8. - Parte que se pagará al Demandado 2. Con excepción de los intereses por demora en el pago de los montos cobrados a sus clientes y de los impuestos indirectos, las obligaciones fiscales como las tarifas y los aranceles y los montos facturados registrados en las cuentas a los efectos de la presentación de informes, el proveedor debe pagar el X por ciento de sus ventas brutas mensuales cada mes al Demandado 2. Los pagos mensuales al Demandado 2 serán efectuados por el proveedor hasta la tarde del día veinte del mes siguiente al mes al que se relacionaron los pagos mensuales.

beneficiándose de las condiciones del Contrato de Concesión pese a oponerse a ser parte del mismo.

El Tribunal Arbitral consideró al Demandado 2 como un tercero beneficiario dado que es un “actor clave” y receptor de la mayor parte de la compensación adeudada por la Demandante por la concesión otorgada. El Demandado 2 no es un mero “espectador”, sino que es parte del Contrato de Concesión.

Con relación a al Demandado 3, la cláusula 8 del Contrato de Concesión no lo menciona. No obstante, el Tribunal Arbitral sostuvo que también debía ser considerado como tercero beneficiario.

El Demandado 3 precedió al Demandado 1 en ser parte del Contrato de Concesión. Por lo tanto, el Demandado 3 conocía y era plenamente consciente de la base contractual de los honorarios a pagar en virtud del Contrato de Concesión. Pese a no haber sido suficientes las disposiciones del Contrato de Concesión para calificarla como tercero beneficiario, resultaba evidente que jugaba un papel importante en la relación contractual y que, además, había estado percibiendo parte de sus honorarios durante un largo periodo.

Finalmente, el Tribunal Arbitral decidió que tanto el Demandado 2 como el Demandado 3 debían ser considerados como terceros beneficiarios en virtud de lo previsto por el artículo 111² del Código de Obligaciones (CO) de Turquía.

2. Incorporación de no signatarios

Luego de llegar el Tribunal Arbitral a la conclusión de que los Demandados 2 y 3 eran terceros beneficiarios, sostuvo que la determinación de cuán obligada está una parte no signataria a una cláusula arbitral se halla sujeta al alcance y la

² Art. 111. - Si una parte que actúa en su propio nombre ha prometido una actuación a favor de una tercera persona, tiene derecho a solicitar esa actuación.

El tercero o su derechohabiente también tiene derecho por derecho propio a exigir la ejecución a su favor si esta fue la intención de las dos partes contratantes, o si es conocida por la costumbre.

En tal caso, el obligante originario ya no podrá eximir al deudor de su desempeño una vez que dicho tercero o su derechohabiente le haya declarado que reclama su derecho.

validez de esta. Por ende, el análisis debía ser hecho conforme a lo previsto por la ley de arbitraje turca.

El Tribunal Arbitral sostuvo que, pese a que el art. 4.2 de la ley requería un acuerdo por escrito, existían excepciones previstas por la doctrina que permitían la extensión de la cláusula arbitral, entre ellas la de los terceros beneficiarios. Puntualizó lo siguiente: *cuando un contrato otorga beneficios a una parte no signataria, dicho tercero no solo se beneficiará de los beneficios, sino que también estará sujeto al marco jurisdiccional contenido en dicho acuerdo.*

Sostuvo la decisión de la extensión de la cláusula arbitral en tres argumentos adicionales:

1. Tanto el Demandado 2 como el Demandado 3 cumplieron con el marco contractual del Contrato de Concesión y recibieron los pagos adeudados en virtud del mismo. El Demandado 2 ha perseguido activamente sus reclamos y el Demandado 3 estuvo involucrado en el esquema de concesión desde sus inicios.
2. Ambos son parte del gobierno turco y carecen de personalidad jurídica independiente. Incluso actuaron conjuntamente.
3. Incluso si ninguno de ellos estuviese vinculado por la cláusula arbitral, la jurisdicción del Tribunal Arbitral seguiría cubriendo todas las reclamaciones y ambos demandados se verían afectados por el laudo.

El Tribunal Arbitral decidió en el Laudo Provisional que contaba con jurisdicción sobre el Demandado 1, el Demandado 2 y el Demandado 3.

Disidencia:

1. Terceros beneficiarios

Voto en disidencia del coárbitro Black: manifestó que, pese a que el Demandado 3 conocía plenamente los antecedentes del Contrato de Concesión, esta sólo se beneficia indirectamente como receptora de una parte de los pagos, por lo que no puede ser considerada como beneficiaria.

2. Incorporación de no signatarios

Voto en disidencia del coárbitro Black: sostuvo que, si bien el Demandado 2 debía ser considerado como un tercero beneficiario, no es parte directa del Contrato de Concesión y no estaba sujeto a la cláusula arbitral conforme a lo previsto por el art. 4.2 de la ley de arbitraje turca.

Ubicación del precedente: Disponible en:
<https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icca-yb-xli-162712-n?q=non-signatories>. Consultado el 22/09/2021.

VOCES: ARBITRALIDAD DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS A LA
LIBRE COMPETENCIA – CUESTIÓN PREJUDICIAL – ANULACIÓN DE
LAUDO ARBITRAL POR VULNERACIÓN AL ORDEN PÚBLICO.

UNIÓN EUROPEA

Asunto C-126/97 Eco Swiss

*César Quiñones Costa**

Fecha: 1 de junio de 1999

Tribunal: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Hechos: Se efectuaron cinco cuestiones prejudiciales por el *Hoge Raad* (la “Corte Suprema”) de los Países Bajos hacia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”), destinada a obtener una respuesta respecto a la interpretación del artículo 85 (actualmente 102) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”).

Dichas cuestiones se plantearon en el marco de un recurso interpuesto por *Benetton International NV* (“Benetton”), con el objeto de obtener la suspensión de la ejecución de un laudo arbitral que la había condenado a pagar de *Eco Swiss China Time Ltd* (“Eco Swiss”) una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución ilegal de un contrato de licencia (el “Contrato”), alegando que dicho laudo es contrario al orden público, en tanto el Contrato era nulo por contravenir el artículo 85 del TFUE.

Respecto al procedimiento principal, el 1 de julio de 1986 Benetton celebró el Contrato con Eco Swiss y *Bulova Watch Company Inc.* (“Bulova”). Mediante

* Practicante de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia en Indecopi. Estudiante de décimo segundo ciclo de derecho en la Universidad de Lima. Con estudios de intercambio en la Universidad de Salamanca y en la Universidad Católica de Colombia.

el Contrato, Benetton concedía a Eco Swiss el derecho a fabricar relojes y relojes de pulsera con la mención “*Benetton by Bulova*”, que podían vender Eco Swiss y Bulova. El Contrato contenía una cláusula arbitral que ordenaba la resolución de los conflictos entre las partes ante el Instituto Neerlandés de Arbitraje, siendo la norma aplicable el derecho neerlandés.

Benetton resolvió el contrato el 24 de septiembre de 1991, tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada. Por ello, Eco Swiss y Bulova iniciaron un procedimiento arbitral respecto a esta resolución. En su laudo de 4 de febrero de 1993, denominado “*Partial Final Award*” (el “PFA”), los árbitros resolvieron condenar a Benetton a indemnizar a Eco Swiss y a Bulova por los perjuicios que dichas parte sufrieron por causa de la resolución del Contrato. Posteriormente, el tribunal arbitral condenó a Eco Swiss, mediante un laudo denominado “*Final Arbitral Award*” (el “FAA”) al pago de USD 23’750,000 a Eco Swiss y USD 2’800,000 a Bulova en reparación del perjuicio que estas habrían sufrido. Mediante auto del 17 de julio de 1995, el Presidente del *Rechtbank te ‘s- Gravenhage* (el “Rechtbank”) autorizó la ejecución del FAA. El 14 de julio de 1995, Benetton solicitó al Rechtbank la anulación del PFA y el FAA, alegando que estos laudos eran contrarios al orden público en tanto el Contrato contravenía el artículo 85 del TFUE, a pesar de que en el marco del procedimiento ni las partes ni los árbitros se refirieron a la posibilidad de que el Contrato fuera contrario a esta disposición.

Mediante resolución de 2 de octubre de 1996, el Rechtbank desestimó esta solicitud. En ese sentido, Benetton interpuso un recurso de apelación ante el *Gerechtshof te ‘s- Gravenhage* (el “Gerechtshof”), ante el que está pendiente el asunto. Posteriormente, Benetton solicitó al Rechtbank que se suspenda la ejecución del FAA y que ordenara a Eco Swiss la constitución de una fianza. Tras una apelación ante el Gerechtshof, se terminaron ordenando ambas medidas solicitadas por Benetton. Particularmente, el Gerechtshof consideró que “*el artículo 85 del Tratado es una disposición de orden público en el sentido de la letra e) del apartado 1 del artículo 1065 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya infracción puede dar lugar a la anulación de un laudo arbitral*”.

Asimismo, el Gerechtshof consideró que podía comprobar la conformidad del FAA con la letra e) del apartado 1 del artículo 1065 (de la Ley de Enjuiciamiento Civil) toda vez que “*la concesión de una indemnización destinada a compensar los daños y perjuicios derivados de la resolución ilegal del contrato de licencia*

equivaldría a reconocer efectos a dicho contrato, mientras que este es nulo, al menos parcialmente, en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 85 del Tratado". Cabe mencionar que el Contrato no fue notificado a la Comisión y no estaba amparado por una exención por categoría¹.

Después de que el *Gerechtshof* estimó la demanda de suspensión de ejecución del FAA, *Eco Swiss* interpuso recurso de casación ante la Corte Suprema y *Benetton* se adhirió a la casación. La Corte Suprema mencionó que un laudo arbitral solo es contrario al orden público cuando "*su contenido o ejecución es contrario a una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción de carácter procesal puede impedir su observancia*". Asimismo, sostuvo que "*en Derecho neerlandés, el mero hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho de la competencia no se considera, en general, contrario al orden público*". Sin embargo, la Corte Suprema se pregunta si es posible decir lo mismo si estamos ante la aplicación de una disposición comunitaria. En esas circunstancias, la Corte Suprema suspendió el procedimiento y plantear al TJUE cinco cuestiones.

Pretensión: Se plantearon cinco cuestiones prejudiciales respecto a la interpretación del artículo 85 del TFUE, que establece la prohibición del abuso de posición dominante de las empresas competidoras en el mercado interno, y su relación con el derecho neerlandés, particularmente en lo atinente a las posibilidades de una parte de anular un laudo arbitral por contravenir el artículo

¹ Cabe mencionar que en la fecha en la que se emitió la decisión del Asunto *Eco Swiss*, la regulación europea de libre competencia preveía que determinados contratos, entre ellos los de colaboración entre competidores o de distribución vertical, sean notificados a la Comisión Europea antes de su entrada en vigencia, a efectos de que se evalúe su impacto en el mercado común. Asimismo, existían categorías determinadas que podían considerarse puertos seguros, denominadas exenciones. Actualmente la Comisión Europea no analiza relaciones contractuales de colaboración o de distribución ex ante (salvo en el primer caso, para cuestiones relacionadas a control de concentraciones), sino que supone que las partes harán una evaluación razonable de las consecuencias competitivas o anticompetitivas producidas por su vinculación, reservándose la potestad de investigar o sancionar ex post, en todos los casos. De la misma manera, existen reglamentos de exención por categoría, inclusive diferenciados por industria, para facilitar el análisis de las partes sobre su operación.

85 del TFUE. Además, se hace notar que la discusión respecto a la contravención del artículo 85 del TFUE no fue materia de debate ni controvertida en el marco del procedimiento arbitral que culminó con el PFA y el FAA.

Decisión:

1. Un órgano jurisdiccional nacional al que se le ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

Bajo una interpretación lógica, si un órgano jurisdiccional puede sustanciar condicionadamente una anulación de laudo por vulneración al artículo 85 del TFUE, existe la posibilidad de arbitrar cuestiones relacionadas a la libre competencia. En caso contrario, el TJUE hubiera resuelto que todas las cuestiones y decisiones relacionadas al artículo 85 ocasionan la anulación del laudo arbitral. Además, el TFUE señaló que *“si un arbitraje convencional suscitara cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, especialmente en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menos entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequátur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable”*.

2. El derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas, conforme a las cuales un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final y que no haya sido objeto de recurso de anulación dentro del plazo, adquiere fuerza de cosa juzgada y no puede ser revocado por un laudo arbitral posterior, aunque ello sea necesario para poder examinar, en el procedimiento de anulación del laudo arbitral posterior, si un contrato que el laudo arbitral parcial ha declarado jurídicamente válido es, sin embargo, nulo desde el punto de vista del artículo 85 del TFUE.

Esto quiere decir, en otras palabras, que el derecho comunitario no impide que el derecho neerlandés le otorgue carácter de cosa juzgada a un “*laudo parcial que tenga carácter de laudo final*”, siendo además que los laudos que expliquen el sentido de dicho “laudo parcial” también se encuentran imbuidos de fuerza de cosa juzgada. El hecho de que se alegue que dichos laudos con fuerza de cosa juzgada son contrarios al artículo 85 del TFUE no enerva esta conclusión.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126&from=EN>. Consultado el 12 de septiembre de 2021.

VOCES: NO SIGNATARIOS DEL ACUERDO ARBITRAL – ACUERDO ARBITRAL – CONSENTIMIENTO- NULIDAD DEL CONTRATO DE IMPORTACIÓN.

YUGOSLAVIA

Yugoslav Enterprises v. Swiss Company. No. 2930, 1982.

*Marianne G. Castro Coste**

Fecha: 1982

Tribunal: Tribunal Arbitral de Suecia.

Hechos: Empresas comerciantes de Yugoslavia contra la Swiss Company. En 1974, se exportarían productos desde Yugoslavia productos a Suiza a cambio de una importación de otros productos como una transacción de compensación entre las empresas. Para la importación se realizó un contrato verdadero y para la exportación se realizaron contratos simulados de acuerdo a los establecido por los demandantes.

El objetivo de este plan era obtener el financiamiento y las divisas necesarias para el pago de los productos importados. Esta mercancía, en efecto fue entregada en Yugoslavia y fue pagada en los francos suecos. Los demandantes, piden la anulación de la transacción y los daños ocasionados por los demandados.

* Abogada de la División de Litigios e Inmobiliario de la oficina de abogados Puello Herrera | Alies | Pascal (APH Abogados), en la República Dominicana. Licenciada en Derecho, abogada de los Tribunales de la República Dominicana, maestrante en la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid – España, en Derecho Penal Económico. Asociada en Arbitraje Alumni.

Ley aplicable para la relación contractual de las partes: A pesar de que los demandantes solicitaron al tribunal aplicar la ley de Yugoslavia, la parte demandada ha solicitado aplicar al Ley de Suecia.

El tribunal consideró de acuerdo a los párrafos 3 y 5 del artículo 13 de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional lo siguiente:

Las partes serán libres de determinar la ley aplicable por el árbitro para los méritos de la disputa. En ausencia de indicación por parte de las partes de la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley más adecuada en virtud del conflicto y lo que estime como apropiado. En todos los casos, el árbitro deberá tomar en cuenta las previsiones del contrato y los usos comerciales relevantes.

Esta fórmula es tomada del artículo VII de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional del 21 de abril de 1961 y los párrafos 1 y 3 del artículo 33 de las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia internacional relativa al arbitraje, admite que, para determinar la ley sustantiva, el árbitro deberá dejar a un lado la aplicación del conflicto de las reglas del foro” (los problemas relativos al arbitraje comercial internacional y las lecturas dadas en la academia internacional de derecho, volumen II, 1967. Página 659 y las reglas de conflicto de ley aplicables en arbitraje, reporte preparador por la Conferencia de Arbitraje Internacional Privado en Suiza, abril 2 y 3 de 1976, publicaciones de la facultad de derecho de Suiza, Volumen 53).

El tribunal arbitral tiene un poder discrecional para elegir la ley aplicable (Diario de derecho internacional, Clunet, 1981, página 924) y sí está autorizado para referirse a los diferentes sistemas de conflictos de ley a su disposición, se encuentra obligado a dar preferencia a uno de estos por encima del otro.

En la decisión de la ley aplicable, el tribunal arbitral deberá tomar en consideración los resultados del trabajo de la Comisión Internacional de prácticas comerciales de la Cámara de Comercio Internacional que fueron presentadas al congreso de Estocolmo el 9 de octubre de 1981, en forma de borrador del reglamento sobre la ley aplicable en los contratos internacionales.

El tribunal arbitral tomará en cuenta la convención de ley aplicable para los ventas internacionales de productos, concluyó que La Haya en junio 15 de 1955 y ratificado en esta misma fecha por Francia y Suiza establece que, de acuerdo con el artículo 3 de la Convención, la venta se regulará bajo la ley del país donde el vendedor tiene su residencia en el momento en que recibe la orden, pero la venta debe regirse por la ley del país donde el comprador tiene su residencia si es en este mismo país donde la orden es recibida por el vendedor.

La ley de derecho internacional privado de Suiza, Francia y Yugoslavia en este momento tienen un criterio similar en la ley aplicable frente a las obligaciones contractuales. La primera tarea sería determinar de la ejecución más característica del contrato examinado. La segunda tarea sería determinar en cual territorio es ejecutado, o como menciona el Tribunal Federal de Suiza, “el centro de gravedad del contrato”. Esta solución es provista por la Convención Europea de Derecho Aplicable en las obligaciones contractuales, abierta para firma de los países miembros de la comunidad de Roma el 19 de junio de 1980.

El tribunal arbitral debe observar la cláusula VII de los estados básicos del contrato:

Todos los artículos del presente contrato son indivisibles y las partes están obligadas a ejecutar el contrato como uno completo.

Es cierto que las partes interpretan la cláusula en diferentes formas, pero, esta cláusula es clara y precisa. La tarea del tribunal arbitral es no interpretar, pero aplicar dicha cláusula. Como resultado de esto, las partes se encontraban en un acuerdo y la relación contractual deberá ser regulada bajo una misma ley.

En consecuencia, el tribunal arbitral observa que el agregado de contratos que deben examinar se encuentra conectados. Prevalciendo la ley de Yugoslavia sin duda alguna.

El tribunal arbitral se convence aún más con la decisión de los demandantes, estando estos debajo de la jurisdicción de Yugoslavia. Esta ley contiene previsiones sobre la ley publica incluyendo sanciones punitivas. En consecuencia, cualquier contrato referente a importación a Yugoslavia o exportación desde la misma, es sujeto de las disposiciones obligatorias de la Ley de Yugoslavia.

Tomando en cuenta que las cláusulas estipuladas en los documentos contractuales y las circunstancias del presente caso, el tribunal arbitral concluye que la ley aplicable para ambas relaciones contractuales es la Ley de Yugoslavia.

Nulidad del contrato de exportación: Por razones obvias, los detalles de la transacción no son reportadas. El contrato de exportación era, según los árbitros, un contrato ficticio y bajo regulaciones de intercambio internacional que han sido violadas. El tribunal arbitral consideró lo siguiente:

En general todos los acuerdos contrarios al mandato y las estipulaciones de la ley o el orden público, la moralidad y los bonos, son nulos y vacíos. Esto es en razón del artículo 879 del Código Civil de Austria, aplicable en Croacia y Eslovenia en 1974, así como bajo la Ley en obligaciones de Yugoslavia (Gaceta Oficial Núm. 29/78), el cual no entró en vigencia hasta 1978. Este principio es reconocido en todos los países y todos los sistemas legales. Es un elemento general aceptado en la ley de contratos en el ámbito internacional.

En este caso, las partes deliberadamente han concluido un contrato ficticio y que violenta la ley de Yugoslavia aplicable al contrato, del cual han recibido exportaciones ficticias y un crédito que no debieron obtener.

La conclusión del tribunal arbitral es:

- El contrato que tiene por objeto la exportación de los productos es nulo e inválido.
- La consecuencia de esta nulidad es que el otro contrato, el de importación, es nulo e inválido de igual forma, en virtud de la Cláusula VII anteriormente explicada en el dispositivo.

Consecuencias de la nulidad del contrato de importación: El tribunal arbitral se refiere a sus conclusiones previas y la nulidad absoluta del contrato principal, así como de los contratos accesorios que derivaron de la transacción.

La consecuencia de la nulidad de acuerdo con la Ley de Yugoslavia es la restauración del estado inicial de las relaciones, esto es, la restitución del pago de cada uno de las partes, sin daños o excepciones a favor de los demandantes.

Siendo el principio establecido, la tarea de especificar el monto que el demandando debe retornar persiste.

El demandado debe devolver el total de 5,398,986.51 de francos suizos. Estos gastos son en razón de que los demandantes han concluido un contrato nulo e inválido por ser contrario a la Ley de Yugoslavia.

La conclusión del tribunal arbitral es que los contratos referentes a la exportación serán declarados nulos e inválidos y como consecuencia, se realizará la restitución de todo sin compensación alguna. El demandados deberá pagar a los demandantes en Suiza. En consecuencia, el interés que se agrega conforme a los cálculos aplicables del pago vencido, es el 5% conforme al Código de Suiza en su artículo 104.

El tribunal debe tomar en cuenta el hecho del vencimiento del pago y que, en principio, no fueron pagados los 20,000.00 francos suizos de depósito. En ese sentido, el pago deberá ser calculado desde el inicio de la transacción hasta la fecha de la afectación.

Se dio lectura de las conclusiones formales de la siguiente forma:

- Los contratos principales y los accesorios son considerados nulo e inválidos, por violación a la Ley de Yugoslavia y encontrarse en contra de la moral.
- Los demandantes deberán regresar los productos adquiridos del demandando en perfectas condiciones.
- El demandado deberá devolverle a uno de los demandantes el monto total de 5,398,986.51 por depósito de cuenta bancaria.
- El demandante a recibir dicho monto se encuentra en el interés del mismo en virtud del 5% de intereses.
- Cada una de las partes deberá pagar una mitad de los gastos y honorarios del tribunal arbitral.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación

del

precedente:

<https://www.kluwerarbitration.com/document/IPN1902>

Consultado

el

15/09/2021.

III

NUESTROS ASOCIADOS

NUESTROS ASOCIADOS

Adrián Caballero	Camila Segura	Dominique André Vargas
Alba Palomera Fort	Camilo Duarte Duran	Emiliano Cernaz
Alejandra Chauvin	Carlos Miranda	Emiliano Lencina Pailos
Alejandro Sandino Lalinde	Carmela Ayllón	Emily Horna Rodríguez
Alfredo Leonardo Eube Madussi	Carolina Galíndez	Evelyn Silva Escobar
Álvaro Estrada Rosas	Cesar Quiñones Costa	Facundo Martín Giménez
Álvaro Ramírez	Christian Collantes Rojas	Federico Achard Brito del Pino
Ana Karina Parra	Christian Gabriel Angles Salazar	Felipe Ignacio Montero Rafols
Ana Sofia Vargas Hernández	Christopher Arístides Laines Pablo	Felipe Mateo Duran Larrea
Andrea Aragón Salcedo	Clara Leban Vázquez	Fernanda Veremeenco
Benjamín Valdez	Daniela Ayala Estupiñán	Fernando Ayala
Bernarda Muriel	Daniela Palma	Francisco F. Zenteno Santivañez
Boris Farfán Lastra	Diego Dal Monte	Francisco Sepúlveda
Brenda Copani	Dione Meruane Osorio	
Brian Burstein		
Camila Boriz		

Gabriela Rodríguez González	Joaquín Garino Podestá	Lennart Vazzoler
German Flórez	Johnnatan Palomino	Lorena Gamarra Casas
Gonzalo Salvador Carreño	Jorge Enrique Bogarín	Lucas Corrales
Hugo Adalberto Pérez Linares	Jorge López Fung	Lucero García
Ignacio Arroyo	Jorge Martínez Bonifatti	Lucia Córdova Heredia
Ignacio Tasende	Jorge Rolando Barrientos	Luis A. Chávez Fragoso
Ismael Franco	Schoenfeld	Luis Francisco Rodríguez Rebolledo
Iván Bendezú Elescano	José Antonio Casas Chavana	Luis Serrano
Iván Francisco Oliva Ávila	Josefina Silva	Luis Tamborini
Jack Zapata	Juan Carlos Darquea	Luísa Quintão
Javier Loza Vargas	Juan Ignacio Amado Aranda	Luz Atala
Jazmín Casandra Escalante	Juan Martin Alarcón	Marcial G. Gutiérrez Lucar
Jazmín Sapienza	Juan Pablo Trelles	Marcos Maciel
Jesús Roberto Hernández Peña	Julián Ávila	María Alejandra Piedrahita Gutiérrez
Jimmy Antony Pérez Solano	Julio Olórtegui Huamán	María Cecilia Azar
	Kevin Alarcón Chunga	

María Eugenia Ferreya	Miguel Colquicocha	Paloma Silva
María Eugenia Piacquadio	Milagros Velazco Milena Rocío Combina	Paulo Cesar Castañeda Montalván
María Fernanda Rojas Sangüesa	Miriam Sofia Sanjinés Jorge	Ramon Andrés Rojas
María Lourdes Lecich Basualdo	Mitzy Longa	Raquel Molina Arraya
María Paz Abril Umpierrez Blengio	Natali Juliana Pulido del Pino	Regina Moreno Ricardo Montalvo Lara
María Victoria Rosales Pelleschi	Natalia Ordoñez Nicolas Hernández	Romar Miguelangel Tahay Batz
Mariana Arena	Nicolas Jorge Servan Eyzaguirre	Salvador Smith Lagos
Marianne Gizeth Castro Coste	Nicolas Rosero	Samuel Francisco Rodríguez Izaguirre
Mateo Noseda	Nicole Claribel Rapozo Mejía	Santos Urtecho Navarro
Mauricio Ariel Ventre	Omar Mestanza García	Scarlett Jacqueline Loayza Orellana
Mauricio Marengo	Oscar Andrés Obando Chávez	Sebastián Coulon
Mauricio Zárate Gonzálvez	Pablo Arrien Oporto	Sebastián Farias Tapia
Melisa Linares Paz Soldán	Pablo de José León Marroquín	

Sergio Alberto Tafur Scaglia	Stefanny Barona Báez	Valentina Celesti
Sofia Phileas	Thalia Jiménez Vilcayauri	Valentina Salazar de Greiff
Solana Beserman	Thomas Biscomb	Valeria Cazal
Sonia Quejia	Tomas Geuna	Víctor López
		Victoria Elgueta

