

REVISTA
JURÍDICA
DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la
Perspectiva Iberoamericana

Número 2

CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Revista Jurídica del Centro de Arbitraje de México
Arbitraje Internacional desde la Perspectiva Iberoamericana

Miembros del Comité Editorial

**Frida Paola
Altamirano Jiménez**

**Ana Sofía
Vargas Hernández**

**Antonio Ochoa
Quintana**

**Eduardo Lobatón
Guzmán**

Torre Vistral Insurgentes
Av. de los Insurgentes Sur 730 - Piso 2, oficina 210
Colonia Del Valle Nte., Delegación Benito Juárez, C.P. 03100
Ciudad de México

Número 2

El contenido de los trabajos es responsabilidad de los autores y no evidencia el punto de vista de sus respectivos lugares de trabajo ni del Centro de Arbitraje de México. Se autoriza la reproducción de los artículos con la condición de citar los trabajos con la finalidad de respetar los derechos de autor. Los editores no aceptan responsabilidad alguna por los actos u omisiones aquí contenidos.

REVISTA JURÍDICA

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la Perspectiva Iberoamericana

RECONOCIMIENTOS

El Centro de Arbitraje de México y el Comité Editorial agradecen a los autores, analistas y *rapporteurs* por hacer este segundo número posible.

AUTORES

Alejandro Torres Fernández | Ana Sofía Vargas Hernández
Eduardo Silva Romero | Facundo Galeano | Galo Márquez Ruiz
Margarita R. Sánchez | Michael A. Fernández | Samantha Atayde Arellano
Santiago Aguilar Garibay | Santiago Soto García

ANALISTAS

María Camila de Brigard | María Lucía Casas A. | Mariana Gómez-Vallin
Montserrat Manzano | Romar Tahay | Santiago Díaz-Cediel

RAPORTEURS

Andrea Pérez Velasco | Fernanda Serrano Cortez
Francisco Eugenio Delgado Rodríguez | Juan Arturo Dueñas R.
Rogelio Gama Moreno | Sylvia Sámano Beristain

— CONTENIDO —

■ Prólogo.....	1
<i>Mtro. Omar Guerrero Rodríguez</i>	

PRIMERA PARTE DOCTRINA

■ PRESUNCIÓN DE COMPETENCIA Y DEBER DE DILIGENCIA DE LOS INVERSORES.....	8
INTERNACIONALES <i>Eduerdo Silva Romero y Santiago Soto García</i>	
■ EL ARBITRAJE: UN INSTRUMENTO INCLUSIVO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE.....	40
ACCESO A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA <i>Margarita R. Sánchez y Facundo Galeano</i>	
■ ANTI-SUIT INJUNCTIONS EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS.....	57
<i>Michael A. Fernández y Alejandro Torres Fernández</i>	
■ LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN LAS ECONOMÍAS MIEMBRO DE.....	74
APEC: UNA MIRADA A LOS NUEVOS ACUERDOS <i>Samantha Atayde Arellano</i>	
■ 57 AÑOS DE INFLUENCIA POLÍTICA SOBRE LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL.....	85
ARBITRAJE INTERNACIONAL <i>Galo Márquez Ruiz</i>	
■ EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS: UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE.....	101
LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK <i>Santiago Aguilar Garibay y Ana Sofía Vargas Hernández</i>	

SEGUNDA PARTE ANÁLISIS DE LAUDOS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

■ TENDENCIAS RECIENTES SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO EN LA JUDICATURA.....	129
MEXICANA <i>Montserrat Manzano y Mariana Gómez-Vallín</i>	

■ | Índice

- LOPEZ-GOYNE FAMILY TRUST, ET AL. C. NICARAGUA UNA MANERA DE EQUILIBRAR EL **135**
SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO
María Lucía Casas A. y María Camila de Brigard

- MARIA V. ALTMANN, FRANCIS GUTMANN, TREVOR MANTLE, AND GEORGE BENTLEY VS..... **141**
THE REPUBLIC OF AUSTRIA
Romar Tahay

- INMUNIDAD DE EJECUCIÓN Y LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN: ¿CÓMO ESTÁ..... **150**
COLOMBIA?
Santiago Díaz-Cediel

TERCERA PARTE **REPORTES**

- CONSOLIDACIÓN DE ARBITRAJES EN DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN..... **155**
Juan Arturo Dueñas R.

- EVALUACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN CONTRATOS Y PROYECTOS..... **160**
Rogelio Gama Moreno y Francisco Eugenio Delgado Rodríguez

- PARTICULARIDADES DE LAS DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN..... **166**
Sylvia Sámano Beristain

- LA TECNOLOGÍA EN LAS DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN: EL FUTURO NOS ALCANZÓ..... **170**
Fernanda Serrano Cortez

- CONTRATOS PARA PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN: LÍMITES AL COPIAR Y PEGAR..... **177**
Andrea Pérez Velasco

PRÓLOGO

El rol de los y las profesionales del derecho implica un estudio constante. Esta revista representa un esfuerzo encomiable de cumplir con este objetivo. Como decía Albert Einstein, “*Education is not the learning of facts, but the training of the mind to think*”. Esta revista es el resultado colectivo que refleja generosidad en compartir conocimiento y experiencias y que entrenan e invitan a nuestra mente a pensar jurídicamente la materia de arbitraje internacional.

Este magnífico esfuerzo fue organizado por el Centro de Arbitraje de México (CAM). El CAM es una institución dedicada a la administración de procedimientos arbitrales, que además se dedica a la organización del MOOT México de arbitraje comercial y de inversión, a otorgar el premio Guillermo Aguilar Álvarez y a organizar conferencias y actividades en la rama de arbitraje comercial y de inversión. Así, el CAM se convierte en un motor de conocimiento para las actuales y futuras generaciones de abogados que estudian y se dedican al arbitraje comercial y de inversión.

Éste es el segundo número de la Revista Jurídica desde que se inició su publicación. En esta ocasión se divide en tres partes. La primera parte consta de una serie de estudios de doctrina relacionados con el arbitraje. La segunda contiene un análisis de laudos arbitrales y criterios jurisprudenciales relacionados con esta materia. Finalmente, la tercera parte se compone de una serie de reportes de exposiciones realizadas por paneles de expertos durante las Jornadas de Arbitraje organizadas por Hogan Lovells en el año 2023.

Dentro de la primera parte, el lector encontrará una serie de análisis interesantes, escritos por abogadas y abogados de vanguardia con ideas igualmente novedosas. **Eduardo Silva Romero y Santiago Soto García**, en su artículo *Presunción de Competencia y Deber de Diligencia de los Inversores Internacionales* buscan demostrar la evolución que ha tenido la debida diligencia como componente de las expectativas legítimas de los

inversionistas y lo que implica este deber de debida diligencia. Los autores explican el fundamento para imponer un deber de debida diligencia, presuponiendo que los inversores son profesionales razonables y experimentados. Los autores continúan explorando el análisis realizado por distintos tribunales al aplicar la obligación de debida diligencia. Los autores concluyen que, debido a que la debida diligencia desempeña un papel importante en el análisis de los tribunales que deben decidir reclamos sobre expectativas legítimas, los inversionistas deben ser rigurosos y tratar seriamente la fase de debida diligencia del inversor.

Continúan la maestra y el maestro **Margarita R. Sánchez** y **Facundo Galeno** con *El arbitraje: Un instrumento inclusivo para garantizar el derecho de acceso a la justicia en América Latina*. En este artículo los autores postulan al arbitraje como un mecanismo para garantizar este derecho fundamental. Los autores analizan las ventajas y desventajas de este mecanismo de resolución de disputas y sugieren que los Estados deben tomar una postura más activa en la inclusión del arbitraje como mecanismo de ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Los autores concluyen que, gracias a la flexibilidad del arbitraje, realmente representa una alternativa eficiente para garantizar el derecho de acceso a la justicia, especialmente en la región Latinoamericana.

La tercera intervención la realizan **Michael A. Fernández** y **Alejandro Torres Fernández** quienes en *Anti-suit injunctions en México y Estados Unidos* analizan dicha figura dentro del sistema legal estadounidense para después hacer un examen de su compatibilidad con el derecho mexicano, donde no se prevé dicha figura. Con base en los criterios analizados por los autores, concluyen que no es imposible obtener los efectos de la figura en arbitrajes de sede mexicana.

Sigue **Samantha Atayde Arellano**, quien en su artículo *La política de protección de las inversiones en las economías miembro de APEC: Una mirada a los nuevos acuerdos* analiza enfoques recientes en materia de protección a las inversiones adoptados en cinco mega acuerdos celebrados por las economías miembro del Foro de Cooperación Económica

Asia-Pacífico. La autora postula que las economías participantes de los acuerdos comerciales regionales tienen una tendencia a contraer obligaciones sustantivas de protección a la inversión, pero muchas veces incluyen limitaciones de acceso al arbitraje de inversión. De acuerdo con la autora, aun no es posible definir si las economías que analizó mantendrán el mismo enfoque en sus nuevos acuerdos o en las renegociaciones de los acuerdos existentes, o si, por el contrario, adoptarán un nuevo enfoque.

En *57 años de influencia política sobre la representación legal en el arbitraje internacional*, **Galo Márquez Ruiz** analiza 26 decisiones arbitrales distintas para poder observar la influencia de factores éticos y geopolíticos en la representación legal ofrecida por los abogados de las partes. El autor sugiere que los efectos de la aplicación de la geopolítica sobre los abogados de parte tienen efectos que se seguirán desplegando en el futuro y cuestiona el impacto que tendrá el actual clima político de la comunidad internacional en el arbitraje a futuro.

Finalmente, cierran esta primera sección **Santiago Aguilar Garibay** y **Ana Sofía Vargas Hernández** con su artículo *Ejecución de laudos anulados: Una posible interpretación alternativa de la Convención de Nueva York*. En su artículo, los autores plantean, como bien lo indican en el título, una propuesta de interpretación del artículo V(1) de la Convención de Nueva York. Los autores analizan diversas posturas académicas, precedentes emitidos por distintas cortes, y un interesante estudio del lenguaje utilizado en la Convención de Nueva York. También los autores enriquecen la discusión analizando los argumentos encontrados. Los autores finalmente exponen una interpretación novedosa de la Convención de Nueva York, utilizando un análisis contextual de la misma. Enhorabuena a los y las autores que participaron en esta serie de interesantes e innovadores análisis de la materia arbitral.

La segunda parte de la publicación está conformada por una serie de análisis de laudos arbitrales y criterios jurisprudenciales novedosos y paradigmáticos. Abren este apartado las maestras **Montserrat Manzano** y **Mariana Gómez-Vallín**, quienes en

Tendencias Recientes sobre la Institución del Árbitro en la Judicatura Mexicana analizan tres sentencias recientes emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito que abordan la figura y funciones que la Judicatura asigna a los árbitros. Las autoras primero realizan un análisis de los puntos torales de los criterios seleccionados para después sustraer la motivación común de los Tribunales Colegiados respecto de las funciones del árbitro y concluyen que los criterios analizados parecen reflejar una tendencia favorable hacia la figura del árbitro al establecer límites a su responsabilidad y derechos en el procedimiento.

En el análisis de *Lopez-Goyne Family Trust, et al. c. Nicaragua, Una Manera de Equilibrar el Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado*, **María Lucía Casas A.** y **María Camila de Brigard** analizan la decisión del Tribunal Arbitral CIADI en el caso *Lopez-Goyne Family Trust c. Nicaragua*, y denuncian el desequilibrio que existe entre las obligaciones impuestas al Estado y al inversor en los Tratados Bilaterales de Inversión, utilizando dicho caso para evidenciar la situación de asimetría en la relación Estado-Inversor.

En su análisis de *Maria V. Alrmann, Francis Gutmann, Tervor Mantle, and George Bentley vs. The Republic of Austria*, **Romar Tahay** analiza dicho caso desde un punto de vista histórico-procesal, y concluye que el arbitraje puede ser un mecanismo útil para resolver disputas relacionadas con la restitución de obras artísticas, como el caso analizado.

Cierra este apartado **Santiago Díaz-Cediel**, quien en su artículo *Inmunidad de Ejecución y Laudos Arbitrales de Inversión: ¿Cómo está Colombia?*, discute la decisión emitida en la radicación núm 110001-02-03-000-2022-02569-00 por la Corte Suprema de Justicia colombiana y las implicaciones que esta decisión tiene para la ejecución de laudos arbitrales en dicho país. En ese caso, la Corte Suprema de Justicia colombiana emitió una decisión en materia de inmunidad de la ejecución. El autor explica que la Corte decidió que eventuales excepciones al principio consuetudinario de inmunidad de

ejecución del que son titulares los Estados requieren de la prueba de práctica generalizada.

En conjunto, los autores de esta segunda parte pintan un panorama del derecho arbitral, no solo a nivel nacional, sino a nivel internacional. Este panorama es indispensable para cualquier practicante del derecho arbitral, por lo que es una aportación que enriquece la literatura arbitral, especialmente latinoamericana.

La tercera y última parte de esta publicación constituye un catálogo de síntesis precisas y acertadas realizadas por los talentosos abogados de Hogan Lovells: **Juan Arturo Dueñas R., Rogelio Gama Moreno, Francisco E. Delgado Rodríguez, Sylvia Sámano Beristain, Fernanda Serrano Cortez y Andrea Pérez Velasco.** Estos abogados asumieron la complicada tarea de reportar de la manera más fiel y fidedigna las conferencias que formaron parte de la Jornadas de Arbitraje: Disputas de Construcción, organizadas por Hogan Lovells México en el año de 2023.

Juan Arturo Dueñas R., en su reporte de *Consolidación de Arbitrajes en Disputas de Construcción*, resume la discusión que se dio en la Mesa titulada “*The experience of arbitration institutions in constructions disputes*”. Posteriormente, **Rogelio Gama Moreno y Francisco Delgado Rodríguez** resumen el panel *Evaluación y Asignación de Riesgos en Contratos y Proyectos*, donde los panelistas discutieron los principales riesgos en los contratos de construcción y distintas formas de asignarlos entre las partes.

Sylvia Sámano Beristain resume el panel *Particularidades de las Disputas de Construcción*, donde los panelistas concluyeron que el arbitraje de construcción tiene particularidades propias, que exigen una pericia especial tanto de los abogados como de los miembros del tribunal arbitral.

Fernanda Serrano Cortez realiza una crónica del panel *La Tecnología en las Disputas de Construcción: El Futuro nos Alcanzó*. Tuve el honor de participar como ponente en dicho panel donde se expusieron los retos de la tecnología en el arbitraje, la importancia de

volverse más tecnológicos y cómo funciona, y la necesidad de un *reskilling* y *upskilling* en este tópico.

Cierra esta última parte **Andrea Pérez Velasco**, quien resume la discusión del panel *Contratos para Proyectos de Construcción: Límites al Copiar y Pegar*, donde los panelistas comentaron sobre la importancia de la redacción de cláusulas en los contratos para proyectos de construcción, así como el uso de contratos estandarizados. Los invito a leer todas estas crónicas.

Finalmente, felicito a todos los miembros del Comité Editorial de la Revista Jurídica del CAM. En mi concepto, no hay algo más noble para el crecimiento jurídico que compartir conocimiento. Así como la “multiplicación de los panes”, los y las autores han enriquecido con sus artículos el acervo arbitral. Enhorabuena. Esperamos que este esfuerzo editorial continúe por muchos años más.

Abril 2024

Mtro. Omar Guerrero Rodríguez

Socio Director - Hogan Lovells México

Primera parte

DOCTRINA

REVISTA
JURÍDICA

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la
Perspectiva Iberoamericana

PRESUNCIÓN DE COMPETENCIA Y DEBER DE DILIGENCIA DE LOS INVERSORES INTERNACIONALES

Eduardo Silva Romero*

Santiago Soto García**

I. Introducción

Se dice y repite que una de las críticas más recurrentes a los tratados de promoción y protección de las inversiones (en particular, a los de primera generación) es que las protecciones sustantivas que incluyen son muy amplias y, en consecuencia, demasiado difusas.¹

Por ejemplo, la obligación del Estado anfitrión de garantizar un trato justo y equitativo a las inversiones² sigue siendo bastante imprecisa. Los términos “justo” y “equitativo” se refieren a nociones de “contenido variable” que, por citar sólo una disciplina, han sido objeto de numerosas definiciones en filosofía. La “justicia” de Platón no es la “justicia” de Aristóteles.³

* Socio de Wordstone Dispute Resolution.

** Asociado en Wordstone Dispute Resolution. Los autores quisieran agradecer a Margaux Baillou por su ayuda en la redacción de este artículo.

¹ Esta crítica ha sido expresada por India, Indonesia y los Países Bajos en particular. Tarald Laudal Berge; Wolfgang Alschner ‘Reforming Investment Treaties: Does treaty design matter?’, Investment Treaty News, 17 de octubre de 2018: “Other states, such as India, Indonesia and the Netherlands, have publicly stated that many of the investment treaties they signed in the past are too vague and insensitive to the balance between investor rights and obligations.”

² V. Ej., el Acuerdo de protección y promoción de las inversiones entre la República de Gambia y el Estado de Qatar (2002), firmado el 17 de mayo de 2002, Art. 3(2): “Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.”

³ Michel Bastit, ‘La justice, selon Aristote (Éthique à Nicomaque, Livre V)’, ECLJ, Série de philosophie du droit, (en línea), junio de 2020, p. 11: “Aristóteles se interesa ante todo por lo justo y por la justicia tal

Las protecciones incluidas en el estándar de trato justo y equitativo son calificadas de “normas”,⁴ pero no alcanzan la entidad de una “norma jurídica” o de una “cláusula contractual”, que, por su parte, definen más claramente los derechos y obligaciones subjetivos de las partes. Por esta razón, el Profesor Zachary Douglas, con un toque de humor, ha calificado estas protecciones de “eslóganes”.⁵

El intento más famoso de definir el contenido del trato justo y equitativo de las inversiones es el que pretende, mediante esta norma, proteger las “expectativas legítimas” de los inversores. El primer laudo que adoptó esta premisa fue *Tecmed c. México*.⁶ Algunos autores sugieren que el concepto de “expectativas legítimas” procede del derecho administrativo.⁷ Otros, sin embargo, consideran que la noción de “expectativas legítimas” no es, en definitiva, más que una construcción pretoriana, tan imprecisa como la de “trato justo y equitativo de las inversiones”, que apenas ayuda a delimitar las garantías que el Estado anfitrión se ha comprometido a respetar mediante su tratado de promoción y protección de inversiones.

como se practica y se determina concretamente. No busca en absoluto una justicia ideal a la manera de Platón”. (traducción libre del francés)

⁴ Según Stéphane Rials, el concepto de norma se refiere a “un concepto indeterminado, que tiene que ver con los valores fundamentales de la sociedad y cuyo objeto es el análisis del comportamiento de los actores jurídicos por referencia a un tipo medio de conducta”, Stéphane Rials, ‘Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l’idée de normalité)’, *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p. 47. (traducción libre del francés)

⁵ Zachary Douglas, ‘Instead of principles, slogans’, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol.38, Ed. 1, Winter 2023, pp.1-14.

⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*, Caso CIADI Núm. ARB (AF)/00/2, Laudo, (29 de mayo de 2003) ¶ 154: “El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fé requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes [...]”.

⁷ Laura Yvonne Zielinski, ‘Legitimate Expectations in the Vattenfall Case: At the Heart of the Debate over ISDS’, *Investment Treaty News*, 10 de enero de 2017: “Rooted in domestic administrative law, the standard of legitimate expectations has been introduced into international investment law through the prism of good faith [...]. It “is now considered part of the [fair and equitable treatment (the “FET”)] standard” and is “firmly rooted in arbitral practice”.

Esta última crítica es también demasiado severa. Los laudos de inversión también han intentado definir el concepto de “*expectativas legítimas*”. Varios tribunales han afirmado que, para ser legítimas, las expectativas deben ser “*objetivas*” y, además, “*específicas*”.⁸

Por un lado, se dice que una expectativa es “*objetiva*” cuando surge de un compromiso adquirido por una autoridad estatal competente.⁹ Como explicó el tribunal en el caso *Infracapital c. España*, para poder apoyarse en declaraciones o representaciones, un inversor razonable debe cuestionarse previamente si la autoridad que realiza las representaciones tiene la facultad legal para tomar decisiones sobre la ley o el reglamento pertinente.¹⁰ Un compromiso contraído por el Ministro de Salud en relación con la minería, por ejemplo, no sería objetivo y, por lo tanto, no daría lugar a una expectativa legítima por parte del inversor.

Por otra parte, una expectativa sólo es “*específica*” si el compromiso en cuestión se dirige directamente al inversor y a la inversión en cuestión. Un compromiso de carácter general, como, por ejemplo, el de garantizar el Estado de Derecho, no es suficientemente específico y, en consecuencia, no puede generar una expectativa legítima para un inversor.

⁸ V. Ej., *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R1., et al. c. España*, Caso SCC Núm. 2015/150, Laudo Final, (14 de noviembre de 2018) ¶ 356: “It is also well-established that there are limits to the legal stability that an investor can legitimately expect. In the absence of a specific commitment to the investor by the host State, the investor cannot expect the legal or regulatory framework to be frozen. In such circumstances, a host State has space to reasonably modify the legal or regulatory framework without breaching an investor's legitimate expectations of stability”; V. también, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/15 (31 de octubre de 2011), ¶ 375; *9REN Holding S.a.r.l c. España*, Laudo, (31 de mayo de 2019), ¶ 295; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, Caso CNUDMI, Laudo, (8 de junio de 2009), ¶¶ 627, 799.

⁹ *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. España*, Caso CIADI Núm. ARB/16/18, Decisión sobre competencia, responsabilidad e instrucciones sobre quantum (13 de septiembre de 2021), ¶ 571: “Second, the specific commitment must be made by a competent authority. In order to rely on statements or representations, a reasonable investor should inquire in advance whether the authority making the representations has the statutory power to make determinations on the relevant law or regulation.”; v. también, *Cavalum SGPS, S.A. v España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/34, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre quantum (31 de agosto de 2020), ¶ 431.

¹⁰ *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI, Núm. ARB/16/18, Decisión sobre competencia, responsabilidad e instrucciones sobre el quantum (13 de septiembre de 2021), ¶ 571.

Los laudos de inversión también añaden que, para que las expectativas de los inversores internacionales sean legítimas y, por lo tanto, estén protegidas, los inversores deben poder demostrar que actuaron con debida diligencia al realizar su inversión.

Esta exigencia de diligencia por parte del inversor surge del deseo de los tribunales arbitrales de no permitir que los inversores se beneficien de la protección de un tratado y, eventualmente, de una indemnización, cuando su inversión es el resultado de una operación precipitada o excesivamente arriesgada.

Si bien es cierto que el estándar de debida diligencia ha sido contemplado en múltiples laudos arbitrales, la realidad es que los tribunales arbitrales aplican de manera inconsistente este estándar al darle distinta importancia al perfil del inversor, el contexto de la inversión, y el país o el sector económico involucrados.

Este artículo analiza el estándar de debida diligencia del inversor, que, en años recientes, se ha convertido en un elemento esencial en el análisis de los tribunales arbitrales al decidir sobre la protección de las expectativas legítimas de los inversores. En primer lugar, veremos que el estándar de debida diligencia se basa en el presupuesto de que los inversores son profesionales razonables y experimentados, y, por lo tanto, exige que actúen con prudencia antes de invertir (§II). En segundo lugar, veremos que, aunque la obligación de los inversores de llevar a cabo una debida diligencia ha adoptado un rol preponderante en el análisis de los tribunales, éstos han adoptado diferentes perspectivas al analizar esta obligación, lo que hace difícil identificar con precisión la forma y el contenido específicos de esta debida diligencia (§III).

II. *El fundamento del deber de debida diligencia*

En la práctica del arbitraje de inversiones, parece estar surgiendo una norma según la cual se presume que los inversores internacionales son profesionales competentes. Esta presunción, que proviene principalmente del arbitraje comercial internacional, tiene varias implicaciones.

En esta sección, examinamos los dos corolarios de esta presunción, a saber, primero, que los inversores deben comportarse como profesionales “razonables” cuando invierten en un país (A), y, segundo, que los inversores, como actores razonables, deben demostrar un cierto nivel de conducta cuando invierten, y, en particular, probar que han actuado con un cierto grado de diligencia (B).

A. *La presunción de competencia del inversor internacional*

Dado que las inversiones internacionales conllevan operaciones económicas complejas y arriesgadas, los tribunales internacionales suelen presuponer que los inversores internacionales son operadores competentes.

Esta presunción de competencia ha surgido del vocabulario utilizado por los tribunales para describir a los inversores. En efecto, los tribunales se refieren a ellos, alternativamente, como operadores “profesionales”, “experimentados” o “sofisticados”.

Por ejemplo, en la Decisión sobre Competencia en *Cube Infrastructure Fund c. España*, el tribunal calificó a los demandantes de “inversores profesionales”¹¹ para extraer los corolarios que se explicarán a continuación. A su vez, en *Foresight c. España*, el tribunal optó por la calificación de “inversor sofisticado”:¹²

¹¹ *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/20, Decisión sobre competencia, responsabilidad y decisión parcial sobre quantum (19 de febrero de 2019), ¶ 309.

¹² *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.RL. y otros c. España*, Caso SCC Núm. 2015/150, Laudo final (14 de noviembre de 2018), ¶ 397: “The Claimants in this case are professional investors. There is no indication that their investments in the PV or hydro plants were speculative gambles.”

“As the Tribunal has explained in the context of its findings in respect of [some legislation], sophisticated investors like the Claimants should have reasonably expected that [such legislation] could be modified, 'but within foreseeable limits' [...].”

Esta calificación de inversor competente tiene como consecuencia que los tribunales esperan que el inversor cumpla con un cierto estándar de conducta. En el laudo *Sunreserve c. Italia*, el tribunal explicó que, al ser profesionales competentes, se supone que los inversores se comportan de forma “*prudente*” cuando realizan una inversión en un Estado. Esta prudencia debe existir, particularmente, cuando el inversor examina los riesgos asociados a la operación objeto de la inversión:¹³

*“The standard of due diligence that investors are expected to adhere to should meet the threshold of what a ‘prudent investor’ would ‘reasonably’ do to know about regulatory framework in question. This standard of reasonable due diligence, as opposed to “extensive legal investigation”, has found the endorsement of many tribunals, including the tribunal in *Electrabel v. Hungary* (...) and several others in more recent cases.”*

Como señala el jurista y profesor estadounidense, Brevis Longstreth, la noción de “*prudencia*” a la que se remiten los tribunales para determinar si los inversores han actuado razonablemente se centra más en el análisis del comportamiento del inversor en el momento de la inversión más que en la propia operación de la inversión:¹⁴

“Prudence is to be found principally in the process by which investment strategies are developed, adopted, implemented, and monitored in light of the purposes for which funds are held, invested, and deployed. Prudence is demonstrated by the process through which risk is managed, rather than by the definition of specific risks that are imprudent. Under a modern paradigm, no investment is imprudent per se. The products and techniques of investment are essentially neutral. It is the way in which they are used, and how decisions as to their use are made, that should be examined to determine whether the prudence standard has been met. Even the most aggressive and unconventional investment should meet that standard if arrived at through a sound process,

¹³ *Sun Reserve Luxco Holdings SRL c. Italia*, Caso SCC Núm. 132/2016, Laudo (25 de marzo de 2020), ¶ 714.

¹⁴ Bevis Longstreth, ‘Modern Investment Management Theory and the Prudent Man Rule’, Oxford University Press, England, 1986, p. 7.

while the most conservative and traditional one may not measure up if a sound process is lacking.”

(énfasis añadido)

Según esta definición, y usando la formula del tribunal en *Cube Infrastructure Fund c. España*, un inversor es razonable y prudente cuando su inversión no es el resultado de una “apuesta especulativa”.¹⁵

Con esta exigencia en mente, los tribunales de inversiones han progresivamente desarrollado un principio según el cual sólo los inversores “razonables” y “cautelosos” pueden beneficiarse de las protecciones garantizadas por los tratados de inversión.

El laudo *MTD c. Chile* es una buena ilustración de lo que se entiende por inversor cauteloso. En este caso, el demandante malasio, MTD Equity Sdn Bhd, y su filial chilena pretendían desarrollar un complejo residencial y comercial cerca de Santiago de Chile, en un terreno de 600 hectáreas. El terreno estaba zonificado para uso agrícola y, por lo tanto, para el desarrollo del complejo, era necesario recalificar el área. Esto requería la aprobación de determinadas autoridades gubernamentales chilenas.

Los demandantes presentaron su propuesta de inversión a la Comisión de Inversiones Extranjeras (“CIE”), que la aprobó en 1997. Esta propuesta, sin embargo, no incluía una solicitud respecto de la recalificación del área, puesto que dicha cuestión estaba por fuera de las prerrogativas de la CIE. Luego de que, según los inversores, éstos hubiesen invertido 17 millones de dólares, en abril de 1998, la Comisión Regional del Medio Ambiente (“COREMA”) de la Región Metropolitana de Santiago indicó que no se podía recalificar el terreno porque ello

¹⁵ *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/20, Decisión sobre competencia, responsabilidad y decisión parcial sobre quantum (19 de febrero de 2019), ¶ 309.

sería contrario a las políticas urbanísticas y medioambientales de Chile.¹⁶ Durante el arbitraje, los inversionistas alegaron que varios organismos y funcionarios del Gobierno, incluidos agentes de la CIE, les habían indicado que se aprobaría cualquier solicitud de recalificación de los terrenos y, en consecuencia, celebraron varios contratos de inversión con la CIE. En respuesta a los reclamos de los inversionistas, la demandada sostuvo que los agentes de la CIE no podían hacer cualquier promesa al inversor, dado que no eran competentes para recalificar la zona del proyecto. Además, en una reunión en noviembre de 1996, un funcionario del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“MINVU”) habría informado expresamente al inversor que tenía dudas sobre la replanificación de la zona.

En su laudo, el tribunal consideró que los inversores no actuaron con prudencia al momento de invertir, pues habían invertido sobre la base de declaraciones de funcionarios chilenos que no formaban parte de las autoridades competentes, es decir, la COREMA o la MINVU, y sin tener la certeza de que iban a obtener el permiso inmobiliario necesario para la construcción de su proyecto. Según el tribunal, en este contexto específico, un inversor prudente hubiera contratado a un especialista en urbanismo antes de invertir, para analizar las condiciones y probabilidades de cambio de zonificación.¹⁷ El tribunal concluyó que el inversor había invertido con precipitación, y reafirmó la regla establecida en el año 2000 por el tribunal en *Maffezzini c. España*¹⁸ según la cual los tratados de inversiones no son “un seguro contra el riesgo empresarial”.¹⁹

¹⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI Núm. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶ 81.

¹⁷ *Ibidem.*, ¶ 176.

¹⁸ *Emilio Agustín Maffezzini c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/97/7, Laudo (13 de noviembre 2000), ¶ 64: “[...] el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios. Aunque probablemente sea cierto que las políticas y prácticas de SODIGA y sus entidades afiliadas eran deficientes en el período pertinente en España, no puede considerarse que ellas debían atenuar los riesgos comerciales inherentes a cualquier inversión que asumían los inversores.”

¹⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI Núm. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶ 178: “The BITs are not an insurance against business risk and the Tribunal considers

Al igual que en *MTD c. Chile*, varios tribunales afirmaron que los inversores no pueden usar los TBIs como seguros en contra de los riesgos empresariales. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Indian Metals c. República de Indonesia* afirmó que:²⁰

“The Tribunal accepts the submissions made by the Respondent that claims against states under BITs are not intended as some form of insurance to keep the investor whole if it transpires that the investments fail. Investments fail for number of different reasons, some of which cannot be attributable to the fault of the relevant host state.”

(énfasis añadido)

Dicho laudo es particularmente interesante en la medida en que el tribunal rechazó la protección de las expectativas legítimas del inversor, no porque no llevó a cabo una debida diligencia antes de invertir, sino porque se negó a revelar su contenido por motivos de confidencialidad.²¹

“Mr Ray told the Tribunal that his legal team carried out a due diligence inquiry. However, the Claimant, as was its right, refused to waive legal professional privilege in relation to that inquiry and consequent advice. Therefore, the Tribunal has not seen evidence as to what inquiry was in fact carried out. On the other hand, the Tribunal has the evidence of Mr Beckmann, an Australian solicitor who has been working in the mining sector in Indonesia for many years. Whilst the Tribunal is prepared to accept that his evidence might have been a counsel of perfection, nevertheless, the Tribunal accepts his evidence that conflicting boundaries and licences were in the public domain and a detailed inquiry should have been made before investing in such a project. The Tribunal is therefore of the view that the Claimant has not established that it undertook an adequate due diligence inquiry, and that this omission was the effective cause of any loss claimed.”

(énfasis añadido)

Cabe señalar que la norma según la cual los inversores internacionales, como profesionales competentes, deben actuar de manera razonable al momento de invertir es similar a la norma establecida bajo los auspicios de la Cámara de

that the Claimants should bear the consequences of their own actions as experienced businessmen. Their choice of partner, the acceptance of a land valuation based on future assumptions without protecting themselves contractually in case the assumptions would not materialize, including the issuance of the required development permits, are risks that the Claimants took irrespective of Chile's actions.”

²⁰ *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. República de Indonesia*, Caso PCA Núm. 2015-40, Laudo Final, (29 de marzo de 2019), ¶ 317.

²¹ *Ibidem.*, ¶ 318.

Comercio Internacional según la cual los operadores del comercio internacional son comerciantes experimentados que deben actuar de manera diligente al negociar, celebrar y ejecutar sus contratos.

A modo de ilustración, en el laudo CCI Núm. 13777 de 2014, el tribunal manifestó que las partes, como operadores experimentados, deben negociar sus contratos con diligencia, y, por lo tanto, anticipar las condiciones de ejecución del contrato (en este caso, la contratación de subcontratistas) y consecuencias en caso de incumplimiento.

Esta controversia surgió de un proyecto de construcción de una plataforma de gas *offshore* en Medio Oriente. Los demandantes eran, por un lado, el contratista encargado de montar la plataforma por cuenta del cliente/promotor y, por otro lado, uno de los subcontratistas. El demandado era, por su parte, el proveedor encargado de proporcionar al contratista las válvulas de seguridad de presión (“PSV”), necesarias para garantizar el almacenamiento de gas. Este arbitraje se inició a raíz del retraso en la entrega de las válvulas por parte del proveedor. En su defensa, el proveedor sostuvo que no tenía responsabilidad hacia el subcontratista, dado que solamente tenía un contrato con el contratista principal y que este contrato no mencionaba la contratación posterior de subcontratistas. En el laudo, el tribunal consideró que el proveedor, como entidad familiarizada del sector de construcción *offshore*, sabía (“*knew*”) o debía saber (“*ought to have known*”) que, dada la dimensión del proyecto, era muy probable que el contratista contratara a subcontratistas y que, salvo cláusula en contrario, los efectos del contrato podían extenderse a los subcontratistas:²²

“[...] It may be that there was nothing in the precontractual negotiations or the contractual documentation which mentioned the erection subcontract between [Claimant] and [the subcontractor]. However, as an experienced business entity operating in this field through the manufacture, design and supply of PSVs, [Respondent 1] would know or ought reasonably to have known that not only

²² Caso CCI Núm. 13777, Laudo parcial sobre responsabilidad, ICC International Court of Arbitration Bulletin (2014) Vol. 25, Núm. 2, ¶ 4.23.

would the purchaser of the PSVs have obligations to the client/owner but that in carrying out its obligations to [the Plant owner] it would very likely use subcontractors on some or all the work for which it was responsible to [the Plant owner]. Consequently, [Respondent 1] ought reasonably to have known and understood that it was not unlikely that by its failure to perform, there would be disruption and loss to subcontractors for which [Claimant] would be in the first instance responsible."

Otros tribunales CCI adoptaron esta posición.²³

Como se desprende de la definición de Brevis Longsreth citada anteriormente, la obligación de actuar de forma prudente y razonable significa, en realidad, que el inversor debe cumplir una determinada norma de conducta. Como veremos a continuación, los tribunales han definido esta norma de conducta como la obligación de actuar con "*debida diligencia*".

B. La obligación del inversor "razonable" de actuar con debida diligencia

Como anticipamos, en los últimos años, los tribunales arbitrales han establecido progresivamente la norma según la cual los inversores deben actuar con una cierta diligencia antes de invertir. Por ello, para poder beneficiar de la protección de sus expectativas legítimas bajo un tratado, los inversores deben poder demostrar que tomaron las medidas necesarias para evaluar los riesgos existentes o potenciales asociados a su operación de inversión.

La obligación del inversor de actuar con debida diligencia fue sugerida, por primera vez, en el laudo *Saluka Investment c. República Checa*.²⁴ Allí, el tribunal sugirió ciertas limitaciones a la protección de las expectativas legítimas del inversor al establecer que "*las expectativas, para ser protegidas, deben alcanzar el nivel y la razonabilidad a la luz de las circunstancias*".²⁵

²³ V. Ej., Caso CCI Núm. 16920, Laudo Final, ICC Dispute Resolution Bulletin (2016) Issue 2, ¶¶ 145 y 149; Caso CCI Núm. 15323, Laudo Final, ICC Dispute Resolution Bulletin (2018) Issue 3, ¶ 114.

²⁴ *Saluka Investments BV c. República Checa*, Caso PCA Núm. 2001-04, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006).

²⁵ *Ibidem.*, ¶ 304: "*This Tribunal would observe, however, that while it subscribes to the general thrust of these and similar statements, it may be that, if their terms were to be taken too literally, they would impose*

La obligación de los inversores de actuar con debida diligencia adquirió relevancia en los años siguientes, hasta el punto de convertirse en un parámetro esencial para los tribunales que conocen de demandas relativas a la violación de las expectativas legítimas de los inversores. Por ejemplo, en el reciente laudo emitido en el caso *Lee-Chin c. República Dominicana*, el tribunal arbitral declaró que:²⁶

“The Tribunal has no difficulty in accepting that the lack of the required due diligence of an investor – irrespective of its approach, namely, financial, technical, environmental or legal – before its investment decision, may affect the legitimacy of its expectations. In other words, an investor can hardly rely on legitimate expectations if it failed to conduct adequate due diligence that could have enabled it to identify certain risks for its investment.”

En este caso, el tribunal consideró que el inversor había cumplido con su deber de debida diligencia, pues había demostrado que su decisión de invertir se basó en un análisis de los aspectos técnicos, financieros, medioambientales de la inversión, el marco legal del Estado anfitrión, y había negociado las cláusulas clave del contrato en cuestión, lo que, según el tribunal, hace parte integrante de la debida diligencia del inversor.²⁷

Puesto que la debida diligencia es una norma de conducta, los tribunales arbitrales analizan, “*caso por caso*”, (i) las circunstancias de la inversión (incluido su contexto), y (ii) el perfil y experiencia del inversor interesado.

En primer lugar, las circunstancias de la inversión se refieren, entre otros, (i) al “*entorno empresarial general*” en el que se realizó la inversión, (ii) la legislación y marco regulatorio del país receptor de la inversión, y (iii) la situación política y social imperante en dicho país.

upon host States’ obligations which would be inappropriate and unrealistic. Moreover, the scope of the Treaty’s protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors’ subjective motivations and considerations. Their expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances.”

²⁶ *Michael Anthony Lee-Chin c. República Dominicana*, Caso CIADI Núm. UNCT/18/3, Laudo Final (6 de octubre de 2023), ¶ 439.

²⁷ *Ibidem.*, ¶ 439: “[...] *The Tribunal also finds that Claimant rightly insists that the key provisions in the Concession Agreement and its amendments were considered as part of such due diligence.*”

Por ejemplo, el tribunal en *BSG Resources c. República de Guinea* hizo énfasis en la importancia del “*general business environment*” en los siguientes términos:²⁸

“It is generally accepted that, when investing in a country, an investor must exercise reasonable due diligence, including with respect to the use of third parties in transactions with the government. The level of diligence required depends on the circumstances of each investment, which includes the general business environment.”

(énfasis añadido)

Por su parte, en el laudo *Frontier c. República Checa*, el tribunal indicó que las circunstancias de la inversión también incluyen “*la legislación y la situación fáctica imperante en el país en el momento de la inversión*”.²⁹ La obligación del inversor de examinar el marco regulatorio del país anfitrión se examinará con más detalle en la sección II.A.

En segundo lugar, el perfil y la experiencia del inversor también parecen ser parámetros importantes para evaluar la debida diligencia de los inversores.

Thomas Wälde, un reconocido jurista y árbitro alemán, apoyaba la idea según la cual la valoración de las expectativas legítimas de los inversores experimentados no debe ser la misma que la de los menos experimentados. En su opinión separada en el caso *Thunderbird c. México*, Thomas Wälde afirmó que: [...] *smaller and less experienced investors deserve greater protection than large and experienced companies* [...].³⁰

Esta idea según la cual los inversores más experimentados deben demostrar un estándar de debida diligencia más alto ha sido adoptada por varios tribunales.³¹

²⁸ *BSG Resources Limited (in administration), BSG Resources (Guinea) Limited y BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Republic of Guinea (I)*, Caso CIADI Núm. ARB/14/22, Laudo (18 de mayo de 2022), ¶ 899.

²⁹ *Frontier Petroleum Services Ltd c. República Checa*, Caso PCA, Laudo Final, (12 de noviembre de 2010), ¶ 287; *V. también, Charanne and Construction Investments v. Spain*, Caso SCC Núm. V 062/2012 (21 de enero de 2016), ¶ 505.

³⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation c. México*, CNUDMI, Opinión separada del Sr. Thomas Wälde (26 de enero de 2006), ¶ 52.

³¹ *V. Ej., Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/04/19 (18 de agosto de 2008), ¶ 363: “Podría preguntarse si, al tratar de establecer si esas

En el laudo *Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, por ejemplo, el tribunal consideró que los demandantes (dos inversores alemanes), al ser “*inversores inteligentes y experimentados*”, debían haberse familiarizado con el derecho costarricense: [a]s *intelligent and experienced investors, Claimants were, of course, required, as part of their due diligence, to become familiar with Costa Rican law and procedure.*³²

El caso *Olguín c. República de Paraguay*³³ también revela que el nivel de exigencia es más alto cuando se trata de inversores profesionales. El demandante en este caso, un empresario peruano-estadounidense, decidió invertir en el sector financiero paraguayo a principios de los años 1990. Entre 1994 y 1995, el señor Olguín realizó varios depósitos en una compañía de finanzas llamada “*La Mercantil*”, con vistas a convertirlos en títulos de inversión (“*TDI*”), y utilizarlos para financiar la instalación de una planta de productos de maíz en Paraguay. En 1995, el sistema financiero de Paraguay atravesó una crisis económica. y La Mercantil suspendió sus operaciones y dejó de honrar el pago de los TDIs. Meses después, el parlamento paraguayo adoptó una ley cuyo objeto era asegurar el pago, mediante el banco central nacional, de los fondos depositados en instituciones financieras que habían sido liquidadas. A pesar de esta ley, el señor Olguín no obtuvo el reembolso de sus depósitos.

En el arbitraje, el señor Olguín alegó la violación del estándar de tratado justo y equitativo por parte del Estado paraguayo, argumentando (i) que había sido inducido a realizar su inversión por el Banco Central del Paraguay y (ii) que el Estado y sus agencias fueron negligentes en la supervisión de las actividades de La Mercantil. Esta negligencia, según él, condujo a la suspensión de las

expectativas eran razonables en las circunstancias del caso, un inversionista experimentado como Duke Energy, no debió haber examinado con mayor detenimiento el procedimiento establecido para implementar la garantía de pago.”

³² *Reinhard Hans Unglaube v. República de Costa Rica*, Caso CIADI Núm. ARB/09/20, Laudo (16 de mayo de 2012), ¶ 258.

³³ *Eudoro Armando Olguín c. República de Paraguay*, Caso CIADI Núm. ARB/98/5, Laudo (26 de julio de 2001).

operaciones de dicha institución financiera. En el laudo, aun reconociendo las deficiencias de la conducta del Paraguay, el tribunal sostuvo que la conducta del Señor Olguín había sido altamente especulativa, dada la fragilidad del sector financiero del Paraguay. Según el tribunal, al ser “*un hombre de negocios consumado, con una trayectoria como empresario que se remonta a muchos años atrás y experiencia adquirida en el mundo de los negocios en varios países*”, el Señor Olguín conocía o debía conocer los riesgos asociados a su inversión. El tribunal concluyó que el demandante no merecía protección bajo el TBI Perú-Paraguay.³⁴

Dicho esto, la dificultad radica en determinar cuáles son los criterios para distinguir entre inversores experimentados y menos experimentados.

En nuestro criterio, parece que la existencia de experiencias previas del inversor en el sector económico o en el país donde se realiza la inversión debe ser relevante para identificar el nivel de debida diligencia exigido. Igualmente, nos parece importante tener en cuenta el perfil del inversor. En efecto, si bien las personas naturales pueden tener amplia experiencia, consideramos que un tribunal arbitral, al valorar el nivel de debida diligencia exigido, no debe equiparar un inversor persona natural a una empresa multinacional porque aquellos, por regla general, no tienen a su disposición los mismos recursos financieros, organizacionales y humanos.

Ahora que hemos identificado que los inversores internacionales tienen un deber creciente de debida diligencia, abordaremos los objetivos y la manera en que debe conducirse dicha debida diligencia.

³⁴ *Ibidem.*, ¶ 65: “*It seems obvious to this Tribunal that there are serious shortcomings in the Paraguayan legal system and in the functioning of various State agencies. This Tribunal is not seeking to determine whether this situation is more severe in Paraguay than in other nations. What is evident is that Mr. Olguin, an accomplished businessman, with a track record as an entrepreneur going back many years and experience acquired in the business world in various countries, was not unaware of the situation in Paraguay. He had his reasons (which this Tribunal makes no attempt to judge) for investing in that country, but it is not reasonable for him to seek compensation for the losses he suffered on making a speculative, or at best, a not very prudent, investment.*”

III. *La finalidad y materialización del deber de debida diligencia*

En esta sección, analizaremos las características de la debida diligencia, examinando, por un lado, su doble objetivo (A), y, por otro lado, su contenido y forma (B).

A. *El doble objetivo de la debida diligencia*

El deber de debida diligencia, como lo vimos anteriormente, acarrea que el inversor debe actuar de manera prudente al momento de invertir. En la práctica, esto significa que el inversor debe realizar una debida diligencia que, en términos generales, incluye un análisis de los beneficios y riesgos asociados a la operación de inversión.

El objetivo de la debida diligencia es, en nuestra opinión, doble. Primero, la realización de una debida diligencia al momento de invertir permite al inversor comprender el marco normativo y político del Estado en el que invierte. Segundo, le permite anticipar, en la medida de lo posible, los cambios que podrían afectar su inversión.

En primer lugar, varios tribunales arbitrales han considerado que el inversor internacional debe poder entender el marco regulatorio y normativo del Estado en el que invierte. Ya vimos anteriormente que el marco regulatorio hace parte de las “*circunstancias*” que el tribunal analiza para determinar si el inversor actuó con suficiente diligencia al momento de invertir. En esta parte, haremos un análisis del marco regulatorio para la comprensión del inversor.

En el caso *FREIF c. España*, por ejemplo, el inversor, un operador de una planta eólica, alegó que se habían violado sus expectativas legítimas debido a la reversión supuestamente inesperada del sistema de subvenciones eólicas concedidas por el gobierno español mediante un decreto de 2007. En este caso, el inversor explicó que contrató al bufete jurídico Linklaters LLP para que realizara una debida

diligencia exhaustiva del sistema jurídico español y de los posibles riesgos regulatorios. En un informe de 20 páginas, el riesgo de que el Gobierno modificara el régimen económico resultaba, según FREIF, muy bajo. Basándose en este asesoramiento y en su propio análisis, FREIF entendió que el decreto significaba que el gobierno español ya había realizado todos los ajustes que afectarían a los parques eólicos, y prometió que no realizaría futuras revisiones a las plantas existentes.³⁵ España, por su parte, sostuvo (i) que nada en la legislación española impedía al gobierno adoptar enmiendas y ajustes al decreto en cuestión y (ii) que el informe de Linklaters planteaba la posibilidad de que el régimen se modificaría, y preveía posibles mecanismos de resolución de disputas para los inversores.

El tribunal consideró que el informe de Linklaters dejaba claro que la legislación superior que rige el funcionamiento del Sistema Eléctrico Español era la Ley 54/1997 y que, en virtud de esta ley, se podía modificar el decreto de 2007 mediante otros decretos.

El tribunal concluyó que, por lo tanto, un inversor diligente debía entender el funcionamiento normativo del Estado en el que invertía, especialmente cuando esta información se encontraba disponible en el informe de debida diligencia encomendado por el inversor antes de invertir:³⁶

"[...] [A] reasonable, diligent investor in FREIF's position should have understood the hierarchy of the Spanish regulatory framework. [...]."

"[...] A diligent investor would be aware that Royal Decrees can be enacted by the Government and be replaced with other Royal Decrees as a regulatory tool while remaining in the parameters of Law 54/1997. The advice provided by Linklaters regarding the Supreme Court's position on this matter confirms as much. Likewise, it was stated by the Isolux majority that '[w]ithout requiring a reasonable investor to perform an extensive legal investigation at the time of investing, knowledge of important decisions from the highest authority regarding the regulatory framework for investment may be assumed.'"

³⁵ FREIF *Eurowind Holdings Ltd c. Reino de España*, Caso SCC Núm. 2017/060, Laudo Final (8 de marzo de 2021), ¶ 230.

³⁶ *Ibidem.*, ¶¶ 552-553.

Asimismo, en el caso *Mamidoil c. Albania*, el tribunal declaró que la debida diligencia ejercida por el inversor “se extiende a una evaluación de las circunstancias generales y a una comprensión del contenido y el contexto de la ley y la práctica administrativa”.³⁷ En este caso, el inversor mostró que no había hecho ningún esfuerzo para llevar a cabo un análisis diligente del marco regulatorio, solicitando, por ejemplo, asesoramiento jurídico. El tribunal concluyó que la postura del inversor de que “[no] necesitaba un abogado” no era aceptable, especialmente en el contexto de una economía en transición como Albania. El tribunal reconoció expresamente el papel fundamental de las dificultades experimentadas por Albania, que “acababa de superar un régimen comunista altamente represivo y aislacionista” y experimentó una “grave crisis económica y financiera, que la llevó al borde del colapso total de sus estructuras estatales”.³⁸

El caso *Urbaser c. Argentina* también es relevante para ilustrar la obligación del inversor de conocer y entender el marco legislativo del Estado anfitrión. En este caso, el tribunal enfatizó que el inversor, la multinacional Urbaser, debería haber estado al tanto, mediante la realización de una debida diligencia, de las obligaciones nacionales e internacionales de Argentina en relación con el suministro de agua a sus ciudadanos. En efecto, el tribunal señaló que se esperaba que un inversor, siendo el accionista principal de una sociedad que proporcionaba servicios de agua y saneamiento a la población de Buenos Aires, fuera consciente del importante objetivo del Gobierno de “garantizar la salud de la población y el acceso al agua”, de acuerdo con su Constitución.³⁹ En su laudo, el tribunal también precisó que la debida diligencia no sólo debe incluir el marco jurídico del Estado, sino también el contexto socioambiental.⁴⁰

³⁷ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. República de Albania*, Caso CIADI Núm. ARB/11/24, Laudo (30 de marzo de 2015), ¶ 634.

³⁸ *Ibidem.*, ¶ 625.

³⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016), ¶ 622.

⁴⁰ *Ibidem.*, ¶ 623.

“The fair and equitable treatment standard is not focused exclusively on interests and expectations of a legal nature. It does include the actual social and economic environment of the host State, which is also part of the expectations the investor has to acknowledge when making its business decision.”

(énfasis añadido)

En segundo lugar, diversos tribunales han encontrado que, tras la realización de su debida diligencia, el inversor internacional debe poder prever, en la medida de lo posible, cambios normativos que podrían afectar su inversión.

En *Antaris c. República Checa*, por ejemplo, el tribunal declaró que los inversores deben informarse con antelación sobre las perspectivas de modificación del marco reglamentario del país en el que invierten.⁴¹

“[...] [G]iven the State’s regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State.”

(énfasis añadido)

En *Parkerings c. Lituania*, el tribunal explicó que, cuando las circunstancias de la inversión lo permiten anticipar, los inversores deben ser capaces de prever cambios regulatorios o normativos. En particular, el tribunal concluyó que el inversor debería haber previsto, especialmente teniendo en cuenta el contexto político existente en el momento de la inversión, que Lituania introduciría cambios normativos en los años posteriores a su inversión.⁴²

“In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment.

[...]

⁴¹ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde c. Republica Checa*, Caso PCA Núm. 2014-01, Laudo (2 de mayo de 2018), ¶ 360.

⁴² *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI Núm. ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), ¶¶ 333 y 335.

In 1998, at the time of the Agreement, the political environment in Lithuania was characteristic of a country in transition from its past being part of the Soviet Union to candidate for the European Union membership. Thus, legislative changes, far from being unpredictable, were in fact to be regarded as likely. As any businessman would, the Claimant was aware of the risk that changes of laws would probably occur after the conclusion of the Agreement. The circumstances surrounding the decision to invest in Lithuania were certainly not an indication of stability of the legal environment. Therefore, in such a situation, no expectation that the laws would remain unchanged was legitimate.”

(énfasis añadido)

La cuestión de la previsibilidad de los cambios normativos se ha debatido especialmente en los casos de “energías renovables”, que involucran, sobre todo, a España, Italia y República Checa. En particular, varios tribunales de inversión tuvieron que determinar si la eliminación de los regímenes de subvención, cuyo objetivo inicial era fomentar la inversión en el sector de las energías renovables, era previsible en el momento de la inversión.

Los laudos sobre energía renovable nos parecen instructivos en, al menos, cuatro aspectos:

Primero, dichos laudos sugieren que, para determinar si las expectativas de los inversores son legítimas o no, los tribunales se ponen en el lugar de los inversores y consideran si, dada la información disponible en el momento de la inversión, el inversor podría haber previsto un cambio en la legislación. Esta fue, por ejemplo, la lógica adoptada en el laudo *Stadtwerke München GmbH c. Reino de España*, donde el tribunal afirmó que:⁴³

“[...] [T]he Tribunal is required to conduct an objective examination of the legislation and the facts surrounding the making of the investment to assess whether a prudent and experienced investor could have reasonably formed a legitimate and justifiable expectation of the immutability of such legislation.”

⁴³ *Stadtwerke München GmbH y otros c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/1, Laudo (2 de diciembre de 2019), ¶ 264.

Segundo, varios tribunales han sostenido que los inversores no deben prever todos los cambios normativos, sino aquellos que son “razonablemente” previsibles. En *Charanne c. España*, el tribunal indicó explícitamente que, “para ser violatorias de las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión”.⁴⁴ En este caso, el tribunal estimó que “las Demandantes hubieran podido prever fácilmente la posibilidad de ajustes al marco regulatorio como los que se introdujeron con las normas de 2010”, dado que “la ley española, dejaba claramente abierta la posibilidad de que se modifique el sistema de retribución aplicable a la energía fotovoltaica”.⁴⁵

En la práctica, para determinar si los cambios eran previsibles al momento de la inversión, los tribunales verifican “the amount of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment”.⁴⁶

Tercero, varios tribunales han explicado que, si bien los Estados anfitriones tienen la obligación de respetar las expectativas legítimas de los inversores, también tienen derecho a regular. En efecto, los inversores internacionales no pueden esperar que el marco legal del Estado en el que invierten no evolucione con el tiempo. Como explicó el tribunal en el caso *Eiser c. España*, no existe un principio de “inmutabilidad del derecho del Estado” en materia de inversión.⁴⁷

“Absent explicit undertakings directly extended to investors and guaranteeing that States will not change their laws or regulations, investment treaties do not eliminate States’ right to modify their regulatory regimes to meet evolving

⁴⁴ *Charanne and Construction Investments c. Reino de España*, Caso SCC Núm. V 062/2012, Laudo Final (21 de enero de 2016), ¶ 505.

⁴⁵ *Ibidem.*, ¶ 505.

⁴⁶ *Belenergia S.A. c. República de Italia*, Caso CIADI Núm. ARB/15/40, Laudo (6 de agosto de 2019), ¶ 83.

⁴⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/13/36, Laudo (4 de mayo de 2017), ¶ 362. V. también, *Belenergia S.A. c. República Italiana*, Caso CIADI Núm. ARB/15/40, Laudo (28 de agosto de 2019), ¶ 584; *Stadtwerke München GmbH y otros c. España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/1, Laudo (2 de diciembre de 2019), ¶ 264; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España*, Caso CIADI Núm. ARB/14/12, Laudo (2 de agosto de 2019), ¶ 446; (1) *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L.*, (2) *Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L.*, (3) *Greentech Energy Systems A/S*, (4) *GWM Renewable Energy I S.P.A.*, (5) *GWM Renewable Energy II S.P.A. c. España*, Caso SCC Núm. 2015/150, Laudo final (14 de noviembre de 2018), ¶ 397.

circumstances and public needs. As other tribunals have observed, '[i]n order to adapt to changing economic, political and legal circumstances the State's regulatory powers still remain in place'. '[T]he fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability'"

(énfasis añadido)

Este mismo tribunal explicó que la obligación del Estado de garantizar a los inversores un trato justo y equitativo los protege de un cambio fundamental en el régimen regulatorio, pero no impide al Estado introducir “cambios oportunos en el régimen normativo”.⁴⁸

“As explained below, the Tribunal finds that Respondent's obligation under the ECT to afford investors fair and equitable treatment does protect investors from a fundamental change to the regulatory regime in a manner that does not take account of the circumstances of existing investments made in reliance on the prior regime. The ECT did not bar Spain from making appropriate changes to the regulatory regime of RD 661/2007. Thus, the Tribunal does not accept Claimants' contention that RD 661/2007 gave them immutable economic rights that could not be altered by changes in the regulatory regime.”

(énfasis añadido)

La posición adoptada por el tribunal en este caso parece lógica. Un inversor internacional razonable no puede esperar que el régimen jurídico aplicable a su inversión permanezca inalterado durante toda la duración de su inversión, la cual suele durar varios años. Cualquier inversor con sentido común sabe —o debería saber— que el Estado puede modificar su marco regulatorio vigente para adaptarse y responder a las preocupaciones de la sociedad.

Cuarto, los laudos sobre energía renovable ilustran las inconsistencias en el razonamiento de los tribunales arbitrales sobre el nivel y la forma de la debida diligencia exigida. En realidad, como veremos a continuación, la postura de los tribunales respecto del nivel de debida diligencia requerido a los inversores no es

⁴⁸ *Ibidem.*, ¶ 363.

homogénea, lo que hace de la debida diligencia un tema crucial de discusión en la fase escrita de los arbitrajes, pero, sobre todo, durante las audiencias.

B. Enfoques y contenido de la debida diligencia

La obligación de los inversores de actuar con debida diligencia es una obligación de medios. En efecto, el inversor solo tiene que anticipar los cambios que eran “razonablemente” previsibles al momento de su inversión, con la información que podía “razonablemente” reunir en este momento. Por lo tanto, al analizar las acciones llevadas a cabo por los inversores en el marco de su deber de diligencia, los tribunales arbitrales deben plantearse la siguiente pregunta: ¿El inversor que busca la protección de sus expectativas legítimas hizo todo lo posible para comprender el marco normativo y político del Estado anfitrión y anticipar los cambios futuros?

Ahora bien, parece que existen dos enfoques en la evaluación del estándar de debida diligencia.⁴⁹

Por un lado, ciertos tribunales adoptan una postura más estricta, exigiendo la realización de una debida diligencia completa y exhaustiva.

Por ejemplo, en el caso *Stadtwerke München c. España*, el tribunal consideró que, para que una expectativa sea considerada razonable, el inversor debe demostrar que realizó un proceso de debida diligencia riguroso.⁵⁰ En este caso, las demandantes se basaron principalmente en comunicaciones y presentaciones de entidades gubernamentales y semi gubernamentales sobre el marco regulatorio de España para invertir en el sector de la energía solar. El tribunal, sin embargo,

⁴⁹ Shaun Matos, ‘Investor Due Diligence and Legitimate Expectations’, *The Journal of World and Investment Trade*, 2022, pp. 313-328.

⁵⁰ *Stadtwerke München GmbH y otros c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/1, Laudo (2 de diciembre de 2019), ¶ 264.

consideró que la debida diligencia de las Demandantes era insuficientemente detallada. En su laudo, el tribunal explicó que:⁵¹

“It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their expectations in relation to the legal regime for investments in Spain. Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says.”

El tribunal añadió que un inversor razonable debería haber considerado varias decisiones del Tribunal Supremo Español, las cuales demostraban que el marco regulatorio no era estable y que, por ende, las condiciones establecidas al momento de la inversión podían variar.⁵²

El laudo *Eurus Energy Holding c. España* constituye otro ejemplo donde un tribunal arbitral mantuvo una posición estricta respecto de la debida diligencia del inversor. En este caso, el inversor argumentó que sus expectativas legítimas fueron vulneradas por la revocación de las subvenciones otorgadas a los productores de energía eólica mediante un decreto de 2007. Uno de los argumentos presentados por España fue que el inversor no podía tener la expectativa de que el marco regulatorio no cambiaría, dado que el decreto era, *per se*, contrario al derecho europeo sobre las ayudas estatales.

El tribunal consideró que, al haber analizado el derecho europeo antes de invertir, el inversor podía haber previsto este posible cambio de régimen. En efecto, según el tribunal, el inversor realizó una debida diligencia incompleta, dado que el informe legal en que se basó para invertir incluía un análisis de la ley interna española, sin hacer referencia a la ley de la ayuda estatal de la Unión Europea, la cual era fundamental para el caso. Ante esto, el tribunal rechazó la reclamación de violación de las expectativas legítimas del inversor.⁵³

⁵¹ *Ibidem.*, ¶ 287.

⁵² *Ibidem.*, ¶ 281-282.

⁵³ *Eurus Energy Holdings Corporation c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/16/4, Decisión sobre competencia y responsabilidad (17 de marzo de 2021), ¶¶ 424-428.

Cabe señalar que varios tribunales exigen una debida diligencia reforzada cuando el clima o el sector implicados requieren una prudencia adicional.

Por ejemplo, en *BSG Resources c. República de Guinea*, el tribunal indicó que el inversor debía aplicar una diligencia reforzada cuando en el país, el sector de inversión o las personas implicadas en la transacción estaban expuestos a riesgos de corrupción:⁵⁴

“It is generally accepted that, when investing in a country, an investor must exercise reasonable due diligence, including with respect to the use of third parties in transactions with the government. The level of diligence required depends on the circumstances of each investment, which includes the general business environment. This is particularly so if investments in a country or sector with a high degree of endemic corruption. It follows that investors must be more diligent in a corrupt environment, including with respect to third parties, and especially if the third party has personal, family or business relationships with public officials or relatives of public officials. In an environment riddled with corruption, it is also generally accepted that common accounting practices must be faithfully adhered to.”

(énfasis añadido)

De manera similar, en *Invesmart c. República Checa*, el tribunal indicó que un inversor que realiza una inversión en un sector altamente regulado como el de los servicios financieros tiene la carga de llevar a cabo una debida diligencia reforzada para examinar la inversión en el contexto del régimen jurídico operativo.

En este caso, el inversor, Investmart, una compañía holandesa, adquirió, en 2001, participaciones en un banco checo (Union Banka). El año siguiente, después de experimentar dificultades financieras, Investmart pidió al Ministerio de Finanzas el beneficio de la ayuda estatal europea, la cual fue denegada. A principios de 2003, Union Banka entró en procedimiento de reorganización y, posteriormente, de liquidación. Durante el arbitraje, Investmart alegó que la demandada vulneró sus expectativas legítimas en la medida en que, durante las negociaciones para la

⁵⁴ *BSG Resources Limited (in administration), BSG Resources (Guinea) Limited y BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Republic of Guinea (I)*, Caso CIADI Núm. ARB/14/22, Laudo (18 May 2022), ¶ 899.

compra de las acciones de Union Banka, varias agencias checas habían sugerido que Union Banka podría beneficiarse de ayudas estatales de la Unión Europea.

República Checa, por su parte, argumentó que no había generado ninguna expectativa a favor del demandante, dado que la legislación checa no confería un derecho general a las ayudas estatales. En su análisis, el tribunal concluyó que el inversor no podía basar legítimamente sus expectativas en simples interacciones con organismos estatales. En particular, el tribunal sostuvo que, si el inversor hubiese actuado con debida diligencia contratando a un abogado especializado en derecho europeo, habría previsto que el Union Banka no estaba en condiciones de solicitar ayudas estatales:⁵⁵

“In the Tribunal’s view, Investment should have sought legal advice on the EU and Czech law so that it understood precisely what the requirements were for making out the case for the granting of an exemption to the restrictions on granting state aid. Had it done so, it could have determined for itself that the law imposed strict guidelines on what information would be required to be submitted to the relevant authorities in order to maximize its chances of obtaining the requested aid to be granted.”

(énfasis añadido)

Por otro lado, algunos tribunales han adoptado una postura más flexible respecto de la debida diligencia. Los tribunales que adoptan esta postura consideran que la obligación del inversor de actuar con debida diligencia puede ser satisfecha sin que este último haya hecho una investigación extensiva del marco legislativo o regulatorio del Estado.

Por ejemplo, en el laudo Triodos c. España, el tribunal concluyó que no debía exigirse que el inversor realizara una “*investigación legal extensiva*” y que conociera la jurisprudencia local:⁵⁶

⁵⁵ *Ibidem.*, ¶ 277.

⁵⁶ *Triodos SICAV II c. Reino de España*, Caso SCC Núm. 2017/194, Laudo final (24 de octubre de 2022), ¶ 691: “*The Respondent has argued that the Claimant failed to perform adequate due diligence. The record shows that the Claimant did perform due diligence. The Respondent argues that the Claimant should have examined Spanish jurisprudence on the prior evolution of the special regime. The Arbitral Tribunal has*

“The Respondent has argued that the Claimant failed to perform adequate due diligence. The record shows that the Claimant did perform due diligence. The Respondent argues that the Claimant should have examined Spanish jurisprudence on the prior evolution of the special regime. The Arbitral Tribunal has found that the terms and circumstances of RD 661/2007 are more relevant in this case than the preceding jurisprudence concerning the special regime for the remuneration of renewable energy. It would not be appropriate for this reason to require a high degree of due diligence on the part of the Claimant. The Isolux tribunal accepted that an investor cannot be required to conduct extensive legal research. What is relevant is what all investors should know about the legal framework and whether the investor’s personal information allows it to foresee an unfavourable evolution of the regulatory framework.”

En esta misma línea, en *Cube Infrastructure c. España*, la mayoría del tribunal afirmó que no era necesario contratar a consultores externos para cumplir con el deber de debida diligencia y beneficiarse de la protección de sus expectativas legítimas.⁵⁷

“After careful consideration, the majority of the Tribunal considers that the right to rely upon the representations made in this case do not depend on there being evidence of any particular form or scale of legal due diligence by external advisors. If the Claimants have addressed the question of regulatory stability, and sought expert advice, and reached an understanding of the significance of the representations made by the Respondent that was in fact accurate, their entitlement to rely upon that understanding does not depend upon evidence that their understanding was provided or confirmed on every point by external counsel, nor does it depend upon evidence of a detailed written legal due diligence report upon the revocability of the regulatory regime. Whether an investor's initial assumptions about the legal position, based on its reading of the law and of any associated official statements, (a) is correct and not contradicted by the legal reports that address the question of regulatory stability, or (b) is incorrect (or non-existent) and changes when the correct position is revealed by legal reports, does not affect the investor's entitlement to rely upon official representations, provided that the investor has given careful consideration to the legal position and has acted in reliance upon representations by the State concerning the stability of the regulatory regime.”

(énfasis añadido)

found that the terms and circumstances of RD 661/2007 are more relevant in this case than the preceding jurisprudence concerning the special regime for the remuneration of renewable energy. It would not be appropriate for this reason to require a high degree of due diligence on the part of the Claimant. The Isolux tribunal accepted that an investor cannot be required to conduct extensive legal research. What is relevant is what all investors should know about the legal framework and whether the investor’s personal information allows it to foresee an unfavourable evolution of the regulatory framework.”

⁵⁷ *Cube Infrastructure Fund SICAV y otro c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/20, Decisión sobre la competencia, la responsabilidad y decisión parcial sobre el quantum (19 de febrero de 2019). ¶ 396.

Algunos tribunales y árbitros han adoptado una postura aún más flexible, sosteniendo que la debida diligencia no es necesariamente una condición previa para salvaguardar las expectativas legítimas, especialmente cuando tal diligencia no habría permitido anticipar el cambio regulatorio en cuestión.

En el laudo *RENERGY c. España*, el tribunal arbitral concluyó que, aun cuando la debida diligencia era insuficiente, el inversor podía invocar la frustración de sus expectativas legítimas, dado que las modificaciones introducidas por el Estado eran imprevisibles en el momento de la realización de su inversión:⁵⁸

“In this regard, however, the Tribunal wishes to emphasize that a legislative change violates the notion of relative stability only if it exceeds the margin of change that a diligent investor – who, by definition, has exercised sufficient due diligence – could have foreseen. Consequently, legal due diligence on the part of the investor would not lead him to expect anything other than relative stability. In other words, even if the ECT were held to impose a formal duty of care on investors and even if the Claimant were to breach that duty, there would be no causal link between that breach and the legitimacy of the expectation of relative stability. In these circumstances, the Tribunal considers that a possible lack of due diligence is not an obstacle to the Claimant relying on the relative stability of the regulatory framework in which it has invested.”

(énfasis añadido)

Gary Born, por su lado, tiene una visión muy escéptica del deber de debida diligencia. En su opinión disidente en el caso *Antaris c. República Checa*, Gary Born, basándose en el laudo de *Isolux c. España*, afirmó que la obligación de realizar una debida diligencia no era una obligación generalizada.⁵⁹

“Due diligence is not a condition to protection of an investment under international law, whether under the fair and equitable treatment standards prescribed by the Treaties or more generally. What is sometimes referred to as an obligation to conduct due diligence is relevant only where particular

⁵⁸ *RENERGY S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/14/18, Laudo (6 de mayo de 2022), ¶ 707 (el resaltado es nuestro).

⁵⁹ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde c. Republica Checa*, Caso PCA Núm. 2014-01, Opinión disidente de Gary Born (2 de mayo de 2018), ¶ 74.

inquiries would have led an investor to alter its expectations about national law protections. An investor is under no abstract duty to conduct due diligence”.

(énfasis añadido)

Hechas estas observaciones respecto de los enfoques que los tribunales han adoptado sobre el estándar de debida diligencia, surge la inquietud de cuál es la forma que debe adoptar esta debida diligencia. La realidad es que no existe una metodología definida para la evaluación de la debida diligencia. Los tribunales, como anticipamos, hacen una apreciación casuística del contexto de la inversión y la conducta del inversionista.

Por lo tanto, una de las estrategias comúnmente empleadas por los abogados de los Estados demandados consiste, precisamente, en interrogar a los testigos presentados por el inversor para la etapa previa a la inversión (en la mayoría de los casos altos ejecutivos), con el fin de identificar una deficiencia en la debida diligencia. Un ejemplo notable de esta práctica puede encontrarse en *Naturgy Energy (anteriormente Gas Natural) c. Colombia*.

En este caso, Naturgy Energy alegó que Colombia desconoció, entre otros, el estándar de trato justo y equitativo, tras la intervención y liquidación por parte del gobierno de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. (“Electricaribe”), cuyo accionista mayoritario era Gas Natural, y, luego, Naturgy Energy. En particular, Naturgy Energy argumentó que Colombia vulneró sus expectativas legítimas al no asegurar la viabilidad económica de la compañía de conformidad con legislación colombiana relacionada con la regulación del sector eléctrico.⁶⁰ Colombia, por su parte, argumentó que no tenía, bajo la ley que estaba vigente cuando Gas Natural adquirió su inversión, ninguna obligación de mantener la viabilidad económica de

⁶⁰ *Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia, S.L. c. Colombia*, Caso CIADI Núm. UNCT/18/1, Laudo (12 de marzo de 2021), ¶ 3.

la compañía, sino que solamente se comprometió a aplicar diversas medidas económicas en favor de empresas públicas de distribución de electricidad.⁶¹

Además, Colombia argumentó que Gas Natural no había conducido ningún proceso de diligencia antes de adquirir Electricaribe, por lo cual no podía requerir la protección de sus supuestas expectativas legítimas. Durante la audiencia, los abogados de Colombia interrogaron al Director General de América Latina del Grupo Gas Natural sobre el tema de la debida diligencia. El interrogatorio reveló que Gas Natural no había hecho una “debida diligencia clásica” antes de invertir, y había optado por invertir en Electricaribe sin buscar asesoramiento sobre la regulación del sector eléctrico o las características específicas del mercado de la región en donde se realizaría la inversión (el Caribe colombiano), limitando su diligencia a la consulta de información pública relativa a la transacción previa de Electricaribe con otra empresa.⁶²

En su análisis, el tribunal recordó que la protección de las expectativas legítimas se analiza al momento de la inversión, y, citando el laudo emitido en *Frontier c. República Checa*, manifestó que “[l]as expectativas protegidas son las que se configuran ‘sobre la base de la situación de hecho que prevalece en el país en el momento de la inversión’”.⁶³ Analizando la fase previa a la inversión, el tribunal concluyó que “las Demandantes realizaron una diligencia extremadamente limitada” y, por ende, rechazó el reclamo de expectativas legítimas de Naturgy.⁶⁴

Dado que el análisis de qué se entiende por una debida diligencia extensiva es un asunto casuístico, en nuestra opinión, cuando un inversor decide invertir en un país, debe contratar, en tanto sea posible, a un asesor externo o local para que realice un análisis de los riesgos técnicos, jurídicos y financieros asociados a su operación de inversión. En efecto, de manera general, los tribunales consideran

⁶¹ *Ibidem.*, ¶¶ 242-248.

⁶² *Ibidem.*, ¶¶ 267-280.

⁶³ *Ibidem.*, ¶ 327.

⁶⁴ *Ibidem.*, ¶ 338.

que la obligación de debida diligencia se cumple cuando el inversor demuestra que se ha contratado a asesores externos.

Al respecto, vale desatacar que, en *OperaFund c. España*, el tribunal dijo explícitamente que no existía mejor debida diligencia que contratar a un bufete de abogados.⁶⁵

“However, the Tribunal does not see a lack of due diligence by the Claimants. Both Claimants did what could be expected under the circumstances and at the time of their investments by a prudent investor. Claimants' reliance on a Legal Opinion by Cuatrecasas was also sufficient at least in confirming their expectations, because the Tribunal cannot see what other better means of information they could have obtained than that provided by what seems to have been the most competent law firm for these matters in Spain.”

(énfasis añadido)

Los laudos *Gramercy c. Perú* y *National Grid c. Argentina* apoyan esta posición. En el primer caso, el tribunal concluyó que el inversor había cumplido con el nivel requerido de debida diligencia, pues había contratado a un abogado peruano y un consultor exterior para analizar el régimen jurídico en relación con la emisión de certificados de bonos en Perú.⁶⁶ En el segundo caso, el tribunal estimó que los esfuerzos del demandante para contratar bufetes de abogados reputados, un banco de inversiones experimentado y un equipo de ingenieros satisfacían sus obligaciones de debida diligencia.⁶⁷

⁶⁵ *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España*, Caso CIADI Núm. ARB/15/36, Laudo (6 de septiembre de 2019), ¶ 487.

⁶⁶ *Gramercy Funds Management LLC, y Gramercy Perú Holdings LLC c. República de Perú*, Caso CIADI Núm. UNCT/18/2, Laudo Final (6 de diciembre de 2022), ¶ 1347: “What the host State is entitled to request is that an investor, to benefit from international investment protection, performs an appropriate due diligence before making the investment. In this case, the evidence proves that Gramercy complied with this obligation: - Gramercy engaged Peruvian counsel to review the authenticity of the bond certificates, the judgments declaring the transfer of land of the original bondholder to Peru, the sales contracts between the original bondholder, and the notarized transfer to Gramercy; - Additionally, Claimants engaged an external consultant to furnish electronic copies of the front and back of the over 9600 Bonos.”

⁶⁷ *National Grid PLC c. República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo (3 de noviembre de 2008), ¶¶ 101 y 105.

IV. *Conclusión*

A modo de conclusión, constatamos que, desde su primera aplicación por el tribunal de *Saluka Investment c. República Checa* en el año 2006, la debida diligencia como componente de las expectativas legítimas ha evolucionado considerablemente. En efecto, observamos que los tribunales, en su interés de no transformar los TBIs en garantías contra los riesgos comerciales, han concedido más importancia al estándar de debida diligencia al apreciar la legitimidad de las expectativas del inversor. El reciente laudo *Lee-Chin c. República Dominicana* demuestra que la debida diligencia, que ya parece abarcar los aspectos técnicos, financieros, jurídicos y contractuales de la inversión, se ha convertido en un parámetro esencial para la protección de las expectativas de los inversores. Si bien es cierto que los tribunales aplican de manera casi automática y, según nuestra opinión, de forma más estricta la obligación de debida diligencia del inversor, también constatamos que la práctica en este ámbito sigue siendo muy heterogénea.

Esta realidad, para nosotros, presenta una oportunidad –pero también– un desafío tanto para los Estados como para los inversores.

Por un lado, las divergencias en la interpretación y aplicación de los tratados de inversión han incitado a los Estados a renegociar sus tratados para precisar el contenido de la protección concedida a los inversores. En nuestra opinión, los redactores de los tratados de “*nueva generación*” podrían usar esta oportunidad para acotar, *ex ante*, la cláusula de trato justo y equitativo y añadir un requisito de debida diligencia de los inversores. *Ex post*, los Estados deben incorporar en su defensa argumentos tendientes a demostrar que el inversor no condujo una debida diligencia adecuada. En la práctica, esto significa solicitar, durante la fase escrita, documentos relativos a la debida diligencia y, posteriormente, en la fase oral, interrogar a los representantes de la empresa que estuvieron involucrados en la toma de la decisión de invertir.

Por otro lado, dado que la debida diligencia desempeña un papel cada vez más importante en el análisis de los tribunales, los inversores y sus asesores deben ser rigurosos y tomar en serio la fase de debida diligencia del inversor. Como hemos visto, esto significa para el inversor recurrir a asesoramiento externo (financiero, legal, técnico e incluso político) al momento de invertir y, sobre esa base, tomar una decisión informada.

EL ARBITRAJE: UN INSTRUMENTO INCLUSIVO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

Margarita R. Sánchez*

Facundo Galeano**

I. Introducción

El concepto de *acceso a la justicia* ha sido abordado desde distintas perspectivas y tradiciones jurídicas, pero su definición sigue siendo imprecisa y nada esquivada a propósito de debate. Ello dificulta que exista unanimidad en la literatura jurídica en cuanto a su alcance. ¿Podría reducirse a un principio fundamental de los sistemas jurídicos? o ¿sería más apropiado circunscribirlo como un requisito indispensable para la tutela efectiva de los distintos derechos?¹ En cualquier caso, con independencia de su naturaleza como un principio básico, el derecho de acceso a la justicia ha sido tipificado dentro de los derechos humanos desde al menos 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 consagra “[t]oda 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 acusación contra ella en materia penal.”²

* Abogada y Especialista en Estudios Político-Económicos, Universidad del Norte (Colombia); LLM Derecho y Gobierno, American University. Admitida para el ejercicio de la abogacía en Washington D.C. y la República de Colombia.

** Abogado especializado en asuntos anticorrupción y disputas transfronterizas. Abogado por la Universidad de Montevideo (Uruguay); LLM Derecho Empresarial, American University.

¹ Gerardo Bernal Rojas, ‘El Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’, *Ius et Praxis Vol. 25 No. 3*, Talca, 2019, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277>

² Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, *Art. 10*.

Una lectura cuidadosa de este precepto universal invita a una reflexión más profunda sobre el potencial alcance de este derecho—fundamental en su acepción más evidente—como catalizador de un amparo o protección más integral y robusta dado el inherente efecto paraguas que le caracteriza

II. *Un derecho instrumental, pero fundamental en lo sustantivo*

Pese a la falta de conceso sobre su definición, el alcance del derecho de acceso a la justicia ha evolucionado de manera simultánea a las distintas reformas sufridas en los sistemas de justicia de América Latina.³ En el año 2005, a partir de una revisión de la evolución histórica de este derecho en la región, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (“PNUD”) resaltó en su Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia, la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables como instrumento en la búsqueda de la reducción de la pobreza en América Latina, enfatizando en la urgencia de abordar el tema de una manera coherente y orientado desde la perspectiva de los derechos humanos. En concreto, el PNUD explicó que dicha evolución se ha dado a través de un modelo contentivo de tres etapas: (i) una primera ola enfocada en el asesoramiento legal gratuito para aquellas personas por debajo de cierto nivel de ingresos; (ii) una segunda ola que buscaba optimizar el funcionamiento de los tribunales a través de distintas reformas del sistema de justicia; y (iii) una tercera ola que consistió en la “creación de mecanismos procesales tales como las acciones de clase o la litigación de interés público”.⁴

Adicionalmente, un análisis normativo del derecho de acceso a la justicia revela que diversas convenciones, regulaciones y declaraciones de organismos internacionales relevantes ponen el foco en el hecho de que el acceso a la justicia no sólo es un *derecho fundamental* sino también un instrumento necesario para la

³ ‘Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia’, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Argentina, 2005.

⁴ *Idem.*

efectiva regulación de los demás derechos fundamentales, en otras palabras, un derecho instrumental.⁵

A. *Evolución del alcance del derecho de Acceso a la Justicia en la Normativa Internacional*

En América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada el Pacto de San José de Costa Rica, reconoce al acceso a la justicia en sus artículos 8 (“Garantías Judiciales”) y 25 (“Protección Judicial”).⁶ El artículo 8 por su parte dispone que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En concordancia, el artículo 25 la Convención dispone que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En línea con lo anterior, en el 2002 el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”) resolvió mantener el tema del acceso a la justicia en su agenda de prioridades.⁷ Y desde entonces, son varios los informes y resoluciones en las cuales la OEA resalta la importancia del acceso a la justicia como derecho fundamental.^{8 9} En la “Guía de Principios para el Acceso a la

⁵ Sobre la clasificación de los derechos fundamentales, véase, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, ‘Los fundamentos de los derechos fundamentales’, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 19-56.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Arts. 8 y 25.

⁷ Resolución 40, Perfeccionamiento de la administración de Justicia en las Américas: Acceso a la Justicia, Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americano, 2002.

⁸ Administración de la Justicia en las Américas: Ética judicial y Acceso a la Justicia: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_acceso_a_la_justicia.pdf

Justicia en las Américas e Informe del Comité Jurídico Interamericano de Acceso a la Justicia en las Américas”,¹⁰ por ejemplo, se refleja la importancia que se le da al acceso de justicia como un “derecho humano inalienable” y una “necesidad del Estado de Derecho”.

Posteriormente, en 2008, la Cumbre Judicial Iberoamericana, elaboró dentro del marco de los trabajos de su XIV edición las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad”. Estas reglas no son sólo ilustraron los distintos problemas que afectaban al acceso de la justicia en la primera década del siglo XXI, sino que también recogió varias recomendaciones para aquellos órganos públicos encargados de impartir justicia y, en general, para los prestadores de servicios en el sistema judicial.¹¹

Asimismo, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas—¹² no sólo relevante pero necesaria para los países de América Latina con alta población indígena—se estableció en su artículo 34 que “[l]os pueblos indígenas [tenían] derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”. Luego, en 2012, mediante Resolución aprobada por la Asamblea General, las Naciones Unidas se puso de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, comprometiéndose a trabajar por la implementación de medidas que aseguren la prestación de servicios

⁹ Resoluciones de la Asamblea General de la OEA:

https://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_justicia_resoluciones_AG.asp

¹⁰ Informe del Comité Jurídico Interamericano, ‘Acceso a la Justicia en las Américas’, México, 2012: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Acceso_a_la_Justicia_INFORME.pdf

¹¹ Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la 107ª sesión plenaria, 2007.

*“justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica”.*¹³

Más reciente, en la nueva agenda de desarrollo sostenible adoptada en 2015 por los estados miembros de las Naciones Unidas, al acceso a la justicia fue consagrado en el Objetivo de Desarrollo Sostenible (“ODS”) 16, el cual abarca las metas sobre *“Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”*. De manera concreta, el ODS 16 *“pretende promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos, reduciendo la corrupción y el soborno y creando instituciones responsables y transparentes”*.¹⁴

El énfasis sobre la necesidad de proteger y garantizar el derecho de acceso a la justicia cobró particular relevancia en el marco y a raíz de la pandemia del Covid-19. En este sentido, fueron varios los organismos y asociaciones que remarcaron la necesidad de que los distintos países tomen medidas urgentes tendientes a proteger este derecho, inevitablemente afectado por los efectos de la pandemia, entre ellos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) y el Relator Especial sobre independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, quienes hicieron un llamado perentorio a los Estados a garantizar en este contexto *“el más amplio acceso a la justicia como medio fundamental para proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales”*.¹⁵ De la misma manera, la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, en conjunto con otras asociaciones, suscribió la *“Declaración Iberoamericana por el acceso a la justicia como elemento indispensable para afrontar las desigualdades o propósito del impacto del Covid-*

¹³ Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de septiembre de 2012.

¹⁴ ODS 16 Paz, justicia e instituciones sólidas, Pacto Mundial ONU:

<https://www.pactomundial.org/ods/16-paz-justicia-e-instituciones-solidas/>

¹⁵ Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19, 2021:

<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/015.asp>

19",¹⁶ poniendo de relieve que el acceso a la justicia impactaba de forma directa en la efectividad con la cual son reconocidos los derechos en los distintos ordenamientos jurídicos.

B. Obstáculos para alcanzar el goce debido del derecho al Acceso a la Justicia

A pesar de todos los esfuerzos locales y globales para avanzar en la promoción y garantía del derecho de acceso a la justicia, son muchos los obstáculos que impiden su goce pleno en forma igualitaria y equitativa. En datos de 2023, se calcula que dos tercios de la población mundial no tienen un acceso a la justicia significativo,¹⁷ es decir más de 5.000 mil millones de personas en todo el mundo. En cuanto a la población Iberoamericana, se identificó que aproximadamente un 34% no tiene sus necesidades de justicia satisfechas.¹⁸

Lo anterior invita necesariamente a la búsqueda y desarrollo de medios e instrumentos alternativos que permitan un acceso más inclusivo y garante del derecho de acceso a la justicia, lo cual en definitiva conduce al fortalecimiento del estado derecho.

a. Debilitamiento de las instituciones y falta de confianza en el sistema de justicia producto de la corrupción

Al cierre del año 2023, el clima de inestabilidad institucional en América Latina y el Caribe—en parte auspiciado por una percepción generalizada de desconfianza frente los gobiernos de la región como producto de múltiples escándalos de

¹⁶ Declaración Iberoamericana por el acceso a la justicia como elemento indispensable, Valparaíso, Chile, 2022:

https://www.mpd.gov.ar/pdf/Declaracion_Iberoamericana_Acceso_a_la_Justicia.firmada.pdf

¹⁷ La promesa del empoderamiento jurídico para avanzar en el acceso a la justicia para todos', Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrado y abogados, Margaret Satterthwaite, Asamblea General de la ONU, 2023.

¹⁸ Alianza Iberoamericana para el Acceso a la Justicia y Pathfinders for Peaceful, Just and Inclusive Societies, 'Reporte sobre Acceso a Justicia en Iberoamérica', 2023: <https://cic.nyu.edu/wp-content/uploads/2023/11/Report-on-Access-to-Justice-in-Ibero-America-2023-ES.pdf>

corrupción política—fue uno de los grandes protagonistas de los estudios sobre el panorama de los sistemas judiciales en América Latina.¹⁹ A pesar de los cuantiosos gastos en reformas legales y judiciales en la región, de la mejora significativa en el desempeño del sector judicial en muchos casos, y de la variación institucional entre los países, las percepciones negativas de los ciudadanos siguió siendo una constante.²⁰

En un informe de Latinobarómetro de 2021, por ejemplo, se destacó una alta percepción de injusticia en el acceso a la justicia en la gran mayoría de los países de América Latina,²¹ atribuyendo a factores como la desigualdad y discriminación un rol importante en la falta de confianza en el sistema judicial. Con algunas excepciones, la mayoría de los países en América Latina se encuentran en deuda en cuanto a la proporción de un acceso igualitario a la justicia, especialmente a los grupos más vulnerables.²²

La independencia judicial, la cual se ve afectada por la corrupción, enfrenta problemas serios en la región y se ve en decaimiento, como lo muestran las distintas declaraciones y documentos publicados por los organismos internacionales relevantes, incluyendo la ONU y la OEA. El poder judicial en los países de América Latina no alcanza a niveles de confianza necesarios y la debilidad en la justicia impacta directamente en la falta de acceso a la misma.²³

¹⁹ World Justice Project, 'Las encuestas sobre el Estado de Derecho en 26 países de América Latina y el Caribe captan las tendencias autoritarias y la desconfianza generalizada', 2023: https://worldjusticeproject.org/news/encuestas-estado-de-derecho-america-latina-caribe?overridden_route_name=entity.node.canonical&base_route_name=entity.node.canonical&page_manager_page=node&page_manager_page_variant=node-panels_variant-7&page_manager_page_variant_weight=-8.

²⁰ Open Global Rights, 'La relación con el sistema de justicia en el marco de la desigualdad en América Latina', 2019: <https://www.openglobalrights.org/engaging-justice-amidst-inequality-in-latin-america/?lang=Spanish>

²¹ Informe Latinobarómetro 2023: La recesión democrática de América Latina, 2023, pp. 45-46.

²² Banco Interamericano de Desarrollo, 'La crisis de la desigualdad América Latina y el Caribe en la encrucijada', Ed. por Matias Busso y Julian Messina, 2020.

²³ Informe Latinobarómetro 2023: La recesión democrática de América Latina, 2023, p. 69.

Lanzada en el año 2018 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (“UNODC”, por sus siglas en inglés), la Red Mundial de Integridad Judicial ha trabajado con esmero para fortalecer la integridad e imparcialidad judicial. En 2019, en un esfuerzo por fortalecer la integridad judicial y prevenir la corrupción en el sector de la justicia,²⁴ la Red elaboró una guía para la redacción de códigos de conducta judicial, basándose en el contenido de los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial,²⁵ que propendía ofrecer un instrumento de guía para la magistratura en la elaboración de normas de comportamiento en las actuaciones de su función.

b. Barreras procesales

Los obstáculos desde el punto de vista procesal denotan, entre otras cuestiones, procedimientos complejos y engorrosos, propios de una burocratización innecesaria de los sistemas judiciales, cuyos formalismos desincentivan el acceso a la justicia por parte de los grupos de personas más vulnerables. Esto deriva en la falta de acceso inmediato a la información relevante de los procedimientos y las distintas técnicas de dilación utilizadas por los abogados como generadores de atrasos que atentan contra el derecho de un acceso a la justicia efectivo y eficiente. En América Latina, las complejidades que tienen los sistemas jurídicos nacionales en términos de procesos, formalismos y plazos juegan sin duda un papel importante a la hora de desistir darle seguimiento a un juicio por parte de las personas que se encuentran en los grupos vulnerables, o que no cuentan con los recursos de tiempo para continuar con estos juicios que se dilatan sin justificación en el tiempo.

²⁴ Red Mundial de Integridad Judicial, ‘Guía sobre como elaborar e implementar Códigos de Conducta Judicial’, Viena, 2019.

²⁵ ‘Los Principios de Bangalore Sobre la Conducta Judicial’, La Haya, Holanda, 2002: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/03/Bangalore-Principles-of-Judicial-Conduct-instrument-2002-eng.pdf>.

c. Demoras y congestión por falta de recursos e infraestructura

El derecho de acceso a la justicia no sólo se materializa y garantiza a través del establecimiento de normas y procedimientos que habiliten la formulación de pretensiones, sino también cuando se facilitan las condiciones estructurales para que las personas puedan disfrutar del derecho.²⁶ Destinar los recursos necesarios de acuerdo con las necesidades específicas de las personas y comunidades es parte fundamental del derecho al acceso a la justicia.

Durante el 2020, y como consecuencia de la pandemia, la gran mayoría de los países latinoamericanos mostraron un aumento en la demora y atrasos en procedimientos judiciales, ya sean civiles, criminales o administrativos.²⁷ Esto, debido en parte a que los sistemas de justicia en la región suspendieron sus servicios debido al confinamiento obligatorio, lo cual debilitó el acceso a la justicia en un momento de alta conflictividad social.²⁸

Según un índice reciente del World Justice Project, el deterioro en el funcionamiento de los sistemas de justicia se está extendiendo y cada vez más los países luchan por brindar a las personas una justicia eficiente y accesible, lo cual contradice los esfuerzos y metas propuestas de cara al cumplimiento del Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible.

En algunos países de América Latina, en general, un proceso judicial puede, en promedio, demorarse hasta más de 600 días para resolverse, en comparación a los

²⁶ PNUD, 'Acceso efectivo a la justicia para todas las personas: informe sobre desarrollo humano para Colombia, Cuaderno 3', 2023.

²⁷ World Justice Project, 'Durante la pandemia, el Estado de Derecho se deterioró en más de la mitad del mundo', 2021:
https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/2021%20WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%20-%20Global%20PR_Spanish.pdf

²⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, 'Evaluación del Apoyo del BID en el Área de Seguridad Ciudadana y Justicia en la Región', 2021:
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Documento-de-enfoque-evaluacion-del-apoyo-del-BID-en-el-area-de-seguridad-ciudadana-y-justicia-en-la-region.pdf>

países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (“OCDE”) en los cuales el promedio se reduce aproximadamente a 240 días.²⁹

En la última década, distintos organismos de desarrollo internacionales han destinado recursos en los distintos países de América Latina para modernizar la administración de justicia en pos de un sistema judicial no sólo sea independiente sino también efectivo.³⁰

III. El Arbitraje como mecanismo inclusivo

En las últimas décadas, en las cuales se ha afianzado el arbitraje nacional e internacional en América Latina y ya alejados de aquella visión negativa hacia el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos que se mantuvo en la región una gran parte de las décadas precedentes, este medio alterno a la justicia ordinaria, se erige como un instrumento inclusivo para garantizar el derecho al acceso a la justicia.

En los últimos años, muchos de los países de América Latina han hecho esfuerzos significativos y determinantes para regular el arbitraje doméstico e internacional a través de leyes especiales y no solamente en sus códigos procesales. La Ley Modelo de la CNUDMI, por ejemplo, ha gozado de particular relevancia para inspirar y cimentar la mayoría de estas leyes y regulaciones en diferentes grados.

Estadísticas recientes publicadas por algunas de las instituciones arbitrales más conocidas muestran, por ejemplo, que en la región no sólo ha incrementado el número de casos en los últimos años, sino también el número de árbitros latinoamericanos participando de los casos más relevantes a nivel internacional.³¹

²⁹ Banco Interamericano de Desarrollo, ‘BID y Ministerio de Justicia español firman acuerdo sobre la administración de la justicia’, 11 de noviembre de 2021, <https://www.iadb.org/es/noticias/bid-y-ministerio-de-justicia-espanol-firman-acuerdo-sobre-la-administracion-de-la-justicia>.

³⁰ *Idem.*

³¹ Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), ‘Arbitraje en América Latina: Informe 2020 sobre encuestas’, 2020: <https://www.clarbitraje.com/v2/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CLA.pdf>.

Este desarrollo va de la mano de la creación de nuevas instituciones arbitrales locales y regionales que ayudan a expandir la infraestructura del arbitraje en general, y de un marco legal confiable para los distintos tipos de arbitraje en un número significativo de países en la región.³²

A. Ventajas

El arbitraje, dada su naturaleza como un mecanismo alternativo y complementario en resolución de controversias, y por ende, de la administración de justicia, ofrece ciertas ventajas que pueden ayudar en su consolidación como un instrumento inclusivo y garante del derecho de acceso a la justicia, incluyendo, entre otros (i) reglas procesales flexibles; (ii) especialidad; (iii) idioma; (iv) descongestionamiento del aparato judicial; (v) freno a la corrupción; y (vi) adaptable a nuevas tecnologías.

a. Selección de Reglas Procesales por las Partes

El carácter pluralista de varios de los países de América Latina, sumado al reconocimiento de derechos de pueblos indígenas a regular sus actividades bajo sus propias reglas y costumbres hace que el arbitraje sea un mecanismo de resolución de conflictos atractivo debido a su flexibilidad en cuanto a la selección de reglas procesales por los actores partes de un conflicto. La libertad y flexibilidad hacen que las partes puedan navegar el conflicto de acuerdo con las reglas y normas de su elección, evitando dirimir sus conflictos en cortes judiciales que no tienen en cuenta lo que quieran las partes sino lo que diga la ley procesal aplicable en dicha jurisdicción.

La falta de flexibilidad en cuanto a los procesos y etapas, y la burocratización de los procedimientos en los sistemas jurídicos domésticos, hacen que la voluntad de las partes a elegir las reglas procesales aplicables se torne en una ventaja a la hora

³² Instituto de Arbitraje Transnacional, 'La Guía del ITA de Instituciones de Arbitraje en América Latina', 2023: <https://www.cailaw.org/media/files/ITA/Publications/arbitral-institutions-guide-2023.pdf>

de dirimir sus conflictos. Esto no solamente impacta en el propio acceso a la justicia pero en la efectividad con la cual se imparte dicha justicia. Las partes en un conflicto podrán, por ejemplo, realizar cambios a estas reglas de común acuerdo, con una libertad de elección que no se brinda en los sistemas jurídicos domésticos.

b. Especialidad de los Árbitros

Otra de las grandes ventajas con las que cuenta el arbitraje como mecanismo inclusivo para garantizar el derecho a la justicia es la libertad de las partes de poder elegir árbitros que sean especialistas en la materia objeto del conflicto. Es importante recordar que el derecho al acceso a la justicia no se ve reflejado solamente en la oportunidad de acceder a la justicia, sino también en una justicia justa (valga la redundancia) y equitativa, el cual muchas veces se ve empañada por la falta de especialización de los jueces en las temáticas objeto de los conflictos entre las partes. De esta manera, las partes podrían elegir árbitros que sean especialistas y puedan dirimir el conflicto de una manera más efectiva y justa.

Aunque en varios de los países en América Latina ya existen cortes especializadas en diversos temas, estas son relativamente pocas y tienden a sufrir de los mismos vicios que las cortes ordinarias.

c. Idioma de los Procedimientos

Las barreras lingüísticas en un continente con diversidad de lenguas dentro de las distintas comunidades y la falta de recursos que permitan servicios efectivos de interpretación en las cortes generan que muchas comunidades no puedan gozar del acceso a la justicia de forma cabal.

También, el fenómeno migratorio ha generado que existan dentro de los países personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad debido a la falta de acceso a la información o las simples diferencias lingüísticas y culturales.³³

En el arbitraje, las partes tienen la libertad de escoger no solamente uno pero varios idiomas, lo que genera que las partes puedan expresarse en su lengua materna y evitar confusiones o mal interpretaciones durante el procedimiento arbitral.

d. Descongestionamiento

Los nuevos arbitrajes acelerados en los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes ponen el foco en la necesidad de resolver los conflictos de forma no solamente efectiva pero eficaz, con la intención de reducir así de forma significativa los tiempos que las cortes judiciales se toman para resolver los conflictos domésticos.

El uso del arbitraje, en particular el arbitraje social, como método de resolución de conflictos podría contribuir en el diseño de una solución efectiva al problema del congestionamiento judicial y permitirle al sistema judicial un desagüe para aquellos casos en los cuales se necesite celeridad y el sistema judicial no pueda dárselo.

Las instituciones arbitrales, por ejemplo, pueden coadyuvar en la administración de estos arbitrajes de forma efectiva, al no estar atados a algunos de los rigurosos procedimientos y reglamentos propios de las funciones públicas en cuanto a la administración de los servicios judiciales.

³³ Eurosocial, 'Migración y Acceso a la Justicia: la mirada latinoamericana', 2019: <https://eurosocial.eu/reciprocamente/entrevista-sobre-acceso-a-la-justicia-de-migrantes/>

e. Corrupción

La independencia e imparcialidad de los árbitros es una característica fundamental en la consideración del arbitraje como mecanismo o instrumento inclusivo para garantizar el derecho al acceso a la justicia. Las reglas y directrices existentes en cuanto a los conflictos de intereses en el arbitraje son cada vez más rigurosas y la no declaración de un conflicto de interés por parte de un árbitro podría servir como causal de anulación del laudo.

Aunque recientes arbitramentos han expuesto que el arbitraje no se encuentra ajeno a la realidad de la corrupción, la libertad de las partes en la selección de los árbitros tiene el potencial de disminuir los riesgos de que el proceso arbitral se vea afectado por la corrupción. Asimismo, los mecanismos a los cuales se puede acudir en casos de corrupción en un juicio ordinario por juez de turno se encuentran, por lo general, más limitados que en los casos del arbitraje, en los cuales el laudo debe ser reconocido y ejecutado en una corte local, lo que brinda una instancia adicional para la parte afectada, la cual puede intentar anular el mismo, en caso surgir dudas sobre su validez producto de la corrupción.

f. Nuevas Tecnologías

Son varios los esfuerzos que se han venido realizando en los últimos años por parte de la comunidad internacional para facilitar el acceso a la justicia en América Latina.³⁴ En la actual era digital, ciertos países han implementado juicios en línea y utilizando las distintas herramientas y uso de las tecnologías de la información para la administración de justicia.³⁵ En este camino de la modernización de los

³⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, 'OEA y BID se unen para facilitar el acceso a la justicia en América Latina: Uso de nuevas tecnologías moderniza sistemas de información en facultades de derecho que ofrecen asesoría legal gratuita', 2011: <https://www.iadb.org/es/noticias/bid-y-oea-se-unen-para-facilitar-el-acceso-la-justicia-en-america-latina>

³⁵ Alma de los Ángeles Ríos Ruíz, 'Una visión latinoamericana de la justicia en la era digital & los medios electrónicos', Ed. E. 2017: <https://revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/62483>

sistemas judiciales, debe considerarse que la implementación de las diversas herramientas tecnológicas puede ser lenta al depender de muchos factores, tales como la distribución equitativa de recursos en las distintas cortes de las distintas regiones, y la educación a los funcionarios y a la población en general en el uso de ese tipo de herramientas.

El arbitraje, por el contrario, permite el uso de herramientas tecnológicas a elección de las partes, quien en conjunto con las institución arbitral que administra el caso o con el/los árbitro/s designados podrán amoldar dicho uso según su *expertise* en herramientas tecnológicas. Una imposición por parte de los poderes judiciales en los distintos países del uso de una herramienta tecnológica específica podrá desincentivar el acceso a la misma por aquellas personas que no se encuentran capacitadas o no tienen interés en capacitarse en el uso de las mismas.

B. Desventajas

Visto lo anterior, dada su naturaleza como un mecanismo privado de resolución de controversias, el arbitraje entraña ciertas desventajas frente a la justicia ordinaria, lo cual resulta crucial entender para poder maximizar su desarrollo real y efectivo como garante del derecho al acceso a la justicia.

a. Costos

Los costos asociados al arbitraje puede ser la primera y más palpable desventaja al considera el arbitraje en el marco del derecho de acceso a la justicia. ¿Cómo puede el arbitraje ser un mecanismo inclusivo para garantizar el acceso a la justicia si este no es gratuito, como si lo es el acceso a la justicia ordinaria? La pregunta es válida, y más al considerar a los grupos más vulnerables, con escasos o ningún recurso para acceder a los costos propios de un arbitraje.

Sin embargo, la eficiencia en la administración de los arbitrajes por parte de las instituciones arbitrales, sumado a los nuevas tecnologías que servirán como

herramientas para agilizar los procedimientos y el acceso a la información por parte de los usuarios de este sistema, pueden hacer que los costos sean más bajos y accesibles en el futuro. En ello, el sector privado juega un rol fundamental. Son muchos y variados los esfuerzos que los distintos actores del sistema jurídico, como los despachos de abogados y las mismas instituciones arbitrales, pueden brindar, en cuanto a servicios gratuitos y casos *pro bono* de los cuales las personas de bajos recursos pueden acceder.

El apoyo gubernamental y el diseño e implementación de una política pública coherente en este sentido es fundamental. En este sentido, sobresale el caso colombiano. En el año 2012, Colombia promulgó el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, consagrando en el marco de una política de construcción de paz el arbitraje social, el cual permite a los centros de arbitraje la prestación de los servicios de resolución de conflictos de forma gratuita (y con cierta particularidades como lo son un proceso sin abogado llevado por un único arbitro) en controversias que no superen determinada cuantía. El objetivo fundamental del arbitraje social es promover una cultura de este método de resolución de conflictos en la comunidad y garantizar la tutela efectiva del derecho de acceso a la justicia. A partir de ahí distintos centros y programas han logrado contribuir con expandir el derecho de acceso a la justicia a sector de la población tradicionalmente excluidos, incluyendo comunidades vulnerables.

b. Reconocimiento y Ejecución de Laudos

El hecho de que los laudos arbitrales deban ser reconocidos y ejecutados por parte de una corte doméstica pudieran presentar algunos obstáculos, propios del acceso a la justicia en el marco de la justicia ordinaria. En estos casos, sin embargo, podría considerarse la creación de cortes especializadas en las distintas jurisdicciones dedicadas a revisar y ejecutar los laudos arbitrales, lo que demandaría un esfuerzo sumamente menor a resolver el conflicto mismo, siempre y cuando se ajuste el

sistema jurídico nacional para darle claridad a la ejecución de laudo arbitral y no cuenta con los obstáculos procesales típicos que existen hoy en día.³⁶

IV. Conclusión

Visto en su integridad y gracias a su flexibilidad como mecanismo alternativo en la solución de controversias, el arbitraje se erige como una alternativa eficiente para garantizar la protección del derecho de acceso a la justicia, especialmente en una región como América Latina en la cual las posibilidades de que los individuos y comunidades más vulnerables puedan ejercer su derecho de acceder a la justicia— y proteger sus otros derechos fundamentales—son cada vez más precarias. Los estados latinoamericanos están en mora de adoptar políticas más concretas que busquen fomentar el arbitraje como mecanismo alternativo de acceso a la justicia para los individuos y comunidades vulnerables, en consonancia con las metas planteadas por los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, y más específicamente en la meta de garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos. Adoptando buenas prácticas y regulaciones asertivas como lo hizo Colombia al instituir el arbitraje social y haciendo partícipe al sector privado en la promoción de la solución de conflictos para los individuos y comunidades más vulnerables, se abrirá la puerta para que el arbitraje pueda posicionarse como un verdadero instrumento garante del derecho de acceso a la justicia.

³⁶ 'Obstáculos procesales en los sistemas jurídicos nacionales', Josemaría López González del Valle, 'La Ejecución de los Laudos Arbitrales Internacionales: Desafíos y Soluciones en la Práctica', 28 de febrero de 2023, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4434410>.

ANTI-SUIT INJUNCTIONS EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

Michael A. Fernández*

Alejandro Torres Fernández**

I. Introducción

Una parte que firma un convenio arbitral, por lo general, contempla que todas las disputas que estén dentro del alcance de la cláusula serán sometidas a arbitraje. Si bien esto suele suceder en la gran mayoría de casos, no siempre sucede. Tal vez, por ejemplo, la contraparte no se percató de la existencia del convenio arbitral o genuinamente disputa el alcance del convenio arbitral y, en virtud de ello, percibe que tiene el derecho de iniciar un litigio. En algunas ocasiones, la contraparte quizá reconozca que su disputa debería ser sometida a arbitraje, pero opta por actuar de mala fe e iniciar un litigio para evitar la jurisdicción arbitral. Cualquiera que sea la razón por la cual una parte ha incumplido con sus obligaciones bajo un convenio arbitral, existe una figura legal en muchas jurisdicciones para hacer cumplir el convenio arbitral, a saber: la *anti-suit injunction*.

Las *anti-suit injunctions* son las órdenes que dicta un tribunal arbitral o judicial para que una parte se abstenga de iniciar una acción o continuar una ya promovida ante un tribunal judicial en otro país.¹ Para minimizar el riesgo de conflicto entre

* Abogado de Nueva York. Miembro de Cozen O'Connor y Profesor Adjunto en Fordham University School of Law. Recibió su B.A. de la Universidad de Yale en el 2007, un M.A. de la Fletcher School of Law and Diplomacy en la Universidad de Tufts en el 2012 y su J.D. de la Columbia Law School en el 2012.

** Abogado mexicano. Asociado en Von Wobeser y Sierra, S.C. Recibió su título de abogado por la Escuela Libre de Derecho en el 2020, con mención honorífica por la tesis presentada.

¹ Si bien existen algunas traducciones, como medidas cautelares anti-proceso, para efectos del presente artículo utilizaremos el término *anti-suit injunctions*.

tribunales de distintas jurisdicciones, dichas ordenes no suelen estar dirigidas a un tribunal judicial o juez. En ese sentido, simplemente prohíben a las partes, que también son partes del acuerdo de arbitraje, de proceder con el litigio foráneo. La finalidad de tales ordenes es diversa: (i) pueden emitirse a efecto de evitar el *forum shopping*; (ii) evitar la litispendencia o conexidad de acciones; (iii) evitar el uso abusivo de procedimientos judiciales por una de las partes; y (iv) lograr el cumplimiento de un acuerdo de elección de foro o acuerdo arbitral.²

El presente artículo tiene por objeto analizar la figura de las *anti-suit injunctions*, dentro del contexto del sistema legal estadounidense, donde son aceptadas, para después analizar su recepción en el derecho mexicano y ofrecer una aproximación a las consideraciones necesarias para su reconocimiento en el caso de arbitrajes comerciales internacionales.

El derecho legislado siempre va un paso atrás de la realidad. La internacionalización de las relaciones comerciales supone un reto a los paradigmas de los sistemas jurídicos, pues confronta sus principios y reglas a las exigencias de la práctica comercial internacional. Así, los conflictos internacionales provocan la convergencia de normas e instituciones extrañas unas a otras, lo que, a su vez, implica la necesidad de armonizarlas para la correcta resolución de las controversias. Es aquí donde se enmarca el tema del presente artículo. Las *anti-suit injunctions* son una creación del *common law* que, en el contexto de una disputa internacional, pueden ser analizadas bajo la óptica del derecho mexicano, sistema al que son extrañas. De ahí surge la intención del presente artículo de ofrecer un

² Las *anti-suit injunctions* pueden tomar la forma de un remedio cautelar o un remedio definitivo en una sentencia judicial. En algunas jurisdicciones (especialmente el Reino Unido), se reconocen a las *anti-suit injunctions* como remedios definitivos, que pueden formar parte de una orden contenida en la sentencia judicial. V., Sébastien Besson, 'Anti-Suit Injunctions ICC Emergency Arbitrators, International Arbitration Under Review: Essays in Honour of John Beechey', 2015, p. 75. En los Estados Unidos, las *anti-suit injunctions* son entendidas como medidas cautelares. Así pues, el presente artículo únicamente tratará sobre la posibilidad de obtener *anti-suit injunctions* como medidas cautelares.

análisis sobre la recepción de las *anti-suit injunctions* en Estados Unidos y México y ofrecer algunas ideas sobre cómo se debe analizar dicha figura en México.

II. *Anti-suit injunctions* en los Estados Unidos

A. *Solicitudes a los tribunales judiciales*

El *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration*, una fuente importante de doctrina estadounidense explica que:

“Cuando una parte acepta el arbitraje como foro exclusivo para resolver disputas, no solo acepta resolver cualquier disputa en el arbitraje; también se compromete a no resolver esas disputas en los tribunales. Como tal, la autoridad para prohibir a una parte presentar reclamaciones ante los tribunales cuando ha acordado arbitrar se deriva de la autoridad para obligar a las partes a arbitrar: puede formularse simplemente como una forma alternativa de cumplimiento específico del propio acuerdo de arbitraje... complementaria de una orden afirmativa que dirige a las partes al arbitraje”.³

De lo anterior, se desprende que el derecho americano acepta y reconoce la existencia de las *anti-suit injunctions*, sin embargo, esto no implica que sean comunes, por el contrario, dichas medidas son consideradas extraordinarias y se conceden en pocos casos pues son remedios discrecionales.⁴ Para que un tribunal judicial de Estados Unidos emita una *anti-suit injunction* en apoyo de un arbitraje internacional se requiere que (i) las partes al arbitraje y el litigio improcedente sean las mismos; y (ii) la resolución del arbitraje resuelva la segunda disputa.⁵ Si dichos requisitos son satisfechos, los tribunales judiciales prosiguen a considerar otros factores adicionales que pautan la emisión discrecional del remedio.⁶ En disputas vinculadas a Nueva York, los tribunales federales suelen considerar los siguiente cinco factores adicionales: “*incluido si el litigio paralelo: (1) frustraría una política*

³ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note

⁴ S. I. Strong, 'Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 American Journal of Comparative Law', Estados Unidos de América, 2018, p. 179, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

⁵ *Ibidem*, p. 159.

⁶ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note

[pública de los Estados Unidos]; (2) sería vejatorio; (3) amenazaría [la competencia del tribunal]; (4) sería contraria a otras consideraciones equitativas; [y] (5) daría lugar a demoras, inconvenientes, gastos, inconsistencia o generaría una carrera hacia el juicio”.⁷ También requieren que el solicitante de una *anti-suit injunction* cumpla con el estándar ordinario para obtener una medida cautelar, es decir, demostrar que 1) tienen una probabilidad de éxito en cuanto al fondo; 2) daño irreparable en ausencia de la orden judicial y 3) que la orden judicial es de interés público.⁸

Es evidente que las *anti-suit injunction* pueden incidir en la actuación de tribunales en otras jurisdicciones. Naturalmente, los tribunales de Estados Unidos toman en cuenta tales efectos antes de tomar una decisión sobre una petición solicitando una *anti-suit injunction*. Los tribunales americanos suelen dividirse en dos posturas—la “conservadora” y la “liberal”— que difieren según el nivel de importancia que otorgan al reconocimiento de los actos realizados en otras jurisdicciones *-comity*.⁹

El enfoque conservador —que es el que siguen los tribunales federales del Distrito de Columbia y Nueva York— considera como requisitos necesarios para conceder una *anti-suit injunction* que: (i) el procedimiento seguido en otra jurisdicción impida la jurisdicción en los Estados Unidos o amenace una política vital de los Estados Unidos; y (ii) los intereses domésticos sean de mayor peso que el respeto a los actos de otras jurisdicciones.¹⁰ La postura conservadora considera que las *anti-suit injunctions* son pertinentes para evitar la duplicidad de procedimientos o procedimientos abusivos y evitar la emisión de sentencias contradictorias.¹¹

Según el *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration*:

⁷ V. Ej. *WTA Tour, Inc. v. Super Slam Ltd.*, 339 F.Supp.3d 390, 403 (S.D.N.Y. 2018)

⁸ V. Ej. *WTA Tour, Inc. v. Super Slam Ltd.*, 339 F.Supp.3d 390, 406 (S.D.N.Y. 2018)

⁹ S. I. Strong, ‘Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 *American Journal of Comparative Law*’, Estados Unidos de América, 2018, p. 160, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

¹⁰ *Ibidem*, p. 160.

¹¹ *Ibidem*, p. 161.

“Las descripciones de los enfoques conservador y liberal se basan casi exclusivamente en casos que involucran *anti-suit injunctions* basadas en conveniencia y políticas, no *anti-suit injunctions* basadas en obligaciones [contractuales]. De hecho, en el caso de las *anti-suit injunctions* en apoyo de acuerdos de arbitraje internacional (particularmente una vez que el tribunal ha emitido una orden obligando al arbitraje), los diferentes estándares tienden a converger”.¹²

Este resultado es la consecuencia natural cuando:

“[E]l tribunal [estadounidense] ha sostenido que la disputa está sujeta a un acuerdo de arbitraje internacional ejecutable, ha decidido que el otro tribunal no es un foro adecuado para resolver el fondo de la disputa. Como tal, cuando un tribunal ya ha dictado sentencia (sobre las mismas cuestiones, involucrando a las mismas partes), las consideraciones de comity han perdido fuerza”.¹³

Cónsono con todo lo anterior, las cortes estadounidenses son propensas a dictar una *anti-suit injunction* cuando existe un acuerdo exclusivo de elección de foro (o cuando existe un acuerdo arbitral).¹⁴ En esa línea, el *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration* observa que:

“[S]i el arbitraje tiene su sede en los Estados Unidos, los tribunales a menudo ejercerán su discreción para emitir una *anti-suit injunction* basándose únicamente en ese factor debido a la fuerte política federal a favor de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje internacional. Sin embargo, si el arbitraje no tiene su sede en los Estados Unidos, será mucho menos probable que un tribunal emita una *anti-suit injunction* y considerará otros factores: si es probable que el otro tribunal se pronuncie sobre la aplicabilidad del acuerdo de arbitraje de manera oportuna; de ser así, consideraciones de cortesía pueden desaconsejar la emisión de una orden judicial; si el otro tribunal tiene un interés sustancialmente mayor en pronunciarse sobre la aplicabilidad del acuerdo de arbitraje; de ser así, consideraciones de cortesía pueden desaconsejar la emisión de una orden judicial; y si las circunstancias plantean una duda sustancial y justificable sobre la integridad del otro tribunal con respecto al litigio en cuestión: la existencia de tales

¹² Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note (c)(i)

¹³ *Idem.*

¹⁴ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note (c)(i) (“Los tribunales ejercen regularmente su discreción para emitir *anti-suit injunctions* en apoyo de acuerdos de arbitraje internacional cuando previamente o simultáneamente han obligado a arbitrar el caso.”)

circunstancias presentaría un caso sólido a favor de otorgar una *anti-suit injunction*".¹⁵

Así, las *anti-suit injunctions* se erigen como una medida efectiva para proteger la jurisdicción del tribunal arbitral y para ordenar el cumplimiento de un acuerdo arbitral. En consecuencia, en el contexto de arbitraje comercial internacional, podemos considerar a las *anti-suit injunctions* como una forma de cumplimiento forzoso del acuerdo arbitral.

B. Solicitudes a los tribunales arbitrales

Si bien las reglas promulgadas por las principales organizaciones de arbitraje en Estados Unidos autorizan a los árbitros a emitir medidas cautelares,¹⁶ es menester señalar que:

“Una cuestión que aún no ha sido abordada por los tribunales estadounidenses es si, y en qué medida, una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral es ejecutable conforme a la Convención de Nueva York. El problema es que la Convención de Nueva York sólo se aplica a casos “definitivos” laudos arbitrales y “laudos definitivos parciales”, es decir, aquellos laudos que son definitivos en cuanto a algún aspecto de la disputa arbitral, y no está claro si una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral puede enmarcarse en esos términos. Si bien ningún tribunal estadounidense en una disputa internacional ha decidido todavía esta cuestión, los tribunales estadounidenses han aplicado varios tipos de mandatos arbitrales en el ámbito interno”.¹⁷

No obstante la falta de precedente judicial sobre la posibilidad de ejecutar un *anti-suit injunctions* emitidos por árbitros, comentaristas han

¹⁵ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Cmt. C.

¹⁶ V., American Arbitration Association, Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, efectivas 1 de septiembre del 2022, Regla R-38; International Dispute Resolution Procedures, efectivas, 1 de marzo 2021, Regla R-27.

¹⁷ S. I. Strong, ‘Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 American Journal of Comparative Law’, Estados Unidos de América, 2018, pp. 177-178, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

argumentado que los tribunales nacionales estadounidenses probablemente ejecutarían medidas cautelares emitidas en arbitrajes internacionales.¹⁸

III. Medidas cautelares y anti-suit injunctions en México

En el presente capítulo haremos una breve reseña de las disposiciones que rigen las medidas cautelares en materia mercantil en México para después analizar los criterios que han emitido los tribunales nacionales en relación con figuras cercanas a las *anti-suit injunctions*.

A. Legislación relevante

Las medidas cautelares en materia mercantil se rigen, en principio, por el Código de Comercio, el cual establece como únicas medidas cautelares (providencias precautorias) que pueden dictarse en un juicio la radicación de persona y la retención de bienes (embargo o depósito).¹⁹ Sin embargo, conforme a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha reconocido que en la materia mercantil resultan también aplicables las medidas cautelares previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.²⁰

Si bien el Código Federal de Procedimientos Civiles, contrario al Código de Comercio, no contiene un listado limitativo de medidas cautelares que pueden dictarse, establece como condición que las medidas cautelares deben mantener la situación de hecho existente.²¹ En contrapartida, dicho código excluye expresamente las medidas constitutivas, señalando que cuando se pretenda la

¹⁸ V. Ej. Guillaume Lemenez & Paul Quigley, 'The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions', 63-JAN Disp. Resol. J. 66, 71 ("Con base en nuestro examen de casos estadounidenses sobre la aplicabilidad de laudos y órdenes provisionales, concluimos que los tribunales estadounidenses harían cumplir las medidas de emergencia del Artículo 37, ya sea que el árbitro de emergencia las caracterice como una orden o laudo provisional. Dudamos que estos tribunales quieran dudar de la reparación ordenada por los árbitros de emergencia.").

¹⁹ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1168.

²⁰ Tesis 1a./J. 27/2013 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003884>

²¹ Código Federal de Procedimientos Civiles, 1943, México, Art. 384.

modificación de una situación de hecho existente se deberá solicitar en vía de acción principal.²²

Las medidas cautelares antes descritas son aplicables tratándose de procedimientos seguidos ante jueces estatales en México en relación con un procedimiento judicial.

Ahora bien, tratándose de arbitraje comercial, el Código de Comercio permite a las partes solicitar medidas cautelares de un tribunal mexicano o de un tribunal arbitral, ya sea previo al arbitraje o una vez iniciado.²³ Sin embargo, el Código de Comercio no lista cuáles son las medidas cautelares que puede ordenar un juez mexicano en relación con una controversia sujeta a arbitraje, sino que señala que “[e]l juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares” dictadas en relación con una disputa sujeta a un acuerdo arbitral.²⁴ Esto haría suponer que los jueces mexicanos están facultados para dictar cualquier medida cautelar, incluidas las *anti-suit injunctions*. Asimismo, haría suponer que los tribunales nacionales reconocerían una *anti-suit injunction*. Por otra parte, el Código de Comercio tampoco lista cuales son las medidas cautelares que puede dictar el tribunal arbitral, sino que se limita a señalar que podrá “ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto del litigio.”²⁵

En la siguiente sección se analizan los pocos criterios emitidos por tribunales nacionales que pudieran dar cuenta de la postura del sistema legal mexicano respecto a las *anti-suit injunctions*.

²² *Ibidem*, Art. 385.

²³ Código de Comercio, 1889, México, Arts. 1425 y 1433.

²⁴ *Ibidem*, Art. 1478.

²⁵ *Ibidem*, Art. 1433.

B. Solicitudes a los tribunales judiciales

La doctrina y los pocos criterios de tribunales mexicanos relativos a las *anti-suit injunctions* son unánimes en señalar que dichas medidas cautelares son improcedentes bajo derecho mexicano.²⁶

Francisco González de Cossío considera que estas medidas no pueden concederse en México ya que no existen dentro del derecho mexicano y el derecho arbitral mexicano no las permite.²⁷

Existen pocos criterios de tribunales mexicanos referentes a las *anti-suit injunctions*. El más relevante para la materia arbitral es el emitido por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el recurso de revisión 4/2021.²⁸

En ese caso, una empresa productiva del estado adjudicó un contrato de transporte de gas natural por gasoducto a una empresa transportista. Conforme al contrato, la empresa productiva del estado debía realizar el pago de un cargo fijo por capacidad, a pesar de que la infraestructura de transporte no estaba terminada y no recibía el servicio. La empresa productiva del estado promovió ante un tribunal nacional una solicitud de medidas cautelares previas a un arbitraje bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA por sus siglas en inglés), conforme al procedimiento previsto en el Código de Comercio. En su solicitud, la empresa productiva del estado pidió medidas cautelares consistentes en que la

²⁶ Marco Tulio Venegas Cruz, *Arbitration Procedures and Practice in Mexico: Overview*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-381-2898?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a892612](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-381-2898?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a892612)

²⁷ Francisco González de Cossío, 'Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje', p. 16
<http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias%20como%20Garantia%20U%20Chile.pdf>

²⁸ Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 8 de julio de 2021 dictada en el amparo indirecto en revisión 4/2021, https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3844/38440000276032920003003.pdf_1&sec=Luis_Carlos_Mu%C3%B1oz_Guti%C3%A9rrez&svp=1

transportista: (i) se abstenga de realizar cualquier acción para el cobro del cargo fijo por capacidad; (ii) se abstenga de realizar cualquier acción para revocar las cartas de crédito que otorgó a la empresa productiva del estado bajo el contrato; (iii) continúe con el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato; y (iv) se abstenga de realizar cualquier acto tendiente a terminar, anular o rescindir el contrato.

Al admitir la solicitud, el Juez del conocimiento concedió las medidas cautelares y solicitó una garantía a actualizarse mensualmente por un monto equivalente al cargo fijo por capacidad. Seguido el trámite del procedimiento conforme al Código de Comercio, el Juez del conocimiento confirmó las medidas cautelares solicitadas en los siguientes términos: (i) que la transportista se abstenga de realizar cualquier acción para el cobro del cargo fijo por capacidad, aclarando que puede hacer valer sus reclamos ante el tribunal arbitral; (ii) se abstenga de realizar cualquier acción para revocar las cartas de crédito que otorgó a la empresa productiva del estado bajo el contrato; (iii) continúe con el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato que no se relacionen con las medidas y que la empresa productiva del estado cumpla con las que correspondan bajo el contrato en reciprocidad a las que cumpla la transportista; y (iv) se abstenga de realizar cualquier acto tendiente a terminar, anular o rescindir el contrato de forma unilateral, sin que implique que no pueda acudir a un tribunal estatal o arbitral.

En contra de la resolución antes mencionada, ambas partes promovieron juicio de amparo indirecto. En la sentencia de amparo se concedió el amparo a la transportista para determinados efectos. En contra de la sentencia de amparo ambas partes promovieron recurso de revisión. Al resolver el recurso de revisión promovido por la transportista, el Tribunal Colegiado determinó revocar la sentencia de amparo conforme al principio de mayor beneficio. El Tribunal analizó el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, del que derivó que únicamente se permiten medidas que *“tienden a la protección y aseguramiento de bienes litigiosos, algunas veces a*

la conservación de la materia del litigio y en otras, es posible proveer una tutela anticipada (compensación)".²⁹ De las disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, derivó que no regulan medidas que puedan tener por objeto la modificación de la situación de hecho. En su sentencia, el Tribunal Colegiado consideró que todas las medidas cautelares solicitadas son improcedentes:

- Respecto de la medida consistente en abstenerse de realizar cualquier acto de cobro del cargo fijo por capacidad, el Tribunal consideró que dicha medida es innovativa, es decir, constitutiva de derechos.
- Respecto de las medidas consistentes en abstenerse de realizar cualquier acto tendiente a la terminación, nulidad o rescisión del contrato y de abstenerse de realizar acciones tendientes a revocar las cartas de crédito, el Tribunal consideró que son constitutivas de la obligación de la transportista de no ejercer las acciones relativas, lo que viola el artículo 17 constitucional.

El Tribunal razonó que cualquier medida cautelar que impida que una persona ejerza una acción o acuda a los tribunales a ejercerla no es de carácter conservativo, sino constitutiva e impedirá el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

De dicha sentencia derivó el criterio aislado (no vinculante) consistente en que *"es improcedente decretar medidas cautelares que tengan por objeto inhibir o impedir que una persona ejerza ante los tribunales las acciones correspondientes, pues ello implica vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción"*.³⁰

En el caso antes reseñado el Tribunal Colegiado analizó las medidas cautelares solicitadas por la empresa productiva del estado y consideró que tienen por objeto inhibir el ejercicio de una acción. Sin embargo, el Tribunal no realizó ninguna

²⁹ *Íbidem*. pp. 38 – 39.

³⁰ Tesis I.15o.C.3 C (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2022, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024663>

consideración respecto a las medidas cautelares en los términos que fueron concedidas por el Juez natural en las que precisó que las medidas no impedían al destinatario el ejercicio de acciones ante tribunales estatales o arbitrales. Más allá de este yerro del Tribunal Colegiado, lo relevante es el criterio tajante asumido: las *anti-suit injunctions* son improcedentes, por ser contrarias al derecho de acceso a la justicia.

En otro caso, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se pronunció sobre la suspensión de una medida cautelar consistente en la suspensión de un procedimiento judicial.³¹ En ese caso, las partes celebraron un contrato de promesa de cesión de derechos fideicomisarios. Bajo dicho contrato preparatorio, el promitente cesionario suscribió un pagaré en favor del promitente cedente. Los bienes objeto del fideicomiso se incendiaron. Ante ello, el promitente cesionario demandó en la vía mercantil al promitente cedente la nulidad absoluta del contrato de promesa y, en consecuencia, la declaración de ineficacia e inexigibilidad del pagaré suscrito en favor del promitente cesionario.

Dentro del juicio mercantil, tramitado ante un Juez local de la Ciudad de México, el promitente cesionario obtuvo como medida cautelar la suspensión de cobro del pagaré. En contra de dicha resolución, el demandado promovió apelación. La Sala de segunda instancia confirmó la medida cautelar. En contra de la sentencia de segunda instancia, el demandado promovió juicio de amparo indirecto, en el que solicitó la suspensión de la medida cautelar. En el incidente de suspensión el Juez de amparo negó la suspensión provisional y posteriormente la definitiva de la medida cautelar, sin expresar razones de fondo.

El demandado promovió recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado, del que derivó la sentencia en análisis. En su sentencia, el Tribunal determinó conceder la

³¹ Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 3 de mayo de 2018 dictada en el amparo en revisión 97/2018, https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=89/00890000225970120004003.doc_1&sec=Reyna_Mar%C3%ADa_Rojas_L%C3%B3pez&svp=1

suspensión contra la medida cautelar con efectos restitutorios, al considerar que restringe el derecho de acceso a la justicia al impedirle acudir ante un tribunal a reclamar los derechos derivados del pagaré, el cual es de orden público e interés social. Además, el Tribunal consideró que la medida cautelar implicaría prejuzgar sobre la naturaleza del pagaré, cuestión que competiría al juez que conozca del juicio para su cobro. Finalmente, el Tribunal señaló que la medida cautelar es constitutiva de derechos en favor del promitente cesionario. De dicho asunto derivó una tesis aislada (no vinculante) que contiene las consideraciones antes reseñadas.³²

En suma, la postura de la doctrina y algunos tribunales mexicanos en torno a las *anti-suit injunctions* parece ser que están prohibidas, sin embargo, no existen a la fecha criterios en donde se analice una *anti-suit injunction* con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un acuerdo arbitral. Es decir, no se ha abordado el estudio de estas medidas dentro del contexto de un arbitraje como mecanismo para asegurar el cumplimiento del acuerdo arbitral, por lo que no necesariamente los criterios reseñados aplican a todos los casos de *anti-suit injunctions*.

C. Solicitudes a los tribunales arbitrales

En México existe una competencia dual –de tribunales nacionales y del tribunal arbitral– para el dictado de medidas cautelares en apoyo a un arbitraje internacional con sede mexicana. Cabe destacar que el derecho mexicano no tiene un catálogo de medidas cautelares que puedan dictarse dentro del arbitraje. Sin embargo, las reglas del CAM –al igual que las de otros importantes centros comentados en la sección II.b de este artículo– contempla que los árbitros tendrán amplias facultades para emitir medidas precautorias.³³ En esta última sección de

³² Tesis I.12o.C.53 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2018, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017628>

³³ V. Ej. el Art. 30 Bis del Reglamento de Arbitraje del CAM que dispone "(...) 6. El árbitro de urgencia tendrá la facultad para ordenar cualquier providencia precautoria provisional que considere necesaria, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de cualquier derecho, ya sea

nuestro artículo comentaremos la posibilidad de que una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral con sede en México sea ejecutable ante los tribunales nacionales mexicanos.

Conforme al Código de Comercio, las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales deben reconocerse y ejecutarse en México.³⁴ Dicho reconocimiento y ejecución pueden negarse en los mismos casos en que es posible negar el reconocimiento y ejecución de un laudo. Entre estos casos, se encuentra el que dicha medida sea contraria al orden público mexicano.³⁵

Entonces, el parámetro para determinar si una *anti-suit injunction* puede o debe reconocerse en México es el propio orden público mexicano. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que únicamente se viola el orden público cuando “*se atenta directamente contra los principios o instituciones jurídicas fundamentales.*”³⁶ Asimismo, los tribunales mexicanos han reconocido que, al acordar la solución de controversias mediante arbitraje dicha controversia se “*sustra[e] del ámbito jurisdiccional estatal*” por lo que “*las partes no pueden desconocer la cláusula que contenga el acuerdo de arbitraje*”.³⁷ Bajo estos parámetros, cualquier medida tendiente al efectivo cumplimiento de un acuerdo arbitral pareciera no ser contraria al orden público mexicano, sino que, por el contrario, es una medida tendiente al cumplimiento del acuerdo arbitral.

Ahora bien, bajo las leyes arbitrales mexicanas, el Juez estatal a quien se someta una controversia sujeta a arbitraje debe — *de forma imperativa* —³⁸ remitir a las partes

mediante un Laudo o una orden procesal. Dicha resolución deberá ser motivada y dictarse tan pronto sea posible. Constituido el Tribunal Arbitral y recibido el expediente por éste, cesará la actuación del árbitro de urgencia (...)”

³⁴ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1479.

³⁵ *Ibidem*, Art. 1480.

³⁶ Tesis 1a. XXXVIII/2017 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014011>

³⁷ Tesis I.3o.C.400 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2019, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021192>

³⁸ En el mismo sentido, Francisco González de Cossío, ‘Ejecución del Acuerdo Arbitral: Aún un Prisma Opaco’, p. 2, <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Remision%20al%20Arbitraje.pdf>

al arbitraje.³⁹ Esto no es gratuito, refleja la importancia que otorga el derecho mexicano al acuerdo arbitral y su efectividad. La remisión al arbitraje tiene por efecto que el juez que conoce del asunto lo remita al tribunal arbitral, suspenda las actuaciones y, una vez que se dicte el laudo arbitral, dar por terminado el juicio.⁴⁰ La remisión al arbitraje suele ser el remedio utilizado por los litigantes ante la violación de un acuerdo arbitral. Típicamente, también se hace valer a través de excepciones procesales, pues, claramente, en un juicio iniciado en violación de un acuerdo arbitral no se surten los presupuestos del proceso de competencia y vía. Cualquiera que sea la forma en que se haga valer – remisión al arbitraje, excepción de incompetencia o excepción de improcedencia de la vía – lo que es cierto es que el sistema jurídico mexicano prevé formas para tutelar la efectividad del acuerdo arbitral. Sin embargo, todas dichas formas se plantean de forma reactiva ante el tribunal estatal que conoce de un asunto sujeto a arbitraje. Es decir, se otorga solamente al tribunal nacional la facultad de hacer efectiva la cláusula arbitral.

En esa medida, la diferencia entre los mecanismos antes enunciados y una *anti-suit injunction* como mecanismos para tutelar la efectividad de la cláusula arbitral es la actitud del solicitante: para los primeros, es reactiva, en vía de excepción; para las segundas, es activa, en vía de acción cautelar.

Hasta ahora podemos derivar las siguientes conclusiones. Las leyes mexicanas prevén ciertos mecanismos – naturales a un sistema de derecho civil – para la efectividad del acuerdo arbitral. El orden público mexicano únicamente se puede ver violado cuando se atenta contra los principios e instituciones jurídicas fundamentales. Habiendo sentado las anteriores bases, toca analizar si una *anti-suit injunction* con la finalidad de hacer efectiva una cláusula arbitral es contraria al orden público mexicano. Si bien no hay jurisprudencia al respecto, es probable que

³⁹ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1424

⁴⁰ *Ibidem*, Art. 1464.

un tribunal mexicano no rechace la ejecución de un laudo concediendo una *anti-suit injunction* por las siguientes razones:

- No existe una disposición que expresamente prohíba el otorgamiento de *anti-suit injunctions*. En este punto, los criterios de los tribunales colegiados reseñados en la sección III. b de este artículo determinan que las medidas analizadas son contrarias a la prohibición de medidas constitutivas porque constituyen la obligación del destinatario de no demandar. Dicho criterio probablemente no es aplicable a las *anti-suit injunctions* para obligar el cumplimiento de una cláusula arbitral, toda vez que las *anti-suit injunctions* son claramente medidas conservativas de una situación de hecho actual conservar la efectividad de la cláusula arbitral.
- Los criterios emitidos al respecto por los tribunales nacionales no prohíben el otorgamiento de *anti-suit injunctions* para garantizar la ejecución de un acuerdo arbitral, sino que, simplemente pretenden evitar el ejercicio de acciones derivadas de una misma relación jurídica.
- En el criterio asumido por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil⁴¹ se analizaron las normas procesales aplicables al procedimiento de las que desprendió que la medida cautelar no está regulada por dichas normas, incluyendo el reglamento arbitral aplicable. De esto se sigue que, de estar prevista expresamente en las reglas arbitrales, el Tribunal posiblemente hubiera sostenido la validez de la medida. Luego, si el sólo hecho de que estuviera prevista en el reglamento arbitral hubiera variado el sentido de dicho criterio, entonces no se trata de una cuestión de orden público, pues no podría admitirse que las partes pudieran pactar en contrario a una figura de orden público.

⁴¹ Tesis I.15o.C.3 C (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2022, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024663>

- La finalidad de las *anti-suit injunctions* y de sus efectos -no iniciar un juicio o detener uno ya iniciado- son compatibles y similares a las de los mecanismos previstos en derecho nacional.

En consecuencia, el efecto y finalidad de las *anti-suit injunctions* no son contrarias al orden público mexicano, pues existen figuras que pretenden lo mismo.

Por todo lo anterior, consideramos que las *anti-suit injunctions* no necesariamente son contrarias al orden público mexicano y no deben necesariamente ni negarse ni negarse su reconocimiento y ejecución.

IV. Conclusiones

Las *anti-suit injunctions* son una creación de los sistemas de *common law* y son extrañas a los sistemas de derecho civil, aceptadas como un remedio excepcional. Hasta el momento, la doctrina mexicana ha rechazado la posibilidad de obtener *anti-suit injunctions* bajo derecho mexicano en apoyo a tribunales arbitrales internacionales, sin hacer un análisis sobre sus finalidades y efectos. Sin embargo, eso no implica que no haya formas de conseguir las en arbitrajes con sede en México. En ese sentido las *anti-suit injunctions* no parecen necesariamente ser contrarias al orden público mexicano, por lo que, atendiendo a cada caso, pudieran ser otorgadas o reconocidas bajo ley mexicana.

LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN LAS ECONOMÍAS MIEMBRO DE APEC: UNA MIRADA A LOS NUEVOS ACUERDOS

*Samantha Atayde Arellano**

I. Introducción

En años recientes la política de protección de las inversiones, en particular el llamado mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado o arbitraje de inversión, ha sido objeto de debate. Estados que tradicionalmente habían sido exportadores de capital, ahora empiezan a ser demandados en calidad de Estado receptor o huésped de inversión. Ello ha llevado a algunos de estos a replantearse la forma en la que desean proteger a los inversionistas y sus inversiones, ya sea en sus nuevos acuerdos internacionales de inversión, incluidos sus Acuerdos Comerciales Regionales (“ACRs”), o en la renegociación de los existentes.

Tradicionalmente, la región Asia-Pacífico ha sido considerada como una de las regiones más dinámicas del mundo en términos de crecimiento económico y de consumo y, por ende, con un gran potencial como receptor de inversiones extranjeras. Ello se mantiene a pesar de la desaceleración de la economía y de factores disruptivos importantes que, de alguna u otra manera, han cambiado el panorama global, tales como los efectos generados por la pandemia de COVID-19 y sus efectos en la llamada postpandemia, la guerra entre Rusia y Ucrania, la fragmentación geoeconómica, entre otros. Se estima que para 2024, el PIB de la región Asia-Pacífico crecerá alrededor del 4.5%.¹

* Socia de la práctica de Comercio Internacional y Arbitraje de la firma RRH Consultores en Ciudad de México. Fue Abogada en Jefe para las negociaciones del TMEC y del CPIPP y Abogada General del Gobierno de México en numerosos arbitrajes de inversión. Ha sido designada como panelista en diversas controversias ante la Organización Mundial del Comercio.

¹ V. World Bank East Asia and the Pacific Economic Update October 2023,

El presente artículo se centra en los enfoques recientes en materia de protección a las inversiones en términos del acceso para los inversionistas extranjeros y sus inversiones² al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, adoptados en cinco mega acuerdos en los que participan economías miembro del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (“APEC”, por sus siglas en inglés); el Área de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda (“AANZFTA”, por sus siglas en inglés);³ el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (“TIPAT”);⁴ el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (“TMEC”); Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (“Protocolo AP”);⁵ y el Acuerdo Económico Regional de Asociación Integral (“RCEP”, por sus siglas en inglés).⁶

No pasará desapercibido al lector, que varias economías participan en más de uno de estos ACRs, en particular, México es parte de tres de ellos.

II. El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico

APEC es una iniciativa que nace en 1989 cuyos miembros fundadores son Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Corea, Estados Unidos, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur y Tailandia. Posteriormente se adhirieron China, Hong Kong (China) y Taipéi Chino (1991); México y Papúa Nueva Guinea (1993); Chile (1994); y Perú, Rusia y Vietnam (1998).⁷

<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/e9a7d669-f854-4de6-8afb-a0a01ae85e21/content>

² Es importante mencionar que el presente Artículo deja fuera las disposiciones específicas de las cláusulas de denegación de beneficios de cada ACR, cuyos supuestos son diferentes a los aquí abordados.

³ Integrado por Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Laos RPD, Malaysia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam, en su calidad de Estados miembro de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN, por sus siglas en inglés), Australia y Nueva Zelanda.

⁴ Integrado por Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Reino Unido (accesión) Singapur y Vietnam.

⁵ Integrado por Chile, Colombia, México y Perú.

⁶ Integrado por los Estados miembro de ASEAN, Australia, China, Corea, Japón, y Nueva Zelanda.

⁷ V. página web de APEC, <https://www.apec.org/>

Su objetivo es apoyar el crecimiento económico sostenible e inclusivo y la prosperidad en la región Asia-Pacífico. Los principales ejes rectores son la liberalización del comercio y la inversión, el fomento a la cooperación económica y técnica, y facilitación de un entorno empresarial favorable.

Los Líderes de APEC se reúnen una vez al año, sin embargo, los miembros de APEC avanzan los proyectos a través de comités y grupos de trabajo, entre los cuales se encuentre el Comité de Comercio e Inversión.

En la agenda de Comercio e Inversión la iniciativa de crear un Área de Libre Comercio del Asia-Pacífico se incluyó en 2004 como propuesta de los representantes del brazo del sector privado de APEC, el *APEC Business Advisory Council* (ABAC).

La importancia de impulsar esta iniciativa se fortaleció en 2020 con la proclamación de los Líderes de APEC de una nueva visión para la región, denominada *APEC Putrajaya Vision 2040*, cuyo objetivo es encaminar el futuro de la región APEC como una “*comunidad Asia - Pacífico abierta, dinámica, resiliente y pacífica para 2040*”.⁸

Dentro del eje económico de comercio e inversión de esta nueva visión se encuentra la integración económica de la región, incluida a través del trabajo sobre el Área de Libre Comercio del Asia-Pacífico.⁹

Dada la participación de las economías miembro de APEC en distintos ACRs, una iniciativa de esta envergadura no partirá de cero y necesariamente deberá tener en cuenta la manera en la que las políticas comerciales y de inversión han evolucionado y los enfoques que cada economía ha perseguido en sus nuevos acuerdos.

⁸ V. Declaración de 2020 de Kuala Lumpur de 20 de noviembre de 2020 en el marco de la 27ª Reunión de Líderes de APEC, <https://www.apec.org/meeting-papers/leaders-declarations>

⁹ V. APEC Putrajaya Vision 2040, <https://www.apec.org/meeting-papers/leaders-declarations/2020>

III. Enfoques en relación con la protección de las inversiones con respecto al arbitraje de inversión

A. AANZFTA

El AANZFTA contiene un capítulo de Inversión¹⁰ que otorga las siguientes protecciones a los inversionistas extranjeros y sus inversiones cubiertas: Trato Nacional, prohibición de requisitos de desempeño, Trato Justo y Equitativo, expropiación, compensación por pérdidas en caso de conflicto armado, contienda civil o estado de emergencia, y libertad de transferencias. Este acuerdo no incluye la obligación de Nación Más Favorecida. Asimismo, el capítulo prevé el recurso al arbitraje de inversión por cualquier violación a las obligaciones sustantivas previamente mencionadas que causen daño o pérdida al inversionista o su inversión cubierta. El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado incluido en este acuerdo prevé una etapa de consultas de 180 días. Posteriormente, el inversionista puede someter a conciliación o a arbitraje su reclamación, cuyo plazo de prescripción es de 3 años a partir de la fecha en la que tuvo conocimiento por primera vez o debió de haber tenido conocimiento por primera vez de la presunta violación.

No obstante, el capítulo debe leerse en conjunto con el artículo de reservas¹¹ y las notas al pie, ello puede limitar en ciertos casos su aplicación. En el caso de las obligaciones de Trato Nacional y prohibición de requisitos de desempeño, el artículo de reservas permite excluir la aplicación de estas obligaciones en algunos casos en tanto las Partes concluyen el desarrollo de sus listas de reservas específicas para el capítulo. En el caso de la obligación de Trato Justo y Equitativo,

¹⁰ *Cap. 11 del AANZFTA.*

¹¹ *Art. 12 del AANZFTA.*

se incluye una nota para Indonesia estableciendo que únicamente denegación de justicia y falta de protección y seguridad plenas son aplicables.¹²

B. TIPAT

El TIPAT contiene un capítulo de Inversión¹³ con protecciones a los inversionistas extranjeros y sus inversiones cubiertas en materia de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato, trato en caso de conflicto armado o contienda civil, expropiación, libertad de transferencias, y prohibición de requisitos de desempeño. El inversionista extranjero cuenta con el recurso al arbitraje de inversión por violaciones a cualquier de estas obligaciones sustantivas.

Conforme a este tratado, se prevé una etapa consultiva y de negociación de 6 meses. En caso de que la controversia no haya sido resuelta, el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje, teniendo un plazo máximo para hacerlo de 3 años 6 meses desde la fecha que tuvo conocimiento por primera vez, o debido tenerlo, de la presunta violación.

En términos de acceso al mecanismo resalta el hecho de que algunas de las Partes de este tratado suscribieron cartas paralelas ya sea (i) para excluir completamente la aplicación del mismo entre ellas o, (ii) establecer que el acceso a dicho mecanismo está sujeto a que la Parte demandada consienta que la controversia sea sometida a arbitraje. Si ello no ocurre, las Partes signatarias de la carta paralela en cuestión pueden entablar consultas. Economías que suscribieron cartas paralelas son: Australia-Reino Unido, Nueva Zelanda-Australia, Nueva Zelanda-Brunei Darussalam, Nueva Zelanda-Chile, Nueva Zelanda-Malasia, Nueva Zelanda-Perú y Nueva Zelanda-Vietnam. Por otra parte, el Tratado también se prevé una limitación en relación con las medidas de control de tabaco. En este caso, una Parte podrá optar por denegar el acceso a este mecanismo con respecto a las

¹² *Art. 6 y nota al pie 6 del AANZFTA.*

¹³ *Cap. 9 del TIPAT.*

reclamaciones en contra de una medida de control del tabaco. Esta elección puede hacerse *a priori* o durante el procedimiento, en cuyo caso la reclamación deberá ser rechazada.¹⁴

C. TMEC

El capítulo de Inversión¹⁵ del TMEC otorga protecciones a los inversionistas extranjeros y sus inversiones cubiertas en materia de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato, trato en caso de conflicto armado o contienda civil, expropiación, libertad de transferencias, y prohibición de requisitos de desempeño. El inversionista extranjero cuenta con el recurso al arbitraje de inversión por violaciones a cualquier de estas obligaciones sustantivas. Este tratado, se prevé una etapa consultiva y de negociación. En caso de que la controversia no haya sido resuelta, el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje, teniendo un plazo máximo para hacerlo de 3 o 4 años, según el tipo de mecanismo, a partir de la fecha que tuvo conocimiento por primera vez, o debido tenerlo, de la presunta violación.

En relación con el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, dicho mecanismo no es aplicable a Canadá. Ahora bien, entre Estados Unidos y México, el TMEC distingue entre inversionistas que cuentan con un contrato de gobierno cubierto o que participe en actividades de un sector cubierto e inversionistas que no lo tienen. De esta manera, el Tratado establece dos tipos de mecanismos sujeto a diferentes requisitos y tipos de reclamaciones. El primer mecanismo¹⁶ tiene un ámbito de aplicación limitado otorgando acceso a inversionistas que no cuentan con un contrato de gobierno cubierto en un sector cubierto. Estos inversionistas sólo pueden reclamar violaciones por Trato Nacional, Nación Más Favorecida o expropiación directa y, ello, sujeto a que hayan recurrido

¹⁴ Art. 29.5 del TIPAT.

¹⁵ Cap. 14 del TMEC.

¹⁶ Anexo 14-D del TMEC.

primero a los tribunales judiciales o administrativos de la Parte demandada. El segundo mecanismo¹⁷ un inversionista puede someter una reclamación a arbitraje por violaciones a cualquiera de las obligaciones sustantivas del TMEC sujeto a que sea éste o su inversión sean parte de un “contrato de gobierno cubierto”¹⁸ o estén involucradas en actividades del mismo “sector cubierto” y sean parte de un “contrato de gobierno cubierto”.¹⁹ Conforme a este mecanismo no hay requisito de haber recurrido previamente a los tribunales judiciales o administrativos de la Parte demandada.

D. Protocolo AP

El Protocolo AP contiene un capítulo de Inversión²⁰ que otorga protecciones a los inversionistas extranjeros y sus inversiones cubiertas en materia de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato, trato en caso de conflicto armado o contienda civil, expropiación, libertad de transferencias, y prohibición de requisitos de desempeño.

El inversionista extranjero cuenta con el recurso al arbitraje de inversión por violaciones a cualquier de estas obligaciones sustantivas. Conforme a este tratado, se prevé una etapa de consultas y negociación de 6 meses. En caso de que la controversia no haya sido resuelta, el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje, teniendo un plazo máximo para hacerlo de 3 a partir de la fecha que tuvo conocimiento por primera vez, o debido tenerlo, de la presunta violación. El

¹⁷ Anexo 14-E del TMEC.

¹⁸ TMEC, Anexo 14-E dispone: “‘contrato de gobierno cubierto’ significa un acuerdo por escrito entre una autoridad nacional de una Parte del Anexo y una inversión cubierta o un inversionista de la otra Parte del Anexo, en la cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta distinta al acuerdo por escrito como tal, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista en un sector cubierto.”

¹⁹ Anexo 14-E, párrafo 6(b) del TMEC. Los sectores cubiertos comprenden (i) actividades con respecto a petróleo y gas natural; (ii) suministro de servicios de generación de energía al público; (iii) suministro de servicios de telecomunicación al público; (iv) suministro de servicios de transporte; y (v) la propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales.

²⁰ Cap. 10 del Protocolo PA.

Protocolo AP no establece exclusiones o restricciones de acceso al arribaje de inversión del tipo de las mencionadas anteriormente.

E. RCEP

El RCEP contiene un capítulo de inversión²¹ que otorga las siguientes protecciones a los inversionistas extranjeros y sus inversiones cubiertas: Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, prohibición de requisitos de desempeño, expropiación, compensación por pérdidas en caso de conflicto armado, contienda civil o estado de emergencia, y libertad de transferencias.

No obstante, el capítulo no incluye un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. El capítulo dispone que las Partes “*sin perjuicio de sus respectivas posiciones*” entrarán en discusiones sobre (i) la resolución de controversias entre un inversionista y una Parte y (2) la aplicación de las disposiciones de expropiación a las medidas tributarias, a los 2 años a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, y que esas discusiones deberán finalizar dentro de los 3 años a partir de que hayan iniciado.²²

Ante la ausencia de un mecanismo específico para resolver disputas de inversión, el inversionista pudiera evaluar la aplicación de un acuerdo internacional de inversión que resultara aplicable. En el RCEP, las Partes no excluyeron la posibilidad de recurrir al mecanismo de solución de controversias entre Estados²³ como vía para reclamar una violación a las disposiciones del capítulo de inversión.

Sin embargo, la naturaleza y operación de este mecanismo es distinta. Por mencionar algunas diferencias relevantes, en primer lugar, no habría una participación directa del inversionista, éste tendría que recurrir a su Estado y solicitarle que inicie un reclamo contra el Estado receptor de la inversión. La

²¹ *Cap.* 10 del RCEP.

²² *Art.* 10.18 del RCEP.

²³ Este mecanismo se establece en el *Cap.* 19 del RCEP. Cabe señalar que esta posibilidad también existe en el resto de los ACRs examinados en el presente Artículo.

decisión de un Estado de iniciar una disputa tampoco es automática, generalmente un Estado valora un cúmulo de circunstancias, incluidas las de índole político, antes de iniciar una controversia contra un socio comercial. De iniciarla, la etapa consultiva no contempla la participación de los privados y las consultas son confidenciales. En la etapa contenciosa, el RCEP tampoco contempla la participación de privados, a diferencia de otros ACRs que permiten dicha participación en calidad de “*entidades no gubernamentales*” y sujeto a ciertas reglas.

Asimismo, en el RCEP los escritos y argumentos orales presentados por las Partes también son confidenciales. Esto último sin perjuicio de que cada Parte contendiente decida hacer públicos sus escritos de manera unilateral. Finalmente, el informe de un panel en este tipo de procedimientos no conlleva el otorgamiento de daños pecuniarios e intereses o restitución de la propiedad. En el RCEP un informe de un panel contiene constataciones sobre si la medida reclamada es incompatible con las obligaciones de Acuerdo o si la Parte demandada no ha cumplido sus obligaciones. Para cumplir, la Parte demandada debe poner su medida de conformidad con las obligaciones del Acuerdo.

Por otra parte, el RCEP también contiene una disposición no vinculante sobre facilitación de las inversiones que exhorta a las Partes a proporcionar asistencia a los inversionistas y sus inversiones cubiertas para resolver de manera amistosa conflictos que surjan con las agencias gubernamentales involucradas.²⁴

IV. Conclusiones

De los ACRs analizados se puede ver que las economías participantes en dichos acuerdos continúan contrayendo obligaciones sustantivas de protección a la inversión, sin embargo cuatro de estos acuerdos establecen limitaciones de acceso al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

²⁴ Art. 10.17 del RCEP.

Estas restricciones son de distintos tipos. En el AANZFTA estas restricciones obedecen a situaciones particulares, en el CPTPP adoptan la forma de acuerdos bilaterales entre algunas de las Partes para excluir la aplicación del mecanismo entre ellas o sujetarlo al consentimiento de la Parte demandada, en el TMEC se establecen distinciones entre inversionistas y tipos de inversión y en el RCEP ni siquiera hay un mecanismo pactado sino únicamente el compromiso de discutirlo en cierto tiempo.

La siguiente tabla ilustra la participación de estas economías como receptoras de inversión extranjera directa y en arbitrajes de inversión.²⁵

Economía	IED (millones de dólares)	Casos como Estado demandado en ISDS	Casos como Estado de origen del demandante en ISDS
Australia	61,629.48	2	9
Brunei Darussalam	-292.42	NA	NA
Canadá	52,633.20	32	65
Chile	19,786.00	7	9
Estados Unidos	285,057.00	23	214
Filipinas	9,199.94	7	0
Indonesia	21,968.17	7	0
Japón	32,508.81	1	6
Malasia	16,939.60	3	8
México	35,291.62	41	5
Nueva Zelanda	7,538.76	NA	NA
Perú	11,655.58	33	5
República de Corea	17,996.00	10	7
República Popular de China	189,132.41	9	17

²⁵ V. <https://unctadstat.unctad.org/CountryProfile/GeneralProfile/en-GB/004/index.html> y <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

Singapur	141,210.97	0	9
Tailandia	10,033.66	2	0
Vietnam	17,900.00	11	0

El panorama es complejo y se puede decir que está en evolución. Todavía es pronto para definir si estas economías mantendrán el mismo enfoque en sus nuevos acuerdos o en las renegociaciones de los acuerdos existentes, o si será un enfoque “a la carta”, o bien si ello obedeció a las circunstancias particulares y al momento en que se dio la negociación de cada uno de estos ACRs.

Si lo circunscribimos al entorno APEC, en la última reunión de Líderes de APEC celebrada en noviembre de 2023, dichas economías refrendaron su compromiso para ofrecer un ambiente libre, abierto, justo, no discriminatorio, transparente, inclusivo y predecible para el comercio y la inversión.²⁶

²⁶ 2023 APEC Leader's Golden Gate Declaration, <https://apec.sitefinity.cloud/meeting-papers/leaders-declarations/2023/2023-leaders-declaration>

57 AÑOS DE INFLUENCIA POLÍTICA SOBRE LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Galo Márquez Ruiz*

Históricamente, el derecho a la representación legal ha estado ampliamente documentado en el ámbito del derecho internacional humanitario.¹ A partir de ahí, sus principios se han fragmentado en un amplio abanico de campos jurídicos en el espectro más extenso del derecho internacional público.² Sin embargo, la mayor parte del trabajo académico y doctrina desarrollado en este ámbito se refiere al derecho a la representación legal en asuntos relacionados con refugiados, indígenas y grupos minoritarios.³

Este artículo aborda un área académica relativamente inexplorada, en relación con el estatus de la representación legal en el arbitraje, y los deberes del abogado respecto a la retirada de un caso, analizando cómo han cambiado estas prácticas desde la conclusión del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “**Convenio del CIADI**”) en 1966.⁴

* Asociado en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C y Coordinador General del Foro de Jóvenes en Arbitraje en CAM-CANACO

¹ Marasinghe Charika, ‘The right to legal assistance in international law, with special reference to the ICCPR, the ECHR, and the ACHR’. *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 5, Ko Swan Sik *et. al.*, Eds., 1997, p. 15.

² *Ibidem*, p. 18.

³ Lintz Howard, ‘A basic human right: Meaningful access to legal representation’, *The Human Rights Policy Seminar University of North Carolina School of Law*, 2015, p. 48.

⁴ “El Convenio del CIADI es un tratado ratificado por 158 Estados contratantes. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966, 30 días después de su ratificación por los 20 primeros Estados”. El Convenio del CIADI puede consultarse en la siguiente página:

<https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention>

Así, en este artículo se revisan los 26 laudos arbitrales o decisiones procesales⁵ en los que el tribunal arbitral abordó su capacidad para excluir al representante de una parte, sus facultades para dirigir el procedimiento ante la retirada del abogado y si para ello aplicó el derecho nacional, las directrices administrativas locales o el derecho internacional. A continuación, el artículo se estructura en cuatro partes principales. La sección [I] discute la regulación ética actual sobre la conducta de los abogados. La sección [II] sostiene que la conducta procesal de los asesores jurídicos no se ha visto modificada por la geopolítica general, sino que sigue la conducta que los Estados han adoptado a nivel macroeconómico, preocupándose poco por la situación democrática, corrupta o de derechos humanos de sus clientes. La sección [III] evalúa, mediante el análisis de datos, la tendencia actual de los tribunales arbitrales a la hora de abordar cuestiones relacionadas con el asesoramiento jurídico, mientras que la sección [IV] concluye finalmente que, en los últimos años, la actividad procesal de los asesores jurídicos se ha visto influida por el auge de los principios morales geopolíticos.

Este artículo presenta tres ventajas. En primer lugar, (i) lleva a cabo la primera evaluación mediante redes neuronales de las decisiones relacionadas con el arbitraje en esta materia. En segundo lugar, (ii) identifica la laguna legal en el análisis de los tribunales de arbitraje de inversiones a la hora de abordar las normas que regulan el asesoramiento jurídico. En tercer y último lugar, (iii) detecta el aumento de una práctica silenciosa por parte de los profesionales en la que pueden dar marcha atrás en sus obligaciones legales, o enfrentarse potencialmente al escrutinio de las partes interesadas en el ámbito de la solución de controversias inversionista-Estado (“ISDS”).⁶

⁵ Dado que las decisiones relativas al abogado de una parte también pueden considerarse decisiones procesales; V. *Hrvatska Elektroprivreda contra la República de Eslovenia*, Caso CIADI Núm. ARB/05/24, Orden Procesal (06 de mayo de 2009), en el presente ensayo se examinan tanto los laudos como las decisiones arbitrales sin solución de continuidad.

⁶ El término se señala como ISDS por sus siglas en inglés: *investor state dispute settlement*.

I. *La vertebra de las directrices éticas en el arbitraje*

Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y después de diez años de debate,⁷ políticos, economistas y juristas se reunieron en torno a la necesidad de firmar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el "PIDCP"). Los Estados acordaron que, aunque sus convicciones políticas y morales regionales no fueran invariables, existían algunos principios jurídicos que debían reconocerse uniformemente a los civiles.⁸ De hecho, la representación legal fue objeto de debate, como se documenta en los *travaux préparatoires* de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁹ Al respecto, el Art. 14(3)(d) del PIDCP dispone que el acceso a la "representación legal" debe ser accesible por todos.¹⁰ Como señaló la Sra. Bowie, delegada del Reino Unido, la expresión *representación legal* "no significa necesariamente un abogado, sino simplemente asistencia en la tramitación legal de un caso".¹¹

En el arbitraje, sin embargo, las implicaciones del derecho de una parte a ser representada sólo se han desarrollado ligeramente a través del sistema ISDS. Los profesionales del derecho en el sistema ISDS operan a menudo en un vacío no regulado de obligaciones éticas.

⁷ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr/background-international-covenant-civil-and-political-rights-and-optional-protocols#:~:text=The%20ICCPR%20aims%20to%20ensure,Right%20to%20life>

⁸ V. *Ej. los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal de 2013*, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf.

⁹ V., E/CN.4/21; E/CN.4/AC.3/SR.5, p. 5.

¹⁰ El artículo completo dispone lo siguiente: "3. En la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, toda persona tendrá derecho, en condiciones de plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (a) A ser informada, sin demora y detalladamente, en una lengua que comprenda, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; [...] d) A ser juzgada en su presencia y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, de este derecho; y a que se le nombre defensor de oficio, siempre que el interés de la justicia lo exija y, en todo caso, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".

¹¹ E/CN.4/SR.107, p. 6; v. también el Seminario de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos en el derecho penal y procesal penal: UN Doc. ST/TAA/HR/2, p. 16.

Silenciosamente, la geopolítica es la que más ha influido en los aspectos éticos de la representación de una parte. Por ejemplo, como consecuencia de la Carta de los Juicios de Nuremberg, cualquier parte acusada podía “llevar a cabo su propia defensa o contar con la asistencia de un abogado”.¹² Algunos de estos principios pueden extrapolarse al arbitraje internacional, que, en ocasiones, resulta más parecido al Derecho Internacional Público como procedimiento, que a los procedimientos e instancias nacionales. El incumplimiento de uno de estos principios acarrearía graves consecuencias.

Durante el juicio de Rudolf Heiss, el Tribunal de Nuremberg desestimó varias solicitudes de anulación del juicio por falta de capacidad para defenderse, señalando que el Sr. Heiss, “[estaba] hábilmente representado en el juicio por un abogado designado [...] por el Tribunal”.¹³ En particular, el Sr. Heiss estuvo representado por el Dr. Alfred Seidl, un renombrado erudito en derecho penal que, según los historiadores, era partidario de las ideologías nazis.¹⁴ Por supuesto, nunca se tomaron represalias contra los esfuerzos legales del Dr. Seidl para defender a su cliente, ya que habría sido un potencial acoso procesal que podría haber violado el debido proceso durante el juicio.

¹² Slyde, R. *The Nuremberg Principles in Non-western Societies. A Reflection on their Universality, Legitimacy and Application*, the International Nuremberg Principles Academy, 2016, p. 32. (“El principio del derecho a un juicio justo es hoy parte integrante de la justicia penal internacional y de todos los tribunales penales internacionales. El estatuto de la CPI le obliga a llevar a cabo el juicio de los acusados de conformidad con los principios aceptables de los derechos humanos, que son iguales a la dignidad del hombre”).

¹³ Sentencia del 1 de octubre 1946. En el ‘Juicio a los principales criminales de guerra alemanes. Actas del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg’, Alemania, Parte 22, 1946, p. 105.

¹⁴ Richard J. Evans, *Das Dritte Reich und seine Verschwörungstheorien. Wer sie in die Welt gesetzt hat und wem sie nutzen*, DVA, Múnich, 2021, S. 223.



El abogado defensor Dr. Alfred Seidl, segundo abogado de Rudolf Hess.¹⁵

Desde que los Juicios de Nuremberg establecieron múltiples principios relativos a la representación internacional de las partes, la geopolítica ha influido poco en la representación de las partes. De hecho, al realizar una investigación cuantitativa durante los últimos años se determina que la lealtad del abogado durante un arbitraje presta poca atención a la conducta y comportamiento del Estado en el foro internacional. Para examinar esto, el autor llevó a cabo un análisis en el que se revisó veinte cinco jurisdicciones que ejercían más restricciones autoimpuestas en el ejercicio sus poderes gubernamentales, y se comparó los resultados con el número de arbitrajes que cada uno de estos Estados ha afrontado desde la entrada en vigor del Convenio del CIADI en 1966. Como resultado, se puede observar que los países que ejercieron sus poderes gubernamentales con menos arbitrariedad y discrecionalidad, sufrieron la menor cantidad de disputas ISDS. Por ejemplo, Dinamarca, Noruega, Finlandia y Suecia han defendido menos de 3 casos de inversión en las últimas décadas.¹⁶

¹⁵ 'United States Holocaust Memorial Museum', cortesía de National Archives and Records Administration, College Park. 20 de noviembre de 1945 - 01 de octubre de 1946. Nuremberg, [Baviera] Alemania.

¹⁶ Para Dinamarca, *v. Aleksandravicius c. Dinamarca*, Caso CIADI No. ARB/20/30; para Noruega, *V. Arctic Fishing c. Noruega*, Caso CIADI No. ARB/22/31, y *Pildegovics y SIA c. Noruega*, Caso CIADI No. ARB/20/11; para Finlandia, véase *Wang c. Finlandia*, Reglamento de Arbitraje CNUDMI; para Suecia, *V. Huawei c. Suecia*, Caso CIADI No. ARB/22/2.

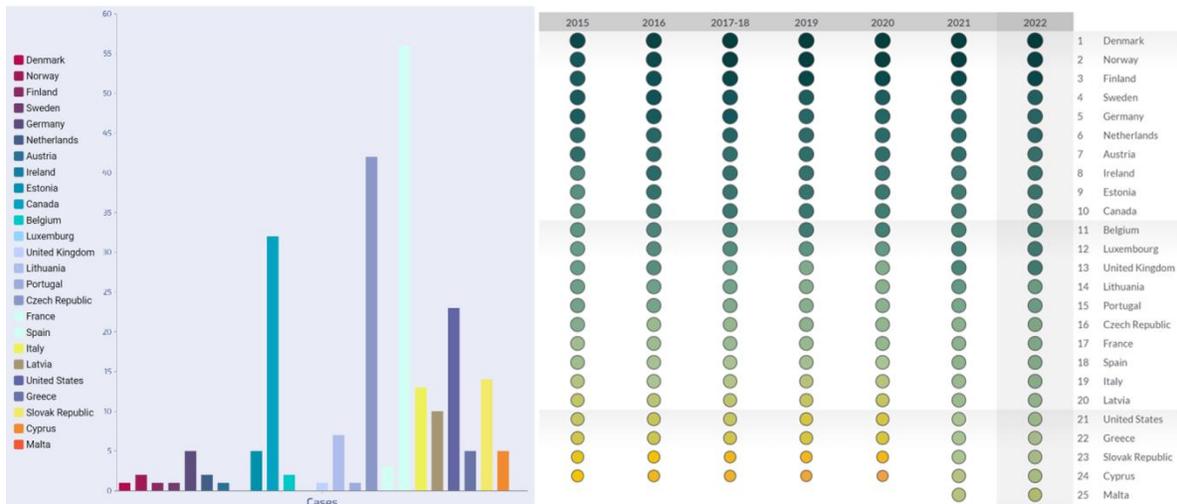


Gráfico 1. Elaborado por el autor. Puntuación de los países según las limitaciones de los poderes públicos (elaborado con datos históricos del World Justice Project)

En el otro lado del campo, aquellos países que se toman la libertad de ejercer cómodamente sus poderes gubernamentales, también son más propensos a recibir amenazas de los inversionistas extranjeros. En este lado del espectro, se pueden identificar países como la República Eslovaca, Letonia, Estados Unidos, Italia y España; todos ellos tienen el reto de participar en al menos diez casos de ISDS desde la incorporación del Convenio del CIADI, y algunos incluso exceden las docenas de casos.¹⁷ Aun así, ninguno de estos países se ha encontrado con complicaciones para contratar, nombrar y designar asesores o expertos durante sus casos en materia de ISDS. Cabe destacar que Estados Unidos puede considerarse una excepción, ya que históricamente ha confiado su representación a su Oficina de Reclamaciones Internacionales y Diferencias Relativas a Inversiones, con muy pocas excepciones.¹⁸ Las conclusiones de la Tabla 1, señalan que la mayoría de estos países han sufrido arbitrajes de inversión como consecuencia de sus decisiones macroeconómicas. La “saga española”, y las enmiendas energéticas de

¹⁷ Para ver un resumen de los casos por jurisdicción, el Centro de Políticas de Inversión de la UNCTAD está disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

¹⁸ Por ejemplo, *v.* la representación de los Estados Unidos de América en *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63.

Italia, han desencadenado algunos de los mayores arbitrajes de inversión hasta la fecha. Ambos Estados fueron demandados en su mayoría en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*) por sus decisiones regulatorias de dar marcha atrás en sus compromisos de incentivar las energías renovables.¹⁹ Incluso cuando la geopolítica presta más atención a las preocupaciones medioambientales, ninguno de estos Estados ha tenido dificultades para obtener una representación legal adecuada y eficiente.

II. *Los cuerda entre la democracia y la lealtad de los representantes legales*

La geopolítica también ha influido en otros mecanismos de resolución de litigios distintos a los ISDS. El arbitraje comercial internacional también se ha visto afectado por la opinión pública, ya que un número creciente de entidades estatales han recurrido a este mecanismo de resolución de disputas.²⁰

Para precisar la problemática y el impacto geopolítico sobre el arbitraje actual, podemos revisar las circunstancias en torno al arbitraje comercial de obras públicas. Al igual que en los sectores de las energías renovables, los asesores jurídicos no han sido reacios a entablar relaciones con entidades estatales, incluso cuando los arbitrajes de obras públicas pueden implicar presuntas actividades corruptas.²¹ Los Estados también pueden sentirse obligados a presionar a las partes privadas

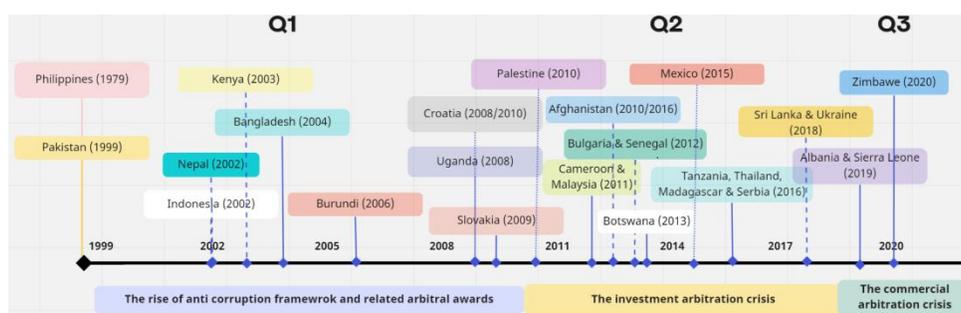
¹⁹ Para una descripción de las políticas de energías renovables antes de la reforma española, véase *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo Final (04 de mayo de 2017), pp. 21-29.

²⁰ J. Jenkins & E. Forster, *'Bid Challenges: What Role can Arbitration Play in Tender Disputes?'*, Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer, 2021; ("De hecho, la política pública puede ordenar que la transparencia de la toma de decisiones y la rendición de cuentas en relación con el gasto público se garanticen en un proceso público frente a un proceso de arbitraje confidencial. Sin embargo, los licitadores extranjeros pueden mostrarse escépticos sobre la independencia de los organismos nacionales de revisión y preferir un arbitraje internacional con un panel neutral.")

²¹ V., Staff, *'Mexican president hails progress with pipeline firms in contract talks'*. Oil Report, Thomson Reuters, 2019, ("La Comisión Federal de Electricidad (CFE), empresa estatal de suministro eléctrico, ha intentado renegociar los contratos firmados con el gobierno anterior, alegando que las cláusulas eran abusivas.")

debido a la consolidación geopolítica de los tribunales especializados en asuntos anticorrupción.²²

Puede producirse una noción de ineficacia por parte de estos tribunales si los Estados resuelven los litigios con partes privadas y públicas fuera de la mirada y el control social. Al trazar el desarrollo del marco anticorrupción, se observa un auge normativo aproximadamente a partir del año dos mil.²³ Si dividiéramos el desarrollo legislativo mundial, coincide con el crecimiento de los laudos arbitrales con componentes relacionados con la corrupción y con la crisis del arbitraje de inversiones a partir del laudo de *Achmea*.²⁴



Cronología 1. Preparado por el autor. Legislación histórica relacionada con la corrupción desde 1979 hasta 2020 en determinadas jurisdicciones sensibles.

²² También se han mejorado los procedimientos nacionales para prevenir la corrupción mediante la gestión de casos, la reducción de la interacción en persona con funcionarios públicos y la asignación aleatoria de casos; V., 'Good practices in Enforcing Contracts', The World Bank. Subnational Studies, Measuring Business Regulations; V. Gramckow, Heike P., y Valerie Nussenblatt. 'Caseflow Management: Key Principles and the Systems to Support Them', Justice & Development Working Paper 23/2013, Legal Vice Presidency, World Bank, Washington, DC, 2013.

²³ Actualmente existe un interesante debate entre los académicos sobre si una mayor regulación fomenta una mayor corrupción y cómo una mayor regulación contra la corrupción proporciona realmente una mayor transparencia. See, Y. Chong Soh & M. Amin, 'Do more rules lead to more corruption? Evidence using firm-level survey data for developing countries', The World Bank, World Bank Blogs, 2020 ("La teoría económica es algo ambigua y ofrece dos visiones o teorías contrapuestas al respecto. En primer lugar, la teoría de la elección pública postula que la regulación se persigue en beneficio de políticos y burócratas. Los políticos utilizan la regulación tanto para crear rentas como para extraerlas mediante contribuciones a la campaña, votos y sobornos. En algunos casos, el principal beneficiario de la regulación es la industria, mientras que en otros son los políticos y los funcionarios públicos. Según esta teoría, más regulación equivale a más corrupción.")

²⁴ *Achmea B.V. c. República de Eslovaquia*, PCA, Caso CNUDMI No. 2013-12, Núm. 2.

Dado que el caso de *Achmea* se ha convertido en la guillotina del arbitraje de inversión forzándolo a una reforma mundial del sistema ISDS,²⁵ los datos actuales pueden permitir presumir que el activismo geopolítico a través de políticas anticorrupción puede producir efectos similares en el contexto de las disputas comerciales.²⁶ Esto también puede demostrarse revisando la posición geopolítica que han adoptado los abogados de las partes con respecto al “grado” de respeto de un Estado por la democracia.

Pero las recientes denuncias públicas de los asesores legales pueden presumir que un cambio en la representación legal en el arbitraje puede estar en marcha. En 2022, el Sr. Reichler que se desempeñó como uno de los representantes legales de Nicaragua, presentó una carta de renuncia como representante legal al Presidente Ortega, con respecto a sus servicios en disputas internacionales, incluyendo en materia de arbitraje. El Sr. Reichler fue uno de los varios individuos que consolidaron la representación al Estado de Nicaragua en el *Caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* ante la Corte Internacional de

²⁵ Algunos académicos incluso han posicionado que *Achmea* también puede afectar a los Bits extracomunitarios. Vease, N. Lavranos, ‘The impact of the *Achmea* decision,’ Discurso principal del Prof. Lavranos, Secretario General de EFILA. p. 5 (“Más allá de la situación intracomunitaria, la sentencia *Achmea* también podría repercutir en los 1.200 TBI que los Estados miembros han celebrado con terceros países. Son los llamados TBI extra-UE. Después de todo, los tribunales arbitrales establecidos en virtud de estos TBI se encuentran en la misma situación que el tribunal de *Achmea*; es decir, tampoco pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo cuando se cuestiona el Derecho de la UE.”) Para un debate general sobre el impacto de *Achmea*, véase S. Kubsik. ‘Consequences of the *achmea* judgement for intra-EU arbitrations based on the *Energy Charter Treat*’, Lexology, Newsstand (“Podría argumentarse que el Art. 26 del TCE es incompatible con el Derecho de la UE y, como tal, no debería aplicarse a los litigios entre inversores y Estados dentro de la UE. Este argumento podría apoyarse en los principios fundamentales del sistema jurídico de la UE, incluido el principio de primacía y autonomía recogido en los Arts. 267 y 344 del TFUE, que se aplican al Derecho nacional de los Estados miembros de la UE.”)

²⁶ Las naciones han cambiado sus posiciones iniciales respecto a su conformidad con la confidencialidad en el arbitraje; V., S. Blythe ‘*The Advantages of Investor-State Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Bilateral Investment Treaties*’, 47 Int’l L. 273, 2012, p. 281. (“Las naciones anfitrionas prefieren el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a algunos otros tribunales. [...] En comparación con el arbitraje comercial ordinario, el Reglamento no se percibe como una amenaza para la soberanía nacional. [...] Todas las partes aprecian la confidencialidad del arbitraje CNUDMI y sus requisitos jurisdiccionales relativamente estrictos.”); V. también, P. Friedland *et al.*, Nota de libro, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 101 A.J.I.L. 519, 2007, pp. 519-520.

Justicia.²⁷ En su carta, el asesor jurídico relata que el actual Presidente de Nicaragua ha “destruido la democracia”²⁸ y establecido una “nueva dictadura, no tan diferente [...] como la que ayudó a derrocar”.²⁹

Unos meses antes de la retirada de Reichler, una autoridad mundial en arbitraje emitió un comunicado en el que afirmaba que “a la luz de las acciones del Gobierno de la República Popular China durante el pasado año”,³⁰ había decidido dimitir del Comité de Expertos Comerciales Internacionales del Tribunal Comercial Internacional de China. Apelando “al Estado de Derecho y a la protección de los derechos humanos y las libertades civiles fundamentales”, consideraba que la dimisión era obligatoria. Pero los casos de China y Nicaragua no son entes aislados. La renuncia de la representación legal a una parte puede desencadenar una serie de decisiones procesales en las que se ha producido poco desarrollo jurídico en el arbitraje internacional.

III. El alcance de la facultad del árbitro con respecto a los representantes legales

Los amplios poderes procesales de un tribunal arbitral serían difíciles de cuestionar. Por operación de la mayoría de las normas institucionales, los árbitros están facultados para dirigir el proceso como consideren oportuno, con escasas limitaciones. La retirada o renuncia de un abogado con respecto a un proceso obliga al tribunal arbitral, en ciertas ocasiones, a decidir las implicaciones y matices de la renuncia.³¹ Más aún cuando una de las partes alega que no se puede

²⁷ V. carta original, publicado en ‘Confidencial’. Abogado internacional Paul Reichler renuncia al Gobierno de Daniel Ortega del 27 de marzo 2022, <https://confidencial.digital/principal/abogado-internacional-paul-reichler-renuncia-al-gobierno-de-daniel-ortega/>

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Alison Ross, ‘Born Resigns from Expert Committee of Chinese Court’, Global Arbitration Review, 2022, <https://globalarbitrationreview.com/article/born-resigns-expert-committee-of-chinese-court>.

³¹ Resolución del Tribunal relativa a la participación de David Mildon QC en las fases posteriores del procedimiento. *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI Núm.

encontrar una representación idónea, o que la continuación del proceso tras la renuncia puede verse afectada con violaciones del debido proceso. El alcance de las funciones del tribunal es entonces cuestionable. El Artículo 14 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (la *London Court of International Arbitration* "LCIA") establece que "El Tribunal Arbitral gozará de la más amplia discrecionalidad para el cumplimiento de estos deberes generales, sin perjuicio de las disposiciones imperativas de cualquier ley aplicable".³² Los deberes de referencia de esta disposición engloban la necesidad de "[a]doptar procedimientos adecuados a las circunstancias del arbitraje". La LCIA ofrece una de las formulaciones más amplias en lo que respecta al poder de un tribunal. Sin embargo, la mayoría de los reglamentos institucionales y legislaciones nacionales aplican la norma establecida en el Artículo 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"), que prevé que "[e]l tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que estime apropiado".³³

Ninguno de los dos enfoques proporciona orientación suficiente a los tribunales arbitrales. Prevalece una falta de claridad en cuanto a si el *desarrollo* del arbitraje, o las *circunstancias* del mismo, influyen en las consecuencias de la retirada del

ARB/05/24, Orden Procesal (06 de mayo de 2008) p. 10. "Para un sistema internacional como el del CIADI, parece inaceptable que la solución resida en los organismos nacionales individuales que regulan el trabajo de los prestadores de servicios profesionales, porque ello podría conducir a resultados incoherentes o incluso arbitrarios en función de las actitudes de dichos organismos, o del contenido (o falta de contenido relevante) de sus normas. Además, sería perjudicial interrumpir los casos internacionales para determinar la posición adoptada por dichos organismos. Sin embargo, el Convenio y las Reglas del CIADI no otorgan explícitamente a los tribunales la facultad de excluir a los abogados".

³² Reglamento de Arbitraje LCIA, Art. 14.2.

³³ Art. 17(1) dispone lo siguiente: "Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y que, en la fase apropiada del procedimiento, se dé a cada una de ellas una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. El tribunal arbitral, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, dirigirá el procedimiento de forma que se eviten demoras y gastos innecesarios y se proporcione un proceso justo y eficiente para resolver la controversia de las partes".

abogado como representante legal de una parte en un procedimiento arbitral. De hecho, los tribunales arbitrales han tenido que resolver cuestiones como: (i) si el proceso de arbitraje debe detenerse hasta que la parte designe una nueva representación legal; (ii) si la audiencia debe posponerse hasta que el abogado de una de las partes esté disponible, incluso cuando dicha audiencia haya sido pospuesta en múltiples ocasiones;³⁴ (iii) si el abogado debe ser retirado de un caso;³⁵ o incluso, (iv) si el tribunal arbitral debe designar a la representación legal, en ausencia de la decisión de una de las partes.³⁶

Para determinar la falta de regulación sobre estas cuestiones, y la ausencia de uniformidad sobre los criterios jurídicos aplicados por los tribunales arbitrales, este artículo aplicó un método de análisis de datos denominado *redes neuronales de análisis*.³⁷ Este método se utiliza para determinar la relación entre dos conceptos. En este caso, se identificaron 25 decisiones o laudos arbitrales citados por tribunales de inversión, en las que el tribunal debía pronunciarse sobre cuestiones relativas al estado del asesor jurídico de una parte. Una vez identificada esta información, se utilizó un programa informático para rastrear la relación entre estos laudos arbitrales y crear una red neuronal, con un proceso de inteligencia artificial. La red neuronal simula biológicamente la relación entre los laudos

³⁴ Alison Ross, 'Counsel resign ahead of hearing in Iranian gas dispute', Global Arbitration Review (2023), <https://globalarbitrationreview.com/article/counsel-resign-ahead-of-hearing-in-iranian-gas-dispute>

³⁵ Edmond Khudyan and Arin Capital & Investment Corp. c. República de Armenia, Caso CIADI No. ARB/17/36, Decisión sobre la Aplicación de Remoción de Representantes (05 de diciembre de 2018), p. 13. ("The Tribunal does not have the authority to police and sanction compliance with any particular national law or professional ethics code [...] Accordingly, the Tribunal will focus its assessment on the general principles that are indispensable for the fair conduct of the proceedings.")

³⁶ Cosmo Sanderson, 'Russia wins appeal over Dutch representation', Global Arbitration Review (2022), <https://globalarbitrationreview.com/article/russia-wins-appeal-over-dutch-representation>

³⁷ Para una definición de las redes neuronales, v., K. Gurney, 'An introduction to neural networks', UCL Press, 1997, p. 13; ("Una red neuronal es un conjunto interconectado de elementos de procesamiento simples, unidades o nodos, cuya funcionalidad se basa vagamente en la neurona animal. La capacidad de procesamiento de la red se almacena en las intensidades de conexión entre unidades, o pesos, obtenidas mediante un proceso de adaptación o aprendizaje a partir de un conjunto de patrones de entrenamiento.")

arbitrales, donde los “nodos” representan los laudos y sus conectores determinan si un laudo está citando otro laudo (*output.*), o si ese laudo está siendo apoyado por otro laudo (*input.*).

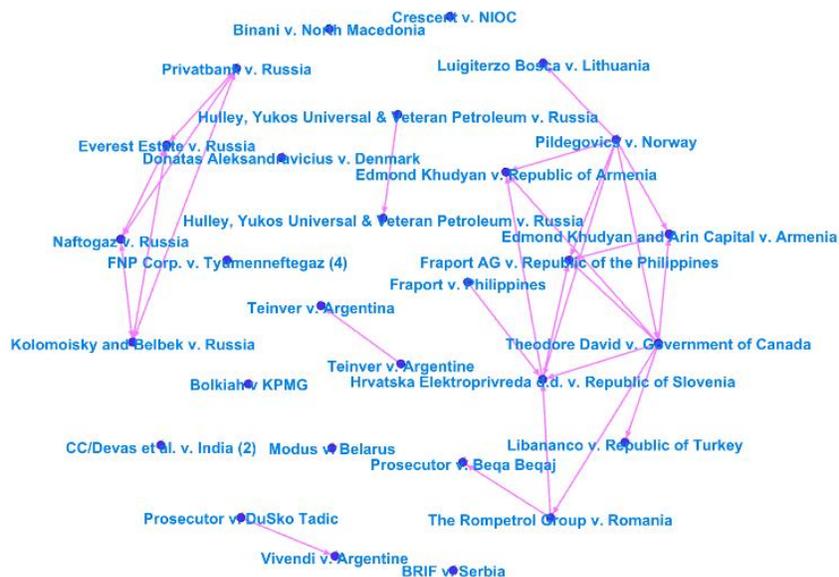


Gráfico 2. Elaborado por el autor. Red neuronal.

De la información obtenida a través de la red neuronal se desprende una relación simbiótica entre los laudos arbitrales. Pero la relación entre ellos es bastante precaria, y los tribunales en arbitrajes de inversión muestran poca confianza en las decisiones tomadas por otros tribunales en ISDS. Sólo los laudos de *Fraport AG c. Filipinas*³⁸ y *Theodore David c. Canadá*³⁹ reflejan un alto volumen de compromiso previo a la decisión judicial tomada por parte de otros tribunales arbitrales. De hecho, el caso *Fraport AG c. Filipinas* fue citado por otras 5 decisiones o laudos en arbitrajes de inversión, lo que demuestra, con mucho, que actualmente constituye la principal decisión sobre los poderes de un tribunal para decidir sobre el estatus del abogado de una parte.

³⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. la República de Filipinas*, Caso CIADI Núm. ARB/03/25, Decisión sobre la Descalificación de Representante (18 de septiembre de 2008).

³⁹ *Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russell John Einarsson c. Canadá*, Caso CIADI Núm. UNCT/20/6, Decisión sobre la Aplicación de la Demandante para Descalificar a Representante (24 de febrero de 2022).

Results:

Modularity: 0.516
Modularity with resolution: 0.516
Number of Communities: 14

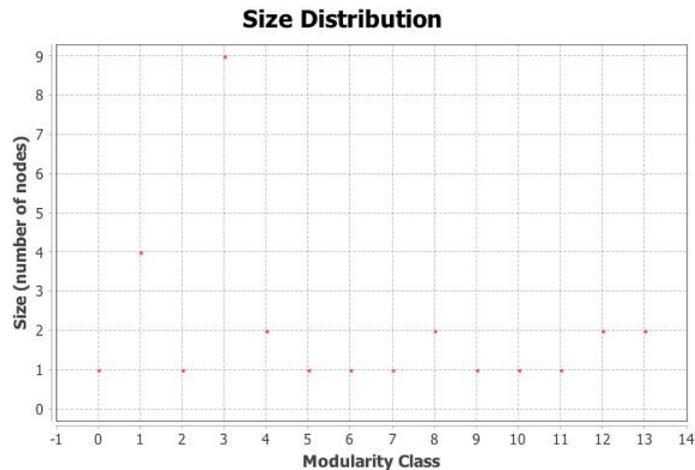


Tabla gráfica. Preparada por el autor.

El análisis de redes neuronales mediante el software *Gephi*, agrupa aquellos nodos (laudos arbitrales) con información similar, distinguiéndolos a través de las redes mostradas en el Gráfico 3 anterior. Esta similitud se denomina “modularidad”, que es un principio de organización de la información relevante en la ciencia de datos. La modularidad permite identificar subredes en la red más general creada a través de los premios de inversión.

La red neuronal produjo 14 modularidades diferentes, lo que constituye una cantidad destacable de modularidades en una red de 25 laudos arbitrales, ya que esto implica que hay 14 redes distintas que no se relacionan con los demás laudos arbitrales. En otras palabras, los laudos relativos a la facultad de un tribunal arbitral para pronunciarse sobre el estatus o las implicaciones de los representantes legales están seriamente fragmentadas, al grado en que en el universo de sólo veinte cinco decisiones, más de la mitad de ellas constituyen redes distintas. Esto se refleja aún más a continuación, donde se muestra el grado de “peso” en la conexión y la fuerza de atracción entre cada laudo arbitral.

Id	Label	Interval	Modularity Class	In-Degree	Out-Degree	Degree	Eccentricity	Closeness Centrality	Harmonic Closeness Centrality	Betweenness Centrality
Crescent v. N...	Crescent v. N...	0	1	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0
Naftogaz v. R...	Naftogaz v. R...	1	4	4	4	8	1.0	1.0	1.0	0.0
Kolomoisky a...	Kolomoisky a...	1	4	4	4	8	1.0	1.0	1.0	0.0
Everest Estate...	Everest Estate...	1	4	4	4	8	1.0	1.0	1.0	0.0
Privatbank v. ...	Privatbank v. ...	1	4	4	4	8	1.0	1.0	1.0	0.0
Donatas Alek...	Donatas Alek...	2	1	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0
Pildegovics v. ...	Pildegovics v. ...	3	1	7	8	3.0	0.692308	0.814815	0.0	0.0
Edmond Khu...	Edmond Khu...	3	3	2	5	1.0	1.0	1.0	0.0	0.0
Luigiterzo Bos...	Luigiterzo Bos...	3	2	1	3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Hrvatska Elek...	Hrvatska Elek...	3	4	2	6	1.0	1.0	1.0	4.0	0.0
Fraport AG v. ...	Fraport AG v. ...	3	4	0	4	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Edmond Khu...	Edmond Khu...	3	3	0	3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Theodore Da...	Theodore Da...	3	2	7	9	2.0	0.875	0.928571	3.0	0.0
Fraport v. Phil...	Fraport v. Phil...	3	0	1	1	2.0	0.6	0.666667	0.0	0.0
Libananco v. ...	Libananco v. ...	3	2	1	3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
The Rompetr...	The Rompetr...	4	2	3	5	2.0	0.666667	0.75	2.0	0.0
Bolkiah v KPMG	Bolkiah v KPMG	5	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
FNP Corp. v. ...	FNP Corp. v. ...	6	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
CC/Devas et ...	CC/Devas et ...	7	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Hulley, Yukos ...	Hulley, Yukos ...	8	0	1	1	1.0	1.0	1.0	0.0	0.0
Hulley, Yukos ...	Hulley, Yukos ...	8	1	0	1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Modus v. Bela...	Modus v. Bela...	9	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Binani v. Nort...	Binani v. Nort...	10	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
BRIF v. Serbia	BRIF v. Serbia	11	1	1	2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Teinver v. Arg...	Teinver v. Arg...	12	0	1	1	1.0	1.0	1.0	0.0	0.0
Teinver v. Arg...	Teinver v. Arg...	12	1	0	1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Vivendi v. Arg...	Vivendi v. Arg...	13	2	1	3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Prosecutor v. ...	Prosecutor v. ...	4	2	1	3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Prosecutor v. ...	Prosecutor v. ...	13	1	2	3	1.0	1.0	1.0	0.0	0.0

Tabla gráfica. Preparada por el autor.

IV. Conclusión

La geopolítica actual ha puesto aún más presión sobre los tribunales arbitrales en materia de inversión. Tras la invasión a gran escala de Rusia sobre Ucrania, se produjo una oleada de dimisiones y retiradas o renuncias por parte de los representantes legales rusos. Desde la Corte Internacional de Justicia hasta los casos tramitados ante el CIADI, los asesores legales han alegado que sus valores éticos y morales les obligan a renunciar a su representación legal en un caso en concreto. Cabe destacar que dos de estos grupos de asesores jurídicos también representaron a España en sus esfuerzos por revocar sus incentivos a la industria de las energías renovables, así como a China en otros foros jurídicos.

Lo anterior pone en cuestión la influencia y gravitación que ejerce la geopolítica, así como si esta podría estar produciendo un cambio no escrito en los principios que rigen las representaciones jurídicas transnacionales en el arbitraje internacional. Esto se traduce en una renombrada aplicación de la geopolítica sobre los abogados de parte que no se veía desde la Segunda Guerra Mundial, y con efectos que seguiremos viendo desplegarse a medida que se dicten nuevos laudos arbitrales.

Si nos preguntamos, ¿qué impacto tendrá el actual clima geopolítico en el futuro del arbitraje internacional? La respuesta no puede limitarse a los Estados, puesto que ya no son el centro sobre el que gira el campo del ISDS, en donde los inversionistas extranjeros, las organizaciones no gubernamentales y los abogados de las partes también figuran en el centro de las preocupaciones normativas.⁴⁰

⁴⁰ La separación del derecho internacional de los Estados ha sido ampliamente reconocida en el sentido de que los actores no estatales pueden ahora convertirse en partes interesadas y contraer derechos y obligaciones. Por ejemplo, *v.*, A. Orford, 'Regional Orders, Geopolitics, and the Future of International Law, *Current Legal Problems*, Vol. 74 (2021), pp. 149-194.

EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS: UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

*Santiago Aguilar Garibay**

*Ana Sofía Vargas Hernández***

I. Introducción: el problema

En una primera aproximación, ejecutar un laudo anulado parece una cuestión impensable. ¿Cómo podríamos ejecutar un acto cuyos efectos han sido destruidos por una corte?

A pesar de esa primera impresión, la ejecución de laudos que han sido anulados en la sede del arbitraje es un tema que ha provocado debate tanto a nivel académico como práctico. Diversas cortes alrededor del mundo se han enfrentado al dilema de si es válido ejecutar un laudo que ha sido anulado.

El dilema proviene de la redacción de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”), y de determinar si la decisión de nulidad debe de tener efectos internacionales.

Existe una discrepancia de opiniones sobre si el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York otorga o no discrecionalidad a los tribunales para ejecutar los laudos anulados. Esta discrepancia ha creado un problema práctico en el que

* General Counsel, Real Estate Director & VP of International Development de Grupo ICD Sitra, Profesor Universitario en la Universidad Panamericana.

** Miembro de la Secretaría del Centro de Arbitraje de México.

algunos tribunales están dispuestos a ejecutar laudos previamente anulados¹ en el país donde fueron creados, mientras que otros tribunales siguen siendo reacios a hacerlo.²

La situación anterior ha provocado algunas consecuencias problemáticas que pueden resumirse en: (1) la creación de inseguridad jurídica,³ (2) la disminución de la armonización en la resolución de disputas internacionales,⁴ (3) la probable violación de la voluntad de las partes y (4) la posibilidad de que se ignoren los derechos de los demandados en los procedimientos de ejecución.

Este artículo comienza exponiendo las distintas posturas académicas que se han adoptado sobre el tema. El artículo continúa exponiendo las distintas posturas, interpretaciones y soluciones que han adoptado distintas cortes nacionales que se han enfrentado con la problemática de ejecutar o no ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje. Después de explicar las soluciones que han encontrado doctrinarios y cortes, el artículo pasa a explorar una posible interpretación alternativa de la Convención de Nueva York que podría, razonablemente, ser adoptada por académicos o cortes en el futuro cuando se enfrenten a dilemas similares.

La interpretación alternativa que se explora en este artículo consiste en que, aunque el artículo V(1) aparentemente otorga discrecionalidad a los tribunales al

¹ Algunos ejemplos de estos casos son: *Société Hilmarton Ltd. v. Société OTV*, Tribunal Supremo francés, 1993, en 'XIX Anuario de Arbitraje Comercial', Kluwer Law International, 1994, p. 655; *La República Árabe de Egipto c. Chromalloy Aeroservices Inc*, Tribunal de Apelación de París, 1997 disponible en el 'XXII Anuario de Arbitraje Comercial', Kluwer Law International, 1997, p. 691, *Chromalloy c. República Árabe de Egipto*, 939 F.Supp. 90, (D.D.C. 1996); *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft*, Corte de Apelaciones de Amsterdam, 2009.

² *Baker Marine (Nig.) Ltd. C. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2do. Cir. 1999); *Spier c. Calzaturificio Técnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999); *TermoRio S.A. E.S.P. c. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

³ Por ejemplo, en Estados Unidos, donde los tribunales han adoptado los dos enfoques diferentes.

⁴ Al tener decisiones contradictorias, por ejemplo, en la serie de casos *Hilmarton*.

incluir la frase “[p]odrá denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo ...”,⁵ mediante una interpretación contextual de los artículos III a VII de la Convención es posible llegar a la conclusión de que la intención de los redactores del artículo V(1) no era otorgar discrecionalidad, sino, por el contrario, ordenar a los tribunales que denieguen el reconocimiento y ejecución siempre que se demuestre la existencia de una de las causales de no ejecución contenidas en el artículo V(1), incluido el apartado (e), de la Convención. Esta interpretación alternativa concluiría que la naturaleza del apartado 1 del artículo V de la Convención de Nueva York es obligatoria y no discrecional. A lo largo del presente artículo nos referiremos a esta interpretación contextual como “Interpretación Alternativa”.

II. Las distintas posturas académicas

Existen académicos importantes en el derecho arbitral que han abogado en favor y en contra de la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje. Las siguientes secciones explican cada una de esas posturas:

A. Postura en favor de ejecutar laudos anulados

Por una parte, existen quienes sostienen que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados bajo la Convención de Nueva York, no obstante su previa anulación por una corte nacional.⁶

La postura de estos doctrinarios se basa en la interpretación de dos artículos de la Convención de Nueva York: el artículo V(1)(e) y el artículo VII.

El artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York dispone que “[s]olo se *podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: ...e) Que la sentencia no es

⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 1958, *Art. V (1)*.

⁶ Francisco González de Cossío, ‘Enforcement of Annulled Awards: Towards a Better Analytical Approach’, p. 16, <http://gdca.com.mx/Enforcement of Annulled Awards>

aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.”⁷

El que los redactores de la Convención de Nueva York hayan utilizado la palabra “podrá” en lugar de “deberá”, sugiere que pretendían otorgar potestad o discrecionalidad a los jueces que conozcan del reconocimiento y ejecución de un laudo para decidir ejecutar un laudo, incluso cuando se actualice alguna de las causales para denegar la ejecución del artículo V, incluyendo un laudo anulado.⁸

Para reforzar la postura anterior, los doctrinarios que defienden esta postura usualmente también se refieren al artículo VII(1) de la Convención de Nueva York, que establece “[l]as disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”⁹

El artículo VII permite la aplicación de un derecho más favorable que la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. Con base en esta disposición, distintos académicos sostienen que las cortes nacionales podrían aplicar un derecho más favorable a la ejecución de un laudo de arbitraje, incluso si se actualizase una de las causales para denegar el

⁷ Convención de Nueva York, Art. V(1)(e).

⁸ Compañía de Inversiones Mercantiles S.A. c. Grupo de Cementos de Chihuahua, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 10mo. Circuito, Núm. 21-1196 y Núm. 21-1234,

⁹ Emmanuel Gaillard, Benjamin Siino, ‘Enforcement under the New York Convention’, Global Arbitration Review, 2021, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/enforcement-under-the-new-york-convention#footnote-009>

reconocimiento y ejecución contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.¹⁰

B. Postura en contra de ejecutar laudos anulados

Por otro lado, existe quien sostiene que, a pesar de la redacción de la Convención de Nueva York, no es jurídicamente posible ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje.¹¹

Primero, quien sostiene esta postura usualmente argumenta que un laudo anulado está jurídicamente extinto. Un laudo anulado es la nada jurídica. No es jurídicamente válido pretender ejecutar un acto jurídico cuyos efectos han sido destruidos por una corte competente.¹²

Lo anterior, ha sido compartido por el Tribunal de Apelaciones de Singapur en el caso *PT First Media TBK c. Astro Nusantara International BV y otros*, donde al anularse dos órdenes de ejecución de laudos en Indonesia, el Tribunal de Apelaciones de Singapur tuvo que analizar si ejecutar o no a pesar de que Indonesia anuló los laudos por considerar que violaba la soberanía de la República de Indonesia.¹³ Sobre lo anterior mencionó que:

¹⁰ Emmanuel Gaillard, 'The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin', https://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/1999/01/The-Enforcement-of-Awards-Set-Aside-in-the-Country-of-Origin-Files/View-Full-Text/FileAttachment/IA_Enforcement-of-Awards-Set-Aside-in-Country-of-Origin.pdf

¹¹ Albert Jan van den Berg, 'Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia', *Journal of International Arbitration*, 2010, [..."*un laudo que ha sido anulado en el país de origen ya no existe jurídicamente*"; "*no es posible que un laudo arbitral que ha sido anulado pueda volver a la vida durante un procedimiento de ejecución*"].

¹² Peter Sanders, 'New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards', *Int'l Law Review* 43, pp. 109-110.

¹³ Cabe aclarar que este caso no se analizó bajo la Convención de Nueva York, no obstante, los autores consideraron importante señalar el razonamiento detrás de la decisión del Tribunal de Apelaciones de Singapur que analiza los supuestos en el Art. 36 de la Ley Modelo bajo los cuales se puede denegar el reconocimiento o ejecución de laudos. Además, el Tribunal de Singapur, al citar casos analizados a la luz de la Convención de Nueva York, mencionó que: "*no vemos ninguna razón para considerar que la Ley Modelo sea diferente, dado que el objetivo de un tratamiento uniforme de los laudos arbitrales internacionales es común a ambos instrumentos.*"

“[l]a redacción del Art. V(1)(e) de la Convención de Nueva York y del art. 36(1)(a)(v) de la Ley Modelo contempla discutiblemente a posibilidad de que un laudo que ha sido anulado pueda ser ejecutado, en el sentido de que la denegación de la ejecución queda sujeta a la discrecionalidad del tribunal de ejecución, el efecto *erga omnes* contemplado de una solicitud de anulación de un laudo que prospere de anulación de un laudo llevaría generalmente a la conclusión de que simplemente no hay laudo que ejecutar”.¹⁴

De la misma manera ha sido sostenido por países como Brasil al negarse a reconocer un laudo anulado en Argentina. Donde el Tribunal Superior de Justicia, sostuvo que si el laudo arbitral en Argentina es nulo debido a una decisión judicial dictada allí, es imposible que se ratifique en Brasil.

Segundo, argumentan que las cortes del lugar del arbitraje son las cortes mejor posicionadas para determinar si el arbitraje se ha llevado de conformidad con sus leyes y normas. Por ello, las cortes de otro país en donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo deberían, normalmente, otorgar deferencia a las decisiones de las cortes de la sede del arbitraje.¹⁵

Sobre lo mencionado, el Prof. Van den Berg redactó el *Miami Draft*, como un borrador hipotético de la Convención de Nueva York si la Convención volviera a escribirse. En tal borrador, el Prof. Van den Berg modifica la palabra utilizada en el artículo VI(1) y lo sustituye con un verbo imperativo: “3. *Enforcement of an arbitral award shall be refused if, at the request of the party against whom the award is invoked, that party asserts and proves that...*”¹⁶

Esta divergencia de opiniones sobre el propósito y significado de la Convención de Nueva York se ha llevado también a la sede jurisdiccional, como se explica en el siguiente apartado.

¹⁴ *First Media TBK v Astro Nusantara International BV y otros Apelación*, [2014] 1 SLR 372; [2013] SGCA 57, Tribunal de Apelaciones de Singapur, PT Apelaciones Civiles 150 y 151 (31 de octubre de 2013), ¶ 77.

¹⁵ W. W. Park, ‘Arbitration of Int'l Bus. Disputes’, Oxford, 2006, 2d Ed. 2012, Ch. II-C-1.

¹⁶ Albert Jan van den Berg, ‘Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards (The Miami Draft)’, 29 de mayo de 2008, Art. V (1), <https://www.newyorkconvention.org/draft+convention>.

III. *Las soluciones encontradas por distintas cortes*

Han existido diversos casos, resueltos por distintas cortes, que han analizado el dilema de si es jurídicamente válido ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede. A continuación exponemos algunos de los asuntos más relevantes en [A] Francia, [B] Estados Unidos, [C] Países Bajos y, [D] Brasil:

A. *Casos en Francia*

La postura de los tribunales franceses a lo largo de los años, cuando han decidido varios casos al respecto, ha sido la misma: los laudos arbitrales extranjeros pueden ser ejecutados en Francia, conforme a las disposiciones del derecho francés que son más favorables, y de acuerdo con lo establecido en el artículo VII de la Convención de Nueva York.

En *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi c. Norsolor S.A.*, la disputa surgió inicialmente por un la terminación de un contrato de agencia entre una empresa francesa y una empresa turca. Inicialmente, el laudo emitido se reconoció en Austria, no obstante, tiempo después, la Corte de Apelaciones de Viena anuló el laudo debido a que la motivación del laudo estaba basada en *lex mercatoria*. La Corte de Casación francesa tuvo que analizar los artículos V(1)(e) y VII (1) de la Convención de Nueva York previamente citados. Sobre lo anterior, la Corte de Casación consideró que a pesar de la anulación del laudo, la parte demandante tenía derecho a ejecutar su laudo conforme al derecho francés, según lo permite el artículo VII de la Convención de Nueva York, inclinándose a un criterio pro-ejecución.¹⁷

En *Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, las cortes de Suiza anularon un laudo arbitral. En la misma línea que el caso de *Pablak y Norsolor*, la Corte de Casación de Francia decidió en favor de la ejecución del

¹⁷ *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi c. Société Norsolor*, Núm. 83-11.355, Corte de Casación Francesa, Sala 1 de lo Civil, 9 de octubre de 1984, <https://newyorkconvention1958.org/index>.

laudo en Francia a pesar de la anulación en Suiza. La Corte de Casación sostuvo que “el laudo dictado en Suiza era un laudo internacional que no estaba integrado en el ordenamiento jurídico de este Estado, de modo que su existencia quedó establecida a pesar de su anulación y su reconocimiento en Francia no fue contrario al orden público internacional.”¹⁸ Es decir, la Corte de Casación francesa consideró que un laudo de arbitraje es una decisión internacional, no una decisión integrada al orden jurídico de Suiza. Asimismo, la Corte de Casación consideró que el artículo VII de la Convención de Nueva York le permite ignorar la actualización de una causal de no-ejecución del laudo, si el derecho local francés permite esa ejecución.¹⁹

En *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices* hubieron tres momentos relevantes; el primero, se da cuando un tribunal de primera instancia en París emitió una orden donde se permitía la ejecución y reconocimiento del laudo. En el segundo momento, una de las partes (*Putrabali*) impugnó la decisión de primera instancia y la Corte de Apelaciones de París, sostuvo que la anulación de un laudo arbitral en un país extranjero no impedía al interesado solicitar la ejecución en Francia y que lo anterior no sería contrario al orden público. En un tercer momento, la Corte de Casación confirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones considerando que los laudos son una “decisión de la justicia internacional”. Por lo tanto, la corte concluyó que la nulidad del laudo en otro país no debe ser motivo para negar el reconocimiento y ejecución en Francia.²⁰

¹⁸ *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation SA*, Núm. 92-15.137, Decisión de la Corte de Casación Francesa de la Primera Cámara de lo Civil, 23 de marzo de 1994, ¶ 4, https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-hilmarton-ltd-v-omnium-de-traitement-et-de-valorisation-s-a-arret-de-la-cour-de-cassation-wednesday-23rd-march-1994#decision_12117

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Núm. 05-18.053, Decisión de la Corte de Casación Francesa, 29 de junio de 2007, https://newyorkconvention1958.org/index.php?v1=notice_display&id=176

B. Casos en Estados Unidos

Las Cortes de Estados Unidos de América también se han enfrentado a disyuntiva de ejecutar o no laudos anulados en la sede. A grandes rasgos, han existido dos razonamientos distintos utilizados por las Cortes de Estados Unidos.

Por una parte, han existido cortes que analizan el tema a partir de determinar si la decisión de anulación extranjera merece “deferencia”. Por otra parte, han existido casos en los que las cortes estadounidenses han decidido no respetar la decisión de nulidad y ejecutar el laudo, por considerar que la decisión de nulidad fue dictada por una corte incompetente, en casos excepcionales donde se transgrede el orden público en la medida que sea repugnante a las nociones más básicas de la moralidad y justicia como podremos analizar en los siguientes casos.

Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation c. la República Árabe de Egipto es probablemente uno de los casos más emblemáticos sobre la ejecución de laudos anulados. En este caso, una corte de distrito de los Estados Unidos decidió ejecutar un laudo que fue anulado en El Cairo.²¹

Para llegar a esa decisión, la corte de distrito realizó un análisis doble. Primero, analizó si, bajo el derecho de los Estados Unidos, el laudo podía ser ejecutado. Al respecto, la corte decidió que, bajo la *Federal Arbitration Act*, el laudo era válido.²²

Segundo, la corte pasó a analizar si el laudo debía ejecutarse, a pesar de la existencia de una decisión de nulidad. Sobre este punto, la corte decidió que no ejecutar el laudo implicaría repudiar la promesa de respetar los resultados del arbitraje, y que no tenía que otorgar efectos de cosa juzgada a la decisión del

²¹ *Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation c. la República Árabe de Egipto*, Núm. 94-2339, Estados Unidos, Corte de Distrito de Columbia, 31 julio 1996, https://newyorkconvention1958.org/index.php?vl=notice_display&id=1139

²² *Idem*.

tribunal de El Cairo. Con ese razonamiento, la corte de distrito de Estados Unidos decidió reconocer y ejecutar el laudo.²³

En *Baker Marine (NIG.) LTD c. Chevron (NIG.) LTD and Chevron Corp., Inc. v. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, la corte estadounidense reafirmó no ejecutar un laudo anulado en Nigeria (sede del arbitraje).²⁴ La corte razonó que *Baker Marine* no demostró que las cortes de Nigeria hayan actuado en contravención a las leyes de Nigeria,²⁵ ni demostró que existieran razones adecuadas para negarse a reconocer las sentencias de Nigeria.²⁶

En *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., et al.*, un laudo arbitral fue anulado por el Consejo de Estado de Colombia. La corte de Estados Unidos consideró que, al no existir nada en el expediente que demuestre que los procedimientos ante el Consejo de Estado de Colombia hayan sido “contaminados” (*tainted*), o que la sentencia de anulación no sea auténtica, la corte estadounidense estaba obligada a respetar la decisión de nulidad colombiana.²⁷

La corte determinó que un laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otro Estado Contratante si ha sido legalmente anulado por una autoridad competente en el Estado en donde se hizo el laudo.²⁸

En *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, la corte de distrito se enfrentó a un laudo arbitral anulado en México. La corte razonó que el Decimo Primer Tribunal Colegiado violó las nociones más básicas de justicia al aplicar (retroactivamente) una ley que no estaba

²³ *Idem.*

²⁴ *Baker Marine (NIG.) LTD. v. Chevron (NIG.) LTD*, S.C. 374/2001, Corte Suprema de Nigeria, 9 de junio de 2006, <http://www.nigeria-law.org/LawReporting/2006/>

²⁵ *Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.*, Núm. 191 F.3d 194, Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, Segundo Circuito, 12 de agosto de 1999, <https://jusmundi.com/baker-marine-nigeria-limited-v-chevron-nigeria-limited>.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Termorio S.A. E.S.P., et al., v. Electrificadora Del Atlantico S.A. E.S.P., Et. al.*, Núm. 03-2587 (PLF), 17 de marzo de 2006, Corte de Distrito de Columbia de Estados Unidos de América.

²⁸ *Idem.*

en existencia al momento en que el contrato entre las partes se formó, y dejó a Commisa una habilidad aparente para litigar sus reclamos.²⁹ Por ello, la corte decidió no otorgar deferencia a la decisión de nulidad mexicana y sostener que el laudo en favor de Commisa debía ser ejecutado.³⁰

Por otra parte, se encuentran los casos en los que las cortes estadounidenses han decidido no respetar la decisión de anulación extranjera, por considerar que se dictó por una corte incompetente para decidir sobre la nulidad.

En el caso *Getma International c. la República de Guinea*, la controversia surgió ya que en la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África decidió anular el laudo emanado de un procedimiento arbitral. Getma buscó ejecutar ese mismo laudo anulado ante las cortes estadounidenses. El Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos decidió no ejecutar el laudo. Sostenemos que para efectos de este artículo, lo importante no es si al final decidió ejecutarlo o no, sino el proceso para llegar a la decisión. En este caso el Tribunal de Apelaciones, no decidió no ejecutar no porque se hubiera decidido anular el laudo en la sede, sino que no encontró que se transgredieran de manera ofensiva las nociones básicas de moralidad y justicia, estándar que analizaron en *TermoRio*. No obstante, si se hubiera cumplido con el análisis, se hubiera ignorado la anulación por por la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África.³¹ El mismo criterio se siguió en el caso *Thai – Lao Lignite Co, Ltd. c. el Gobierno de la República Democrática de Lao*.³²

²⁹ *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. c. Pemex-Exploración y Producción*, Núm. 13-4022, Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, Segundo Circuito, 2 de agosto de 2016, <https://newyorkconvention1958.org/index>

³⁰ *Idem*.

³¹ *Getma International c. República de Guinea*, 862 F.3d 45, Núm. 167087, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 7 de julio de 2017.

³² *V. Thai – Lao Lignite Co, Ltd. c. el Gobierno de la República Democrática de Lao*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7616.pdf>

En *Karaha Bodas Co., L.L.C Plaintiff v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, un laudo fue anulado en Jakarta. Una corte en Texas decidió ejecutar el laudo a pesar de la decisión de nulidad, debido a que la sede del arbitraje era Suiza, no Indonesia. Debido a que no fue una corte *suiza* la que decidió sobre la nulidad, la corte de Texas decidió que no se actualizaba la causal del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York y, por lo tanto, era procedente ejecutar el laudo.³³

En *Juan Jose Castillo Bozo, v. Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo*, de manera similar a *Karaha*, la corte de distrito decidió ignorar la decisión de nulidad proveniente de Venezuela, por no haber sido dictada por una corte competente, por no ser Venezuela la sede.³⁴ Adicionalmente, la Corte de Distrito estadounidense también procedió a analizar si existían motivos para anular el laudo y, en particular, si el laudo violaba el orden público estadounidense, llegando a la conclusión de que no existía tal violación.³⁵

C. Casos en Países Bajos

Las Cortes de los Países Bajos también tuvieron que decidir sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral anulado en la sede, al decidir sobre un laudo dictado en la serie de casos de *Yukos v. Rusia*.

En *Yukos Capital S.A.R.L., v. Oao Rosneft*, el tribunal holandés consideró que, bajo la Convención de Nueva York, no estaba obligado a denegar la ejecución de un laudo anulado, si la sentencia de anulación extranjera no podía ser reconocida en Países Bajos.³⁶ Partiendo de esa base, el tribunal holandés determinó que la decisión de

³³ *Karaha Bodas Co., L.L.C Plaintiff v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 264 F. Supp. 2d 470 (S.D. Tex. 2002), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/264/470/2507287/>.

³⁴ *Castillo Bozo v. Castillo Bozo Et. al*, 1:2012cv24174, US District Court for the Southern District of Florida, 21 de noviembre de 2012, <https://dockets.justia.com/docket/florida>.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *OAO Rosneft v. Yukos Capital S.à r.l.*, 09/02566, Tribunal Supremo de Países Bajos, Holanda, 25 de junio de 2010, <https://newyorkconvention1958.org/>.

nulidad de la corte rusa no fue el resultado de un proceso imparcial e independiente. Por lo tanto, esa decisión de nulidad no merecía ser reconocida en los Países Bajos.³⁷

En la misma tesitura, en el caso resuelto por la Corte Suprema Holandesa en *Maximov c. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat*, nuevamente la Corte Suprema confirmó su facultad discrecional para ejecutar un laudo anulado.³⁸

D. Casos en Brasil

En el caso *EDF International S/A v. Endesa LatinoAmérica S/A & YPF S/A* (SEC No. 5.782/AR) en 2015 se le presentó a Brasil la disyuntiva controvertida en el presente trabajo: ¿se puede o se debería de ejecutar un laudo anulado en la sede del arbitraje?

El arbitraje en cuestión tenía como sede Buenos Aires, Argentina, donde Endesa solicitó la nulidad del laudo, mientras, al mismo tiempo se solicitaba por EDFI el reconocimiento y ejecución del laudo en Brasil. El resultado por parte de los Tribunales Argentinos fue la anulación del laudo.

Sobre lo anterior, se presentó la decisión de anulación ante la Corte Superior de Justicia de Brasil. El caso causó tanta polémica que fue sometido a decisión de la Sala Especial conformada por quince Magistrados de la Corte Superior de Justicia. Los Magistrados procedieron a realizar el análisis bajo las siguientes disposiciones: artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, Convención de Panamá artículo V(1)(e)³⁹, artículo 216 (D) de la legislación interna como el artículo 20 (e) del

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Maximov c. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, Netherlands / 27 September 2016 / Netherlands, Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal of Amsterdam) /200.100.508/01, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=4454&opac_view=2*

³⁹ Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá en los *Arts*. Citados, hacen referencia a que el reconocimiento puede ser denegado por el país donde se solicita el reconocimiento en caso de que el laudo haya sido anulado o suspendido por los tribunales de la sede.

Protocolo Leñas⁴⁰ y la Guía ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York en sus comentarios sobre el artículo V(1)(e).⁴¹

Después del análisis de la situación fáctica y las disposiciones citadas, la Corte Superior de Justicia decidió que el laudo no podía reconocerse en Brasil “debido a que el laudo fue anulado en Argentina por decisión judicial dictada en aquel país, no es posible que se reconozca en Brasil.”⁴²

IV. Una posible interpretación alternativa del apartado 1 del Artículo V, utilizando un análisis contextual

Como hemos abordado,⁴³ han existido una pluralidad de razonamientos distintos para enfrentar la pregunta de si debe reconocer y ejecutar un laudo anulado. En esta sección, pretendemos exponer una posible interpretación adicional y alternativa de la Convención de Nueva York.

Se han esgrimido muchos argumentos que cuestionan la supuesta discrecionalidad otorgada a los tribunales por el artículo V(1) de la Convención de Nueva York. Uno de los más persuasivos es que una vez que el laudo ha sido anulado, el laudo deja de existir y, por lo tanto, no queda nada que ejecutar.⁴⁴ Este argumento, también identificado bajo la frase latina “*ex nihilo nihil fit*”, establece que debido a que el laudo se emite bajo los auspicios y el apoyo de un determinado sistema legal nacional (que normalmente es el sistema legal de la sede del arbitraje)⁴⁵, dicho laudo está sujeto a la posible revisión judicial de dicho sistema legal nacional. Si el

⁴⁰ Ambos exigen que el laudo sea definitivo y vinculante en la sede del arbitraje antes de que se reconozca en Brasil.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Núm. 5782, 2 diciembre 2015, https://jusmundi.com/fr/document/decision/pt-edf-international-s-a-v-endesa-internacional-s-a-repsol-y-pf-s-a-y-pf-s-a-in-its-capacity-as-purchasing-corporation-of-astra-c-a-p-s-a-acordao-do-superior-tribunal-de-justica-wednesday-2nd-december-2015#decision_18634, Secc. 2, ¶ 3.

⁴² *Ibidem*. ¶ 51.

⁴³ V. *Supra*, [Sección II (B)].

⁴⁴ V. Núm. 5782, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, 2 diciembre 2015.

⁴⁵ O, como establece el Convenio, el país en el que, o en virtud de cuya ley, se haya dictado la sentencia.

laudo es anulado en virtud de esa posible revisión, el laudo deja de existir y no puede ser ejecutado en ningún lugar.

Este y otros argumentos⁴⁶ esgrimidos para justificar la determinación de que los tribunales están obligados a no ejecutar los laudos anulados, han encontrado, sin embargo, una fuerte oposición⁴⁷ tanto por parte de los tribunales como de los comentaristas.

En este artículo, los autores exponen una posible Interpretación Alternativa de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Esta Interpretación Alternativa, que se explica en los párrafos siguientes, se basa únicamente en el texto de la Convención de Nueva York, sin necesidad de recurrir a otras leyes o principios (ni internacionales ni nacionales).

La Interpretación Alternativa consiste en que, la estructura y contexto de la Convención de Nueva York, sugiere que los redactores de la Convención no pretendían otorgar discrecionalidad a los jueces de ejecución de decidir ejecutar o no un laudo que ha sido anulado. Por el contrario, la estructura de la Convención podría sugerir que, de actualizarse alguna de las causales de no ejecución establecidas en el artículo V, el juez *debe* negar la ejecución.

Esta interpretación se basa no en argumentos de que el laudo este jurídicamente muerto, o que deba otorgarse deferencia a las cortes de la sede, sino en la forma en

⁴⁶ Algunos de esos argumentos son, por ejemplo (1) que la historia del *Art. V(1)*, así como las diferencias en los idiomas oficiales de la Convención, cuestionan la conclusión de que el significado pretendido de la palabra "*podrá*" era otorgar discrecionalidad a los tribunales; (2) que bajo los principios de cortesía internacional los tribunales deben reconocer y mantener la sentencia extranjera que anula el laudo a menos que dicha sentencia sea contraria a su orden público; (3) que los tribunales no pueden ejercer su discrecionalidad para ejecutar los laudos anulados, a menos que exista prueba de que la parte que se resiste a la ejecución renunció o está impedida para alegar que el laudo fue anulado porque uno de sus derechos fundamentales fue violado durante el procedimiento arbitral; y (4) que los tribunales sólo pueden ejercer su discrecionalidad si el laudo ha sido anulado por una causa diferente a las establecidas en el *Art. V(1)* del Convenio.

⁴⁷ Por ejemplo, al argumento "*ex nihilo nihil fit*" se ha respondido con el argumento de que el arbitraje internacional no está sujeto a ninguna ley o sistema jurídico nacional y, por lo tanto, sigue siendo válido a pesar de su anulación en la sede del arbitraje.

que se diseñó la propia Convención de Nueva York. A continuación exponemos algunos de los argumentos en favor y en contra de esta Interpretación Alternativa esgrimida en el presente artículo.

A. Los argumentos en favor de la interpretación alternativa

1. El sesgo pro-ejecución de la Convención de Nueva York está limitado por la propia Convención

En virtud del artículo III de la Convención de Nueva York, los Estados Contratantes tienen el mandato de reconocer y ejecutar los laudos de conformidad con las condiciones establecidas en la Convención de Nueva York. Esto significa que están impedidos de crear otras condiciones, más rigurosas, para llevar a cabo ese reconocimiento y ejecución. El hecho de que la Convención **(i)** cree una clara obligación para los Estados Contratantes de reconocer los laudos como vinculantes,⁴⁸ y **(ii)** establezca condiciones específicas de las que los Estados Contratantes no pueden apartarse de las condiciones para ejecutar dichos laudos,⁴⁹ es un primer reflejo del sesgo pro-ejecución plasmado en la Convención. Sin embargo, la intención de facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos y el alcance del sesgo favorable a la ejecución no son ilimitados, sino que están delimitados por las mismas condiciones mencionadas en la propia Convención; es decir, por las condiciones establecidas en los artículos los IV a VII de la Convención de Nueva York.

El artículo IV pretende facilitar la obtención del reconocimiento y ejecución de los laudos estableciendo un número reducido de requisitos simples y sencillos para tal efecto. Aunque en la práctica estos requisitos pueden llegar a ser gravosos, la eliminación de la necesidad de que el laudo sea firme (y en consecuencia la

⁴⁸ Al establecer: “[c]ada Estado Contratante reconocerá los laudos arbitrales como vinculantes...”.

⁴⁹ Al establecer: “... las aplicarán... en las condiciones previstas en los artículos siguientes”.

eliminación del *doble exequátur*),⁵⁰ así como los requisitos limitados y supuestamente sencillos para obtener la ejecución, confirman el sesgo pro-ejecución antes mencionado.

Una vez más, este sesgo favorable a la ejecución está sujeto a algunas limitaciones. Estas limitaciones, que se encuentran en el artículo V (al que se refiere el artículo III cuando dice “...en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes...”), operan como excepciones a la obligación de los Estados Contratantes de ejecutar los laudos. La finalidad, la estructura y el contenido de estas excepciones permiten argumentar que la palabra “*podrá*” incluida en el artículo V(1) de la Convención de Nueva York, puede interpretarse razonablemente (previa presentación de pruebas suficientes que demuestren la existencia de cualquiera de dichas excepciones), en el sentido de que conlleva un significado imperativo, no potestativo.

El propósito de las excepciones a la ejecución previstas en el artículo V(1) de la Convención de Nueva York, es asegurar que se respeten los derechos más básicos de las partes en el arbitraje, esto es, que **(i)** sus acuerdos relativos al procedimiento arbitral,⁵¹ y **(ii)** sus derechos procesales fundamentales,⁵² sean plenamente protegidos. En otras palabras, las excepciones previstas en el artículo V(1) de la Convención de Nueva York pretenden evitar que las partes se vean indebidamente afectadas por la ejecución de laudos dictados en arbitrajes en los que se violaron sus derechos. En virtud de esta disposición, cuando la parte demandada cumple con la carga de la prueba de que se ha producido alguna de dichas violaciones, la presunción de que el laudo es válido para su ejecución queda desvirtuada y, por tanto, el laudo no será ejecutado.

⁵⁰ La redacción de la letra e) del apartado 1 del Art. V, que establece “*aún no sea vinculante*” frente a “*aún no sea definitivo*”, también refleja la idea de los redactores del Convenio de eliminar el doble exequátur.

⁵¹ Ya sea su acuerdo de arbitraje o su acuerdo sobre las cuestiones concretas que deben resolver los árbitros.

⁵² Como la igualdad de trato, la oportunidad de presentar el caso, la equidad y la debida notificación del proceso.

Dicho de otro modo, aunque el artículo V, apartado 1, no establece cuándo puede considerarse que el demandado ha presentado pruebas suficientes que demuestren la existencia de una de las excepciones,⁵³ la forma en que está estructurado dicho artículo, así como los intereses protegidos por las causales de no ejecución, sugieren que siempre que un tribunal (en virtud de sus propias normas en materia de pruebas) considere que dichas pruebas son satisfactorias, *deberá* denegar la ejecución del laudo.⁵⁴

2. El Artículo V (2) de la Convención también utiliza la palabra “podrá”

Además, el artículo V(2) también utiliza la palabra “podrá”, pero se puede interpretar razonablemente que dicha palabra debería leerse como “deberá”, ya que un tribunal no puede hacer caso omiso de sus propias disposiciones legales obligatorias en materia de arbitrabilidad y orden público.

Cuando se trata de arbitrabilidad y orden público, no es razonable concluir que un tribunal puede decidir no seguir la ley, ya que estaría violando sus propias leyes que prohíben el arbitraje en ciertas materias (arbitrabilidad) o sus propios intereses nacionales que limitan la ejecución de los laudos arbitrales (orden público). Parece que la propia Convención reconoce lo anterior, al permitir a los tribunales analizar *ex officio* la causal de falta de arbitrabilidad y de violación al orden público.

⁵³ Aunque las cuestiones de *cómo* y *cuándo* se prueba la existencia de la excepción se dejan en manos de los jueces nacionales y de sus normas nacionales, el propio Convenio sí establece *lo que hay que probar* (al establecer que “*la sentencia... haya sido anulada... por una autoridad competente del país en el cual, o conforme a cuya ley, se haya dictado dicha sentencia*”). En virtud de esta disposición, sólo hay tres requisitos para evaluar si se reconoce o no una sentencia que anula un laudo son: (i) que el laudo haya sido anulado, (ii) por una autoridad competente, (iii) en el país en el que se dictó. Por lo tanto esas son las tres cosas que el demandado tiene que probar.

⁵⁴ Sería difícil concebir una situación en la que se permitiera a un tribunal ejecutar un laudo a pesar de la evidente violación de un derecho fundamental de una de las partes, o a pesar de la violación del acuerdo de dichas partes. Al ejecutar un laudo tan cuestionable, los tribunales afectarían al (necesario) equilibrio jurídico entre las partes (al ignorar los derechos del demandado), y frustrarían su propósito esencial de procurar justicia respetando el debido proceso.

Aunque el artículo V(2) establece expresamente que las excepciones de inarbitrabilidad y de violación orden público deben analizarse con arreglo a la legislación del país en el que se solicita la ejecución,⁵⁵ en los últimos años se ha desarrollado una tendencia internacional a analizar dichas excepciones con arreglo al orden público internacional en lugar del orden público nacional. Esta práctica se basa en la idea de que los motivos de no ejecución deben interpretarse de forma restrictiva e internacional para no incorporar a la Convención de Nueva York interpretaciones locales de esos conceptos.

Esta tendencia no entra en conflicto con la Interpretación Alternativa ya que, en última instancia, el juez de la ejecución valorará sus propias nociones o reglas sobre orden público internacional y, si en virtud de esas reglas se prohíbe la ejecución del laudo, el juez probablemente seguirá sus reglas. Por lo tanto, a los efectos de la Interpretación Alternativa, debe concluirse que la intención de la palabra “*podrá*” en el artículo V(2) de la Convención, en la práctica, era obligar a los tribunales a denegar la ejecución. En consecuencia, si en virtud de esa disposición la palabra “*podrá*” podía entenderse como “*deberá*”, razonablemente podría llegarse a la misma conclusión con respecto al artículo V(1) de la Convención, que utiliza la misma estructura.

3. El Artículo V(1)(c) de la Convención también hace referencia a la palabra “podrá”

Volviendo al contenido del artículo V(1), encontramos que la redacción de su párrafo (c) también apoya la Interpretación Alternativa. Al disponer que “...*si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y*

⁵⁵ Algo que es coherente con la idea de que, dado que esas leyes son obligatorias para los jueces, es precisamente en virtud de ellas que los jueces deben analizar la falta de arbitrabilidad de la política pública.

ejecución a las primeras...,” el párrafo (c) permite a los tribunales ejecutar partes de un laudo que no caen fuera del ámbito del sometimiento a arbitraje.

El hecho de que esta disposición haga la distinción anterior puede ser interpretado lógicamente en el sentido de que aquellas partes que caen fuera de la sumisión a arbitraje no deben ser ejecutadas; de lo contrario, ¿por qué la propia disposición haría una excepción?

Dicho de otro modo, si el artículo V(1) al establecer “*podrá*” supuestamente otorga discrecionalidad general a los tribunales para ejecutar laudos que traten cuestiones no contempladas en el acuerdo de sumisión, ¿por qué el párrafo (c) confirmaría esa discrecionalidad para ejecutar partes del laudo que caen dentro del acuerdo de sumisión? Esta doble discrecionalidad sería innecesaria y problemática, a menos que el artículo V(1) se interprete como obligatorio?⁵⁶

4. El Artículo VI de la Convención establece consecuencias distintas cuando un procedimiento de nulidad se encuentra pendiente

El artículo VI también podría apoyar la Interpretación Alternativa, ya que podría leerse como una excepción a la naturaleza obligatoria del artículo V(1)(e). El hecho de que la Convención dedique uno de sus artículos a dejar claro que cuando un laudo no ha sido anulado puede ser ejecutado, pudiera tener más sentido si se concluyera que siempre que un laudo ha sido anulado, no puede ser ejecutado.

La Convención de Nueva York distingue dos situaciones y prevé consecuencias diferentes para cada una de ellas. La primera situación es cuando el laudo todavía existe (artículo VI) y la segunda es cuando el laudo ha sido anulado y ha dejado de existir (artículo V(1)(e)).⁵⁷ Si un laudo aún no ha sido anulado, puede ejecutarse,

⁵⁶ De hecho, si el *Art. V(1)* es imperativo, la excepción prevista en el apartado (c) es absolutamente lógica, porque los tribunales podrían decidir no denegar la ejecución de aquellas partes que, estando comprendidas en el acuerdo de sumisión, pueden separarse del resto del laudo. Esta posibilidad de decidir si se deniega o no la ejecución de las partes comprendidas en la sumisión a arbitraje, es la excepción a la obligatoriedad del *Art. V(1)* que el apartado (c) otorga a los tribunales.

⁵⁷ *Supra*, Apartado II (A) y (B).

porque todavía existe y porque aún se desconocen los resultados de la solicitud de anulación en el país de la sede del arbitraje. Si, por el contrario, el laudo ha sido anulado, no puede ser ejecutado, porque no existe debido a que, muy probablemente, se ha violado uno de los derechos de las partes en virtud del ordenamiento jurídico nacional aplicable al arbitraje, o se ha contrariado una norma prohibitiva.

5. *El Artículo VII de la Convención podría soportar la interpretación de que el Artículo V(1) es imperativo*

Por último, el apartado 1 del artículo VII, a diferencia de lo que sugiere la mayoría de los comentaristas, también puede interpretarse en apoyo de la idea de que el apartado 1 del artículo V es obligatorio. De hecho, al analizar el artículo VII(1) en conjunción con el artículo V(1), puede concluirse que la palabra “*podrá*” se incluyó en este último para hacerlo coherente con el artículo VII(1).

Dado que una parte puede invocar un derecho más favorable para la ejecución del laudo, un tribunal, en esa situación,⁵⁸ debe poder pasar por alto las causales de no ejecución del artículo V(1), a fin de respetar el derecho reconocido por el artículo VII(1). En esas circunstancias, si el artículo V(1) hubiera establecido “*deberá*”, en lugar de “*podrá*”, muy probablemente se habría creado un conflicto, ya que el tribunal executor se enfrentaría a la problemática situación de tener un artículo que le obliga claramente a denegar la ejecución, y otro que permite dicha ejecución en virtud de la existencia de un derecho más favorable.

Por ello, para evitar esa contradicción interna de la Convención de Nueva York, es razonable considerar que los redactores de la Convención utilizaron la palabra “*podrá*” en el artículo V(1), y así dar operatividad al artículo VII de la Convención.

La conclusión anterior, sin embargo, no significa que la palabra “*podrá*” deba interpretarse en el sentido de que otorga discrecionalidad en todas las

⁵⁸ Y sólo en esa situación.

circunstancias, sino sólo cuando la parte que reclama la ejecución invoca un derecho más favorable. Además, el artículo VII debe leerse conjuntamente no sólo con el artículo V, sino también con los artículos III y IV de la Convención.

En consecuencia, si la palabra “*podrá*” confiere a los tribunales la facultad discrecional de no denegar la ejecución cuando se invoque un derecho más favorable, cada vez que una parte no haga uso de tal derecho y se demuestre que existe una excepción para la no ejecución,⁵⁹ los tribunales, en virtud de una interpretación sistemática de los artículos III a V del Convenio, deberán denegar la petición de ejecución.

En resumen, la Interpretación Alternativa puede resumirse como sigue: Los artículos III y IV de la Convención establecen una clara obligación para los Estados de reconocer y ejecutar los laudos sujeta únicamente al cumplimiento de requisitos muy limitados y simples. La claridad de dicha obligación, así como la naturaleza limitada y simple de los mencionados requisitos reflejan el propósito general de la Convención de promover el arbitraje internacional y facilitar la ejecución de los laudos. En consecuencia, los artículos III y IV reflejan el sesgo pro-ejecución de la Convención. Este sesgo pro-ejecución, sin embargo, no es ilimitado. El artículo III supedita la obligación de reconocer y ejecutar los laudos no sólo al cumplimiento del artículo IV, sino también a las condiciones establecidas en el artículo V. Estas condiciones son únicamente siete. Siempre que no se cumpla una de estas condiciones, los tribunales deben denegar la ejecución del laudo, principalmente en atención a los derechos de las partes, la cortesía internacional y la coordinación y armonización internacionales. Como ya se ha indicado brevemente, la Interpretación Alternativa tiene una única excepción que se encuentra en el artículo VII(1) del Convenio.⁶⁰

⁵⁹ Apartados (a) a (e) del Art. V(1).

⁶⁰ Este artículo no es, sin embargo, un cheque en blanco para ejecutar cualquier laudo que provenga de un país diferente sólo si la ley nacional donde se solicita la ejecución no incluye como causa de

B. Los contraargumentos a la interpretación alternativa

Los argumentos en contra de la interpretación alternativa pueden resumirse en cuatro argumentos generales que se explican en los párrafos siguientes.⁶¹

1. Interpretación literal del Artículo V de la Convención

En primer lugar, al establecer “*podrá denegar*” en lugar de “*deberá denegar*”, el artículo V(1) otorga discrecionalidad a las cortes nacionales para ejecutar los laudos incluso en presencia de uno de los motivos de no reconocimiento establecidos en los apartados (a) - (e).

Esta conclusión se basa en el significado literal de sus palabras, así como en el hecho de que otras disposiciones de la Convención utilizan la palabra “*deberá*” en oposición a “*podrá*”, lo que pudiera indicar que los redactores pretendían utilizar las palabras con fines diferentes.⁶² Así pues, “*deberá*” debe entenderse como una obligación, mientras que “*podrá*” debe entenderse como una facultad discrecional.

no ejecución el hecho de que el laudo haya sido anulado. Tiene que haber pruebas claras de que las disposiciones de la ley de arbitraje que tratan de los arbitrajes internacionales o de los laudos extranjeros, en su conjunto, crean ese derecho más favorable. En otras palabras, debe encontrarse en ese régimen jurídico una disposición específica o una interpretación contextual que no deje lugar a dudas de que una parte tiene derecho a ejecutar los laudos previamente anulados por determinados motivos no aceptables. Si el análisis de cuándo aplicar el *Art. VII(1)* es menos riguroso, los tribunales podrían acabar ejecutando laudos cuya anulación probablemente se hizo en virtud de un motivo equivalente a uno de los motivos de no ejecución previstos en el derecho interno de esos tribunales. Dicho de otro modo, la ejecución de laudos anulados basada en la ausencia de una causa equivalente al apartado (e) del Convenio en el derecho interno del tribunal que realiza el análisis, podría entrar en conflicto con el mismo derecho interno preciso, si el laudo se anuló originalmente en virtud de una causa comparable a cualquiera de las causas de no ejecución previstas en dicho derecho interno.

⁶¹ Hay otro argumento que han utilizado los tribunales de Países Bajos para ejecutar los laudos anulados en el país donde se dictaron. Este argumento se refiere a la corrupción en los tribunales que anulan el laudo y no se basa principalmente en la Convención, sino en principios públicos internacionales y en leyes nacionales que tratan del reconocimiento de laudos extranjeros. Dejando a un lado la forma cuestionable en que se planteó este argumento, especialmente por parte del tribunal que resolvió el caso conocido como Yukos, este argumento no se relaciona específicamente con la Convención y, por lo tanto, no se aborda en su totalidad en este documento.

⁶² Por ejemplo, los *Arts. III y IV* establecen “[c]ada Estado contratante reconocerá...” y “la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución deberá... suministrar...” respectivamente.

Dado que el apartado 1 del artículo V utiliza la palabra “podrá”, puede interpretarse que otorga discrecionalidad a los tribunales.⁶³

2. Interpretación bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El segundo argumento a favor de la naturaleza discrecional del artículo V(1) se formula en virtud de las normas de interpretación de los tratados internacionales establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

El argumento es que, dado que la Convención es un tratado internacional, el enfoque correcto para determinar la naturaleza del artículo V(1) es interpretar sus palabras “conforme al sentido corriente... en su contexto y a la luz de su objeto y fin.”⁶⁴ Conforme a estas reglas de interpretación, el significado ordinario de “podrá” otorgaría discrecionalidad a los tribunales. Esta conclusión estaría además apoyada por el contexto, propósito y objeto de la Convención, que es facilitar la circulación y ejecución de los laudos internacionalmente (el sesgo pro-ejecución).⁶⁵

⁶³ Esta alegación es abordada y respondida por la Interpretación Alternativa principalmente sobre la base de que la palabra “podrá” fue incluida para (1) reconocer la discrecionalidad de los tribunales para determinar, bajo sus propias reglas de prueba, si el demandado ha probado suficientemente que existe una de las excepciones para la no ejecución; y (2) para hacerla consistente con el Art. VII(1) y la posibilidad de que exista un derecho más favorable para ejecutar los laudos.

⁶⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Art. 31.1.

⁶⁵ Esta conclusión también es abordada y respondida por la Interpretación Alternativa principalmente sobre la base de que la premisa de la que parte dicha conclusión (el sesgo favorable a la aplicación) no es ilimitada, sino que está restringida por los mismos términos del Convenio, en particular por el Art. V. Además, el texto francés del Convenio, que también es auténtico, establece: “[l]a reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusés ... que si ...” que puede traducirse por “el reconocimiento y la ejecución de la sentencia no se denegarán ... a menos que ...”.⁶⁵ La estructura de este texto auténtico puede interpretarse razonablemente en el sentido de que obliga a los tribunales a no ejecutar cuando concurra uno de los motivos de denegación de la ejecución, lo que entra en conflicto con la supuesta discrecionalidad otorgada en los demás textos oficiales del Convenio. Este conflicto entre los textos auténticos pone en duda que la intención de los redactores del Convenio fuera efectivamente conceder discrecionalidad a los tribunales.

3. *Las causales de no ejecución son exhaustivas y limitativas*

En tercer lugar, se argumenta que las causales de no ejecución previstas en el artículo V son exhaustivas y limitativas. Este carácter exhaustivo del artículo V se utiliza para afirmar que se ignorará cualquier causa de anulación del laudo distinta de las previstas en el artículo V(1).

En otras palabras, si el laudo se anulara en virtud de una norma local de anulación, se violaría el carácter exhaustivo del artículo V, ya que esas causales locales (no reconocidas internacionalmente) se incluirían indirectamente en la Convención a través del subpárrafo (e), violando así el propósito de tener causales limitadas de no ejecución.

En consecuencia, se alega que los tribunales tienen discrecionalidad para ignorar la anulación de dichos laudos cuando el motivo para hacerlo era una norma local de anulación.

Este argumento, aunque meritorio y seguramente persuasivo, no es compatible con la naturaleza territorial expresa del Convenio,⁶⁶ y contraviene la idea de que tales normas locales de anulación reflejan la tradición y prácticas legales de los países en los que, y/o bajo cuya ley, las partes decidieron arbitrar. Por lo tanto, la anulación de dichos laudos no sólo iría en contra de la cortesía internacional, sino también en contra de la voluntad de las partes al seleccionar directa o indirectamente (por medio de la institución que designaron para administrar sus procedimientos) un país específico como sede de su arbitraje.

4. *El arbitraje internacional esta deslocalizado*

Por último, se argumenta que el arbitraje internacional está deslocalizado y, por tanto, la validez de los laudos internacionales no está sujeta a ninguna ley nacional, sino al acuerdo de las partes y a las normas internacionales de arbitraje.

⁶⁶ El enfoque territorial del Convenio se refleja en varias de sus disposiciones, como el Art. I y el Art. V(1)(a),(d) y (e), que conceden una importancia sustancial a la sede del arbitraje.

Esta conclusión es en parte cuestionable porque supone que el arbitraje internacional no requiere el apoyo de ninguna ley nacional, cuando de hecho, en la gran mayoría de los casos, la ley de arbitraje nacional del lugar del arbitraje, así como la política pública de dicho lugar es aplicada o utilizada por los tribunales para apoyar los procedimientos de arbitraje⁶⁷ y, por otra parte, porque implica que un laudo está blindado (por decirlo de alguna manera) contra cualquier acción de anulación, y por lo tanto contra cualquier revisión judicial mínima, incluso en situaciones en las que el procedimiento de arbitraje fue claramente defectuoso o incompatible con las nociones mínimas de debido proceso, equidad e igualdad de trato.

Es cuestionable que los Estados contratantes estuvieran dispuestos, al firmar el Convenio, a renunciar a ese control mínimo sobre el arbitraje que se lleva a cabo en su territorio y/o bajo su ley. Por el contrario, el hecho de que el subpárrafo (e) fuera incluido en el artículo V(1) como una excepción a la ejecución, así como la naturaleza territorial que la Convención retuvo, sugieren fuertemente que los Estados Contratantes tenían la intención de preservar algún tipo de control sobre los arbitrajes que se llevaran a cabo bajo, o que tuvieran relación con, su sistema legal nacional.

V. *Conclusión*

El artículo V(1) de la Convención deja un amplio margen de interpretación. Existen interpretaciones razonables para sostener que un laudo anulado puede ejecutarse a la luz de la Convención de Nueva York, así como para sostener que un laudo anulado en la sede no debe ser ejecutado utilizando la convención de Nueva York.

Dentro de este margen se puede interpretar que el artículo V(1) de la Convención otorga discrecionalidad a los tribunales, incluso para la ejecución de laudos

⁶⁷ Por ejemplo, la ley del lugar del arbitraje se vuelve automáticamente relevante para determinar si la disputa puede someterse a arbitraje en primer lugar; también puede volverse relevante para determinar si la Convención se aplica bajo el Art. I(1).

anulados. De hecho, muchos académicos y tribunales han llegado a esta conclusión basándose principalmente en (i) una interpretación literal del artículo V(1), (ii) la aplicación del sesgo a favor de la ejecución, y (iii) el uso del artículo VII(1) de la Convención.

También existen muchos académicos y tribunales que han llegado a la conclusión contraria: que la Convención de Nueva York no permite la ejecución de un laudo anulado, ya que un laudo anulado es jurídicamente inexistente, y no se puede ejecutar un acto que ya no existe.

En este artículo se ha expuesto una posible Interpretación Alternativa de las disposiciones de la Convención de Nueva York, utilizando un análisis contextual que, hasta donde es del conocimiento de los autores, no ha sido utilizada o aplicada por ninguna corte enfrentada con el dilema de ejecutar un laudo de arbitraje. Esta interpretación pudiera, posible y razonablemente, ser utilizada para decidir no reconocer ni ejecutar un laudo de arbitraje que ha sido anulado.

La Interpretación Alternativa que ha sido expuesta, que sólo se basa en un análisis contextual de la Convención, sin recurrir a otras fuentes de derecho o principios que puedan ser interpretados de manera diferente por los distintos tribunales nacionales, es una opción viable para resolver el problema de la interpretación del artículo V(1)(e) como discrecional, y por lo tanto de los problemas creados por la ejecución de laudos anulados. Los tribunales, al utilizar la Interpretación Alternativa, pudieran concluir que están obligados a no ejecutar un laudo previamente anulado en el país donde se dictó.

Segunda parte

ANÁLISIS DE LAUDOS Y
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

REVISTA
JURÍDICA

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la
Perspectiva Iberoamericana

TENDENCIAS RECIENTES SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO EN LA JUDICATURA MEXICANA

Montserrat Manzano* y Mariana Gómez-Vallín**

I. INTRODUCCIÓN

En los procedimientos de arbitraje comercial internacional, es esencial garantizar un marco de seguridad jurídica y previsibilidad en la relación entre las partes y los árbitros.³ Esta seguridad jurídica se basa en la existencia de reglas claras y en su aplicación coherente, de forma que se delimiten las obligaciones y derechos tanto del árbitro como de las partes.⁴ De esta manera, el proceso arbitral puede desarrollarse de manera clara y con rigor jurídico, con el objetivo de emitir decisiones que sean efectivas para resolver las controversias que se presenten.⁵

Un aspecto clave de la seguridad jurídica en el proceso arbitral es la delimitación clara de las funciones del árbitro.⁶ En México, el Poder Judicial de la Federación ha considerado este tema, pues desde 2021 los Tribunales Colegiados de Circuito han

* Montserrat Manzano es socia de Von Wobeser y Sierra e integrante de las prácticas de Arbitraje, Litigio y ESG. Mariana Gómez-Vallín es asociada de Von Wobeser y Sierra e integrante de las prácticas de Arbitraje y Litigio.

** Mariana Gómez-Vallín es asociada de Von Wobeser y Sierra e integrante de las prácticas de Arbitraje y Litigio. Las autoras agradecen el valioso apoyo brindado por Abril Cárdenas García, integrante del equipo de arbitraje en Von Wobeser y Sierra, por el trabajo de investigación y discusión para la elaboración de este artículo.

¹ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *Et. Al.*, 'International Arbitration', Oxford University Press, Sexta Edición, Reino Unido, 2015, p. 306-307.

² Magaly McLean y Jaime Moreno Valle, 'Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros', Organización de los Estados Americanos: Departamento de Derecho Internacional, Canadá, 2019, p. 10.

³ Margaret Moses, 'The Principles and Practice of International Commercial Arbitration', Cambridge University Press, Primera Edición, Reino Unido, 2008, pp. 8-9.

⁴ Mauricio Jorn Foeth Persson, 'Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional en México', Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2019, p. 9.

emitido tres sentencias donde se abordan las funciones del árbitro, específicamente en los contextos de nulidad del laudo y recusación judicial.⁵

Considerando lo anterior, este artículo analizará las sentencias mencionadas, a fin de observar los criterios seguidos por la judicatura federal mexicana frente a la figura y funciones del árbitro, que demuestre que México brinda seguridad jurídica a las partes y al árbitro, convirtiéndolo en una sede arbitral atractiva.

II. ANÁLISIS DE LAS TESIS RECIENTES RESPECTO DE LAS FUNCIONES DEL ÁRBITRO

A. Análisis de la tesis I.11o.C.154 C (10a.)

El 8 de octubre de 2021 el Semanario Judicial de la Federación publicó una tesis aislada del amparo en revisión 406/2018 emitida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.⁶ El Tribunal Colegiado revisó la decisión de una Juez de Distrito que sobreseyó un amparo promovido por un árbitro contra la resolución de un Juez Mercantil en Sonora que declaró fundada su recusación en un arbitraje internacional.

No obstante, la Juez de Distrito sobreseyó el amparo porque consideró que el acto impugnado (la resolución que declaró al árbitro impedido para seguir conociendo del arbitraje) ya no tenía efecto, dado que el arbitraje había concluido y la decisión no podía modificarse.⁷ Sin embargo, el árbitro presentó un recurso de revisión argumentando que la resolución aún afectaba sus intereses jurídicos, ya que la

⁵ V. Tesis I.8o.C.99 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2021, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/GTofaHoBNHmckC8LBKb5/*%20AND%20NULIDAD%20DE%20LAUDO%20ARBITRal; Tesis I.8o.C.98 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2021, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FzofaHoBNHmckC8LBKbq/*%20AND%20NULIDAD%20DE%20LAUDO%20ARBITRal; Tesis I.11o.C.154 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2021, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/SkxDYXwBNHmckC8Lu4wi/*%20AND%20NULIDAD%20DE%20LAUDO%20ARBITRal.

⁶ *Op. Cit.*, Tesis I.11o.C.154 C (10a.).

⁷ *Idem.*

decisión del Juez Mercantil que cuestionaba su imparcialidad tenía consecuencias en su patrimonio moral y económico, así como en su reputación.⁸

En este sentido, el Tribunal Colegiado de Circuito resolvió que “los efectos de la resolución que declara fundada la recusación de un árbitro se concretan en su perjuicio porque afectan su patrimonio moral e, incluso, económico y su reputación, de subsistir la declaración judicial de su parcialidad.”⁹

Por lo tanto, el Tribunal Colegiado de Circuito determinó que los efectos de la declaración judicial de parcialidad que se concretan en perjuicio del árbitro sólo podrán dejar de afectar al árbitro si se revocan por los medios de impugnación previstos en la ley, y no por la emisión de un laudo arbitral.¹⁰

B. Análisis de la tesis I.8o.C.99 C (10a.)

El 2 de julio del 2022, el Semanario Judicial publicó una tesis aislada relacionada con los amparos directos 960/2019, 961/2019 y 963/2019 emitidos por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.¹¹

El acto impugnado fue una resolución de un juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje en el cual el actor reclamó la nulidad de un laudo arbitral frente a quien figuró como su contraparte y frente a los árbitros que emitieron el laudo.¹² La autoridad responsable declaró la nulidad del laudo, y como consecuencia, procedió a condenar a los árbitros a restituir los honorarios cubiertos por la prestación del servicio.¹³

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Op. Cit.*, Tesis I.8o.C.99 C (10a).

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

No obstante, el Tribunal Colegiado resolvió que “con motivo de la declaración de nulidad del laudo por ellos pronunciado, los árbitros no están obligados a restituir los honorarios que recibieron como contraprestación por los servicios prestados.”¹⁴

El Tribunal explicó que

“[...] Tratándose de un árbitro, su función se reduce a poner diligentemente sus conocimientos para la composición del litigio, a través del pronunciamiento de una sentencia o laudo, sin que pueda exigírsele que garantice que sus determinaciones no podrán ser revocadas o nulificadas, porque el derecho no es ciencia exacta y la apreciación de hechos, circunstancias y normas está siempre sujeta a criterios que pueden ser más o menos variables, esto es, su obligación es de medios y, por ello, se hace acreedor a la contraprestación correspondiente una vez prestado el servicio, sin que pueda obligársele a restituir el importe respectivo por el hecho de haberse declarado la nulidad del laudo”.¹⁵

C. Análisis de la tesis I.8o.C.98 C (10a.)

En el mismo contexto explicado en la Tesis I.8o.C.99 C (10a.) anterior, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que “[l]os árbitros carecen de legitimación pasiva para ser demandados en un juicio sobre nulidad del laudo por ellos pronunciado.”¹⁶ Esto es porque “la naturaleza de la función que es encomendada a los árbitros en la aplicación concreta de sus conocimientos al caso sometido para su decisión entre particulares que convinieron o pactaron su intervención...”¹⁷

III. DISCUSIÓN DE LOS CRITERIOS EMITIDOS

En los criterios anteriores observamos tres elementos importantes relativos a las funciones del árbitro. Estos son:

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Op. Cit.*, Tesis I.8o.C.98 C (10a).

¹⁷ *Idem.*

1. La resolución de un tribunal judicial que declara fundada la recusación de un árbitro por parcialidad afecta su reputación y patrimonio.¹⁸ En virtud de sus funciones, el árbitro adquiere la obligación de resolver la controversia con imparcialidad, así como el derecho a percibir una remuneración.¹⁹ Por lo tanto, si hay una decisión judicial que declara la parcialidad de un árbitro, afecta directamente a su función como prestador de servicios profesionales.²⁰
2. Los honorarios se pagan al árbitro a pesar de que se anule el laudo porque su función se reduce a poner diligentemente sus conocimientos para la composición del litigio, sin que pueda exigírsele garantía de que sus determinaciones plasmadas en el laudo no podrán ser anuladas.²¹
3. Los árbitros no tienen legitimación pasiva como demandados en un juicio de nulidad de laudo, pues sus funciones se limitan a la aplicación concreta de sus conocimientos al caso sometido para su decisión, y su encargo finaliza al emitirse el laudo.²²

En resumen, los criterios definen y regulan las funciones del árbitro en los procedimientos de resolución de controversias, abordando su responsabilidad frente a las partes. Establecen que el árbitro es un prestador de servicios profesionales que aplica su conocimiento de manera diligente para resolver la disputa, y cuyo encargo finaliza al emitirse el laudo.

Esto sugiere una tendencia positiva en la judicatura mexicana hacia el arbitraje, ya que se observa una protección de las funciones del árbitro mediante la definición de límites claros en su responsabilidad y derechos sobre las partes involucradas.

¹⁸ *Op. Cit.*, Tesis I.11o.C.154 C (10a).

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Op. Cit.*, Tesis I.8o.C.99 C (10a).

²² *Op. Cit.*, Tesis I.8o.C.98 C (10a).

Esto, a su vez, brinda seguridad jurídica tanto a las partes en la disputa como al propio árbitro, asegurando que su función se limite a emitir un laudo de manera imparcial e independiente, sin perjuicio al derecho de las partes de impugnar el laudo en caso de procesos de nulidad.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, los criterios emitidos por los Tribunales Colegiados mexicanos parecen reflejar una tendencia favorable hacia la figura del árbitro al establecer límites en su responsabilidad y derechos en el procedimiento y ante las partes. Esto demuestra que México cuenta con un sólido marco jurídico que brinda seguridad en el ámbito del arbitraje y las funciones del árbitro.

Además, es importante destacar el papel fundamental de las instituciones arbitrales mexicanas, como el Centro de Arbitraje de México (“CAM”). El CAM se ha consolidado como uno de los centros de arbitraje más prominentes en México debido a su constante actualización y especialización. La entrada en vigor de las Reglas de Arbitraje revisadas del CAM el 1 de diciembre de 2022 es un ejemplo de su compromiso con la mejora continua.²³

Respecto del tema de responsabilidad del árbitro, las Reglas del CAM señalan en su artículo 43 que los árbitros no serán responsables frente a persona alguna por actos u omisiones relacionados con un procedimiento arbitral bajo sus auspicios,²⁴ estableciendo así límites claros en cuanto a su responsabilidad y los derechos que tienen sobre las partes implicadas.

En conjunto, estos elementos contribuyen a fortalecer el arbitraje como un método eficaz y seguro para la resolución de controversias en México, contribuyendo a que el país sea una sede arbitral atractiva para nacionales y extranjeros.

²³ V. Reglas de Arbitraje del CAM 2022, México, en: <https://camex.com.mx/reglas-de-arbitraje-del-cam/>.

²⁴ *Ibidem*. Art. 43.

LOPEZ-GOYNE FAMILY TRUST, ET AL. C. NICARAGUA UNA MANERA DE EQUILIBRAR EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

María Lucía Casas A.* y María Camila de Brigard**¹

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) vigentes son asimétricos, en la medida en que únicamente protegen los derechos de los inversionistas e imponen obligaciones a los Estados, pero no lo hacen en el sentido contrario. Esta arquitectura de tratado ha generado grandes críticas al sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Para balancear el sistema, debe permitirse la incorporación de obligaciones a los inversionistas, y contemplarse la posibilidad para los Estados de presentar contrademandas.

El desequilibrio mencionado se evidencia en casos en que los tribunales arbitrales han desestimado las demandas de reconvenición presentadas por los Estados, con fundamento en que los tratados no contemplan obligaciones expresas en cabeza de los inversionistas.³

* María Lucía Casas es abogada de la Universidad del Rosario y Especialista en Energías Renovables. Actualmente, es Asociada Senior del área de Arbitraje y Derecho Internacional de la firma Xstrategy en Bogotá, y profesora de Procedimiento Arbitral en la Universidad del Rosario.

** María Camila de Brigard es abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con maestría (LL.M) de New York University. Candidata para la lista de secretarios de Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente asociada senior del área de Arbitraje y Derecho Internacional de la firma Xstrategy, LLP en Bogotá.

¹ El análisis de este documento refleja únicamente la opinión personal de las autoras.

² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo final (8 de diciembre de 2016); *David R. Aven and Others v. Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Reglas UNCITRAL, Laudo final (18 de septiembre de 2018), entre otros.

En consecuencia, en los últimos años los Estados han empezado a incluir en sus AII referencias a obligaciones blandas y duras de derechos humanos y ambientales en cabeza de los inversionistas.³

Este artículo analiza la reciente decisión del Tribunal Arbitral CIADI en el caso *Lopez-Goyne Family Trust c. Nicaragua*,⁴ en relación con la contrademanda presentada por Nicaragua por los supuestos incumplimientos de obligaciones ambientales en cabeza de los inversionistas.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

En la demanda, los inversionistas alegaron que Nicaragua violó los artículos del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos de América (el “Tratado” o “DR-CAFTA”) relativos a nivel mínimo de trato y expropiación,⁵ por haber terminado un contrato de concesión de exploración y explotación petrolera (el “Contrato de Concesión”) otorgado a Industria Oklahoma Nicaragua (“ION”), una empresa nicaragüense de la cual los demandantes eran accionistas.⁶

Por su parte, Nicaragua presentó una demanda de reconvencción, con fundamento en los artículos 10.15 y 10.16 del DR-CAFTA y los artículos 25 y 46 de la Convención del CIADI, solicitando una indemnización por los daños ambientales causados por ION, al incumplir las obligaciones de cierre y de remediación ambiental contenidas en el Contrato de Concesión y la legislación nicaragüense que, según Nicaragua, –en virtud de los Artículos 10.9.3.c y 10.11 del Tratado– también equivalían a violaciones del Tratado.⁷

³ Ej. Tratado Bilateral de Inversión Marruecos – Nigeria, 2016, Arts. 15, 18, y 24.

⁴ *Lopez-Goyne Family Trust, et al. c. Nicaragua*, Caso CIADI No. ARB/17/44, Laudo final (1 de marzo de 2023).

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, ¶ 90.

⁷ *Ibidem*, ¶¶ 112-127 y 234-262.

Los demandantes cuestionaron la jurisdicción del Tribunal sobre la demanda de reconvencción argumentando que ninguna de las disposiciones invocadas por Nicaragua permitía la presentación de una demanda de reconvencción.⁸

En su decisión, el Tribunal rechazó las reclamaciones de fondo de los inversionistas. Además, concluyó que carecía de jurisdicción para conocer de la demanda de reconvencción.

III. JURISDICCIÓN SOBRE LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN

En los últimos años, los Estados han presentado demandas de reconvencción con mayor frecuencia.⁹ Esto evidencia la exigencia de los Estados de que los inversionistas cumplan con sus obligaciones. Sin embargo, la redacción actual de la mayoría de los tratados impide a los Estados presentar demandas de reconvencción, e impone retos para que los tribunales arbitrales puedan atribuirse jurisdicción sobre estas.

La jurisdicción de un tribunal arbitral sobre demandas de reconvencción en arbitraje de inversión depende de las reglas de arbitraje aplicables y del instrumento que contenga el pacto arbitral.¹⁰ Por ejemplo, el artículo 46 del Convenio del CIADI exige que la demanda reconvenccional: (i) esté relacionada con el objeto de la controversia, (ii) se encuentre dentro del consentimiento de las partes y (iii) esté dentro de la jurisdicción del CIADI.¹¹

En *Lopez-Goyne Family Trust c. Nicaragua* las partes coincidían en que la demanda de reconvencción estaba relacionada con la demanda principal, por lo que cumplía

⁸ *Ibidem*, ¶¶ 571 y 587.

⁹ Ruggeri Abonnat Elise, 'Counterclaims', 2023, ¶¶ 5 y 13.

<<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-counterclaims>>

¹⁰ Jose Antonio Rivas, Jean Choi y Brian Bombassaro, 'Chapter 22 Counterclaims', en Arthur Appleton y Patrick Macrory, 'Business Guide to Trade and Investment - Volume 2: International Investment', CCI, 2018, p. 157.

¹¹ Convención CIADI, 2006, Art. 46

con el primer requisito del artículo 46 de la Convención del CIADI.¹² Sin embargo, debatían si la demanda de reconvencción era admisible bajo el Tratado, pues el demandante estimaba que esta se encontraba por fuera del consentimiento de las partes y que no existió incumplimiento por parte del inversionista bajo el Tratado.¹³

En Tribunal concluyó que, aun cuando el DR-CAFTA no menciona expresamente la posibilidad de presentar demandas de reconvencción, la redacción de los artículos 10.16 y 10.17 del Tratado era lo suficientemente amplia para permitirlo. En particular, resaltó que artículo 10.16—sobre la presentación de demandas arbitrales por controversias de inversión—emplea los términos neutros “demandante” y “demandado” (en lugar de “inversor” o “Estado” como lo hacen otros tratados) para identificar a aquellos facultados para someter reclamaciones a arbitraje. Agregó que esta situación es análoga a la considerada en el caso *Urbaser c. Argentina*, en donde el tribunal concluyó que esta disposición es completamente neutral en cuanto a la identidad del demandado.¹⁴

Así mismo, el Tribunal concluyó que otras disposiciones del Tratado no desvirtuaban su conclusión.¹⁵ Por ejemplo, sostuvo que la definición de demandante como “un inversionista” prevista en el Artículo 10.28 implica que los Estados no pueden iniciar procedimientos de arbitraje, pero no impide a los Estados presentar una reconvencción.¹⁶

A pesar de lo anterior, el Tribunal concluyó que ello no era suficiente para soportar su jurisdicción sobre la reconvencción. Esto, pues el Artículo 10.16.1 del Tratado contiene el requisito adicional de que la reconvencción se refiera al incumplimiento de una obligación prevista en el Tratado. La cuestión central era, por tanto, si los

¹² *Op. Cit., Lopez-Goyne Family Trust, et al. c. Nicaragua*, ¶ 585.

¹³ *Op. Cit., Lopez-Goyne Family Trust, et al. c. Nicaragua*, ¶¶ 256-586.

¹⁴ *Ibidem*, ¶ 595.

¹⁵ *Ibidem*, ¶ 587.

¹⁶ *Ibidem*, ¶ 598.

supuestos incumplimientos por parte de ION de sus obligaciones medioambientales constituían violaciones del Tratado.¹⁷

A juicio del Tribunal, los artículos 10.9.3.c y 10.11 del Tratado—que establecen las prerrogativas típicas del Estado para adoptar medidas para la protección del medio ambiente, entre otras—no establecen obligaciones medioambientales para los inversionistas. Por el contrario, concluyó que estas cláusulas simplemente permiten a los Estados hacer cumplir sus políticas ambientales.¹⁸ Agregó que estas cláusulas tampoco podían interpretarse en el sentido de incorporar al Tratado obligaciones ambientales derivadas de la legislación nacional o de un instrumento contractual—como lo eran el Contrato de Concesión y la legislación nicaragüense.¹⁹ Por lo anterior, entre otras consideraciones, el Tribunal rechazó la demanda de reconvención de Nicaragua con fundamento en su falta de jurisdicción.²⁰

IV. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN

La discusión de jurisdicción sobre contrademandas en arbitraje de inversión se suscita de la inexistencia de obligaciones en los tratados en cabeza de los inversionistas. En ausencia de dichas obligaciones, ningún tribunal podrá decidir sobre su incumplimiento.

También se discute la existencia de consentimiento por parte del inversionista para someter la reconvención a arbitraje. Dado que en arbitraje de inversión la teoría establece que el Estado receptor de la inversión realiza su oferta de arbitraje en virtud del tratado, y que el inversionista la acepta cuando presenta su solicitud de arbitraje,²¹ resulta que cuando el lenguaje incluido en el AII no permite concluir

¹⁷ *Ibidem*, ¶¶ 599-600.

¹⁸ *Ibidem*, ¶ 601.

¹⁹ *Ibidem*, ¶¶ 602-603.

²⁰ *Ibidem*, ¶ 605.

²¹ *Op. Cit.*, Jose Antonio Rivas, *et. al.*, p. 158.

con certeza la posibilidad de que el Estado presente contrademandas, es discutible si la oferta del Estado contenida en el tratado también las comprende.

A la luz de lo anterior, se hace evidente la necesidad de contar con una arquitectura diferente de tratado en donde se incluyan: (i) cláusulas con obligaciones específicas en cabeza de los inversionistas de conformidad con normas internacionales medioambientales, laborales y de derechos humanos, y la legislación del Estado anfitrión, (ii) la obligación general para los inversionistas de cumplir con las normas internacionales o con la normativa del Estado anfitrión, como prerequisite para presentar una solicitud de conciliación o demanda arbitraje bajo el tratado, y (iii) anexos que contengan el consentimiento de los inversionistas—teniendo en cuenta que no son parte del tratado—para quedar vinculados por las obligaciones relativas a derechos humanos y medio ambiente.

También debe considerarse la inclusión en los AII de la potestad del Estado de presentar reconveniones.

Esta nueva arquitectura permitiría balancear el sistema, fomentar el respeto de los derechos humanos, y permitiría a los Estados exigir su cumplimiento en sede arbitral.

MARIA V. ALTMANN, FRANCIS GUTMANN, TREVOR MANTLE, AND GEORGE BENTLEY VS. THE REPUBLIC OF AUSTRIA

*Romar Tahay**

I. INTRODUCCIÓN

¿De quién es el arte? ¿Dónde y cómo se deben conservar y exponer los restos del pasado de la humanidad? Eternas preguntas con diferentes respuestas, algunas más románticas que otras. No existe una solución unívoca, cada obra de arte ha trazado una línea histórica que debe considerarse con la misma particularidad de su esencia.

El tema de la apropiación de bienes culturales existe desde el génesis del ser humano, es incomprensible entonces no vincular los siguientes tres elementos, como una tríada: humanidad, arte y expoliación. De esta manera, los bienes culturales han sido considerados como “botines de guerra”, siguiendo la máxima: “los bienes del vencido pertenecen al conquistador”.

Así, durante la Segunda Guerra Mundial los bienes artísticos y culturales fueron saqueados a gran escala por los nazis, quienes incluso crearon un departamento especial para la incautación de objetos de valor cultural.¹ Se dice que todo esto era debido a que Hermann Göring era un exquisito coleccionista de arte y la expoliación era un reflejo del poderío fascista en occidente.

* Abogado y Notario de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala y Miembro del Comité Ejecutivo de Guatemala Very Young Arbitration Practitioners.

¹ Angela Saltarelli, “Restitución del arte saqueado en Europa: pocos casos, muchos obstáculos”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 25, 2018, p. 142.

Los retratos dorados de Gustav Klimt han sido admirados en todo el mundo durante más de cien años, fue precisamente esta fase dorada o bizantina la que le atrajo fama mundial. Fue la cumbre de su arte, donde lo erótico y estético se hilvanaron como amalgama.

Su pieza más reconocida de esta época es “El Beso” creada entre 1907 y 1908, EN la misma época realizó el “Retrato de Adele Bloch-Bauer I”, hija de un banquero vienés, que además de atraer la atención y el entusiasmo de los amantes del arte por considerar a Adele su “musa” y estar implícitamente presente en la mayoría de sus obras, también lo ha hecho en el espectro jurídico especialmente en cuanto a la resolución de disputas relacionadas con restitución de obras de arte y el arbitraje como medio para hacerlo efectivo.

II. ANTECEDENTES

“La Dama de Oro” como también es conocida, fue incautada durante la ocupación nazi en Austria en 1938, junto con gran parte de la propiedad del señor Ferdinand Bloch-Bauer (esposo de Adele) derivado de una multa fiscal que éste no pudo pagar.

Paradójicamente, pese a que la Gustav Klimt pertenecía a la lista negra de artistas desprestigiados, su obra llamó la atención de Erich Führer, abogado y miembro del partido nazi, hecho que resultó en la venta de las piezas a la Galería Balvedere.

Adele Bloch Bauer, por su parte, había fallecido en 1925 y dispuso en su testamento el anhelo de que su esposo Ferdinand donara las pinturas de Klimt al Museo Balvedere de Viena, pero sólo después de la muerte de éste.² Ferdinand en la época de la persecución y el Holocausto, debido a su ascendencia judía y

² *“My two portraits and the four landscapes of Gustav Klimt, I ask please my husband after his death to give them to the Austrian State gallery in Vienna”.*

convicciones políticas se instaló en Suiza hasta 1945 cuando murió y en su último testamento dejó todo su patrimonio a sus sobrinos María, Louise y Robert.

Los cuadros de Klimt fueron colgados en Balvedere durante la guerra y permanecieron allí hasta que María Altmann, heredera de Ferdinand Bloch-Bauer quien emigró a Estados Unidos exigió su devolución en 1998.

Las demandas y el eventual arbitraje promovido enfrentan tanto el derecho de sucesiones austriaco como el de restitución de obras robadas por los nazis, además de analizar cuestiones de derecho internacional y disposiciones sobre inmunidad soberana en Estados Unidos.

III. HECHOS

En 1998 se empezaron a realizar diferentes medidas y leyes en torno a la temática de restitución de arte en Estados Unidos y en Viena se revisaban casos antiguos y se redactaban leyes de restitución de arte como la “*Restitution Act*”, que permitía la restitución de obras de arte cuyos propietarios fueron forzados a “donarlas” a cambio de permisos de exportación.

Todo esto en el contexto de un escándalo público que acusaba a los museos vieneses de publicitar y exhibir obras de arte robadas. En ese sentido, tal como afirma Christa Roodt “Las leyes sobre restitución de obras de arte son un mecanismo mediante el cual los legítimos propietarios o herederos recuperen su condición, es decir, es una devolución de la propiedad adjudicada por la ley.”³

Tomando esto como base, el Estado de Austria/Galería Balvedere de Austria y María Altmann se disputaron la legitimidad de seis piezas artísticas acreditada a Gustav Klimt, incluyendo el Retrato de Adele Bloch-Bauer I.

³ Christa Roodt, ‘Restitution of art and cultural objects and its limits’. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, núm. 3, vol. 46, 2013, p. 288.

El caso se sucinta de la siguiente manera:

A. Reclamación ante el Comité de Restitución

En 1998 María Altmann, la única sobrina viva de Ferdinand Bloch-Bauer, presentó una petición de restitución ante el Comité de Restitución de Viena,⁴ de seis obras de Gustav Klimt que se hallaban en el Museo Balvedere de Viena.

La petición de restitución fue denegada en 1999, sin tomar en consideración el lenguaje “precario” del testamento de Adele Bloch-Bauer, el cual nunca se resolvió, puesto que Ferdinand falleció después de que las obras artísticas de su propiedad habían sido expoliadas y vendidas al museo Balvedere.

Además de hacer caso omiso a una cláusula del testamento que afirmaba que las obras de Gustav Klimt pertenecían a su esposo y, en consecuencia, solamente él podía disponer el destino de estas después de su muerte.

B. Demanda ante órganos jurisdiccionales de Austria

Ante la negación del Comité de Restitución, María Altmann optó por impugnar la decisión ante los Tribunales de Justicia de Austria.⁵ Sin embargo, se presentaron dos impedimentos para proseguir dicha impugnación:

- a) En Austria se requiere el pago de tasas de presentación de la Corte en proporción a la cantidad monetaria de los bienes en disputa. Los cuales preliminarmente fueron ponderados en dos millones de dólares, los cuales excedían del activo patrimonial con el que disponía la demandante.

⁴ B. Hess, ‘Altmann v. Austria Ein transatlantischer Rechtsstreit um ein weltberühmtes Gemälde Gustav Klimts im Wiener Belvedere’, *Kunstrechtsspiegel*, Austria, 2007, p. 44.

⁵ G. Huber, ‘Die Goldene Adele Restitution von Kunstgegenständen in Österreich Adele, The Lady in Gold Austria: The Restitution of works of art’, *Milionart Kaleidoscope*, Austria, p. 34.

- b) Se presentó una solicitud de reducción de las tasas requeridas ante la Corte de Justicia austriaca, la cual fue impugnada por el Estado para elevarlas.

Los elevados costos de litigio obligaron entonces a María a proseguir el asunto en los tribunales de su residencia.

C. Demanda en los Tribunales de Distrito de California

María Altmann promovió en el año 2000 una nueva demanda ante los órganos jurisdiccionales estadounidenses,⁶ apoyándose en la cláusula de expropiación de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976⁷ y en la que solicitaba una declaración de que la Galería Balvedere de Viena mantenía seis obras de Gustav Klimt, las cuales pertenecían legítimamente a los herederos de Ferdinand Bloch-Bauer en virtud de *The Restitution Act* de 1998,⁸- el *common law* y el derecho internacional.

No obstante, el Gobierno Austriaco solicitó desestimar la demanda tomando en consideración el principio de “inmunidad soberana” mediante el cual Austria no consintió de ninguna manera someterse a la jurisdicción de un órgano jurisdiccional estatal extranjero.

Argumento que fue denegado por la Corte del Distrito de California, pues estableció que la FSIA no era aplicable retroactivamente.⁹

⁶ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp. 2d 1187 (C.D. Cal. 2001), US District Court for the Central District of California, Estados Unidos de América, 2001, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/142/1187/2346850/>

⁷ The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 1976, Estados Unidos de América, ¶1505(A)(3)

⁸ Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen, (4 de diciembre de 1998), Austria, ¶1.

⁹ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp. 2d 1187 (C.D. Cal. 2001), US District Court for the Central District of California, Estados Unidos de América, 2001, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/142/1187/2346850/>, ¶1199.

**D. Apelación ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de
Pasadena**

El siguiente paso fue que el asunto fuera conocido por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en Pasadena, California.¹⁰

Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones afirmó que la FSIA debe aplicarse a todos los casos después de su promulgación, independientemente de cuándo surgió la causa de acción.¹¹

Además de establecer que Austria no podía haber tenido ninguna expectativa de que se le hubiera extendido inmunidad soberana extranjera por la apropiación indebida,¹² por lo que Austria recurrió a la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.

E. Suprema Corte de Justicia de EE.UU.

Así el caso fue sometido a consideración de la Suprema Corte de Justicia en 2004.¹³ El Gobierno Austriaco impugnó la aplicación de la FSIA, en virtud de que dicha ley era posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial y por ende no podía tener efectos retroactivos, además de que antes de la aprobación de dicha ley, los Estados extranjeros tenían total inmunidad de ser demandados en los tribunales estadounidenses.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos determinó que la FSIA si podía ser aplicada retroactivamente¹⁴ y por lo tanto los argumentos sobre inmunidad jurisdiccional de Austria no podían ser aplicados.

¹⁰ *Altmann v. Republic of Austria, United States Court of Appeals Ninth Circuit*, Estados Unidos de América, 2002, <https://casetext.com/case/altmann-v-republic-of-austria>

¹¹ *Ibidem*, ¶1200.

¹² *Ibidem*, ¶1201.

¹³ *Republic Of Austria Et Al. v. Altmann*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 2003, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep541/usrep541677/usrep541677.pdf>

¹⁴ *Ibidem*, p. 114.

F. Arbitraje Internacional Altmann vs Austria

Pese al contenido de la sentencia de la Suprema Corte y debido a los altos costos de litigar el asunto en las cortes estadounidenses, en mayo de 2005 María Altmann y el Gobierno de Austria acordaron arbitraje internacional¹⁵ en Austria para resolver en definitiva la disputa.

El acuerdo arbitral establecía que cada parte debía escoger a un árbitro y ambos al tercero, los cuales debían emitir una decisión vinculante para las partes. Lo curioso es que el acuerdo arbitral establecía que el Tribunal Arbitral no estaba autorizado ni capacitado para llevar a cabo una investigación histórica, sino que debía basarse estrictamente en criterios legales.

Lo anterior puede deducirse de la necesidad de limitar cualquier tipo de aceptación de que Austria había estado unida al régimen nazi, siendo entonces el primer aliado y no la primera víctima, siendo participe de los expolios de bienes artísticos, atribuyéndole un carácter ilícito a la adquisición de la obra.

El Tribunal Arbitral finalmente dictaminó que Altmann era la legítima propietaria de cinco de los seis bienes artísticos reclamados, incluyendo “La Dama de Oro”.¹⁶ Restituyéndolas a la heredera de Ferdinand.

El destino de las seis obras fue el siguiente:

- a) Cuatro de las piezas fueron vendidas en una famosa casa de subastas por ciento noventa millones de dólares;¹⁷

¹⁵ *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, And George Bentley And Dr. Nelly Auersperg v. The Republic Of Austria*, Caso *ad-hoc*, bajo las normas generales de derecho civil Austriaco, Laudo final (15 de Enero de 2006).

¹⁶ *Ibidem*, ¶102.

¹⁷ Randol Schoenberg, ‘Christie's Klimt Auction’, Youtube Channel, 2006, <https://www.youtube.com/watch?v=FMeBI97BUFA>

- b) El retrato de Adele Bloch-Bauer I fue vendido por ciento treinta y cinco millones de dólares, con la condición de que siempre estuviera exhibido en un museo de Nueva York.¹⁸

IV. CONCLUSIÓN

En la actualidad muchos casos de restitución de obras artísticas expoliadas durante la Segunda Guerra Mundial siguen sin resolverse. Como se extrae del caso de María Altmann, el arbitraje puede ser un mecanismo útil para resolverlos.

Así, por ejemplo: 1) A finales del año 2022 los herederos de un coleccionista judío presentaron una demanda ante el Tribunal de Distrito del Norte de California¹⁹ contra el Museo Metropolitano de Arte de Nueva York para asegurar la devolución y compensación de una pintura de Van Gogh que, según los demandantes, fue confiscada por los nazis cuando su pariente huyó de Alemania en 1936; 2) En Marzo de 2023 el *Spoilation Advisory Panel* del Reino Unido recomendó²⁰ que el Museo Fitzwilliam de Cambridge restituyera el cuadro *La Ronde Enfantine* de Gustave Courbet a los herederos de un hombre judío.

Si bien los paneles o comités de restitución han sido establecidos en países como Austria, Reino Unido, Francia, Alemania o Países Bajos han existido desafíos éticos y legales en la búsqueda de soluciones justas y equitativas, como, por ejemplo:

¹⁸ University of California Television, 'The recovery of nazi-looted art', Youtube Channel, 2014, <https://www.youtube.com/watch?v=zTi0q6AVDIY>

¹⁹ Sarah Cascone, 'The Heirs of a Jewish Art Collector are Suing the MET Museum for Selling a Van Gogh Painting They Say Was Plundered by Nazis', Artnet, Estados Unidos de América, 2022, <https://news.artnet.com/art-world/jewish-heirs-sue-met-over-van-gogh-2232324>

²⁰ Spoliation Advisory Panel in Respect of the Painting, 'Report of the Spoliation Advisory Panel in Respect of the Painting 'La Ronde Enfantine' by Gustave Courbet in the Possession of the Fitzwilliam Museum, Cambridge', Inglaterra, 2023, ¶45, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6421626a32a8e00012fa9514/REPORT_OF_THE_SPOILIATION_ADVISORY_PANEL_IN_RESPECT_OF_THE_PAINTING_LA_RONDE_ENFANTINE_BY_GUSTAVE_COURBET_PRINT_FINAL_MC_22_March.pdf

- a) La aplicación de un plazo de prescripción;²¹
- b) La cuestión de la ley aplicable a la disputa, considerando que muchas obras artísticas han viajado a través de diferentes jurisdicciones;²²
- c) La falta de prueba que demuestren la cadena de propiedad;²³
- d) El enfoque diferente entre las jurisdicciones de *common law* y *civil law* en cuanto al tratamiento de expoliación de obras artísticas;²⁴
- e) Diferentes cargas probatorias.²⁵

Es por ello por lo que los mecanismos Alternos de Resolución de Disputas (ADR), y especialmente el arbitraje puede ser una herramienta para resolver complejas disputas de restitución. Particularmente en jurisdicciones donde no existe comités de restitución o que, si bien existen, al igual que en el Caso *Altmann*, éstos se encuentran claramente sesgados.

Aún está por verse si se utilizarán ADR o arbitraje para resolver disputas recientes como las antes indicadas, especialmente tomando en cuenta que la promoción de instituciones especializadas para administrar arbitrajes de este tipo como la *Court of Arbitration for Art (CAFA)*.²⁶

²¹ Mara Wantuch-Thole, 'Cultural Property in Cross Border Litigation: Turning Rights into Claims', De Gruyter, Alemania, 2015, p. 160.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Court of Arbitration for Art, v. <https://www.cafa.world>

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN Y LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN: ¿CÓMO ESTÁ COLOMBIA?

Santiago Díaz-Cediel*

El pasado 13 de septiembre, la Corte Suprema de Justicia colombiana (“la Corte”) emitió una decisión¹ en materia de inmunidad de ejecución,² en el contexto de la previa solicitud de reconocimiento de un laudo internacional sede Suiza, dictado en un arbitraje inversionista-Estado contra el Reino de España,³ conducido de conformidad con el Reglamento UNCITRAL (2010)⁴ y administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), bajo el Tratado de la Carta de la Energía.⁵

En esta ocasión, la Corte resolvió un recurso de súplica presentado contra el Auto de 30 de agosto de 2022⁶ que rechazó la solicitud de reconocimiento del laudo internacional en Colombia presentada por la cesionaria de los derechos reconocidos en esa sentencia arbitral. La Corte sostuvo, en aquella oportunidad, que “no exist[ía] jurisdicción que permit[iese] hacer comparecer como convocado al Reino de España” y anotó que si bien:

“tiene la facultad [d]e conocer de los procesos contenciosos en que sea parte un Estado extranjero, un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional, el asunto planteado no es uno que esté exceptuado del principio de inmunidad de jurisdicción que cubre a los Estados y que impide que puedan ser citados ante los tribunales de otro, con menor razón si la finalidad última anunciada es la posterior ejecución” (§I.2).

* Profesor de Arbitraje Inversionista-Estado (Colombia); Consultor en Derecho Internacional y Arbitraje Internacional. Contacto: sd953@georgetown.edu

¹ Radicación núm. 11001-02-03-000-2022-02569-00, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Colombia, 2023, <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/>

² V. definición “inmunidad de ejecución”, Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/inmunidad-de-ejecuci%C3%B3n>

³ *The PV Investors v. The Kingdom of Spain*, Caso CPA, N.º 2012-14, Laudo Final, (28 de febrero de 2020).

⁴ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁵ Tratado de la Carta de la Energía, 1994.

⁶ Auto de 30 de agosto de 2022, Radicación núm. 11001-02-03-000-2022-02569-00, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Colombia, 2023, <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/>

La providencia del pasado 13 de septiembre ofrece elementos adicionales para análisis. En primer término, precisa, con acierto, *“que el asunto está más estrechamente vinculado”* con la inmunidad de ejecución (que con la inmunidad de jurisdicción). Con posterioridad, advierte que, en ausencia del perfeccionamiento del vínculo internacional del Estado colombiano con la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes,⁷ así como de normativa doméstica, el escrutinio del principio de inmunidad de ejecución, a los efectos del caso, debe hacerse en calidad de norma consuetudinaria (§I.1). Sobre la base de lo anterior, la Corte estimó: (i) que no estaba probada la *“práctica generalizada”* (elemento material de la costumbre de derecho internacional) que conduzca a *“morigerar”* la prerrogativa estatal de inmunidad de ejecución y (ii) que no estaba probado que Colombia ni España fueren objetores persistentes de la *“costumbre internacional de la inmunidad de ejecución”*. Lo anterior, sin perjuicio de haber anotado, de manera previa, que, en eventos excepcionales, *“a propósito de bienes especiales –ajenos al servicio público [del respectivo Estado] o cuando el Estado ejecutado hubiese expresado su consentimiento a la medida coercitiva”*, podría *“acreditarse la excepcional prueba de práctica generalizada que permita desestimar la prerrogativa de inmunidad de ejecución”* (§II.2.5). En consecuencia, confirmó el auto objeto del recurso de súplica.

La decisión de la Corte propicia algunas anotaciones. En primer término, tratándose de una solicitud de ejecución contra otro Estado, la consignación de la calificación de la inmunidad objeto del escrutinio, a partir de la distinción entre inmunidad soberana e inmunidad diplomática, se echa de menos. Las distinciones relevantes no se confinan, por ejemplo, solamente a la contrastación con solicitudes relacionadas con el pago de prestaciones sociales al personal local al servicio de una misión diplomática acreditada en Colombia, examinadas, previamente, por la

⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, 2004.

Corte –y aludidas en esta decisión–, desde el punto de vista exclusivo del régimen de inmunidades de jurisdicción y de ejecución.

A su turno y en relación con los “*eventos excepcionales*” que refiere la Corte –“*a propósito de bienes especiales ajenos al servicio público*” (§I.1)–, la decisión no precisa si los bienes perseguidos habían sido identificados por el interesado como destinados a actividades soberanas del Estado respectivo o no. Desde luego, en virtud de la ulterior desestimación de la “*morigeración*” del principio de inmunidad de ejecución –por Colombia y España– encuentra explicación, por sí sola, tal ausencia de referencia en el asunto bajo examen. No obstante, ofrecer certeza a los demás Estados con los que Colombia sostiene relaciones y a la sociedad internacional en general, a este respecto, podría ser útil.

En lo relacionado con los elementos de la costumbre, la Corte señala, conforme se anticipó en antecedencia, que “*no encontró probada*” la “*práctica*”, no obstante, la aseveración respecto de la necesidad de advertir tal evidencia de uniformidad sustancial (“*prueba de una práctica uniforme y consistente, ‘generalmente aceptada como derecho’ –opinio juris–, plural o binacional*”, §II.2.5), parecería aludir tanto al elemento material (práctica inequívoca a la luz de criterios de duración, consistencia, reiteración y periodicidad, entre otros), como a la consciencia de obligatoriedad de la actuación estatal (elemento subjetivo, *opinio juris*), siendo, naturalmente, distintos.

La Corte no consigna análisis sobre la (no) aplicabilidad de la Convención de Nueva York⁸ de 1958 en vigor⁹ para el Estado colombiano –además de España– y respecto de la cual, Colombia, no efectuó declaración interpretativa –simple o condicional– alguna al tenor del artículo I, numeral 3°. Lo anterior, pese a haber anotado que “*las fuentes de derecho internacional, de carácter principal, son los tratados y*

⁸ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

⁹ V. estado en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=en

la costumbre” (§I.1, n. 4). La Corte Constitucional, sobre este último asunto, ha precisado¹⁰ –en línea con lo, a su vez, advertido por la Corte Internacional de Justicia, entre otros foros internacionales– que, respecto de las fuentes de derecho internacional, el artículo 38¹¹ de su Estatuto es un punto de partida, habiendo, no obstante, otras fuentes vinculantes (no-subsidiarias o auxiliares) de observancia por los Estados.

La decisión de la Corte deja en Colombia una primera lectura. Eventuales excepciones al principio consuetudinario de inmunidad de ejecución del que son titulares los Estados, habiéndose propuesto “*pluraridad de foros*” (§2.5) en el escenario de ejecución de un laudo arbitral internacional en territorio colombiano, requieren de la prueba de “*práctica generalizada*” que permita evidenciar la modulación de la regla. Respecto de los Estados concernidos –Colombia, como Estado del foro y aquel contra quien se pretenda la ejecución– ha de probarse que no sean objetores persistentes del principio consuetudinario de inmunidad de ejecución.

Sin perjuicio de las complejidades propias que trae consigo satisfacer el umbral probatorio de cualquier costumbre de derecho internacional –al que, inclusive, sin que se haya desprendido simplicidad, la Corte Internacional de Justicia, se ha visto enfrentada–, la carga probatoria parecería predicarse, tanto en materia del elemento material como en materia de *opinio juris*. El estándar, por consiguiente, para eventuales solicitantes, no es menor.

Colombia, hoy, en lo que a la inmunidad de ejecución de los Estados se refiere –vía solicitud de ejecución de laudo internacional de las características del examinado– permanece, sin ambages, incólume.

¹⁰ Sentencia C-269/14, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá D.C., 2 mayo de 2014, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm>

¹¹ V., Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.

Tercera parte

REPORTES

REVISTA
JURÍDICA



DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la
Perspectiva Iberoamericana

CONSOLIDACIÓN DE ARBITRAJES EN DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN

Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells

*Juan Arturo Dueñas R.**

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de junio de 2023, se llevaron a cabo las Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells: Disputas en Construcción, Mesa 5 titulada “*The experience of Arbitration Institutions in construction disputes*”. La sesión comenzó con una introducción de Emerson Holmes (Socio de Hogan Lovells). Posterior a la presentación, se desarrolló una conversación entre Cecilia Azar (ICC y Socia de Galicia Abogados), Yanett Quiroz (ICDR), Frida Altamirano (CAM) y José María Alonso (CIAM).

Emerson Holmes esbozó inicialmente un problema común en las disputas de construcción relativo a la consolidación de arbitrajes: un propietario y un contratista se enfrentan en una disputa de arbitraje debido a retrasos y costos adicionales en un proyecto. Estos retrasos a menudo se atribuyen a problemas con el diseño elaborado por el ingeniero contratado por el propietario. En estos casos, el propietario busca incorporar al ingeniero al arbitraje para que en su caso, pueda responder del laudo en su contra.

Frida Altamirano concuerda con Emerson respecto a que es un caso muy común en las disputas de construcción, por ejemplo, el caso público de “AC Case - proyecto en Alto Tamega”. Asimismo, refiere que diversos reglamentos, entre ellos el CAM y CIAC establecen los fundamentos para incorporar a partes adicionales al arbitraje, en los cuales el consentimiento es un punto medular. Frida Altamirano señala que el reglamento de LCIA y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong

* Counsel en Hogan Lovells

Kong tienen una solución diferente, donde solo se necesita el consentimiento de la tercera parte y la parte que desee unirse a la arbitraje. Adicionalmente, menciona la importancia del “*momento*” en que se solicita la consolidación de arbitrajes. Señala que algunas instituciones requieren que la consolidación suceda al momento de la solicitud de arbitraje, mientras que otros reglamentos no son del todo claros al respecto. Por ejemplo, bajo el Centro de Arbitración Internacional de Hong Kong, el tribunal arbitral podría ser removido si las otras partes no están de acuerdo con la constitución del tribunal arbitral. Finalmente, Frida Altamirano menciona la importancia de la ley aplicable. Algunas reglas de arbitraje y actos de arbitraje, como los de 1986 en Países Bajos, otorgan al tribunal el poder de ordenar la consolidación de las arbitrajes. Por ello ella sugiere que esta facultad de consolidación es particularmente útil en disputas de construcción, y señala que las partes, en tales casos, están dispuestas a utilizar la ley holandesa debido a esta ventaja.

Por su parte, Cecilia Azar apuntó que la creciente tendencia de involucrar partes adicionales en arbitrajes sin una designación específica de su papel como demandante o demandado, simplemente como partes adicionales. Esto plantea desafíos para determinar su naturaleza en el proceso de arbitraje, ya que el tribunal podría enfrentar la decisión de si estas entidades actúan como demandantes, demandadas o simplemente como observadores en la arbitraje.

Por su parte, José María Alonso destacó la importancia de que en un contrato donde involucre al propietario, al contratista y al subcontratista, es importante que las cláusulas contractuales sean consistentes, ya sea que el subcontratista se considere como un contratista o como una tercera parte. Esto garantiza una gestión efectiva de los contratos. Además, José María Alonso destaca la importancia de tener la misma ley aplicable a todas las disputas, lo que simplifica la resolución de disputas multilaterales.

Emerson Holmes refirió que a menudo, se han observado situaciones en las que un contratista acusa al propietario y puede hacerlo porque ha seguido un proceso de resolución de disputas que incluye reuniones ejecutivas, mediación y luego arbitraje. Esto puede plantear desafíos jurisdiccionales, especialmente desde la perspectiva de la ley inglesa. Se sugiere que los que elaboran los contratos consideren cómo manejar las solicitudes de consolidación o incorporación de partes en disputas, evitando múltiples etapas de resolución y permitiendo un acceso más directo a la arbitraje.

II. INSTITUCIONES AL MANEJAR DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN

Yanett Quiroz señaló que la AAA ha desarrollado reglas específicas para arbitrajes de construcción. Esto incluye la creación de un comité llamado D.A.R.B. (*Dispute Avoidance and Resolution Board*) para prevenir disputas y monitorear proyectos. Señaló que las reglas de la AAA se aplican en la selección de árbitros y ofrecen métodos para resolver disputas durante la vida del proyecto, como asesoramiento interno no vinculante, entre otros. En el contexto de la industria de la construcción, mencionó, existen reglas específicas que están siendo revisadas para adaptarse a las necesidades cambiantes del mercado. Las modificaciones realizadas hasta ahora se centran en mejorar la transparencia y la diversidad en lugar de cambios sustanciales. La ICDR considera que la industria de la construcción es fundamental, ya que representa alrededor del 10% de los casos que manejaron el año pasado. Finalmente, Yanett Quiroz mencionó que la ICDR cuenta con un panel específico de árbitros especializados en proyectos de construcción y evalúa la formación y experiencia de los árbitros, así como sus preferencias personales para determinar su asignación a los casos.

Por su parte, Cecilia Azar destacó que hoy en día, es poco común encontrar ingenieros actuando como árbitros en comparación con *Dispute Board*, donde es

más frecuente. En los tribunales arbitrales, suele ser importante que al menos el presidente sea un abogado, y esta es una decisión clave que toma la institución al designar a los árbitros, eligiendo entre abogados u otros profesionales.

Emerson Holmes resaltó que contar con un ingeniero como miembro de un *Dispute Adjudication Board* (DAB) es crucial. Los ingenieros tienden a abordar las disputas de manera más práctica y buscan soluciones que beneficien al proyecto. Esta mentalidad difiere un poco de la de los árbitros. A pesar de esto, hay ingenieros que han demostrado ser muy efectivos, y Emerson Holmes está a favor de incluir ingenieros en tribunales arbitrales.

III. DESAFÍOS DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

Emerson Holmes abordó un tema que considera una oportunidad y desafío para las instituciones que manejan disputas de construcción: ¿cómo las instituciones gestionan los arbitrajes para garantizar la pronta emisión y notificación de los laudos después de la conclusión de la audiencia? Para Emerson Holmes, los clientes a menudo establecen plazos ajustados en el arbitraje y, en ocasiones, expresan insatisfacción con las instituciones arbitrales y árbitros en relación con este tema.

José María Alonso considera que la rapidez en la emisión de laudos es un problema real, ya que influye en la confianza de las partes en el proceso. Las personas recurren al arbitraje esperando una resolución más eficiente en términos de tiempo y costos. Para lograr esto, las instituciones desempeñan un papel crucial. José María destacó dos fases importantes en este proceso: la selección de los árbitros, no solo en términos de su experiencia, sino también en su capacidad para llevar a cabo el arbitraje de manera expedita. Continúa señalando que algunas instituciones han tomado medidas para mejorarla. En CIAM, se pide a los árbitros

que comuniquen claramente su disponibilidad en los próximos 20 meses, lo que permite a la institución conocer sus cargas de trabajo. José María Alonso señala la importancia de la agenda de los árbitros, mencionando que en algunas ocasiones es difícil encontrar fechas disponibles para las audiencias, lo que considera inaceptable. En relación a la comunicación de laudo, en CIAM, se establece un período de tres meses para emitir el laudo, y se aplican sanciones en caso de demora. Considera establecer un límite de dos años en las reglas de CIAM para que los árbitros y abogados resuelvan un caso. Reconoce que esta propuesta puede ser controvertida, pero enfatiza la necesidad de tomar medidas para mejorar la eficiencia en el arbitraje.

Finalmente, Emerson Holmes refirió a manera de conclusión para poder resolver este problema es obtener el presidente del tribunal de arbitraje solicite el consentimiento de las partes para una extensión de tiempo para emitir el laudo. Señala que es difícil para las partes rechacen esta solicitud, ya que podrían temer estar en desacuerdo con el árbitro. Además, menciona que las partes podrían comunicarse directamente con la ICC o la institución para proporcionar la respuesta a los árbitros en lugar de dar su aprobación o rechazo directamente. Emerson Holmes sugiere la retención de la tarifa de arbitraje como una posible sanción en caso de demora.

EVALUACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN CONTRATOS Y PROYECTOS

Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells

*Rogelio Gama Moreno **

*Francisco Eugenio Delgado Rodríguez***

En la primera edición de las *Jornadas de Arbitraje* organizadas por Hogan Lovells México se llevó a cabo un panel titulado “*Evaluación y Asignación de Riesgos en Contratos y Proyectos*”. El panel fue moderado por Melissa Ordoñez (Socia de Hogan Lovells Francia) y dentro de éste hubo intervenciones por parte de Rogelio Gama (Asociado Senior de Hogan Lovells México); Cecilia Misu (Socia de CMSQUARE GmbH); José María Alonso (Socio de José María Alonso Abogados); y Diana Leiva (Directora Jurídica de Techint).

Los panelistas comentaron sobre los principales riesgo en los contratos de construcción y sobre la asignación de riesgos en los mismos.

I. PRINCIPALES RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN.

Cecilia Misu abrió esta sección del panel hablando sobre los riesgos distribuidos por las partes en los contratos de construcción. Señaló que el riesgo de diseño es tomado por la parte que aporta la ingeniería en la obra, mientras que cualquier riesgo relacionado al sitio (menciona como ejemplos aquellos relacionados al acceso, factores inesperados del subsuelo del sitio, etc.) son tomados por el dueño de la obra. Finalmente, Cecilia afirmó que el contratista debe tomar los riesgos relacionados a la ejecución del proyecto, cualquier riesgo relacionado al tiempo, avances, materiales y secuencia de construcción.

* Asociado Senior de Hogan Lovells, México.

** Law Clerk de Hogan Lovells, México.

relacionados a la ejecución del proyecto, cualquier riesgo relacionado al tiempo, avances, materiales y secuencia de construcción.

Cecilia resaltó la importancia de evaluar los riesgos a la hora de la licitación, instando a los contratistas a considerar cuánto están dispuestos a arriesgar por una ganancia y qué medidas se tomarán para mitigar los riesgos preventivamente.

Cecilia después mencionó que los contratos estándar de construcción contienen cláusulas de asignación de riesgos, pero también estableció la posibilidad de rechazar estas asignaciones estándar para pactar, mediante la negociación de las partes, una nueva asignación de riesgos.

Cecilia finalmente advirtió sobre los riesgos que conlleva el pactar la gestión de riesgos en un contrato de construcción, mencionando como riesgo principal la onerosidad que puede conllevar los procedimientos relacionados con la gestión de riesgos.

José María Alonso siguió la intervención de Cecilia, hablando sobre la vinculación entre los riesgos discutidos y los arbitrajes o litigios. José María resaltó que las estadísticas de las principales cortes de arbitraje (citando por nombre a la Corte de Arbitraje de la CCI, la *London Court of International Arbitration*, y el Centro Internacional de arbitraje de Madrid) demuestran que los arbitrajes en materia de construcción representan un porcentaje mayoritario de los procedimientos iniciados.

Sin embargo, José María explicó que estas estadísticas no demuestran la existencia de un vínculo entre los riesgos expuestos por Cecilia y el inicio de procedimientos judiciales y/o arbitrales. Lo anterior es así, según José María, ya que los procedimientos contenciosos tienen efectos negativos en las obras de construcción,

como el que se tengan que pausar los avances de esta y que se lastimen las relaciones entre las partes intervinientes.

Jose María explicó que para evitar los efectos negativos descritos es que se establecen métodos alternativos de resolución de conflictos, cláusulas escalonadas, negociaciones, mediaciones y *dispute resolution boards*.

José María también planteó como opciones para evitar el alto a la construcción el que las disputas se resuelvan provisionalmente para después, al final de la ejecución del contrato o tras la resolución del mismo, llevarlas a un procedimiento arbitral para ser resueltas de forma definitiva.

Rogelio Gama después realizó una intervención sobre nuevos riesgos emergentes en el ámbito de la construcción. Rogelio mencionó la paralización temporal o definitiva del proyecto por cuestiones relacionadas a los criterios ASG o derechos de comunidades indígenas o ejidales como uno de los principales riesgos emergentes para los contratos de construcción.

Rogelio explicó que debido al gran porcentaje del territorio mexicano que tiene carácter de propiedad comunitaria — ya sea ejidataria o de comunidades indígenas— y debido a la gran protección judicial que se le da a los derechos de estas comunidades es necesario que las partes de un contrato prevean el conflicto con una de estas comunidades, no como una posibilidad lejana, sino como una realidad casi cierta.

Diana Leiva resaltó la importancia de tener un acercamiento adecuado con las comunidades indígenas o ejidales que puedan representar un riesgo para la obra. Mencionó que el acercamiento a estas comunidades debe tener en cuenta sus intereses y el respeto a su cultura e identidad, por lo que se debe buscar un

interlocutor que pueda comprender a la comunidad para poder allegarse a lo que realmente desean.

José María Alonso aportó a la postura de Diana, explicando que también se debe tomar en consideración que las comunidades indígenas y sus intereses no solo se limitan a su núcleo de población, sino que también cuentan con lugares de relevancia cultural que también se deben respetar y proteger a fin de evitar riesgos.

II. ASIGNACIÓN DE RIESGOS

José María explicó la relevancia de una correcta redacción contractual para evitar el dejar en manos de un intérprete la asignación de riesgos. También mencionó que existen riesgos que son atribuible a las partes de un contrato de construcción por su naturaleza y participación en el contrato, como lo mencionaba Cecilia al inicio del panel, y que la asignación de estos riesgos puede ser afinada en el texto del contrato.

Jose María también expuso la existencia de diversas circunstancias que no dependen de las partes del contrato pero son riesgos que se le asignan a estos. Por este motivo José María menciona que estos riesgos (como lo son los riesgos de expropiación, medioambientales, meteorológicos, entre otros) se deben asignar a las partes por medio del contrato, partiendo de la base que la asignación de riesgos al contratista aumentara el precio del contrato. Sin embargo también advirtió que muchas veces los contratistas no pueden garantizar riesgos y únicamente los asumen con el propósito de llevarse el contrato licitado.

Cecilia Misu retomó los contratos estándar como solución para la asignación de riesgos, ya que estos recopilan lo que las partes suelen acordar con relación a este tema. Sin embargo, Cecilia resalta que lo pactado por las partes debe ser respetado,

por lo que están no pueden intentar remitirse a lo establecido por la ley o por un contrato modelo cuando esto contradiga lo pactado en su contrato particular.

También se planteó como una solución para la asignación de riesgos en los contratos de construcción la correcta redacción de una cláusula de caso fortuito o fuerza mayor. Todos los panelistas concordaron en que la correcta redacción de esta cláusula, adoptando un enfoque casuístico, presenta una solución para futuras disputas, ya que gracias a la especificidad de esta cláusula puede ser vislumbrado en qué casos opera un supuesto de fuerza mayor y en qué casos simplemente no es admisible la exención de responsabilidades.

III. METODOLOGÍAS DE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

Cecilia Misu expuso sobre las metodologías de los contratos de construcción. Mencionó que la metodología comienza con cuestiones previas a ser estudiadas por el dueño. Una vez estudiadas cuestiones previas como lo que se hará, la factibilidad del proyecto y la manera más eficiente de enfrentar el proyecto, se decide lleva el proyecto a una licitación, donde los contratistas le darán un precio al contrato que corresponda al avance del diseño del proyecto.

Después del diseño, Cecilia habló de la fase de construcción, destacando que la distribución de riesgos cambia en esta fase. Esto es así porque, aunque exista un diseño aportado, los dueños de las obras cubrirán sus riesgos con contratos de precio alzado y a tiempo determinado, por lo que el contratista asumirá una serie de riesgos. Estos riesgos serán asignados, por regla general, al contratista, salvo que se haya pactado en contrario en el contrato. Por lo anterior, Cecilia hizo una advertencia a los contratistas para que dimensionaran la totalidad de los riesgos que asumen al entrar en un contrato.

Rogelio Gama también advirtió sobre los riesgos vinculados a los contratos *fast-track*, resaltando que cualquier riesgo de diseño que surja tendrá un efecto dominó en el contrato que resultara en retrasos de la obra, aumentos de costos, y otros tipos de tropiezos.

IV. ERRORES A EVITAR

Diana Leiva abrió esta parte del panel denotando como un riesgo importante en los contratos de construcción el balance y equilibrio de las obligaciones pactadas en estos. También instó a los contratantes a tomar en consideración la ley aplicable al contrato, solicitando que no se pacte una ley aplicable que no sea la necesaria para el contrato.

José María Alonso continuó explicando que un error grande es la falta de correctas adaptaciones al contrato para el caso concreto. Mencionó que se debe establecer claramente el alcance del trabajo, y hacer una elección correcta del tipo de contrato para el caso concreto. Finalmente resalta como un error importante la incorrecta asignación de riesgos en un contrato y la asunción excesiva de riesgos por parte del contratista.

Cecilia Misu instó a los contratistas a ser realistas durante la fase de licitación y seguir procedimientos preestablecidos para la correcta evaluación de riesgos para no asumir riesgos excesivos por los cuales no puedan responder.

Rogelio concluyó el panel resaltando la importancia de tener en consideración la importancia de tomar en consideración los derechos de las comunidades indígenas, ejidales, y cuestiones relacionadas a los criterios ASG, sugiriendo que se lleve a cabo la negociación con comunidades indígenas por medio de un interlocutor que hable la lengua de la comunidad indígena y que entienda sus costumbres; que se haga el correcto *due-diligence* relativo al derecho agrario de un proyecto de

PARTICULARIDADES DE LAS DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN

Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells

*Sylvia Sámano Beristain**

En el marco de las Jornadas de Arbitraje organizadas en junio 2023 por Hogan Lovells México, se desarrolló el panel “Particularidades de las Disputas de Construcción”, con la participación de un enriquecida panel de expertos como Alfredo Bullard (Socio Fundador de Bullard Falla Ezcurra), Francisco González de Cossío (Socio Fundador de González de Cossío Abogados) y Ernst Hechenberger (Socio de Four C Experts) con la moderación de Gonzalo Ardila (Socio de Hogan Lovells Madrid).

Como se refiere en el título del panel “zapatero a sus zapatos” lo que indica que el arbitraje de construcción tiene particularidades propias, las cuales exigen una pericia especial tanto de los abogados de las partes involucradas como de los miembros del tribunal arbitral. Lo anterior, lo confirmó Alfredo Bullard, “un arbitraje de construcción requiere la acumulación de conocimientos diversos para resolver un problema”.

Ante la complejidad de la materia, los panelistas aportaron su punto de vista sobre temas relevantes y prácticos, destacando los siguientes puntos:

I. MANEJO DE RETRASOS EN LA CONSTRUCCIÓN

El manejo de retrasos en proyectos de construcción es una cuestión común que afecta el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Francisco González de

* Asociada en Hogan Lovells.

Cossío destacó la importancia de utilizar herramientas de gestión de imprevistos, como software especializado, para minimizar su impacto.

Para un abogado de parte, la identificación de causalidad, responsabilidad y daño es esencial. Estos son los tres pilares que deben acreditarse para que un reclamo sea exitoso. La documentación precisa de la obra por parte del cliente es clave, y en los últimos años ha habido mejoras significativas en la recopilación de medios probatorios. Sin embargo, en ocasiones, la abundancia de documentación puede dificultar la identificación de la verdad en medio de la disputa. Un expediente sólido en pruebas documentales conlleva a identificar la importancia de la prueba pericial, que debe mantener la objetividad y ser útil para el Tribunal Arbitral.

Ernst Hechenberger destacó la relevancia de contar con herramientas que permitan un control objetivo y detallado de los avances y cambios en un proyecto. Un ejemplo es el CPCP ("*Critical Path Method*"), que vincula actividades hasta el hito final del proyecto. Además, señaló que el problema principal en el sector de la construcción es la acumulación de controversias no resueltas. La dinámica constante de proyectos implica variaciones entre aceleraciones y retrasos, por lo que es esencial documentar esta dinámica.

Anna García Morineau (*Hogan Lovells*) destacó la importancia de valorar e implementar dispute boards en los contratos de construcción para resolver disputas conforme avanza la obra y reducir las controversias que pueden someterse a arbitraje.

II. PÉRDIDAS DE PRODUCTIVIDAD

Alfredo Bullard resaltó que las pérdidas de productividad son un concepto generalmente no contemplado en los contratos, pero son reclamables en arbitraje.

La complejidad radica en cómo medirlas y cuantificar la pérdida de eficiencia en el proceso.

Un método consiste en comparar un período no impactado con uno impactado para proporcionar un parámetro de valoración de pérdida de productividad, aunque este método tiene limitaciones.

Ernst Hechenberger destacó la importancia de combinar métodos de valoración para verificar la confiabilidad de la información, lo que permite obtener resultados más cercanos a la realidad.

Gonzalo Ardila concluyó enfatizando tres puntos: la necesidad de prever las pérdidas de productividad en los contratos, acordar un sistema objetivo para su medición y asegurarse de que estén en línea con el régimen de penalizaciones por retraso.

III. ÓRDENES DE CAMBIO Y TRABAJOS ADICIONALES

La gestión de órdenes de cambio y trabajos adicionales es un aspecto común en la construcción. Sin embargo, surge la pregunta de hasta qué punto se deben retribuir órdenes o trabajos adicionales que se han realizado sin seguir el procedimiento pactado en el contrato.

Ernst Hechenberger señaló la confusión en torno al término “órdenes de cambio” y cómo varía dependiendo de si el cambio fue solicitado por el contratista o el propietario. Para evitar interpretaciones, es esencial definir adecuadamente estos términos en el contrato. La falta de notificación adecuada puede afectar el derecho del propietario a tomar medidas para mitigar los cambios. La distinción entre un

trabajo adicional y un cambio es importante, ya que para los trabajos adicionales se debe pactar el precio y las implicaciones en el desarrollo del proyecto.

IV. DERECHOS DEL CONTRATISTA ANTE LA SUSPENSIÓN DE TRABAJOS O ABANDONO DE LA OBRA

Anna García Morineau abordó los derechos del contratista ante la suspensión de trabajos o el abandono de la obra. Desde un punto de vista legal, ante el incumplimiento de obligaciones recíprocas, es posible suspender el cumplimiento de dichas obligaciones, siempre teniendo en cuenta la buena fe, la mitigación de daños y la no ejecución abusiva de un derecho.

Desde una perspectiva comercial, es fundamental analizar si es conveniente suspender el proyecto teniendo en cuenta el menor impacto para la empresa. La decisión entre una suspensión parcial o definitiva depende de las circunstancias específicas de cada caso.

V. COMENTARIO FINAL

El arbitraje en el ámbito de la construcción exige un entendimiento profundo de las particularidades de esta industria. Esto incluye la gestión de retrasos, la evaluación de pérdidas de productividad, la claridad en la definición de órdenes de cambio y trabajos adicionales, y la consideración de los derechos del contratista en situaciones de suspensión de trabajos o abandono de la obra. La resolución efectiva de disputas en proyectos de construcción requiere una sinergia entre conocimientos técnicos y jurídicos, garantizando que se aborden de manera precisa y justa las cuestiones únicas que surgen en este entorno altamente especializado.

LA TECNOLOGÍA EN LAS DISPUTAS DE CONSTRUCCIÓN: EL FUTURO NOS ALCANZÓ

Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells

*Fernanda Serrano Cortez**

Durante las Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells: Disputas de Construcción, la Mesa 4 abordó el tema “*La tecnología en las disputas de construcción: el futuro nos alcanzó*”, en la que Nicolás Lozada Pimiento (Socio de Rincón Cuéllar & Asociados), Erick Clavel (Socio Fundador de Clavel Abogados y Lawkit) y Fernanda Serrano Cortez (Asociada Junior de Hogan Lovells), moderados por Omar Guerrero Rodríguez (Socio Director de Hogan Lovells), discutieron sobre la tecnología en las disputas en materia de construcción.

I. EL USO DE TECNOLOGÍA EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN

A. *Generalidades sobre tecnología y la industria de la construcción*

Erick Clavel señala que hay algo que está transformando nuestras vidas y cualquier industria: la tecnología. Específicamente sobre construcción, señala que la tecnología está cambiando los modelos antiguos y nos está llevando a una nueva era. Principalmente, abordó el impacto de la tecnología en dos etapas: gestión y manejo, y construcción.

Sobre la gestión y manejo de proyectos, existen herramientas de inteligencia artificial que no solamente generan o administran proyectos con base en instrucciones que proporcionan usuarios, sino que hay herramientas generativas que pueden darnos datos adicionales a los ingresados por el usuario, los cuales obtiene del análisis de proyectos similares. Estos datos pueden ir desde indicarnos en qué etapas de los proyectos hay mayores disputas, qué riesgos se identifican

* Asociada en Hogan Lovells BSTL, S.C.

por etapa, en qué etapas generalmente hay sobrecostos o excedentes, e inclusive brindar sugerencias para evitar estos problemas.

Respecto a la etapa de construcción, nos contó una anécdota de cómo la tecnología ayuda a manejar eficientemente los recursos. Hace años, en Jalisco, se comenzó a construir un hotel sobre una montaña de difícil acceso. A pesar de ello, se construyó el hotel, pero con costos muy elevados dado que la supervisión debía hacerse en helicóptero. Años después, el mismo dueño sigue construyendo hoteles en diversos lugares, pero ahora con un costo menor porque utiliza drones para supervisar los sitios y avances.

B. Online dispute resolution

Nicolás Lozada nos platicó sobre sistemas de *Online Dispute Resolution* (ODR) y su impacto en la industria de la construcción. Señaló que existen plataformas que nos ayudan a resolver disputas en manera de construcción de forma eficiente e, incluso ayudan cuando se tienen cláusulas de resolución de disputas escalonadas. ¿Cómo? Porque la información, documentos, imágenes, etc., que tienen las partes a su disposición puede ser compartida en tiempo real con la contraparte y con la persona que decidirá la disputa (i.e. *dispute board* o tribunal arbitral), y proporcionar tiempos para cada escalón de la cláusula de resolución de disputas.

Explicó que la relación que tiene la solución en línea de conflictos y la construcción, es que la solución de conflictos hace que la construcción funcione. Los proyectos no se quedan estancados por la falta de solución de inconvenientes que se pueden suscitar.

II. EL USO DE TECNOLOGÍA EN LA PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN

A. *Softwares de planificación y gestión de proyectos y herramientas de análisis predictivo*

Fernanda Serrano nos platicó sobre herramientas tecnológicas que nos pueden ayudar a prevenir disputas en materia de construcción: softwares de planificación y gestión eficiente de proyectos y herramientas de análisis predictivo.

Los softwares de planificación y gestión eficiente de proyecto nos ayudan a detectar tempranamente problemas que pueden surgir en proyectos de construcción. Por ejemplo, se pueden asignar tareas en tiempo real y quién es responsable de ellas, monitorear el avance de tarea, e incluso medir automáticamente (y reportar) el nivel de avance o retraso. Estas funciones nos ayudan a prevenir disputas porque las partes saben qué sucede en cada etapa del proyecto al mismo tiempo, y en caso de cualquier anomalía, se puede atender de inmediato.

Las herramientas de análisis predictivo toman la información que se almacena en las herramientas de planificación y gestión eficiente de proyectos, y la analizan de forma sistematizada para detectar irregularidades en los proyectos de construcción y alertar a los usuarios de ellos.

B. *Tecnología blockchain*

Erick Clavel abordó el *blockchain* y la inteligencia artificial como tecnologías que nos ayudan a prevenir disputas.

Primero, nos platicó del *blockchain* como una tecnología en la que se puede capturar información y valor (dinero). Para la industria de la construcción, ayuda para configurar contratos inteligentes en los que, tras cumplirse ciertas condiciones en

un proyecto o al alcanzar cierta etapa, se ejecuta automáticamente el pago a la contraparte. La tecnología *blockchain* resulta relevante con la nueva publicación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, pues se contempla que la información en ella contenida hace prueba plena.

Segundo, nos platicó sobre el uso de la inteligencia artificial como herramienta para analizar y revisar documentos extensos o grandes cantidades de documentos, y por otro lado nos platicó sobre sistemas que ayudan a resolver disputas (Rappi, Uber, etc.).

C. Tecnología y resolución de disputas

Nicolás Lozada comenta que, como toda creación humana, la tecnología tiene limitaciones y dificultades, y apunta tres retos para los ODR.

Primero, cómo se entrenan a los algoritmos para la resolución de disputas y cuál es la información base que se le brinda a los softwares para que, a partir de dicha información, puedan tomar decisiones.

Segundo, el tema cultural. Es un reto que todas las personas adopten y abracen la tecnología. Necesitamos un cambio de mente y estar abiertos a utilizar estas herramientas. Por ejemplo, cuando comenzó a utilizarse el correo electrónico, existió una resistencia para su uso.

Tercero, la dependencia que pueden generar los ODR (*over-reliance*). ¿Qué pasaría si como tomadores de decisiones dejamos todo a cargo de la tecnología? Hay casos en Colombia en los que juzgadores consultaron a *ChatGPT* para resolver casos constitucionales. ¿Es esto suficiente? ¿Es *ChatGPT* una fuente del derecho?

III. EL USO DE TECNOLOGÍA EN ARBITRAJES EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN

A. *Presentación de evidencia*

Primero, Erick Clavel hizo mención a herramientas que permiten analizar grandes cantidades de información, documentos, información contable, y en general grandes set de datos.

Segundo, nos platicó sobre herramientas de realidad aumentada. Erick hablo sobre su experiencia con visores de realidad aumentada, con los cuales sentía como si estuviera en los lugares que exploró (rascacielos, puente en construcción y plataforma submarina). Con este tipo de tecnología, en un par de años, podemos llegar a prescindir de inspecciones físicas de proyectos de construcción.

B. *Metaverso*

Fernanda Serrano abordó el potencial impacto del metaverso en la resolución de disputas en materia de construcción. Primero, señaló que el metaverso es un espacio virtual en el que se puede tener una experiencia inmersiva.

A través del metaverso podemos crear y recrear espacios. Específicamente para la industria de la construcción, el metaverso nos permite recrear sitios de construcción, modelos 3D o representar planos que puedan ser visualizados de una forma mucho más inmersiva. También, se pueden recrear eventos o accidentes. Esto es relevante porque nos permite “revivir” acontecimientos que pueden ser objeto de una disputa.

También, el metaverso nos permite relacionarnos con terceros: contrapartes, peritos, tribunal arbitral, testigos, etc. A través del metaverso podríamos llevar a cabo audiencias arbitrales. Sin embargo, ello implica muchas preguntas: ¿cuál es el lugar del arbitraje? ¿Ante qué estado puedo ir a pedir auxilio judicial al arbitraje? ¿Dónde puedo pedir la anulación de un lado arbitral o su ejecución?

Finalmente, Fernanda nos comentó los pros y contras del uso del metaverso en la resolución de disputas. Pros: reducción de costos y tener acceso a lugares de acceso remoto o difícil. Contras: no todas las partes tienen acceso a la misma tecnología y se pierde el factor personal.

C. *Ética y tecnología*

Omar Guerrero comenta que el uso de la tecnología en la actividad profesional debe abordarse, también, desde un punto ético. Debemos hacernos varias preguntas, por ejemplo ¿Le debemos informar a las partes que el árbitro o las partes están usando este tipo de mecanismos o no?

Considera que hacer las preguntas adecuadas desde el punto de vista ético va a ser sumamente importante en el uso de estas tecnologías. De hecho, comenta, la Barra Americana de Abogados establece en código de conducta que se considera un ejercicio apropiado del derecho, estar al tanto de las tecnologías relevantes. Ejercer adecuada y éticamente la profesión significa estar a la vanguardia de las tecnologías.

Algunos despachos de abogados ya se están subiendo a las tendencias tecnológicas. Por ejemplo, Hogan Lovells ya cuenta con un brazo tecnológico que se llama Eltemate.¹

IV. TAKEAWAYS

Erick Clavel menciona que debemos de conocer la tecnología y cómo funciona. Perder el miedo a los avances tecnológicos. Quienes desarrollan la tecnología, son quienes dominan la tecnología.

Nicolás Lozada comenta sobre el *reskilling* y el *upskilling*. Como *reskilling* debemos quitarnos las barreras mentales que tendemos a tener sobre la tecnología. Como *upskilling* debemos mantenernos actualizados sobre los avances tecnológicos

¹ V., <https://eltemate.com/>

relevantes. Agrega, que el futuro del arbitraje en materia de construcción es que transitaremos -en máximo dos años- a la resolución en línea de disputas.

Fernanda Serrano finaliza señalando que la tecnología está para quedarse. Tenemos que explotarla al máximo, pero hacerlo de forma consciente, responsable y ética. Debemos conocer la tecnología para hacerla nuestra aliada.

CONTRATOS PARA PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN: LÍMITES AL COPIAR Y PEGAR

Jornadas de Arbitraje Hogan Lovells

*Andrea Pérez Velasco**

Durante el evento de *Jornadas de Arbitraje sobre Disputas en Construcción*, tuvo lugar el panel titulado “*Contratos para Proyectos de Construcción: Límites para Copiar y Pegar*”, donde Hector Cubria (Socio de CONEXIG), Ana Gabriela Olmeda (Directora Jurídica de TC Energy), Felipe Mutis Téllez (Socio de Brigard Urrutia), y Sylvia Martínez (Counsel de Hogan Lovells), moderados por Luis Enrique Graham (Socio de Hogan Lovells), comentaron sobre la importancia de la redacción de cláusulas en los contratos para proyectos de construcción, así como el uso de contratos estandarizados.

I. LOS LIBROS DE FIDIC EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

Luis Enrique Graham inició el panel con la introducción de los contratos FIDIC, los cuales se han convertido en una de las piezas fundamentales en la celebración de contratos de construcción. Para iniciar la discusión, Luis Enrique le preguntó al panel: ¿Cómo es que se utilizan los libros de FIDIC? Al respecto, Hector Cubria mencionó que los contratos FIDIC fueron creados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, con la idea principal de hacer contratos estándares flexibles, coherentes y certeros.¹

* Pasante en Hogan Lovells.

¹ Ignacio Almagro y Lukas Klee, ‘Los Contratos internacionales de construcción FIDIC’, Wolters Kluwer, 2017.

En la industria, los contratos FIDIC se han estandarizado en lo que se conoce como “Libros por Color”, de los cuales se utilizan con frecuencia los siguientes:²

1. Libro Rojo: Es el modelo estándar, el más comúnmente adoptado para todo tipo de proyectos.
2. Libro Amarillo: Se utiliza para los casos en los que el diseño es elaborado por el contratista.
3. Libro Naranja: Recomendado para proyectos especializados que requieren de una entrega práctica y de coordinación.
4. Libro Verde: Es un modelo para contratos de menor complejidad, tanto en ingeniería como en construcción.
5. Libro Plateado: Está hecho para proyectos de mayor especialización.
6. Libro Dorado: Utilizado en contratos en los que se incluye el diseño, operación y construcción de proyectos.

Los contratos FIDIC se han convertido en el estándar de contratos de construcción internacional más utilizado, pues permiten su uso en proyectos de construcción grandes o pequeños, reconociendo la necesidad de un enfoque equilibrado entre los roles, responsabilidades y gestión de las partes involucradas en el contrato. Al respecto, Ana Gabriela Olmeda expresó que una de las principales bondades de los contratos FIDIC es que brindan una mayor certeza a las partes involucradas, tanto a los contratantes, sus abogados y, en su caso, al tribunal arbitral.

² Nael Bunni, ‘Las formas de contrato de la FIDIC’, 3era Ed., Capítulo 4.

II. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS FIDIC

Luis Enrique abordó el tema respecto a que, en ciertas ocasiones, los contratos FIDIC son modificados. En ese sentido, invitó al panel a abordar sobre los inconvenientes o justificaciones para alterar los contratos FIDIC. Al respecto, Felipe Mutis comentó que, desde su experiencia, la justificación o no para modificar un contrato FIDIC está íntimamente relacionada con dos factores determinantes en cada proyecto: (i) el propietario, pues difieren los intereses de una empresa pública o una empresa privada, y (ii) las necesidades o especificaciones propias del proyecto, pues cada caso tiene su propia estructura.

Además, Felipe comentó que en ciertas ocasiones, los contratos modificados o los contratos que son producto de coordinación entre abogados e ingenieros, carecen de claridad. Esto trae consigo, como consecuencia principal, un obstáculo para el arbitraje, pues complejiza la tarea del tribunal arbitral en la interpretación del contrato. Es decir, ¿Cómo va a entender el tribunal arbitral una cláusula que se contradice con otra? Por ello, la armonía y coherencia de utilizar un contrato FIDIC mitiga el riesgo de cómo el tribunal puede entender el contrato de construcción.

Por su parte, Silvia Martínez refirió que, en la práctica, se presentan problemas cuando los contratos FIDIC son modificados, pues generalmente se introducen cambios que alteran el equilibrio de riesgos. Por lo tanto, cuando se encuentra con un contrato desnaturalizado, se presentan obstáculos en su implementación, interpretación y, en su caso, resolución de controversias.

Luis Enrique agregó que muchas de esas modificaciones no solo presentan inconsistencias en la regulación fáctica de supuestos en el contrato, sino que incluso se integran elementos jurídicos de varios sistemas. Lo anterior obstaculiza la tarea del tribunal arbitral, dado que requerirá de un mayor análisis y estudio

de los componentes del contrato, así como de su interpretación para la resolución de la controversia. Por lo tanto, debe evitarse hacer modificaciones al contrato sin justificación o sin plena consciencia de las posibles consecuencias.

III. BONDADES DE LOS CONTRATOS FIDIC EN UNA CONTROVERSIDA

De acuerdo con Silvia, los contratos FIDIC, al ser contratos estandarizados, permiten encontrar mayor sustento legal o jurisprudencia de la manera en que ciertas controversias se han resuelto, independientemente de la complejidad del proyecto de construcción. Es decir, es posible buscar ese conocimiento desarrollado para, de ser necesario, aplicarlo al caso en concreto.

En ese sentido, Hector menciona que una de las bondades de los contratos FIDIC es que, desde un principio, marcan claramente cómo se va a resolver una posible disputa, así como el balance de responsabilidad en el contrato.

Desde la experiencia de Felipe y Ana Gabriela, una de las cláusulas a las que no se les dedica el tiempo ni atención suficiente en su elaboración, aprobación e implementación, es la cláusula arbitral. Esto es provocado dada la atención que las partes deciden dedicar al resto del contrato, sin considerar los mecanismos que pudiesen evitar un problema futuro. Así, al utilizar un modelo FIDIC, se contemplan los riesgos desde la celebración del contrato, implementando un mecanismo que dé certeza respecto de la resolución de una posible controversia.

IV. PROBLEMAS FRECUENTES CUANDO NO SE TIENE UN CONTRATO FIDIC

Felipe abordó los problemas más frecuentes cuando se tiene un contrato que no es FIDIC. Al respecto, comentó que distingue tres problemáticas principales:

1. La armonía del contrato, pues cuando un grupo de trabajo o de asistencia legal diseña un contrato desde cero, es un reto lograr su claridad.
2. La cultura, toda vez que existe la posibilidad de que asesores legales de culturas distintas incorporen interpretaciones o figuras jurídicas incompatibles.
3. La supervisión en el control de la obra, dado que los contratos no FIDIC contienen inconsistencias en la manera en que se maneja el sistema de supervisión.

Las tres problemáticas anteriores no se encuentran en los contratos FIDIC, toda vez que atienden cada uno de los supuestos al basarse en un sistema estudiado, coherente e implementado exitosamente en contratos de diversa índole.

V. CONCLUSIÓN

El panel sobre límites al copiar y pegar en contratos para proyectos de construcción enfatizó la importancia de no sólo considerar el uso de contratos estándar, sino que exista plena consciencia sobre el contrato que se está firmando. Los contratos estándar, como los proporcionados por FIDIC, ofrecen un marco valioso y reconocido internacionalmente para la gestión de proyectos de construcción, promoviendo la equidad, claridad y eficiencia.

Además, los panelistas reconocieron que la modificación o la mezcla de distintos contratos para la elaboración de uno nuevo, conlleva riesgos significativos, desde la introducción de ambigüedades hasta cambios en la distribución de riesgos, responsabilidades y costos.

La atención de las partes involucradas en la celebración de un contrato de construcción es esencial, ya que la claridad en la redacción, comprensión de las implicaciones y la gestión cuidadosa de cualquier modificación son fundamentales para garantizar la ejecución exitosa del proyecto e, incluso, para evitar obstáculos en el supuesto caso de suscitar una disputa. Por lo tanto, la colaboración, asesoría y atención, son pilares fundamentales para lograr contratos exitosos, armónicos y compatibles en su totalidad.

REVISTA
JURÍDICA
DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la
Perspectiva Iberoamericana

CAM CENTRO
DE ARBITRAJE
DE MÉXICO