

Principales tendencias en un mundo cambiante

Arbitraje Internacional en 2023

Bienvenidos a nuestra revisión anual de las principales tendencias en el arbitraje internacional para 2023.

El 2022 fue otro año desafiante para muchos de nuestros clientes y para la economía global en general. Desde las interrupciones y secuelas causadas por la invasión de Rusia a Ucrania hasta el aumento de los precios de la energía y la inflación, las empresas alrededor del mundo están enfrentando nuevos obstáculos y complejos desafíos jurídicos, muchos de los cuales están impulsando nuevas tendencias en el arbitraje internacional.

En este reporte exploramos las siguientes tendencias clave que según nuestras predicciones influirán en el panorama del arbitraje durante el próximo año. Estas tendencias han sido identificadas por especialistas en arbitraje internacional de nuestra red global para ayudar a clientes y usuarios del arbitraje a planificar los próximos meses.

- Las repercusiones jurídicas y económicas de la invasión de Rusia a Ucrania han afectado significativamente a empresas de una amplia gama de sectores en todo el mundo y se espera que la cantidad de arbitrajes relacionados con Rusia – tanto comerciales como de inversión – aumente. Una planificación estratégica y creativa será fundamental para maximizar la probabilidad de lograr una ejecución exitosa ([Arbitrajes derivados de la invasión de Rusia a Ucrania](#)).
- La significativa interrupción de la cadena de suministro seguirá generando dificultades a los grandes proyectos globales. Esperamos un aumento de las disputas relacionadas con la operación de cláusulas contractuales fundamentales como las de ajuste de precio, fluctuación de divisas y proveedores nominados, así como las partes invocando los

conceptos jurídicos de frustración, fuerza mayor y/o cambio de circunstancias ([La crisis de la cadena global de suministro y el arbitraje de construcción](#)).

- En el sector del GNL, se anticipa que la mayor volatilidad del mercado energético lleve a un aumento de las disputas relacionadas con la determinación del precio del gas y otras disputas contractuales, mientras que los compradores y vendedores intentan navegar las severas fluctuaciones del mercado y los problemas de suministro a los que se enfrenta la industria, así como los efectos de las sanciones y otros problemas políticos ([Se vislumbran disputas de GNL en el horizonte ante la volatilidad del mercado](#)).
- La crisis energética también está afectando el ritmo y avance de los planes de transición energética. Consideramos los desafíos y oportunidades que presenta la transición energética en América Latina, los que se espera den lugar a un incremento en las disputas energéticas en la región durante el próximo año ([Transición energética: el panorama actual en América Latina y qué esperar en 2023](#)).
- El futuro del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) luce incierto ante la cantidad de Estados que han anunciado su intención de retirarse del tratado. Inversores energéticos prudentes querrán considerar opciones alternativas para proteger sus inversiones contra intervenciones gubernamentales ilegítimas ([Retirada del TCE: ¿un paso adelante, dos pasos atrás?](#)).
- Se espera que el impulso hacia la transparencia en el arbitraje internacional continúe con más instituciones arbitrales modificando sus reglamentos para otorgar un mayor acceso público a la información sobre procedimientos arbitrales, incluyendo la existencia de financiamiento por terceros ([Esfuerzos para incrementar la transparencia](#)).
- La diversidad sigue siendo un tema clave en 2023 mientras los esfuerzos para abordar metas amplias de diversidad más allá del género se incrementan. Dos desarrollos importantes marcan el camino para un mayor progreso: la obligación de considerar la diversidad al momento de designar árbitros ha sido consagrada por primera vez en las reglas de arbitraje de dos instituciones; y el lanzamiento del *Equal Representation for Experts Pledge* para abordar la diversidad en la designación de expertos ([El progreso hacia la diversidad continúa afianzándose](#)).
- La tan esperada reforma a la Ley de Arbitraje de 1996 es otro desarrollo clave a prestarle atención en 2023. El resultado de la consulta pública de la Comisión de Derecho que se espera sea publicado en la primera mitad del año revelará cuáles de las propuestas originales sean probablemente adoptadas. Las disposiciones relativas al juicio sumario y a las objeciones jurisdiccionales serán de gran interés para partes comerciales ([Reforma a la Ley de Arbitraje de 1996](#)).
- Tras la aclaración realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el sentido que el *discovery* de la sección 1782 no está disponible en el arbitraje comercial, la incertidumbre respecto de los arbitrajes de inversión se mantiene. Esperamos muchas más decisiones sobre este tema durante el próximo año, a medida que las cortes inferiores se enfrenten a la cuestión de si un tribunal de un arbitraje de inversión es lo suficientemente gubernamental como para acceder al *discovery* de la sección 1782 ([Discovery bajo la sección 1782: más preguntas que respuestas](#)).

- La cantidad de disputas en el sector farmacéutico y de biotecnología (*life sciences*) que se someten a arbitraje va en aumento – en parte debido al crecimiento de la industria farmacéutica y de biotecnología en general, pero también debido a la comprobación de que muchas de las características del arbitraje internacional son apropiadas para la resolución de disputas en este sector ([Arbitraje internacional en el sector farmacéutico y de biotecnología](#)).
- Las consideraciones en materia de ciberseguridad y protección de datos personales siguen ganando importancia en el arbitraje internacional. Esperamos que las partes adopten cada vez más medidas de ciberseguridad y protección de datos personales en sus procedimientos individuales y que las instituciones sigan promoviendo su adopción a través de sus reglas o políticas ([La protección de datos y la ciberseguridad en el arbitraje internacional continúan en la mira](#)).
- Nuestra última tendencia se relaciona con el incremento en la cantidad de disputas tributarias internacionales que se resuelven mediante arbitraje. Ante los desafíos que enfrenta la economía global, esperamos que en el próximo año surjan más ejemplos de políticas impositivas agresivas por parte de gobiernos con dificultades financieras y, por tanto, que más inversores extranjeros reconsideren sus riesgos tributarios y opciones para resolver disputas ([La creciente “internacionalización” de las disputas fiscales](#)).

Si desea discutir cualquiera de los temas cubiertos en este informe, por favor contáctenos, a los autores de las tendencias o a su contacto habitual en Freshfields.

Esperamos navegar con nuestros clientes los desafíos y oportunidades planteados por estos desarrollos durante el próximo año.



Boris Kasolowsky

Co-Director Global de Arbitraje Internacional



Noiana Marigo

Co-Directora Global de Arbitraje Internacional y Co-Directora de la Práctica para América Latina



Ashley Jones

Abogada Senior de Conocimiento

Contenido

_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

01.

Arbitrajes derivados de la invasión de Rusia a Ucrania



Eric Leikin
Socio,
Viena



Alexander Monro
Asociado Principal,
Frankfurt



Mariia Puchyna
Asociada Senior,
Paris

La invasión de Rusia a Ucrania en febrero de 2022 provocó una respuesta jurídica, regulatoria y económica sin precedentes por parte de la comunidad internacional y, a su vez, una serie de contra-sanciones rusas contra los denominados Estados inamistosos. En consecuencia, muchas empresas se vieron forzadas a tomar decisiones rápidas pero de gran alcance y comercialmente difíciles, en un contexto muy cambiante. Inicialmente, las entidades afectadas se centraron en encontrar soluciones comerciales (muchas veces temporales). Sin embargo, ante la baja expectativa de que la guerra en Ucrania o las amplias sanciones adoptadas contra (y por) Rusia terminen en el corto plazo, esperamos que un creciente número de disputas relacionadas con Rusia o Ucrania se sometan a arbitraje en el 2023.

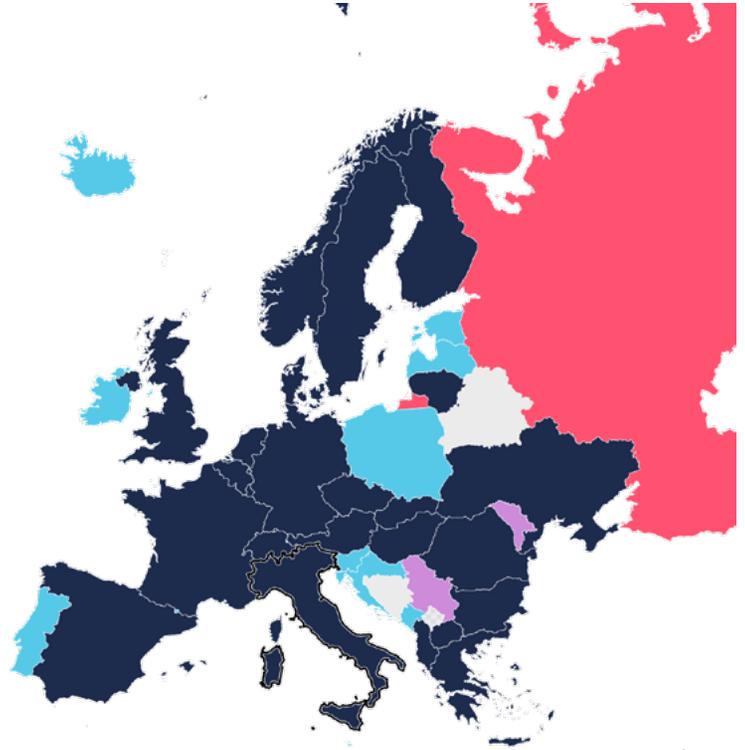
Reclamos inversor-Estado

Muchas importantes empresas globales decidieron, o se vieron forzadas a, abandonar sus operaciones en Rusia. Sin embargo, el gobierno ruso se está asegurando de que la retirada del país no sea para nada sencilla – implementando severas limitaciones a la capacidad de los inversores extranjeros de “Estados inamistosos” de vender sus acciones en subsidiarias rusas y de repatriar legalmente sus capitales. Las empresas que continúan operando en Rusia se enfrentan a restricciones cada vez mayores que suelen causar una fuerte reducción en el valor de sus negocios. Adicionalmente, como resultado de las acciones de Rusia, las empresas que operan en Ucrania también están sufriendo la destrucción o confiscación de sus instalaciones, el desmantelamiento de su mano de obra, la afectación de sus operaciones, y la significativa disminución del valor de sus activos.

A primera vista, puede entenderse que gran parte de la conducta de Rusia viola estándares de protección internacional de inversiones ampliamente reconocidos. Cabe notar, por tanto, que Rusia es parte de 63 tratados bilaterales de inversión (TBIs) en vigor, bajo los cuales los inversores afectados – incluyendo inversores de 28 de los 49 Estados considerados “inamistosos” por Rusia – podrían buscar protección. Sin embargo, salvo algunas excepciones relevantes (por ejemplo, los TBIs con Italia y Francia), la mayoría de los TBIs rusos buscan limitar el alcance de los reclamos que pueden ser sometidos a arbitraje. Por tanto, es importante que los inversores afectados entiendan el alcance de la protección del TBI que les pueda ser aplicable a la luz de sus estructuras corporativas.

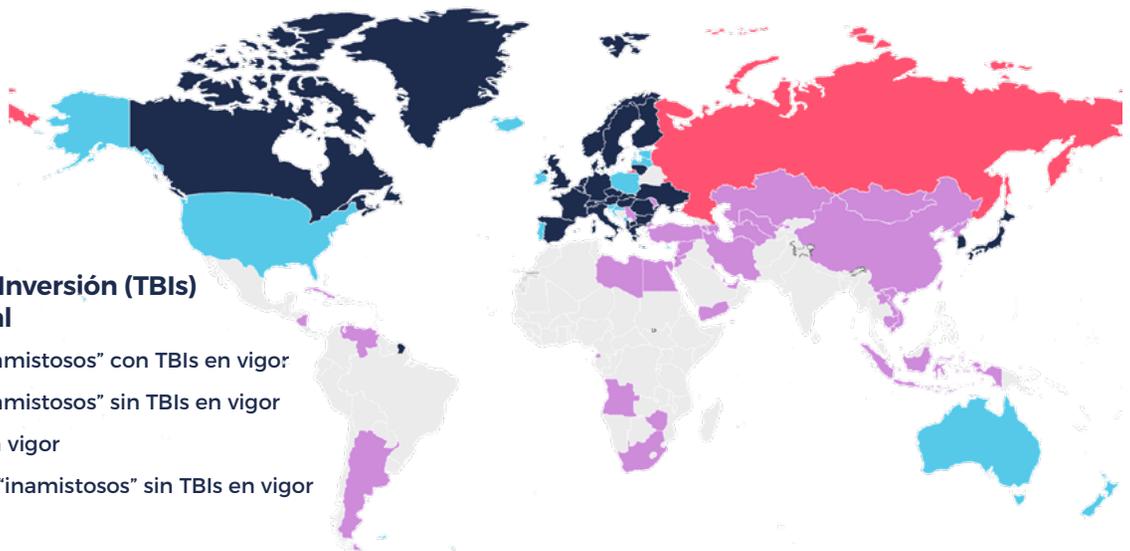
Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) de Rusia con países europeos

- Estados considerados “inamistosos” con TBIs en vigor
- Estados considerados “inamistosos” sin TBIs en vigor
- Otros Estados con TBIs en vigor
- Estados no considerados “inamistosos” sin TBIs en vigor
- Rusia



Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) de Rusia a nivel mundial

- Estados considerados “inamistosos” con TBIs en vigor
- Estados considerados “inamistosos” sin TBIs en vigor
- Otros Estados con TBIs en vigor
- Estados no considerados “inamistosos” sin TBIs en vigor
- Rusia



Los inversores en el sector energético también pueden presentar reclamos contra Rusia bajo el Tratado de la Carta de la Energía (TCE). Varios tribunales arbitrales y cortes – principalmente en el contexto de las disputas de Yukos – han sostenido que Rusia está obligada por la aplicación provisional del TCE. Si bien Rusia anunció su intención de retirarse del TCE en 2009, su *sunset clause* implica que, para las inversiones realizadas antes de dicha fecha, las protecciones del TCE se aplicarán hasta el 2029.

Al día de la fecha, al menos 10 arbitrajes fueron iniciados por inversores afectados por la toma de Crimea por parte de Rusia en 2014 y varios de los demandantes ya recibieron laudos favorables con indemnizaciones sustanciales. Todavía no se han reportado públicamente nuevos arbitrajes de inversión contra Rusia relacionados con su invasión a Ucrania en 2022 o con las contra-sanciones que implementó tras la invasión. Estimamos que esto cambiará en 2023. Si bien probablemente estas demandas arbitrales no serán sencillas (especialmente respecto de las cuestiones de causalidad y cuantía), todavía ofrecen la mejor alternativa disponible para aquellas empresas que sufren daños significativos y pocas perspectivas reales de obtener justicia en el sistema jurídico doméstico de Rusia.



A primera vista, puede considerarse que gran parte de la conducta de Rusia viola estándares de protección internacional de inversiones ampliamente establecidos. Si bien probablemente estas demandas arbitrales no serán sencillas, todavía ofrecen la mejor alternativa disponible para aquellas empresas que sufren daños significativos y pocas perspectivas reales de obtener justicia en el sistema jurídico doméstico de Rusia

Eric Leikin
Socio

Disputas comerciales

La invasión de Rusia a Ucrania ha hecho que el cumplimiento de contratos comerciales existentes sea mucho más difícil o, en algunos casos, jurídica o prácticamente imposible. Ello ha resultado en la suspensión o terminación de numerosos contratos bajo cláusulas contractuales de fuerza mayor, frustración, sanciones y control de exportaciones, así como bajo otras causales legales equivalentes.

Muchas de las disputas resultantes se relacionan con los efectos de las diversas sanciones sobre las empresas, industrias, o productos respectivos – y a la manera en que dichas sanciones han sido evitadas o mitigadas mediante posteriores cambios en las estructuras de propiedad o en los modelos operativos. Más allá de la interpretación de las disposiciones contractuales y legales relevantes, es probable que el resultado de estas disputas dependa de su contexto fáctico particular, incluyendo la conducta de las partes en el período previo al proceso formal de la disputa. Esto acentúa la importancia de órdenes de producción de documentos que potencialmente permiten a una parte probar hechos (por ejemplo, detalles sobre la estructura de propiedad) que actualmente solo son conocidos por la parte contraria.

El particular contexto jurídico en que estas disputas deben ser resueltas también resalta la importancia de tomar decisiones estratégicas para proteger la jurisdicción del tribunal apropiado y la ejecutabilidad de todo laudo que sea emitido. La legislación rusa le confiere jurisdicción exclusiva a las cortes rusas sobre aquellas disputas con personas que han sido objeto de sanciones, autorizando incluso a las cortes a dictar medidas cautelares para impedir que se inicien o continúen procedimientos judiciales o arbitrales en el extranjero contra las personas sancionadas.

Mientras persistan los efectos de la invasión de Rusia a Ucrania, las empresas tendrán que analizar y gestionar cuidadosamente los riesgos asociados a la terminación y/o el incumplimiento de los contratos relacionados con Rusia.

Mirando un año hacia adelante... ejecución

Es probable que tanto los demandantes en arbitrajes de inversión contra Rusia como las partes en arbitrajes comerciales contra empresas rusas enfrenten desafíos a la hora de ejecutar todo laudo que les sea favorable. Para ser claros, hasta que no ocurra un cambio de régimen en Moscú, todo laudo dictado contra Rusia (o contra entidades alineadas con el Estado ruso), o en base al efecto de las sanciones impuestas por Occidente, será extremadamente difícil de ejecutar dentro de Rusia – pero la experiencia muestra que la ejecución de dichos laudos puede lograrse mediante estrategias transfronterizas más creativas.

Por tanto, un aspecto clave a monitorear será el desarrollo de mecanismos domésticos e internacionales interconectados para hacer uso de la enorme cantidad – actualmente estimada en al menos US\$330.000 millones – de activos relacionados con Rusia que han sido congelados en el extranjero. Si el 2023 resulta ser, como estimamos, el año de los reclamos arbitrales relacionados con Rusia, el 2024 puede ser el año de las acciones de ejecución relacionadas con Rusia. Estén atentos.

02.

La crisis de la cadena global de suministro y el arbitraje de construcción



Tom Hutchison
Consejero,
Londres



Matei Purice
Director de Litigios de
Proyectos Globales en
Europa Continental,
París



Jon Gilbert
Consejero,
Londres

Los grandes proyectos de construcción dependen de cadenas de suministro complejas que pueden abarcar numerosas jurisdicciones en múltiples continentes y sus disrupciones pueden tener un impacto significativo, y generalmente costoso, en la ejecución del proyecto. Con un foco cada vez mayor en las cadenas de suministro de propietarios/operadores y contratistas por igual, sus disrupciones se están convirtiendo en una causa cada vez más frecuente de disputas en proyectos globales, en una tendencia que estimamos no dejará de aumentar a lo largo del 2023.

Factores clave que contribuyen a la crisis global en la cadena de suministro

Desde su comienzo, la pandemia COVID-19 causó severas disrupciones en la gestión y ejecución de proyectos de construcción, así como en la sostenibilidad financiera y de la cadena de suministro de los mismos. Si bien el impacto de la pandemia se ha visto considerablemente (aunque no totalmente)

disminuido, los acontecimientos globales que acontecieron durante el 2022 agravaron aún más la crisis en este sector. En particular, la invasión de Rusia a Ucrania y las sanciones internacionales adoptadas, que llevaron a un aumento en los precios de la energía y las materias primas a nivel global y a una alta inflación, tuvieron un impacto sustancial en el sector. Junto a las presiones en los costos como resultado de las fluctuaciones globales en las divisas, estos factores han agravado la situación de la cadena global de suministro que de por sí ya era desafiante.



Sin una resolución inmediata a la vista, esperamos que los factores derivados de la invasión de Rusia a Ucrania sigan ejerciendo presión en las cadenas de suministro durante el 2023, lo que llevará a un aumento de los riesgos de ejecución de proyectos y a potenciales disputas.

Tom Hutchinson
Consejero



El mayor escrutinio sobre las cadenas de suministro con relación a los requisitos de revelación y reporte, especialmente con relación a los estándares medioambientales, sociales y de gobernanza (ESG por sus siglas en inglés), también podrá tener un impacto (al menos en el corto a mediano plazo) mientras que los propietarios, contratistas y proveedores se adaptan a los nuevos criterios de cumplimiento que se están introduciendo en diversas formas globalmente. Un ejemplo de ello es la Ley de Diligencia Debida de la Cadena de Suministro de Alemania que obliga a las empresas a cumplir con ciertos estándares en materia de derechos humanos y medioambiente en sus operaciones y cadenas de suministro (véase nuestro blog [aquí](#)) – una normativa similar ha sido propuesta por la UE en la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (véase nuestro blog [aquí](#)). Adicionalmente, el aumento en la demanda de soluciones más ecológicas por parte de los consumidores también presionará a las cadenas de suministro en su transición para adaptarse a dichas exigencias.

¿Qué implica la interrupción de la cadena de suministro en la práctica?

La interrupción de la cadena de suministro tiene el potencial para retrasar el avance de obras y en última instancia la finalización de un proyecto, por ejemplo cuando los materiales o componentes necesarios ya no están disponibles, los plazos para producirlos aumentan o la entrega lleva más tiempo. La interrupción de la cadena de suministro también puede incrementar los costos, ya que los materiales o componentes tienen que ser obtenidos a un precio superior al previsto originalmente, o incluso puede ser necesario obtener un material o componente alternativo y más caro para el proyecto.

El acero, el cobre y la madera son ejemplos de materiales de construcción cuyo suministro se ha visto recientemente interrumpido. Con relación a los componentes, algunos ejemplos son las turbinas necesarias para los proyectos eólicos *offshore* y las baterías de almacenamiento de sílice necesarias para los proyectos solares. El suministro de equipamiento especializado, energía, petróleo y otros combustibles y la logística también se pueden ver impactados. El costo y la disponibilidad de mano de obra también se pueden ver afectados por muchos de los factores que causan interrupciones en la cadena de suministro.





Las presiones indicadas más arriba también pueden incrementar el riesgo de insolvencia a lo largo de la cadena de suministro, incluyendo potenciales quiebras de proveedores y subcontratistas clave, una tendencia que ya comentamos en nuestro [Informe de Tendencias 2021](#), pero que continúa siendo un riesgo de igual, o incluso mayor, magnitud en el contexto actual.

Históricamente, los contratistas que celebraban contratos de construcción a suma alzada generalmente podían y estaban dispuestos a asumir el riesgo de pequeños incrementos en los costos y/o atrasos menores causados por disrupciones en la cadena de suministro – de hecho, dichos riesgos ya habrían sido reflejados en el precio o en el cronograma de las obras. Sin embargo, ello es comercialmente viable solo hasta cierto punto, como quedó claro durante la pandemia COVID-19.

Impacto sobre el arbitraje: aumento de los reclamos

Dada la gravedad de la disrupción que estamos experimentando en la cadena de suministro, esperamos que surjan disputas relacionadas con la posibilidad de los contratistas de reclamar mayores plazos y/o el reembolso de costos adicionales bajo los términos de sus contratos.

Anticipamos un aumento en la invocación de (y en las disputas relacionadas con la operación de) cláusulas vinculadas a lo siguiente.

- **Aumento de precios:** históricamente, estas cláusulas no eran un punto de particular relevancia en los contratos de construcción, pero ante la realidad económica actual, su uso (y por tanto la necesidad de incluirlas en los contratos) vuelve a ser clave (véase nuestro blog [aquí](#)).
- **Fluctuación de divisas:** estas cláusulas pueden ser útiles cuando el costo de los materiales y de la mano de obra está en una moneda diferente a la del precio del contrato.
- **Variaciones:** una empresa puede intentar mitigar los efectos de la disrupción mediante la modificación de los términos contractuales, como por ejemplo modificando las especificaciones para permitir el uso de un componente diferente.
- **Proveedor designado:** una cláusula que obligue al contratista a utilizar un determinado proveedor (o a elegir entre un número limitado de proveedores designados) puede afectar su capacidad para mitigar el impacto de la disrupción en la cadena de suministro.



Durante el último año hemos observado una mayor atención a la incorporación y operación de cláusulas de aumento de precios, fluctuación de divisas y designación de subcontratistas/proveedores – una tendencia que estimamos continuará en 2023

Matei Purice

Director de Litigios de Proyectos Globales en Europa Continental

Es probable que conceptos jurídicos como frustración, fuerza mayor, imprevisión o cambio de circunstancias también se tornen más relevantes para evitar las consecuencias del atraso en el (o la falta de) cumplimiento como resultado de las disrupciones en las cadenas de suministro. También es probable que se pongan a prueba las cláusulas de cambio de legislación a la luz de las sanciones y de las obligaciones de ESG (incluyendo aquellas relacionadas con el monitoreo de la cadena de suministro y el cambio climático) cuando haya un impacto material en la capacidad de utilizar proveedores específicos o designados. Dicho eso, esperamos que su uso exitoso siga estando limitado a casos puntuales y excepcionales.

Mirando hacia adelante: potenciales soluciones para limitar los riesgos generados por la disrupción en la cadena de suministro

Las medidas prácticas que las partes pueden adoptar para reducir el impacto de la disrupción en la cadena de suministro global incluyen las siguientes.

- Relocalizar (*reshore*), acercar (*near shore*) o diversificar la base de suministro. Un ejemplo de ello es la estrategia “China, más uno”, es decir, establecer un proveedor adicional fuera de China. También es frecuente que se impongan requisitos de utilización de suministros locales (*onshoring*) en proyectos de

transición energética respaldados por los Estados para asegurar beneficios económicos domésticos.

- Aprovechar las nuevas tecnologías, como por ejemplo las cadenas digitales de suministro (*DSNs* por sus siglas en inglés) que brindan datos en tiempo real sobre disponibilidad y movimiento de materiales. Las mismas pueden alertar tempranamente a las partes sobre potenciales problemas en la cadena de suministro, ganando de esta forma más tiempo para reaccionar.
- Considerar estructuras alternativas de contratación. Los *stakeholders* de un proyecto deberían considerar la adopción de estructuras alternativas tales como contratos de asociación y alianza que puedan ayudar a contrarrestar algunos de los riesgos derivados de la crisis en la cadena de suministro global (véase nuestro blog [aquí](#)).



Asegurar la resiliencia de las cadenas de suministro seguirá siendo un imperativo empresarial en el futuro cercano. Las partes tendrán que pensar cuidadosamente cómo hacer frente a las diversas presiones, desde la inflación hasta la insolvencia, y prepararse para una mayor inestabilidad geopolítica. El reciente contexto de crisis continua dará forma a las disputas durante los próximos años

Erin Miller Rankin

Socia

03.

Se vislumbran disputas de GNL en el horizonte ante la volatilidad del mercado



Joaquin Terceño

Socio,
Tokio



Yuri Mantilla

Asociado Senior,
París



Shannon O'Neill

Asociada Senior,
Londres

Durante los últimos tres años hemos experimentado cambios e incertidumbre en casi todos los aspectos de nuestras vidas, debido a los estragos causados en los mercados alrededor del mundo por la pandemia COVID-19 y los conflictos políticos.

La energía ha sido una de las áreas más afectadas, particularmente el gas, cuyos precios han fluctuado salvajemente en todo el mundo durante estos últimos tres años. La pandemia COVID-19 llevó a bajas drásticas debido a la caída en la demanda durante los confinamientos, luego los precios subieron rápidamente en 2021 como resultado de la creciente demanda que llevó a una escasez de suministro, y los precios volvieron a subir en 2022 luego de que la invasión de Rusia a Ucrania provocara un fuerte descenso en las entregas de gas ruso, mientras que mercados clave experimentaban un mayor consumo de gas como consecuencia de la menor generación eléctrica proveniente de otras fuentes como la nuclear y la hidroeléctrica.

Mientras que los compradores alrededor del mundo corrían a asegurarse fuentes alternativas de gas, el precio del gas natural licuado (GNL) se disparó. La Agencia Internacional de la Energía informó que en el tercer trimestre del 2022 el costo del GNL alcanzó su nivel más alto desde 2008 en Estados Unidos y estaba en su máximo histórico en Europa y Asia. De hecho, entre principios del 2020 y mediados del 2022, los precios del GNL se multiplicaron por más de 40 en Europa y por más de 20 en Asia. Si bien los precios han bajado desde sus picos de mediados de 2022, todavía siguen siendo elevados y se espera que su volatilidad continúe ante las proyectadas fluctuaciones en su suministro y demanda.

Estas circunstancias han llevado a un aumento de las disputas derivadas de contratos de GNL, los que normalmente incluyen cláusulas arbitrales y por tanto han traído al arbitraje a un primer plano. En particular, los últimos años han mostrado un aumento en los arbitrajes relacionados con revisiones de precio y obligaciones de suministro, una tendencia que seguramente continúe.

Las cláusulas de revisión de precio se incluyen en los contratos de suministro de GNL para darle a las

partes flexibilidad para ajustar sus acuerdos en base a las fluctuaciones del mercado, indicando los requisitos procesales y sustantivos necesarias para dicha revisión. Si bien Europa no es ajena a los arbitrajes relacionados con el precio del gas, disparados primero por la desregulación del mercado del gas en la UE en 1998 y luego por la reducción de la demanda europea y el exceso de oferta estadounidense tras la crisis financiera global de 2008, la volatilidad del mercado en los últimos años ha llevado a un aumento de los arbitrajes relacionados con revisiones de precios especialmente en la región Asia-Pacífico, donde antes eran poco frecuentes.

Los altos precios del GNL implican que los vendedores recurrirán a las cláusulas de revisión de precio en sus contratos de largo plazo para obtener revisiones al alza, mientras que los compradores se verán presionados a mantener los costos bajos y resistir cualquier aumento de precio. Ante estas posiciones diametralmente opuestas y la incertidumbre respecto de la evolución del mercado del gas, las probabilidades de que las partes acuerden alzas de precio amistosamente parecen ser muy bajas, por lo que esperamos ver un incremento global en la cantidad de arbitrajes relacionados con revisiones de precio.

Las severas fluctuaciones del mercado y la incertidumbre respecto del suministro también incentivan la inclinación a terminar o renegociar contratos de suministro de GNL existentes para beneficiarse de precios de mercado más altos y asegurar fuentes alternativas de suministro, ante la dificultad de cumplir con las obligaciones de entrega ante la escasez de suministro. Es cada vez más frecuente que los vendedores no entreguen la totalidad o al menos parte del GNL al que estaban obligados bajo contratos de largo plazo, generalmente justificándose en problemas operativos y logísticos

(como la falta de, o problemas con la, infraestructura), fuerza mayor, excesiva onerosidad superviniente y/o sanciones. Esto agrava aún más la crisis de suministro, ya que los compradores tratarán de obtener GNL de reemplazo para cumplir con sus propias obligaciones ante consumidores *downstream*. Las disputas surgen cuando las partes buscan atribuirse responsabilidades y discuten quién debe asumir el riesgo contractual.

Los vendedores también están buscando desviar cargamentos de GNL desde compradores existentes bajo contratos de largo plazo hacia nuevos compradores dispuestos a pagar más. Dado que los vendedores normalmente están sujetos a deberes de maximizar los beneficios para sus accionistas, éstos pueden considerar necesario alcanzar acuerdos más lucrativos para suministrar a terceros bajo contratos negociados en las condiciones de mercado más favorables que existen actualmente y aceptar las consecuencias de un incumplimiento contractual, en lugar de cumplir con los compromisos asumidos bajo sus contratos de largo plazo existentes. Esto lleva a más disputas, incluyendo aquellas relativas a si existe o no un derecho contractual a venderle a otros compradores y, en caso afirmativo, a quién se le debe dar prioridad.

Es probable que estas disputas lleven a que los compradores busquen la ejecución forzada de sus obligaciones contractuales y/o la recuperación de los daños que excedan los daños liquidados en el contrato u otras limitaciones allí establecidas (especialmente cuando el vendedor se negó a entregar el producto para obtener ganancias oportunistas). También podrán surgir disputas cuando los vendedores violen los derechos de los compradores a una flexibilidad incremental (esto es, el derecho a solicitar mayores cantidades durante un periodo determinado) y a desviar carga, en caso de que ello se haya establecido contractualmente, ya que los

compradores tendrán el incentivo de recibir las cantidades adicionales a un precio contractual más bajo para almacenarlas y/o revenderlas a un precio de mercado superior. Como ya se indicó más arriba, los vendedores podrían invocar las cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad superviniente para justificar incumplimientos en sus entregas.

El arbitraje, con su énfasis en la confidencialidad y la posibilidad de designar árbitros con experiencia sectorial relevante, está bien posicionado para resolver las disputas que surjan de la “tormenta perfecta” de fluctuaciones en los precios, crisis de suministro y cuellos de botella, infraestructura inadecuada y sanciones. El aumento que estamos observando en las disputas no solo sirve de advertencia a las partes que aún no las están enfrentando, sino también como recordatorio de la posición privilegiada del arbitraje – privado, flexible y ejecutable internacionalmente – para resolverlas.



La volatilidad del mercado energético y la inestabilidad política del mundo actual están transformando las relaciones contractuales para la venta de GNL, y esperamos ver disputas derivadas de esta disrupción en casi todos los rincones del planeta, a medida que compradores y vendedores buscan formas creativas de mejorar sus posiciones

Joaquín Terceño
Socio

04.

Transición energética: el panorama actual en América Latina y qué esperar en 2023



Nigel Blackaby KC
Socio,
Washington D.C.



Caroline Richard
Socia,
Washington D.C.



Natalia Zibibbo
Consejera,
Nueva York

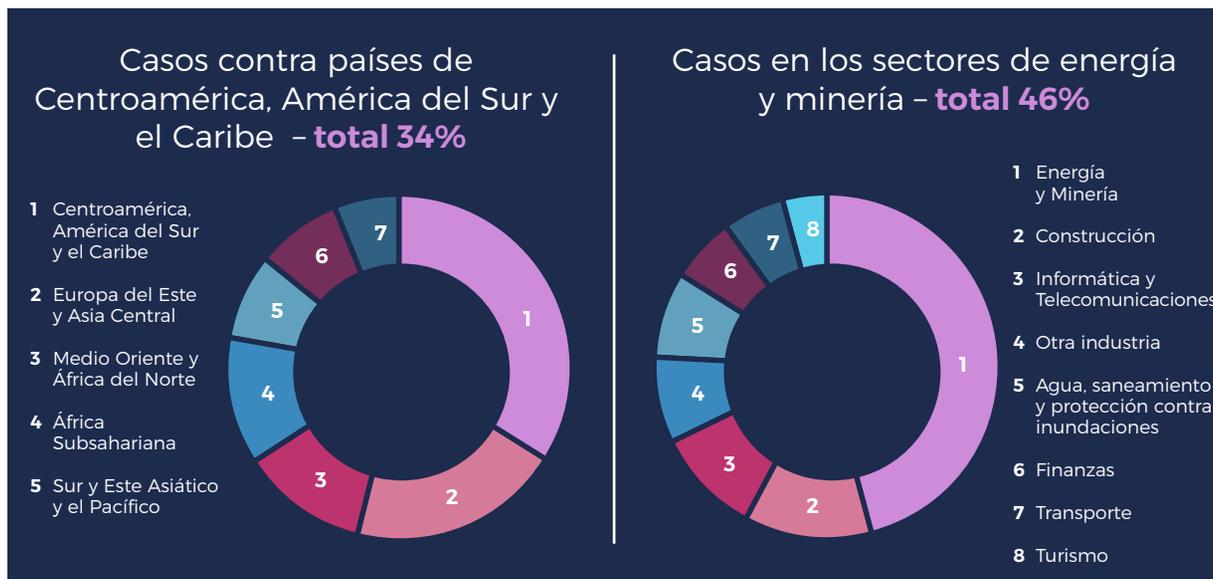


Juan Pomes
Asociado Senior,
Washington D.C.

A medida que dejamos atrás la crisis global creada por la pandemia COVID-19, los gobiernos y la sociedad civil se vuelven a enfocar en cumplir con los objetivos climáticos y de desarrollo sostenible, para los cuales la transición energética es clave.

En América Latina, la transición presenta tanto oportunidades como desafíos, los cuales probablemente aumenten la cantidad de

disputas relacionadas con la energía en la región durante el 2023. Las disputas en este sector se suelen resolver mediante arbitraje, incluyendo arbitraje de inversión. Según el último informe del CIADI, casi la mitad de los casos del CIADI en 2022 estuvieron relacionados con los sectores de energía y minería; y uno de cada tres casos registrados involucraron a países de Centroamérica, América del Sur o el Caribe.



Los esfuerzos para incentivar la inversión en generación de energía limpia en América Latina durante la última década han dado resultados positivos. Entre 2015 y 2020, los países latinoamericanos incrementaron su capacidad de energía renovable en un 33 por ciento. Por ejemplo, Costa Rica y Uruguay ya son prácticamente autosuficientes en materia energética gracias al desarrollo de las renovables. Asimismo, 15 países de la región se han comprometido a satisfacer el 70 por ciento de su demanda eléctrica a partir de fuentes de energía renovable para el 2030. Estos países forman parte de la iniciativa Renovables en Latinoamérica y el Caribe (RELAC) creada a fines de 2019 en el marco de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre la Acción Climática. Sus miembros son Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. En este contexto, los gobiernos latinoamericanos han establecido regímenes regulatorios específicos para atraer la inversión extranjera al sector. La derogación de dichos regímenes, o la introducción de cambios regulatorios significativos en los mismos, puede violar las protecciones otorgadas a los inversores bajo tratados internacionales de inversión y de libre comercio.

Esta transición se verá impactada por los recientes acontecimientos que causaron disrupciones en los mercados energéticos internacionales, tales como la pandemia COVID-19 y la invasión de Rusia a Ucrania, los cuales causaron que los precios de los combustibles fósiles se dispararan. Varios países latinoamericanos aprovecharon la oportunidad para invertir en sus industrias de petróleo y gas (O&G por sus siglas en inglés). Esto podría motivar a los gobiernos a suspender sus políticas de energía verde, lo que potencialmente podría dar lugar a nuevas disputas.

Por ejemplo, bajo el liderazgo del presidente López Obrador, el gobierno mexicano está revirtiendo sus políticas para promover la inversión privada en energías

renovables para reimponer el predominio de empresas estatales como Pemex (O&G) y CFE (electricidad) en el sector energético. Dado que estas empresas estatales están dominadas principalmente por el desarrollo de combustibles fósiles y (en el caso de CFE) centrales térmicas, en los hechos la transición hacia energías más limpias se encuentra estancada. Los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables podrían poner a México en una posición similar a la de España e Italia, países que enfrentaron múltiples reclamos bajo tratados de inversión tras revocar los incentivos otorgados al sector de las energías renovables.

El recientemente reelecto presidente brasileño Lula ha indicado una tendencia similar a la de México y busca que Petrobras (la empresa estatal de O&G) recupere su posición como líder de mercado en esta industria, especialmente en operaciones de *downstream*. Este sector puede esperar un aumento de la inversión pública. Una Petrobras más agresiva y la actual volatilidad de los precios del petróleo probablemente provocarán disputas comerciales. Dado que las empresas energéticas brasileñas han optado en general por resolver sus disputas mediante arbitraje, podemos esperar un aumento de los arbitrajes energéticos con sede en Brasil.

También están surgiendo otras tensiones como consecuencia de los cambios políticos. Por ejemplo, Colombia es uno de los principales exportadores de carbón del mundo y actualmente lo está haciendo a niveles récord. En igual sentido, se ha convertido en exportador de petróleo y gas a través de la empresa energética estatal Ecopetrol. Sin embargo, el recientemente electo presidente Petro ha declarado públicamente su feroz oposición a las industrias de O&G y minería, incluyendo compromisos de no conceder nuevas licencias de exploración y no desarrollar el *fracking*, lo que tendría un fuerte impacto sobre los ingresos del Estado. Ello está siendo compensado parcialmente por una importante reforma fiscal que ha

umentado la carga tributaria sobre los recursos naturales (por ejemplo, estableciendo que las regalías no son deducibles tributariamente).

En contraste con la posición de Colombia, Argentina ha adoptado el *fracking* y está buscando aumentar la producción de O&G en su megayacimiento, Vaca Muerta, el cual cuenta con la segunda mayor reserva de gas *shale* y el cuarto mayor depósito de petróleo *shale* del mundo. Las preocupaciones medioambientales sobre la explotación *shale* pueden dar lugar a disputas. Junto a Bolivia y Chile, Argentina también ha buscado ampliar la minería de litio – el litio es clave para la transición energética y seguramente estará en el centro de atención durante el 2023. Atendiendo a los impactos medioambientales asociados a la explotación *shale* y la minería del litio, así como la importancia estratégica de este último (por ejemplo, recientemente México nacionalizó el litio), es probable que en el futuro cercano veamos disputas relacionadas con el litio en la región.

Por último, la sed global por la energía puede tener un efecto positivo para los inversores en Venezuela. La actual situación geopolítica que cortó el petróleo ruso de los mercados internacionales le ha permitido a Venezuela reanudar sus relaciones diplomáticas con algunos países, entre ellos Colombia y España. También se han concedido autorizaciones a empresas petroleras europeas para comerciar con petróleo venezolano. Si Estados Unidos decide aflojar aún más las sanciones, es posible que Venezuela busque un nuevo flujo de inversión extranjera en el sector.

En resumen, América Latina se encuentra en una encrucijada. Siendo una región donde la riqueza de muchos países depende de la explotación de recursos naturales (incluyendo la minería de carbón a gran escala y la explotación de petróleo y el gas), la transición energética presenta un desafío único. Algunos países como México y Brasil parecen estar profundizando su

dependencia histórica en los combustibles fósiles, mientras que otros como Colombia parecen haber aceptado la necesidad de una transición a pesar de sus probables costos. Teniendo en cuenta que las disputas florecen en tiempos de transición, así como la preferencia de América Latina por resolver disputas mediante arbitraje, esperamos que la región genere muchos nuevos casos en 2023.

05.

Retirada del TCE: ¿un paso adelante, dos pasos atrás?



Carsten Wendler
Socio,
Frankfurt



Marta Garcia Bel
Asociada Senior,
Milán



Gregorio Pettazzi
Asociado Principal,
Frankfurt

En 2022, varios Estados miembros de la UE anunciaron su intención de retirarse del TCE. Ello se produjo cuando se acababa de concluir el proceso de modernización del TCE iniciado en 2017 – solo quedaba pendiente la votación para adoptar el texto modernizado. Atendiendo a los retiros anunciados, la votación se pospuso para abril de 2023. ¿En qué situación se encuentran los inversores?

Con el objetivo de alinear sus obligaciones bajo el TCE con sus nuevas estrategias de transición energética y cambio climático, las 53 Partes Contratantes del TCE llegaron en principio a un acuerdo para modernizarlo. La propuesta incluye (i) una lista revisada de inversiones energéticas protegidas, (ii) la exclusión de arbitrajes intra-UE, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, y (iii) un mecanismo de exclusión que permite a los Estados excluir a las nuevas inversiones en combustibles fósiles de la protección del tratado.

La propuesta también reafirmaba el derecho de los Estados a adoptar medidas para la protección del medio ambiente e impulsar la transición energética. Sin embargo, parece que varios Estados miembros de la UE ahora adoptaron la posición de que estos logros no son suficientes.

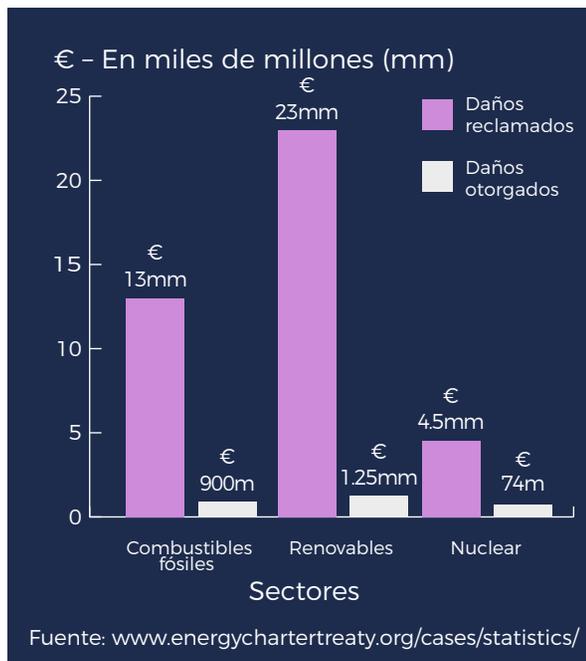
¿Por qué los Estados de la UE están abandonando el TCE?

Los llamados a modernizar el TCE se produjeron luego de que los Estados recibieran muchos reclamos de inversión atacando sus medidas medioambientales y políticas climática. En 2012, la sueca Vattenfall

demandó a Alemania por su abandono progresivo de la energía nuclear tras el incidente en Fukushima.

Los Países Bajos se enfrentaron a una situación similar cuando decidieron implementar su política de abandono del carbón, bajo la cual planean eliminar progresivamente todas las centrales eléctricas de carbón para el 2029. Se ha reportado que las empresas alemanas RWE y Uniper le están reclamando daños de aproximadamente €2.500 millones al Estado holandés bajo el TCE. Más recientemente, un tribunal arbitral condenó a Italia a pagar €190 millones más intereses a la empresa inglesa de petróleo y gas Rockhopper por haber prohibido la exploración y explotación de concesiones petroleras en la costa adriática debido a preocupaciones medioambientales.

Sin embargo, el TCE no solo protege inversiones convencionales. La gran mayoría de los reclamos



contra Estados miembros de la UE fueron realizados por inversores en energías renovables. Desde 2010, España, Italia, República Checa, Alemania y Francia – entre otros – se han enfrentado a más de 60 arbitrajes de inversión por más de €10.000 millones luego de recortar o revisar incentivos a los productores de energías renovables.

Esta oleada de reclamos de inversión planteó la cuestión del equilibrio entre la protección de inversiones y el derecho de los Estados a regular para perseguir sus objetivos de política pública, especialmente aquellos relativos a la transición energética y el cambio climático. La redefinición de este equilibrio era uno de los objetivos mismos del proceso de modernización del TCE.

Sin embargo, algunos Estados miembros de la UE parecen no estar satisfechos con el resultado alcanzado. Dichos Estados consideran que la reforma propuesta es insuficiente. En este contexto, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia y España anunciaron el año pasado su intención de retirarse del TCE. Poco después, el Parlamento Europeo incluso hizo un llamado a la retirada coordinada de todos los Estados miembros de la UE.

¿Qué futuro le depara al TCE y cuál es la posición de los inversionistas?

Los retiros del TCE gatillan la aplicación de la llamada *sunset clause*. Dicha cláusula del TCE extiende la protección otorgada a las inversiones existentes (incluyendo las realizadas en fuentes de energía convencionales) por un periodo de 20 años contados desde el retiro.

Es por esto que la UE busca un retiro coordinado del TCE por parte de sus Estados miembros, en un intento de neutralizar la aplicación de su *sunset clause*. Sin

embargo, los efectos jurídicos de dicho retiro coordinado están lejos de ser claros bajo el derecho internacional. Quedará en manos de los tribunales arbitrales determinar si – tras un retiro coordinado de los Estados miembros de la UE – la *sunset clause* del TCE aplica o no a inversiones realizadas con anterioridad en dichos Estados miembros.

Ante este potencial cambio importante en el panorama europeo de la inversión energética, los inversores en el sector energético de la UE deben considerar detenidamente una serie de factores que les permitan asegurarse la protección de sus inversiones contra la intervención ilegítima de los gobiernos.

- **Estructuración de inversiones para asegurar una protección jurídica óptima:** los inversores deben evaluar cuidadosamente cómo estructurar y/o reestructurar sus inversiones en la UE. Puede ser recomendable invertir desde una entidad situada en una jurisdicción fuera de la UE (por ejemplo, Suiza o el Reino Unido) que tenga buenos tratados de protección de inversiones vigentes con el Estado miembro de la UE en el que se realiza la inversión.
- **Evaluación de instrumentos alternativos para proteger sus derechos:** los inversores deben considerar la posibilidad de celebrar o modificar contratos de inversión con el Estado relevante miembro de la UE – o con una de sus agencias – a efectos de incluir cláusulas arbitrales y protecciones sustantivas en dichos instrumentos. Es fundamental que la sede del arbitraje esté situada fuera de la UE. Adicionalmente, los inversores deben evaluar con cuidado las protecciones legales alternativas específicamente disponibles para sus inversiones – bajo el derecho doméstico, el derecho de la UE, otros tratados de protección de inversiones o la Convención Europea de Derechos Humanos.

- **Aprovechamiento de sus posiciones para una negociación:** el costo de los procedimientos arbitrales y el riesgo reputacional pueden incentivar a los Estados a llegar a un acuerdo en sus disputas de inversión. El arbitraje de Vattenfall contra Alemania es un buen ejemplo de ello, dado que las partes arribaron a un acuerdo por más de €1.400 millones en lugar de una decisión del tribunal. Por tanto, los inversores deben estar siempre preparados para aprovechar su posición en negociaciones con Estados y entidades estatales a efectos de mitigar el riesgo propios de un litigio.



Los inversores energéticos deben prepararse para el anunciado retiro de varios Estados miembros de la UE del TCE. El riesgo de quedarse sin una protección jurídica adecuada ante la intervención gubernamental – especialmente en determinados países – es demasiado alto. La situación específica de cada inversión debe ser evaluada cuidadosamente con el fin de asegurar una protección jurídica óptima y mitigar riesgos lo más que se pueda

Carsten Wendler
Socio

06.

Esfuerzos para incrementar la transparencia



**Noah
Rubins KC**

Socio,
París



**Rohit
Bhat**

Líder de Resolución de
Disputas para India,
Singapur



**Ezequiel
Vetulli**

Asociado Senior,
Nueva York

Uno de los rasgos distintivos del arbitraje es la confidencialidad del proceso. En los últimos tiempos, sin embargo, hemos visto mayor énfasis en la transparencia de los procedimientos, tanto en arbitrajes de inversión como comerciales. Durante el 2022, algunas de las principales instituciones arbitrales modificaron sus reglamentos para aumentar la publicidad de la información sobre procedimientos arbitrales. Estos cambios evidencian una tendencia favorable a la publicación de laudos, órdenes procesales e incluso las presentaciones escritas de las partes como regla aplicable por defecto, cuya aplicación las partes deben excluir expresamente para lograr el nivel de confidencialidad que hasta ahora era considerado estándar. Las modificaciones a los reglamentos también refuerzan otra nueva tendencia que exige la revelación de ciertos aspectos de los acuerdos de financiamiento por parte de terceros

Anticipamos que estas iniciativas tendientes a brindarle mayor transparencia al proceso cobrarán aún más fuerza en el 2023 y más instituciones arbitrales seguirán este camino.

Publicación de los laudos

Una de las cuestiones centrales que se debate en materia de arbitraje de inversiones es, precisamente, la necesidad de aumentar su transparencia. En los últimos años, la comunidad arbitral se ha esforzado por atender esas exigencias. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado reflejan esta tendencia.

- **CIADI:** en 2022, el CIADI modificó sus reglas de arbitraje e introdujo un capítulo dedicado a la transparencia. La Regla 62, que contiene las modificaciones clave en materia de transparencia, ahora establece que “todo laudo, decisión suplementaria sobre un laudo, de rectificación, de aclaración, y de revisión de un laudo y toda decisión sobre anulación” se publicará automáticamente a menos que una parte se oponga por escrito en el plazo de 60 días. Esta disposición consagra una regla inversa a la anterior, bajo la cual todas las partes debían prestar su consentimiento expreso para

publicar laudos y decisiones. Además, la Regla 63 disponen la publicación por defecto de las resoluciones procesales y la Regla 64 autoriza la publicación de los escritos y documentos de respaldo presentados por las partes con su consentimiento. La nueva Regla 65 también establece la presunción de que las audiencias serán públicas a menos que una de las partes se oponga a ello.

- **CIRD:** el Reglamento de Arbitraje CIRD 2021 también introdujo cambios al régimen de confidencialidad de esa institución. Si bien se trata de cambios menos robustos que los de las nuevas Reglas del CIADI, el Artículo 40(3) del Reglamento del CIRD ahora establece que el CIRD “podrá” publicar el texto completo de un laudo si obtiene el consentimiento de las partes. El Artículo 40(4) permite al CIRD publicar versiones anonimizadas de los laudos, órdenes, decisiones y resoluciones, a menos que una parte se oponga dentro del plazo de seis meses.
- **CCI:** en enero de 2021, la CCI publicó una nota a las partes en la que destacó su esfuerzo por lograr una mayor transparencia, y dispuso que todos los laudos finales emitidos a partir del 1 de enero de 2019 están tentativamente sujetos a publicación. En abril de 2021, la CCI colaboró con *Jus Mundi* – una conocida plataforma de investigación legal – para ofrecer acceso público irrestricto a todos los laudos publicables de la CCI. En 2022, la CCI y *Jus Mundi* ampliaron su alianza, brindándole a *Jus Mundi* acceso a la biblioteca de resolución de controversias de la CCI, que cuenta con más de 7.500 documentos, incluyendo laudos arbitrales.

Estas innovaciones seguramente tendrán un impacto positivo sobre la legitimidad del proceso arbitral. En particular, el acceso a más precedentes contribuirá a la consistencia y predictibilidad de las decisiones,

fomentará que las partes interesadas rindan cuenta de sus acciones, mejorará el proceso de selección de árbitros y reducirá el riesgo de potenciales conflictos de intereses. Es importante destacar que las partes retienen la potestad de impedir la publicación cuando hay razones de confidencialidad imperantes, preservando así una de las ventajas comparativas que el arbitraje ofrece a muchas empresas.

Financiamiento del arbitraje por terceros

Las instituciones arbitrales están evaluando la adopción de enmiendas a sus reglamentos para abordar cuestiones relacionadas al financiamiento del arbitraje por terceros, una práctica cada vez más extendida. En nuestro [Informe de Tendencias 2022](#) señalábamos que, si bien varios reglamentos como los de la CCI, Delos y HKIAC habían establecido la obligación de revelar el financiamiento recibido de terceros, aún no existía un consenso generalizado en la materia. Desde entonces, otras instituciones arbitrales han adherido a esta posición y han introducido disposiciones exigiendo la revelación de financiamiento por parte de terceros.

La Regla 14 de las Reglas del CIADI de 2022 exige la revelación continua de la existencia de acuerdos de financiamiento por parte de terceros, en particular, la identidad del financista y de sus dueños controlantes. De igual manera, el Reglamento de Arbitraje del CIRD de 2021 exige a las partes revelar la identidad y naturaleza de cualquier tercero financista, incluyendo “si alguna persona que no es parte del arbitraje tiene un interés económico en el resultado del arbitraje”, lo que podría incluir, por ejemplo, aseguradoras, casas matrices, o dueños beneficiarios finales.

Otros nuevos reglamentos que obligan a revelar los acuerdos de financiamiento por terceros son las Reglas de Arbitraje *PRIME Finance 2022*, conforme a las cuales

las partes deben revelar “la identidad de cualquier tercero con un interés significativo en el resultado de la disputa” y la “naturaleza” de dicho interés, y el Reglamento de Arbitraje de 2021 del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, que introdujo nuevas disposiciones que obligan a las partes a comunicar la existencia e identidad de cualquier tercero financista.

Con estas enmiendas, parecería estar emergiendo un consenso en torno al deber de revelar la existencia del financiamiento de terceros, pero no así del acuerdo de financiamiento propiamente dicho. Este consenso tiene como objetivo principal evitar que existan relaciones entre los árbitros y las instituciones de financiamiento no reveladas que puedan comprometer la ejecución de los laudos en una etapa posterior.

¿Se pondrán al día otras instituciones arbitrales?

Aunque en el 2022 se produjeron algunos cambios importantes en el régimen de transparencia del arbitraje internacional, todavía no existe consenso sobre el tema. Las principales instituciones arbitrales, como la LCIA, SIAC, HKIAC, DIAC y SCC, siguen manteniendo la posición de que los laudos arbitrales y otros documentos deben ser confidenciales por defecto a menos que las partes acuerden su publicación. Asimismo, la LCIA, SIAC y la SCC no han incorporado disposiciones sobre la revelación de financiamiento por parte de terceros. La mayoría de estos reglamentos, sin embargo, no se han actualizado en los últimos tres a cinco años, por lo que es probable que sus versiones futuras reflejen las tendencias más actuales en materia de transparencia.

07.

El progreso hacia la diversidad continúa afianzándose



Sylvia Noury KC

Socia,
Londres



Noiana Marigo

Socia,
Nueva York



Guy MacInnes-Manby

Asociado,
Londres



Ashley Jones

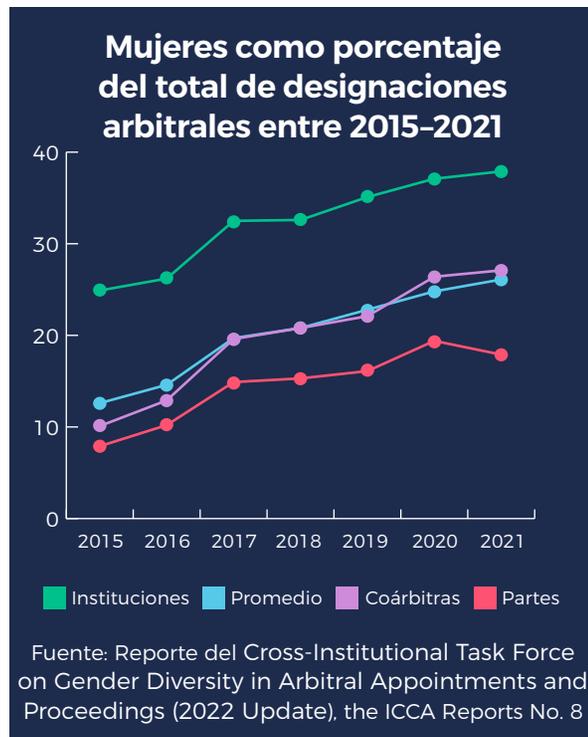
Abogada Senior de
Conocimiento,
Londres

El Diccionario de Cambridge ofrece dos definiciones de la palabra “tendencia”: la primera, “evolución o cambio general de una situación o de la forma de comportarse de las personas”, y la segunda, simplemente, “una moda”.

Con demasiada frecuencia, la motivación detrás de los compromisos para aumentar la diversidad ha sido esta última: las iniciativas de diversidad se apoyan porque *están de moda*. Este tipo de apoyo suele ser efímero e incapaz de alcanzar resultados reales. Para romper viejos paradigmas y promover cambios generales en el comportamiento de las personas, se requiere un compromiso sostenido. Los esfuerzos para lograr este cambio sin duda merecen la pena. La diversidad es un valor, un objetivo deseable en sí mismo y también por los beneficios que le reporta a la comunidad arbitral en su conjunto.

Podemos afirmar que (finalmente) estamos viendo “un desarrollo o cambio general en la situación o en la forma en la que los [practicantes de arbitraje] se comportan” con respecto a la promoción y el desarrollo de la diversidad. Gracias al excelente trabajo preparatorio que la comunidad arbitral ha realizado en los últimos años, esta tendencia favorable a la promoción de la diversidad en el arbitraje continuará acelerándose en 2023, dándole una plataforma a un número creciente de grupos infrarrepresentados.

No cabe duda de que la comunidad arbitral ha logrado avances en materia de diversidad de género. En los últimos años hemos observado un incremento constante en el número de mujeres designadas como árbitras en arbitrajes administrados por las principales instituciones, gracias a iniciativas como el [Equal Representation in Arbitration \(ERA\) Pledge](#), [ArbitralWomen](#), [Woman Way in Arbitration \(WWA Latam\)](#), y muchas otras. Si bien aún queda mucho trabajo por hacer – especialmente en lo que tiene que ver con la designación de árbitras por las partes intervinientes en el procedimiento – las estadísticas demuestran que estamos en presencia de un cambio genuino. Como indica el siguiente gráfico, la proporción de árbitras se ha más que duplicado, pasando del 12,6 por ciento en el 2015 al 26,1 por ciento en el 2021.



La comunidad arbitral también está llevando adelante otras iniciativas para abordar objetivos de diversidad más amplios. [Racial Equality for Arbitration Lawyers \(REAL\)](#) y [The African Promise](#) continúan promoviendo la igualdad racial en el ejercicio de la abogacía a través de sus redes activas de abogados y socios. El ERA Pledge ha establecido subcomités centrados en la promoción de mujeres árbitras de diferentes orígenes raciales y étnicos, incluyendo África, Asia, Medio Oriente y América Latina. Y en el 2022, el GAR Pledge Award se expandió para reconocer y celebrar iniciativas de diversidad que trascienden al género.

Las instituciones arbitrales continúan a la cabeza de la lucha por una mayor diversidad.

El Reglamento de Arbitraje de 2022 del Centro Escocés de Arbitraje, fue el primero de su tipo en prever que quienes designen árbitros deberán tener en cuenta los compromisos específicos de diversidad plasmados en el ERA Pledge y REAL.

Tiempo después, el Centro Belga de Arbitraje y Mediación introdujo en su reglamento una disposición según la cual su comité de nombramiento de árbitros y su presidente deben tener en cuenta “consideraciones de diversidad e inclusión” al realizar nombramientos. Además, también creó un nuevo comité permanente de diversidad e inclusión (D&I por sus siglas en inglés) para promover y monitorear la D&I dentro de la institución.

Por su parte, la [DIS-ERA Pledge Gender Champion Initiative](#), del Instituto Alemán de Arbitraje, es otro ejemplo de iniciativa innovadora lanzada por una institución arbitral. Su objetivo es animar a los abogados que participan en el proceso de selección de árbitros a tener en cuenta el factor diversidad a través de un sistema de monitoreo estadístico interno.

La CCI también ha dado pasos importantes en los últimos años para abordar cuestiones que abarcan todo el espectro de la diversidad. En julio de 2021, anunció la

[creación de la ICC's LGBTQIA network](#), que busca apoyar el desarrollo personal y profesional de los miembros LGBTQIA de la Corte de la CCI. Unos meses después, la CCI confirmó la creación de su [Task Force on Disability Inclusion and International Arbitration](#). Este hito representa el primer esfuerzo de una institución arbitral para lograr que los mecanismos de solución de controversias sean más inclusivos de las personas con discapacidad. Esta iniciativa reconoce, por un lado, que los individuos pertenecientes a dicha comunidad pueden enfrentar barreras específicas, y por el otro, trata de generar conciencia en torno a esas barreras para en última instancia eliminarlas.

Organizaciones de arbitraje como el Consejo *Internacional de Arbitraje Comercial* (ICCA), el Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* (IBA) y el *Institute for Transnational Arbitration* también desempeñan un papel importante.

Por ejemplo, durante el Congreso del ICCA de 2022, en Edimburgo, el Comité de D&I del ICCA reportó cambios drásticos en la constitución de su órgano de gobierno, incluyendo un incremento en la última década del 7 por ciento al 47 por ciento de miembros mujeres, así como cambios en la membresía regional. ICCA también ha implementado cambios significativos relacionados con la diversidad en lo que refiere a la organización de sus congresos. Por primera vez, el Congreso de 2022 contó con una mayoría de panelistas mujeres (en comparación con el primer Congreso del ICCA en 1961 en donde la nómina estuvo integrada exclusivamente por hombres). Entre las importantes iniciativas conjuntas que ICCA está llevando a cabo con otras organizaciones se destacan las siguientes:

- La [actualización 2022](#) del *Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity* del ICCA a su informe sobre Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales, originalmente publicado en 2020.
- La acogida por parte del ICCA de la [herramienta de búsqueda de árbitras del ERA Pledge](#). Se trata de una

herramienta gestionada por miembros de instituciones arbitrales que forman parte del Comité de Búsqueda del ERA Pledge, y que sirve para seleccionar árbitras con el perfil indicado para actuar en cualquier tipo de arbitraje.

- La colaboración entre el Comité de Arbitraje de la IBA e ICCA en la redacción de directrices modelo para promover todas las formas de diversidad en la organización y realización de conferencias de arbitraje.

Asimismo, se destacan otras iniciativas puestas en marcha por individuos o grupos, también orientadas a mejorar la diversidad en todas sus formas en la constitución de tribunales arbitrales. Por ejemplo, en diciembre de 2022, *Mute Off Thursdays* (en colaboración con GAR y Burford Capital) lanzó la primera edición de su [Compendium of Unicorns - A Global Guide to Women Arbitrators](#), un compendio con los perfiles de 176 árbitras de diferentes etnias, culturas y tradiciones jurídicas.



Los abogados de arbitraje internacional también pueden desempeñar un papel importante a la hora de promover la diversidad en general, gracias a sus redes internacionales y a sus recursos. Freshfields, junto con otras firmas, participa de una investigación comparativa titulada [Racial Truth, Reconciliation and Redress in America](#), liderada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional. Dicha investigación se centra en casos de estudio de países que han afrontado la opresión histórica de minorías étnicas a través de comisiones de verdad y reconciliación. Iniciativas como esta son poco frecuentes, pero muy bienvenidas. Congregan a abogados litigantes de diferentes firmas en torno a un fin común, en lugar de enfrentarse en una audiencia

Noiana Marigo

Socia

Diversidad de testigos expertos

Tras el éxito del ERA *Pledge*, que ya cuenta con más de 5.200 signatarios y celebrará su séptimo aniversario en mayo de este año, en 2022 se lanzó un compromiso hermano, el [Equal Representation for Expert Witnesses \(ERE Pledge\)](#). El ERE *Pledge* aborda el problema de la disparidad de género en el nombramiento de peritos y expertos en procesos de solución de controversias a nivel mundial. Las cofundadoras del ERE *Pledge*, Kathryn Britten e Isabel Kunsman, lo crearon al hilo de una encuesta realizada en 2020, según la cual el 56 por ciento de los árbitros y abogados encuestados no había presenciado a mujeres ejerciendo funciones periciales durante los últimos tres años, y tan sólo el 1 por ciento había visto a cuatro o más mujeres actuando como peritos durante el mismo periodo.

El lanzamiento del ERE *Pledge* ha sido un éxito, atrayendo a más de 830 signatarios a nivel mundial, incluyendo a 100 organizaciones. El comité directivo global congrega a representantes de todo el mundo y de diversas profesiones e instituciones, entre ellos las socias de Freshfields Sylvia Noury KC, Noiana Marigo y Ali Kirby Harris. Se han realizado dos eventos de lanzamiento en Londres y Nueva York, y otros eventos similares pronto tendrán lugar en París, Dubái y Singapur.

En 2023, el ERE *Pledge* planea aterrizar en nuevas jurisdicciones y conformar nuevos subcomités, incluyendo un Grupo de Jóvenes Practicantes. Uno de los mayores retos que enfrentará el equipo del ERE *Pledge* será encontrar la forma de medir sus avances, ya que actualmente no se reporta ni se lleva un registro sistemático del número de mujeres designadas como perito en procesos de solución de controversias.

Hay un sinfín de razones por las cuales la comunidad arbitral debe continuar con sus esfuerzos para aumentar la diversidad en el arbitraje. Aquí ofrecemos dos, a modo de conclusión. Por un lado, a los practicantes del arbitraje nos encanta describirnos como parte de una comunidad verdaderamente global. Sin embargo, con frecuencia también nos quejamos al ver a los mismos árbitros siendo designados una y otra vez. La nueva tendencia favorable a la constitución de tribunales cada vez más diversos no puede sino ayudar a resolver este problema. Pero, además, gracias a su alcance global, el arbitraje puede ser un referente y difundir este mensaje de equidad en jurisdicciones en las cuales el contexto legal, social o cultural puede ser hostil hacia individuos infrarrepresentados o pertenecientes a ciertas minorías. Nuestras acciones, al seleccionar y nombrar árbitros, organizar conferencias y atraer talento hacia nuestras organizaciones, contribuyen a impulsar ese cambio.

08.

Reforma a la Ley de Arbitraje de 1996



**Oliver
Marsden**

Socio,
Londres



**Ella
Davies**

Asociada Senior,
Londres

Uno de los desarrollos más significativos del año para quienes regularmente participan en arbitrajes con sede en Londres será el resultado de la consulta pública realizada por la Comisión de Derecho de Inglaterra y Gales sobre las reformas a la Ley de Arbitraje de 1996 (la Ley).

En septiembre pasado, la Comisión de Derecho (un organismo independiente del Reino Unido encargado de revisar legislación), publicó sus propuestas iniciales de reforma a la Ley, que regula los procedimientos arbitrales con sede en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte desde hace 25 años.

El período de consultas cerró en diciembre de 2022. Durante la primera mitad de este año se revelará cuáles de las propuestas planteadas estarán un paso más cerca de convertirse en ley.

Documento de consulta de la Comisión de Derecho

En su documento de consulta de septiembre de 2022, la Comisión de Derecho concluyó que la Ley ha funcionado adecuadamente y que una reforma total, de raíz, es innecesaria. En vez, la consulta busca garantizar que la legislación inglesa en materia de arbitraje siga estando a la “vanguardia”, tanto para arbitrajes domésticos como para posicionar a Londres como una sede líder en el mundo para arbitrajes comerciales internacionales.

La Comisión de Derecho se centró en revisar ocho aspectos de la ley:

- **Confidencialidad:** la Comisión de Derecho propuso que los principios que rigen la confidencialidad de los arbitrajes con sede en Londres no se codifiquen en leyes, sino que sigan siendo desarrollados por las cortes caso a caso bajo el sistema del *common law*.
- **Independencia de los árbitros:** la Comisión de Derecho propuso que la Ley obligue a los árbitros a revelar cualquier circunstancia que pudiera razonablemente generar dudas fundadas sobre su imparcialidad, pero sin introducir un nuevo deber de independencia.
- **Discriminación:** la Comisión de Derecho propuso una enmienda “pionera en el mundo” para prohibir solicitudes de recusación de árbitros basadas en disposiciones discriminatorias de los acuerdos de arbitraje, haciendo eco de conceptos legales en materia de equidad existentes en el Reino Unido. La nueva disposición haría inaplicable cualquier acuerdo entre las partes que condicione el nombramiento de árbitros a la posesión u ausencia de “características protegidas”, a menos que, en el contexto del arbitraje, pueda demostrarse que una o más de esas características constituyen un “medio proporcionalmente adecuado para lograr un fin legítimo”. Las características protegidas serían las establecidas en la sección 4 de la Ley de Igualdad de 2010, a saber: la edad, la discapacidad, la raza (incluida la nacionalidad), la religión o las creencias, el sexo, la orientación sexual, el cambio de género, el matrimonio y la unión civil, y el embarazo y la maternidad.
- **Desestimación sumaria de reclamos:** la Comisión de Derecho propuso introducir una disposición legal que autorice a los árbitros a implementar mecanismos para desestimar reclamos infundados de manera sumaria a instancia de parte (salvo que las partes hayan optado por excluir estos mecanismos). La Comisión de Derecho sugirió provisionalmente que el estándar que apliquen los tribunales arbitrales sea el mismo que actualmente siguen las cortes inglesas en procesos interlocutorios (*summary judgment*) (“ninguna perspectiva real de éxito” y “ninguna otra razón de peso para proceder a una audiencia de fondo”).
- **Medidas provisionales y árbitros de emergencia:** la Comisión de Derecho consideró que la actual ley no necesita modificaciones extensas en lo que a este aspecto se refiere. Sin embargo, sugirió algunas enmiendas limitadas a la Ley para tomar en consideración los procedimientos de emergencia que actualmente existen bajo los reglamentos de varias instituciones arbitrales, incluyendo la asistencia judicial que deben prestar las cortes para hacer cumplir órdenes dictadas por árbitros de emergencia.
- **Inmunidad de los árbitros:** la Comisión de Derecho propuso reforzar aún más la inmunidad de los árbitros, revocando la jurisprudencia existente que los responsabiliza, en ciertas circunstancias, por los costos de los procedimientos judiciales derivados de un arbitraje.
- **Impugnaciones jurisdiccionales:** una de las propuestas más controvertidas de la Comisión de Derecho plantea que, para el caso específico en que una parte haya participado en un arbitraje, y posteriormente impugne el laudo del tribunal por falta de jurisdicción ante las cortes inglesas bajo la sección 67 de la Ley, dicha impugnación no implique una revisión completa de las bases jurisdiccionales (como ocurre actualmente), sino que adopte la forma de una apelación más limitada.
- **Apelaciones sobre una cuestión de derecho:** la Comisión de Derecho propuso que la sección 69 de la Ley, que permite a las partes recurrir ante una corte en contra de un laudo con base en una cuestión de derecho (a menos que esta posibilidad se excluya por acuerdo de partes), se mantenga en la Ley y no se derogue.

Anticipamos que las partes con intereses comerciales seguirán de cerca el resultado de la consulta con respecto a dos puntos: la desestimación sumaria de reclamos o defensas infundadas, y la impugnación de laudos invocando argumentos jurisdiccionales. Analizamos ambas cuestiones a continuación.

Desestimación sumaria de demandas o excepciones infundadas

Esta es una cuestión sobre la cual la Ley (como la mayoría de las leyes de arbitraje) guarda silencio. En este sentido, la introducción de un procedimiento para desestimar reclamos infundados eliminaría cualquier incertidumbre residual en la ley existente e incentivaría a los árbitros a adoptar procedimientos sumarios (si se solicitan) cuando ello redunde en claras eficiencias procesales. Por esta razón, anticipamos que la propuesta de la Comisión de Derecho encontrará un amplio apoyo entre los usuarios del arbitraje comercial.

Será interesante ver si la consulta conlleva a la adopción del estándar establecido para el *summary judgment* que utilizan las cortes inglesas, como propone actualmente la Comisión de Derecho, en lugar del estándar de “manifiestamente sin mérito” comúnmente utilizado por los reglamentos de las instituciones arbitrales.

Impugnación jurisdiccional de un laudo

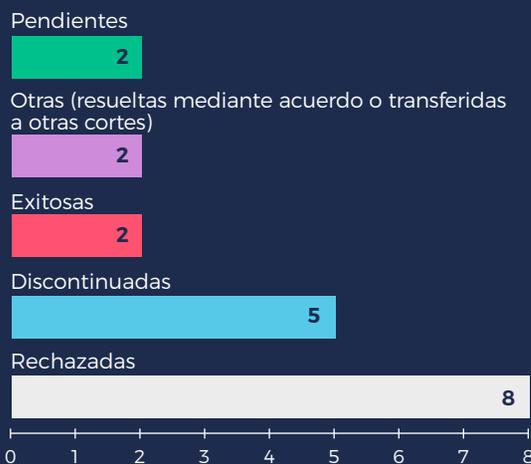
Como se ha señalado, una de las propuestas más controvertidas de la Comisión de Derecho se refiere a la naturaleza de la revisión que deben hacer las cortes cuando se impugnan laudos por falta de jurisdicción del tribunal arbitral (en casos en los que la parte que cuestiona dicha jurisdicción participó en el arbitraje).

Los partidarios de esta propuesta afirman que solucionará el problema actual en el que una parte cuyas objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral fueron rechazadas en el arbitraje, puede simplemente reciclar dichos argumentos en la vía judicial. Ello redundaría en un proceso lento y costoso ante las cortes inglesas durante el cual se vuelve a evaluar toda la evidencia relevante, en muchos casos con el mismo resultado. Las estadísticas publicadas por el Tribunal de

Comercio muestran que sólo el 11 por ciento de las impugnaciones jurisdiccionales contra laudos presentadas entre 2019-2020 fueron exitosas (ver gráfico de barras).

Por otro lado, quienes se oponen a esta propuesta alegan que el derecho a obtener una revisión de los aspectos jurisdiccionales del laudo *de novo* (en lugar de un derecho de apelación más limitado), constituye una salvaguarda importante para las partes que afirman no estar sujetas a la jurisdicción del tribunal arbitral. Los opositores a la reforma afirman que las partes en un arbitraje deberían poder plantear sus argumentos jurisdiccionales ante el tribunal libremente y sin temor a que ello perjudique su derecho a obtener una revisión completa de los aspectos jurisdiccionales del laudo por parte de las cortes bajo la sección 67 de la Ley. Será interesante ver qué postura finalmente adoptará la Comisión de Derecho sobre esta importante cuestión en 2023.

Resultados de las impugnaciones jurisdiccionales bajo la sección 67 ante el Tribunal de Comercio en 2019-2020



Fuente: Business and Property Courts, The Commercial Court Report 2020-2021, p. 15.

09.

Discovery bajo la sección 1782: más preguntas que respuestas



**Elliot
Friedman**
Socio,
Nueva York



**David
Livshiz**
Socio,
Nueva York

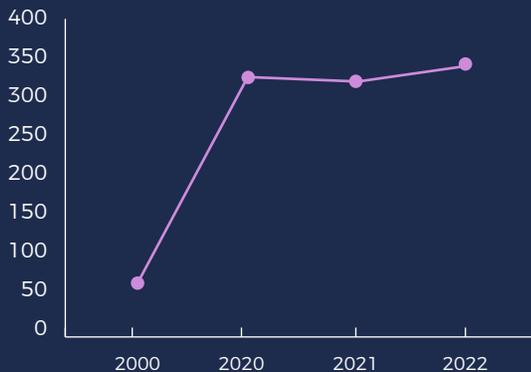


**Paige
von Mehren**
Asociada Senior,
Nueva York

El “*discovery* al estilo estadounidense” es una expresión que, para algunos, no tiene cabida en el arbitraje internacional. Evoca imágenes de deposiciones invasivas, largos interrogatorios y costosos procesos de recopilación y producción de documentos. También está lejos de ser la regla en muchos procedimientos de arbitraje internacional; una diferencia que, al menos en parte, explica la reputación que el arbitraje internacional tiene de ser más eficiente y menos costoso que litigar ante las cortes estadounidenses.

Sin embargo, durante muchos años, fue posible obtener un *discovery* al estilo estadounidense para ciertos arbitrajes internacionales. La vía para hacerlo consistía en invocar la sección 1782 del Título 28 del Código de Estados Unidos, que permite a las cortes federales de Estados Unidos ordenar un *discovery* para su uso en un procedimiento ante un “tribunal extranjero o internacional”. Los únicos requisitos adicionales que el requirente debe demostrar son que la entidad objeto de *discovery* esté sujeta a la jurisdicción de la corte estadounidense ante la cual se presenta la solicitud y que la parte solicitante califique como “persona interesada” en el procedimiento extranjero o internacional (para lo cual basta acreditar que es una de las partes en dicho procedimiento). Cumplidos estos requisitos legales, la corte tenía discreción para ordenar el *discovery* solicitado en todo o en parte, sujeto a una serie de directrices articuladas por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Intel Corp. v Advanced Micro Devices, Inc.*, un caso de 2004 que, hasta hace poco, era el único pronunciamiento de la Corte

Cantidad de solicitudes bajo la sección 1782 en los últimos años



Suprema sobre la sección 1782. A menudo, el *discovery* bajo la sección 1782 se utiliza como mecanismo para obtener documentos de partes y terceros en un procedimiento extranjero o internacional, y su popularidad ha explotado en los últimos años.

En 2022, la Corte Suprema se pronunció en dos casos consolidados que abordaron la sección 1782: *ZF Automotive US, Inc. v Luxshare, Ltd.* y *AlixPartners, LLP v Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*. En ambos se planteó la pregunta de si los tribunales arbitrales internacionales podían calificarse como “tribunales extranjeros o internacionales” a los efectos de conceder *discovery* bajo la sección 1782. El caso de *ZF Automotive* tenía como trasfondo un arbitraje comercial bajo el Reglamento del DIS, mientras que *AlixPartners* se refería a un arbitraje de inversión bajo el tratado bilateral sobre inversiones entre Rusia y Lituania y el Reglamento de la CNUDMI. Antes de plantearse estos casos, las cortes de instancias inferiores en los Estados Unidos se encontraban irreconciliablemente divididas sobre la cuestión de si el *discovery* de la sección 1782 podía invocarse en apoyo de arbitrajes comerciales. El panorama era más claro con respecto a los arbitrajes de inversión: las cortes estaban de acuerdo en que el *discovery* de la sección 1782 sí podía invocarse en esos casos. La justificación que generalmente utilizaban las cortes para sustentar esa posición era la mayor participación gubernamental en los tribunales

arbitrales de inversión, que los acercaría más a las cortes domésticas (el arquetipo de “tribunal extranjero o internacional” bajo la sección 1782). Todo ello, sin perjuicio de que, en la práctica, los tribunales en arbitrajes de inversión a menudo son funcionalmente idénticos a sus homólogos comerciales.

En junio de 2022, la Corte Suprema emitió una decisión consolidada en ambos casos. Mediante sentencia unánime, falló que únicamente los tribunales dotados de autoridad gubernamental por uno o varios países caían bajo el paraguas de la sección 1782. Por ende, en el caso *ZF Automotive*, la Corte Suprema sostuvo que la mayoría de (cuando no todos) los tribunales constituidos en arbitrajes comerciales privados no permiten solicitar *discovery* bajo la sección 1782.

La Corte Suprema fue menos clara en lo que respecta a los tribunales en arbitrajes de inversión, que abordó en su decisión de *AlixPartners*. Con anterioridad a esta decisión, era relativamente fácil probar que las solicitudes de *discovery* bajo la sección 1782 en apoyo a arbitrajes de inversión satisfacían el requisito del “tribunal extranjero o internacional”. Ahora, en cambio, las cortes inferiores deberán preguntarse si un tribunal, en un arbitraje de inversión concreto, es lo suficientemente “gubernamental” como para satisfacer el nuevo estándar impuesto por la Corte Suprema. Como la Corte Suprema no se explayó sobre cómo debe hacerse esta determinación, serán las cortes de instancias inferiores las que tendrán que aclarar esta cuestión durante el 2023 y en lo sucesivo. Las cortes inferiores de hecho ya han comenzado a emitir algunos pronunciamientos, pero anticipamos que se emitirán muchos más en este año.

La decisión de la Corte Suprema representa una novedad favorable para potenciales destinatarios de solicitudes de *discovery* bajo la sección 1782. Ello incluye a empresas estadounidenses y sus afiliadas que están o pueden verse implicadas en arbitrajes internacionales, y que ya no tienen que preocuparse de lidiar con solicitudes de *discovery* en asistencia de arbitrajes comerciales, y además disponen de una nueva herramienta para resistir dichas solicitudes en el marco de arbitrajes de inversión. Como contrapartida, aquellos que de otro modo habrían

intentado invocar la sección 1782, como, por ejemplo, partes no estadounidenses envueltas en arbitrajes contra empresas estadounidenses o sus afiliadas, ahora deberán considerar cuidadosamente su estrategia y evaluar cómo pueden valerse de los mecanismos de producción de documentos del arbitraje para obtener las pruebas necesarias para sustanciar su caso.



Tras años de confusión en las cortes inferiores, la decisión de la Corte Suprema aporta una claridad bienvenida para el arbitraje comercial internacional. Queda por ver si, al resolver una división de circuito, la Corte Suprema ha sentado las bases para otra división en lo que refiere a la aplicación de la sección 1782 en arbitrajes de inversión

Paige von Mehren
Asociada Senior

10.

Arbitraje internacional en el sector farmacéutico y de biotecnología



Tom Walsh
Socio,
Nueva York



Alexandra van der Meulen
Consejera,
París



Tim Chen
Asociado,
Nueva York

El sector farmacéutico y de biotecnología está floreciendo. Sólo en Estados Unidos, el volumen de operaciones de capital de riesgo en este sector ha aumentado un 500 por ciento en los últimos 10 años. A este crecimiento debe sumársele un incremento significativo de las disputas *business-to-business* entre empresas del sector. Dadas las características propias de la industria, el arbitraje se posiciona como un mecanismo especialmente idóneo para resolver disputas farmacéuticas y de biotecnología. No en vano las empresas del sector recurren cada vez más al arbitraje internacional para resolver sus disputas contractuales.

Crecimiento del sector farmacéutico y de biotecnología y de las disputas relacionadas

El sector farmacéutico y de biotecnología ha experimentado un crecimiento extraordinario que comenzó aún antes de la pandemia COVID-19. En el 2003, la industria farmacéutica mundial acumulaba un valor de mercado cercano a los US\$462.000 millones. Hacia 2015, ese valor se había más que duplicado, alcanzando los US\$951.000 millones. La pandemia no ha hecho sino acelerar aún más esta tendencia: en 2021, la inversión anual en empresas biotecnológicas registró su máximo histórico, de US\$105.000 millones.

Esta explosión de inversiones en el sector ha traído aparejado un incremento correlativo de disputas, muchas de las cuales se resuelven mediante arbitraje. El aumento de los arbitrajes en el sector farmacéutico y de biotecnología también se ha visto favorecido por la tendencia, cada vez más extendida, a eliminar de las cláusulas de arbitraje ciertas exclusiones o límites a la posibilidad de someter disputas sobre derechos de propiedad intelectual a arbitraje.

En su mayoría, las principales instituciones arbitrales han reportado un aumento significativo de casos en el sector farmacéutico y de biotecnología. Por ejemplo, en julio de 2022, la CCI reportó un crecimiento del 50 por ciento en los arbitrajes que administra en ese sector.

La LCIA, por su parte, destacó que las industrias de la salud y farmacéutica ocupaban el octavo puesto en el ranking de disputas más comunes por industria en los casos que administró en 2021. En 2020, la AAA-CIRD vio un incremento del 34 por ciento el número de casos relacionados con el cuidado de la salud, farmacéutica y biotecnología, una tendencia que ya se advertía en 2019, año en que registró un salto del 40 por ciento.

El arbitraje es un mecanismo idóneo para resolver disputas farmacéuticas y de biotecnología

Las disputas farmacéuticas y de biotecnología poseen una serie de características distintivas que las hacen especialmente aptas para ser resueltas mediante arbitraje. Estas incluyen la existencia de:

- *Joint ventures* o colaboraciones transfronterizas de largo plazo entre diversos actores (empresas biotecnológicas, farmacéuticas, fabricantes y distribuidores).
- *Know how* y derechos de propiedad intelectual confidenciales y valiosos, protegidos a través de cláusulas contractuales.
- Investigación y desarrollo antes de lanzar productos al mercado, un ejercicio inherentemente riesgoso, costoso y lento.
- Pagos y retornos potencialmente inmensos como consecuencia del lanzamiento de productos exitosos.

El arbitraje ofrece al menos cuatro ventajas comparativas a la hora de resolver disputas con estas características.

- **Confidencialidad.** El arbitraje ofrece a las empresas del sector la posibilidad de mantener los detalles e incluso la existencia de una disputa bajo estricta confidencialidad. Ello es especialmente relevante cuando se discuten derechos de propiedad intelectual, *know how* y/o condiciones contractuales y

económicas sensibles que frecuentemente se incluyen en acuerdos de licenciamiento, colaboración u otros. A diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria en la mayoría de las jurisdicciones, en el arbitraje tanto el procedimiento como las pruebas están protegidos por la confidencialidad.

- **Árbitros con experiencia en el sector.** Mientras que en las disputas domésticas los jueces suelen ser asignados a los casos de forma aleatoria y no siempre poseen conocimientos especializados sobre la materia objeto de la disputa, en el arbitraje las partes pueden seleccionar árbitros con el perfil más adecuado para resolverla. Así, las empresas farmacéuticas y de biotecnología pueden nominar árbitros que posean ciertos conocimientos científicos o tengan experiencia en la industria, que estén familiarizados con la naturaleza y el trasfondo de estas disputas, y que puedan evaluar las pruebas presentadas por las partes con mayor facilidad.
- **Alcance restringido de la producción de documentos.** En general, en el arbitraje la fase de producción o exhibición de documentos tiene un alcance considerablemente más restringido que en los litigios frente a las cortes domésticas. En la mayoría de los arbitrajes el riesgo de tener que exhibir una cuantiosa cantidad de documentos es relativamente bajo. Tampoco es común que se ordene a los ejecutivos a prestar declaraciones o realizar *depositions*, mecanismos que se utilizan en jurisdicciones como los Estados Unidos.
- **Apelación limitada y mayor facilidad para la ejecución transfronteriza de laudos.** Los laudos arbitrales están sujetos a una revisión judicial limitada y pueden ejecutarse en el extranjero más fácilmente que una sentencia judicial. La Convención de Nueva York permite ejecutar laudos arbitrales en más de 160 estados signatarios. Para las empresas farmacéuticas y de biotecnología que tienen

acuerdos comerciales transfronterizos con contrapartes de todo el mundo, el arbitraje internacional ofrece un mecanismo eficaz para ejecutar laudos en el extranjero.

En vistas del papel clave que la farmacéutica y la biotecnología actualmente ocupan en el contexto de la economía mundial, prevemos que esta tendencia se mantendrá en el tiempo, de la mano de los avances en la prevención y el tratamiento de enfermedades, la disrupción en las cadenas globales de suministro y otras tensiones macroeconómicas. Dado el riesgo real de disputas en el sector, las empresas farmacéuticas y de biotecnología deben poner especial cuidado en negociar e incluir cláusulas de resolución de disputas eficaces en sus contratos que garanticen que, en caso de que enfrenten una disputa, sus necesidades se vean satisfechas.

11.

La protección de datos y la ciberseguridad en el arbitraje internacional continúan en la mira



John Choong
Socio,
Hong Kong



Vasuda Sinha
Consejera,
París



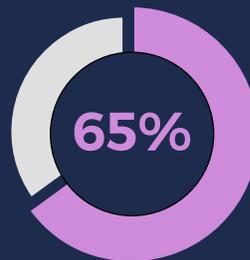
Sofia Klot
Asociada Senior,
Nueva York



Olivier André
Asesor de relaciones
con clientes,
Nueva York

Como reportamos en nuestros Informes de Tendencias [2019](#) y [2020](#) la protección de datos y la ciberseguridad se están convirtiendo en puntos focales del arbitraje internacional. La naturaleza política y comercialmente sensible de las disputas sometidas a arbitraje, que generalmente son confidenciales, las convierte en un objetivo atractivo para *hackers*. Asimismo, la digitalización creciente del arbitraje como consecuencia de la pandemia COVID-19, que se manifiesta en audiencias virtuales y expedientes electrónicos, ha puesto en evidencia los riesgos de ciberseguridad y protección de datos inherentes al arbitraje, una tendencia que continuará en 2023 y en lo sucesivo.

Según una encuesta de la CCI de 2022 sobre el uso de la tecnología en el arbitraje, la mayoría de los usuarios apoya la adopción de medidas específicas tales como el encriptado para garantizar la privacidad y seguridad



de los encuestados (abogados, árbitros, abogados *in-house* y representantes de empresas) **probablemente** adoptarán medidas específicas para **proteger la privacidad y seguridad** de la información almacenada electrónicamente, incluyendo el encriptado de datos

Fuente: Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, "Report on Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings", CCI, febrero 2022, p. 43



Los *data breaches* pueden comprometer la integridad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En 2015, *hackers* atacaron el sitio web de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Instalaron malware en la sección de dicho sitio dedicada a la controversia sobre límites marítimos entre China y Filipinas, poniendo en riesgo a los visitantes de la página. Como resultado de ese ataque, el sitio web de la CPA estuvo fuera de servicio por una semana. Ese mismo año, en *Caratube c. Kazajstán*, se filtró información confidencial desde el sistema informático del gobierno kazajo y la demandante eventualmente obtuvo algunos de los documentos filtrados. A pesar de que la información había sido obtenida gracias a un *hackeo*, el tribunal le permitió a la demandante valerse de documentos filtrados que no eran privilegiados, pues ninguna norma o directriz le prohibía al tribunal ejercer su discreción a la hora de admitir pruebas obtenidas a través de medios cuestionables. La información anecdótica sugiere que existen otros

arbitrajes en los cuales se filtró la base de datos del caso como consecuencia de ciberataques, daños que podrían haberse evitado si se hubieran adoptado las medidas de prevención adecuadas.

Estos riesgos ponen de manifiesto la importancia de implementar mecanismos para proteger la información en un procedimiento arbitral. Afortunadamente, hoy en día las partes y los árbitros disponen de una serie de instrumentos para orientarse.

- El [Protocolo ICCA-NYC Bar-CPR](#) sobre Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional (el Protocolo), originalmente publicado en 2019 y actualizado en 2022, proporciona un marco para que los usuarios acuerden medidas razonables de ciberseguridad para sus disputas (por ejemplo, controles de acceso, encriptado y directrices para gestionar incidentes de seguridad). El Protocolo contiene un catálogo de cláusulas y disposiciones modelo para abordar diferentes cuestiones vinculadas a la ciberseguridad que pueden incorporarse en los acuerdos de arbitraje, agendas para las sesiones sobre temas de procedimiento, órdenes procesales modelo y cláusulas para resolver disputas de ciberseguridad posteriores al arbitraje, así como también un procedimiento para notificar y responder a *data breaches* basado en la Regulación General de Protección de Datos (RGDP).
- Las instituciones arbitrales también han adoptado un abanico de medidas para mitigar los riesgos de ciberseguridad.
 - la HKIAC, LCIA, CAM-CCBC, DIFC-LCIA, CPR, DIS y el Centro de Arbitraje Suizo, por ejemplo, ahora o bien exigen o bien recomiendan a los tribunales arbitrales tomar medidas apropiadas y emitir órdenes vinculantes para proteger la información del caso y los datos personales desde una fase

temprana del procedimiento (normalmente antes o durante la primera sesión procesal);

- un número creciente de instituciones, como la SCC, AAA-CIRD, el Instituto Tailandés de Arbitraje y la CCI, han desarrollado plataformas de gestión de casos, como la recientemente inaugurada “[Case Connect](#)”, de la CCI, que centralizan el intercambio seguro de archivos eliminando los riesgos asociados al uso del correo electrónico;
- así las cosas, un tercer grupo de instituciones ha ido aún más lejos. La AAA-CIRD, por ejemplo, exige a los árbitros de su nómina completar un entrenamiento obligatorio en ciberseguridad, y la CPR pone a disposición de las partes un servicio de correo electrónico encriptado; y
- por último, aunque las recientes Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 no mencionan explícitamente la ciberseguridad o la protección de datos, bajo la nueva enmienda a la Regla 29 los tribunales deben recabar de las partes, antes de la primera sesión, su opinión respecto del “tratamiento de la información confidencial o protegida”.

Más allá de la importancia que de por sí revisten estas cuestiones, las partes y sus abogados deben también tener en cuenta las diversas regulaciones vinculantes en la materia que pueden volverse aplicables en las sucesivas etapas de un arbitraje o afectar a algunos de sus participantes, pero no a otros. Las transferencias de datos personales pueden disparar la aplicación de una compleja red de esquemas regulatorios con normas estrictas que establecen cuándo y cómo pueden transferirse internacionalmente. Por ejemplo, una parte puede ofrecer como medio de prueba correos electrónicos entre personas domiciliadas en la UE que contengan datos personales protegidos por la RGPD. Para remitirle estas pruebas a un árbitro en un

tercer país, la parte puede verse obligada a implementar una serie de medidas específicas a fin de resguardar los datos personales contenidos en dichos correos electrónicos. En algunos casos, será necesario expurgar datos personales antes de poder transferirlos. Los reguladores han ido aumentando las sanciones en caso de incumplimiento, con multas por infracciones a la RGPD que pueden alcanzar los €20 millones o el 4 por ciento de los ingresos de la entidad a nivel mundial durante el ejercicio financiero anterior, la cifra que sea más elevada.

Dada la complejidad de este universo normativo, en 2022 la ICCA y la IBA lanzaron el [ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration](#) con el objeto de otorgar a los practicantes del arbitraje una herramienta para orientarles en el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y privacidad en arbitrajes internacionales. Dicha herramienta constituye un manual de mejores prácticas en la materia e incluye ejemplos de notificaciones de privacidad de datos para que las instituciones, árbitros y abogados las adopten en actividades relacionadas con el arbitraje, cláusulas modelo sobre protección de datos para la primera orden procesal o los términos de referencia, y listados para que los participantes puedan corroborar que están tomando todas las medidas necesarias (véase nuestro blog [aquí](#)).

Las firmas de abogados también están volcando cada vez más recursos al desarrollo de herramientas innovadoras para asistir a sus clientes ante la eventualidad de una data breach. Un ejemplo es la [Plataforma de Notificación de Vulneración de Datos](#), de Freshfields, que proporciona un análisis instantáneo de las autoridades que deben ser notificadas y la información que debe proporcionarse en caso de sufrir un *data breach*.

A medida que aumenta la preocupación por estos temas, también lo hacen las disputas relativas al incumplimiento de obligaciones de protección de datos. Este tipo de disputas, de hecho, pueden terminar siendo resueltas mediante arbitraje (véase al respecto *StockX Customer Data Sec Breach Litigation*).



La comunidad arbitral ha desarrollado una serie de herramientas útiles para quienes deseen gestionar de manera eficaz los riesgos de ciberseguridad y protección de datos. Además de incorporar estas mejores prácticas, las partes deben seleccionar árbitros, instituciones y proveedores de servicios que comprendan la importancia de la protección de datos en los arbitrajes internacionales y sean competentes en la materia.

John Choong
Socio

En 2023, esperamos que las partes cada vez incorporen más medidas de ciberseguridad y protección de datos en sus arbitrajes, y que las instituciones sigan fomentando su adopción a través de sus reglamentos y políticas. Es aconsejable que las partes seleccionen árbitros, instituciones y proveedores de servicios que sean conscientes de la importancia que revisten los temas relativos a la protección de datos en los arbitrajes internacionales y sean competentes en la materia. También corresponde a los abogados orientar a los participantes de un procedimiento arbitral, ya sean clientes, testigos o peritos, para que cumplan con las mejores prácticas a medida que se van desarrollando. Si bien hay un consenso sobre la importancia de estas cuestiones, los clientes deberían considerar la posibilidad de incluir requisitos de ciberseguridad en sus acuerdos de arbitraje (inspirándose en cláusulas modelo como las incluidas en el Protocolo), y utilizar listas para comprobar internamente los pasos esenciales que deben tomarse antes, durante y después del arbitraje, como las que proporcionamos en nuestro [Informe de Tendencias 2020](#).

12.

La creciente “internacionalización” de las disputas fiscales



**Will
Thomas KC**
Socio,
París/Londres



**Helen
Buchanan**
Impuestos,
Socia,
Londres



**Joshua
Kelly**
Asociado Senior,
Londres

Con las finanzas públicas y privadas bajo presión, muchos economistas predicen una recesión mundial en 2023. Los inversores extranjeros están en la mira de los gobiernos. Sujetos a intensas presiones económicas, políticas y elevados costos de endeudamiento e inflación, los gobiernos tienden a recurrir a las “grandes empresas” para suplir las lagunas de recaudación en sus presupuestos. Las disputas fiscales también pueden surgir como consecuencia de políticas fiscales agresivas y medidas de fiscalización adoptadas una vez concluida la fusión o adquisición de una empresa, toda vez que los compradores tras la venta se ven obligados a asumir importantes obligaciones fiscales de las cuales no tenían noticia.

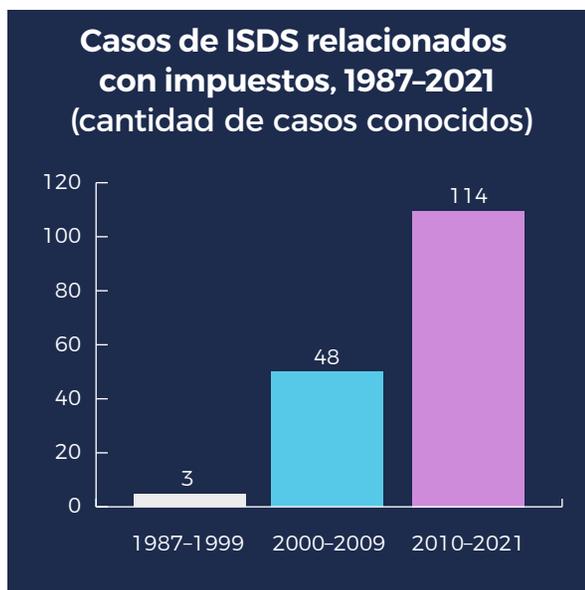
En los próximos 12 a 24 meses, por tanto, esperamos ver un aumento en las disputas fiscales, tanto las comerciales como de inversión, con un énfasis en cuestiones tales como los impuestos a la renta empresarial y las ganancias extraordinarias, los impuestos de aplicación retroactiva y nuevos gravámenes en los sectores de energía, telecomunicaciones y tecnología.

El arbitraje comercial y de inversión, junto con otros mecanismos alternativos de solución de controversias, desempeñarán un papel relevante en la “internacionalización” de las disputas fiscales de gran magnitud, ofreciéndole a las partes un foro independiente y neutral para arribar a soluciones constructivas y mutuamente beneficiosas.

Opciones para la resolución de disputas y el uso del arbitraje

Es desde luego natural que los Estados revisen sus políticas fiscales cuando cambian las condiciones económicas imperantes, y que como consecuencia decidan recalibrar su relacionamiento económico con los inversores extranjeros. Los problemas surgen cuando los Estados se extralimitan, por ejemplo, al disponer auditorías fiscales inesperadas o ilegítimas, o aprobar “impuestos a las ganancias extraordinarias” de forma improvisada que, en su forma más extrema, constituyen un ejemplo de “nacionalismo de recursos”.

Si bien el aumento de la carga impositiva de las empresas no es un fenómeno nuevo (de hecho, ya en nuestro [Informe de Tendencias 2018](#) destacábamos la incipiente tendencia hacia disputas fiscales “internacionalizadas”), lo que sí ha cambiado en los últimos cinco años es la sofisticación que exhiben tanto Estados como inversores al explorar opciones “internacionalizadas”, como el arbitraje, para resolver sus disputas fiscales. También vemos un interés creciente de inversores y Estados en el uso de otros métodos alternativos de solución de controversias que permitan arribar a soluciones constructivas, como la mediación y otros procedimientos pactados de común acuerdo (en los que el Estado “de origen” del contribuyente entabla un diálogo con el Estado tributante bajo un proceso formal establecido en un tratado internacional).



Los inversores extranjeros deberán ser estratégicos a la hora de decidir qué cartas jugar, y si someterse (y cómo) o no a procedimientos locales para resolver

sus disputas fiscales. No obstante ello, el solo hecho de deslocalizar las disputas fiscales, sean comerciales o de inversión, moviéndolas de un contexto nacional altamente tensionado a un foro internacional, puede resultar beneficioso. Permite contar con un tribunal especializado y constituido “a medida”, y lograr un entendimiento conjunto más acabado de las mejores prácticas en la materia y de los límites que separan la tributación legal de la ilegal.



Un caso que ejemplifica los beneficios del arbitraje para resolver disputas fiscales es el de India, que enfrentó un número significativo de reclamos de inversores derivados de una controvertida ley fiscal de aplicación retroactiva de 2012. Dicha ley (que gravaba retroactivamente el impuesto a las ganancias de capital de las empresas en un intento por anular el exitoso litigio de Vodafone ante la Corte Suprema de India) fue muy comentada tanto en India como internacionalmente. A través de una combinación de litigios domésticos, arbitrajes de inversión y un proceso

de resolución de disputas sumamente estructurado, India y los contribuyentes afectados han logrado poner fin a estas disputas, reforzando así la confianza de los inversores extranjeros en ese país.

Evaluando los riesgos

Los inversores extranjeros deberán (re)considerar su exposición fiscal y analizar las opciones para resolver eventuales disputas en función de la evolución de la economía mundial durante el próximo año.

- Para las empresas que operan en jurisdicciones más propensas a adoptar políticas fiscales agresivas, la clave está en anticipar los cambios. Generalmente, es posible identificar qué riesgos concretos pueden materializarse y qué medidas adoptar en respuesta, teniendo en cuenta elementos como las fuentes de ingresos y la ubicación de los activos, el asesoramiento de expertos sobre las tendencias más recientes en materia de tributación, y el “panorama general” que impulsa la agenda de la autoridad política o fiscal. Es preferible evaluar y anticipar los riesgos de medidas fiscales domésticas e identificar asesores locales para delinear una estrategia en lugar de reaccionar abruptamente a estas medidas.
- De la misma forma, los inversores que invierten en una jurisdicción por primera vez también pueden anticipar su exposición a riesgos fiscales con base en las mismas consideraciones antes señaladas, y al mismo tiempo, evaluar qué mecanismos pueden utilizar para disminuirlos a largo plazo (por ejemplo, cláusulas en contratos con el Estado que “estabilicen” el régimen fiscal aplicable, o garantías otorgadas por tratados bilaterales o multilaterales de inversión). Al estructurar inversiones bajo tratados de inversión, es importante tener en cuenta que algunos tratados o bien excluyen las medidas fiscales de su ámbito de aplicación, o bien otorgan una protección más circunscrita frente a estas medidas.
- Para los inversores que buscan retirarse de una jurisdicción, las desinversiones también pueden traer aparejados riesgos impositivos. En situaciones de venta de la inversión, es aún más importante negociar una asignación contractual de los riesgos fiscales con potenciales compradores, y acordar mecanismos para la resolución de disputas históricas. Los seguros que cubren riesgos impositivos también pueden ser una herramienta útil en algunos casos. Cada vez más, las aseguradoras ofrecen cobertura frente a ciertos tipos de riesgos fiscales de alto valor.

freshfields.com

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the laws of England and Wales authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861)) and associated entities and undertakings carrying on business under, or including, the name Freshfields Bruckhaus Deringer in a number of jurisdictions, together referred to in the material as 'Freshfields'. For further regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer has offices in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Singapore, Spain, the United Arab Emirates, the United States of America and Vietnam.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.